

# La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional

Rodolfo L. Vigo



tirant  
lo blanch

JUECES Y  
ARGUMENTACIÓN  
JURÍDICA

2



INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL  
ESCUELA JUDICIAL



CONSEJO DE LA  
JUDICATURA  
FEDERAL

## COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

- MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG**  
*Catedrática de Filosofía del Derecho de la  
Universidad de Valencia*
- ANA CAÑIZARES LASO**  
*Catedrática de Derecho Civil  
Universidad de Málaga*
- JORGE A. CERDIO HERRÁN**  
*Catedrático de Teoría y Filosofía de  
Derecho. Instituto Tecnológico  
Autónomo de México*
- JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ**  
*Ministro de la Suprema Corte  
de Justicia de México*
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
*Juez de la Corte Interamericana de Derechos  
Humanos. Investigador del Instituto de  
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*
- OWEN M. FISS**  
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la  
Universidad de Yale (EEUU)*
- JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ**  
*Catedrático de Derecho Mercantil  
de la UNED*
- LUIS LÓPEZ GUERRA**  
*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos  
Catedrático de Derecho Constitucional de la  
Universidad Carlos III de Madrid*
- ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ**  
*Catedrático de Derecho Civil de la  
Universidad de Sevilla*
- MARTA LORENTE SARIÑENA**  
*Catedrática de Historia del Derecho de la  
Universidad Autónoma de Madrid*
- JAVIER DE LUCAS MARTÍN**  
*Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía  
Política de la Universidad de Valencia*
- VÍCTOR MORENO CATENA**  
*Catedrático de Derecho Procesal  
de la Universidad Carlos III de Madrid*
- FRANCISCO MUÑOZ CONDE**  
*Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*
- ANGELIKA NUSSBERGER**  
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.  
Catedrática de Derecho Internacional de la  
Universidad de Colonia (Alemania)*
- HÉCTOR OLASOLO ALONSO**  
*Catedrático de Derecho Internacional de la  
Universidad del Rosario (Colombia) y  
Presidente del Instituto Ibero-Americano de  
La Haya (Holanda)*
- LUCIANO PAREJO ALFONSO**  
*Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad Carlos III de Madrid*
- TOMÁS SALA FRANCO**  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*
- IGNACIO SANCHO GARGALLO**  
*Magistrado de la Sala Primera (Civil) del  
Tribunal Supremo de España*
- TOMÁS S. VIVES ANTÓN**  
*Catedrático de Derecho Penal de la  
Universidad de Valencia*
- RUTH ZIMMERLING**  
*Catedrática de Ciencia Política de la  
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

[www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales](http://www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales)

**LA INTERPRETACIÓN (ARGUMENTACIÓN)  
JURÍDICA EN EL ESTADO DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL**

COLECCIÓN “JUECES Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA”  
LÍNEA A DE INVESTIGACIÓN:  
MODELOS JUDICIALES. HACIA UN MODELO JUDICIAL EN MÉXICO

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

LUIS MARÍA AGUILAR MORALES

*Ministro Presidente*

MARTHA MARÍA DEL CARMEN HERNÁNDEZ ÁLVAREZ

ROSA ELENA GONZÁLEZ TIRADO

ALFONSO PÉREZ DAZA

FELIPE BORREGO ESTRADA

J. GUADALUPE TAFOYA HERNÁNDEZ

JORGE ANTONIO CRUZ RAMOS

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

COMITÉ ACADÉMICO

SALVADOR MONDRAGÓN REYES (*Presidente*)

ELISA MACRINA ÁLVAREZ CASTRO

MIGUEL BONILLA LÓPEZ

ELVIA ROSA DÍAZ DE LEÓN D'HERS

HÉCTOR LARA GONZÁLEZ

JOSÉ ALFONSO MONTALVO MARTÍNEZ

JUAN JOSÉ OLVERA LÓPEZ

ISABEL CRISTINA PORRAS ODRIÓZOLA

CARLOS RONZON SEVILLA

FERNANDO SILVA GARCÍA

ALEJANDRO VILLAGÓMEZ GORDILLO

BERNARDO RAFAEL VELASCO MUÑOZ (*Secretario*)

## INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

Salvador Mondragón Reyes

*Director General*

Bernardo Rafael Velasco Muñoz

*Coordinador Académico*

### CONSEJO EDITORIAL

Rosa María Álvarez González (IIJ-UNAM)

Amalia Amaya (IIF-UNAM)

Karina Ansolabehere (FLACSO)

Manuel Atienza (Universidad de Alicante, España)

José Luis Caballero Ochoa (U. Iberoamericana)

José Dávalos Morales (IIJ-UNAM)

Jorge Fernández Ruiz (IIJ-UNAM)

Eduardo Ferrer Mac-Gregor (IIJ-UNAM)

Jorge Alberto González Galván (IIJ-UNAM)

Juan E. Méndez (American University, USA)

Margarita Palomino Guerrero (IIJ-UNAM)

Ascensión E. Perales (Universidad Carlos III de Madrid, España)

Pedro Salazar Ugarte (IIJ-UNAM)

Sandra Serrano García (FLACSO)

Jorge Alberto Witker (IIJ-UNAM)

### EDITOR RESPONSABLE

Ramón Ortega García

*Secretario Técnico de Investigación y Publicaciones*

### EDITOR ACADÉMICO

Rafael Caballero Hernández

# LA INTERPRETACIÓN (ARGUMENTACIÓN) JURÍDICA EN EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

RODOLFO L. VIGO



**tirant lo blanch**

Ciudad de México, 2017

Copyright © 2017

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito del autor y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)

© Rodolfo L. Vigo

Primera edición: 2017

D.R. © 2017. Instituto de la Judicatura Federal  
Calle Sidar y Rovirosa, No. 236, Colonia Del Parque,  
Delegación Venustiano Carranza, C.P. 15960, Ciudad de México.  
Impreso y hecho en México.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH  
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO  
Río Tiber 66, Piso 4  
Colonia Cuauhtémoc  
Delegación Cuauhtémoc  
CP 06500 Ciudad de México  
Telf: (55) 65502317  
[infomex@tirant.com](mailto:infomex@tirant.com)  
[www.tirant.com/mex/](http://www.tirant.com/mex/)  
[www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
ISBN Consejo de la Judicatura Federal: 978-607-9013-15-8  
ISBN Obra completa: 978-607-9013-25-7  
ISBN: 978-84-9169-616-2  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com).  
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

*A Estanislao Rodríguez Strada (mi séptimo nieto),  
y nuevamente a sus padres: Mercedes María Vigo  
y Nicolás Rodríguez Strada*



# Índice

Prólogo .....	13
I. Argumentación jurídica: algunas preguntas y respuestas relevantes .....	15
II. Los problemas de la argumentación jurídica: una visión actual e integral .	25
III. De la interpretación a la ley a la argumentación desde la Constitución (realidad, teorías y valoración) .....	39
IV. Razonamiento justificatorio judicial .....	85
V. ¿Dos o tres neoconstitucionalismos? .....	123
VI. La matriz de la decisión judicial.....	135
VII. Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual.....	141
VIII. Los “hechos” en el paradigma legalista y en el paradigma constitucionalista.....	173
IX. El papel de un Tribunal Constitucional en democracia (homenaje a Aharon Barak) .....	195
X. Legitimidad argumentativa de los jueces y periodismo judicial .....	201
XI. Ética judicial e interpretación jurídica .....	205

XII. De los métodos interpretativos a los argumentos justificatorios.....	237
XIII. Un concepto de validez jurídica funcional para el <i>rule of law</i> .....	253
XIV. Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones.	283
XV. Distintas concepciones de la equidad.....	335
Nota curricular del autor .....	343

## Prólogo

Hemos dicho reiteradamente que, en general, predomina en nuestras Facultades de Derecho una inercia de reproducción de una cultura al servicio de la matriz del Estado de Derecho Legal, ello no obstante todos los cambios que resultan visibles en la realidad, los que hablan de un nuevo modelo de Estado, de Derecho y de jurista, al que precisamente denominamos “Estado de Derecho Constitucional y Democrático”. Para cubrir esa distancia entre teoría y realidad, se necesita que al menos desde otros espacios institucionales, como los Poderes Judiciales, se reaccione apropiadamente y se procure proporcionarles a los juristas de un aparato conceptual idóneo que les permita comprender y operar en aquel nuevo contexto. Claramente, hoy se requiere del jurista que sepa de qué hablamos cuando se habla de: principios, derechos humanos, ponderación, argumentación, verdad fáctica, sistema jurídico “débil”, crisis de la soberanía, discrecionalidad judicial, judicialización, equidad, dogmática jurídica, etc.; sin embargo, es muy probable que los juristas más bien prefieran hablar de: normas, interpretación, dos verdades, casos fáciles, pirámide jurídica, fuentes del derecho según el Código Civil, seguridad jurídica, filosofía jurídica, etc.

El mundo mucho ha cambiado en las últimas décadas, y especialmente el derecho ha sufrido enormes transformaciones. Basta pensar en las condenas judiciales por cumplir la “ley” y violar el “derecho” que consagró Nuremberg, o en el delito de prevaricato previsto en el Código Penal español tipificado por dictar una sentencia injusta a sabiendas, o en el papel determinante final de los derechos nacionales que ha asumido la Corte Interamericana de Derechos Humanos; como para despertar del sueño legalista, juridicista, nacionalista y dogmático al que nos había sumido el Estado de Derecho Legal. No se trata de adoptar posturas cronolátricas o acomodaticias, pues ése no es el papel del doctrinario que debe en todo momento promover lecturas valorativas de la realidad, en orden a discernir en el derecho lo mejor de lo peor y lo posible de lo inviable. Tampoco se trata de dar la espalda a la realidad e ignorarla, porque ella finalmente será irresistible y se impondrá, con el inconveniente de no poder controlarla y guiarla.

En la presente obra agrupamos distintos artículos que llaman la atención sobre algunos de esos nuevos problemas o exigencias que cualquier jurista que esté interesado en estar a la altura de los tiempos no puede ignorar. Centralmente —como lo destaca el título— se trata de reconocer que el servicio del jurista ya no se presta a través de la “interpretación”, o sea desentrañando el sentido de una norma y proyectarlo silogísticamente a una instancia individual del caso genérico previsto en aquella, sino razonando de manera lógica y persuasiva mediante el empleo de premisas o enunciados que resultan justificados por medio de razones o argumentos jurídicamente válidos. Lo que el ciudadano reclama es que el derecho dicho por los juristas resulte racional y, por ende, susceptible de ser aceptado racionalmente, y en esa tarea “jurisdiccional” la ley tiene un papel inexcusable que cumplir pero no excluyente ni exclusivo. Claro que hay más derecho que el contenido en la ley, y si bien éste es “razón *prima facie* o presuntiva”, no exime al jurista del juicio definitivo de validez jurídica ni del esfuerzo por encontrar la mejor respuesta jurídica disponible en el derecho vigente.

Nos queda para terminar ciertos ineludibles agradecimientos. En primer lugar a Isaac Rubinzal que una vez, con su reconocida generosidad y calidad humana, no ha tenido el más mínimo inconveniente en autorizar desinteresadamente que este libro, originariamente editado por Rubinzal-Culzoni, asuma esta nueva edición promovida por el Instituto de la Judicatura Federal de México. En segundo lugar, no podemos dejar de agradecer la insistencia con la que el Director y amigo de dicho Instituto, el Magistrado Salvador Mondragón Reyes, nos instó a que procuráramos aquella autorización de la prestigiosa Editorial de Santa Fe (Argentina). Por supuesto que esa gestión la asumimos con plena conciencia del honor que implicaba poner al alcance de magistrados mexicanos nuestro libro, pues hemos repetido con insistencia todo el afecto y el agradecimiento que tenemos en general para este querido y hermano país, como especialmente para su mundo académico y judicial, con el que a lo largo de estos últimos años hemos construido provechosos y gratificantes lazos.

El Autor

# I. Argumentación jurídica: algunas preguntas y respuestas relevantes

**Propósito:** La presente nota tiene el modesto propósito de aportar algunas nociones elementales a quien esté interesado en contar con información básica sobre la argumentación. Consiguientemente, se espera que esa introducción potencie el interés sobre el tema a los fines de un estudio más exhaustivo y completo.

1. ¿Qué es la argumentación?: El “proceso” de argumentar, que concluirá como “resultado” en una argumentación, consiste en un razonamiento donde a partir de ciertos enunciados, premisas o juicios que se justifican con argumentos o razones, se obtiene mediante la respectiva inferencia, una respuesta acerca de un problema o pregunta que no es evidente. Nuestro enfoque se centrará en la argumentación práctica cuyo objeto mediato o inmediato será dirigir o valorar conductas humanas. Al argumentar tratamos de obtener un conocimiento que se busca desde otros conocimientos con los que se cuentan o se van obteniendo. La pregunta que moviliza no tiene una respuesta evidente, más bien, tiene —con mayor o menor amplitud— respuestas discutibles o verosímiles. Ese obstáculo para obtener el conocimiento que se procura de manera inmediata, habilita a la búsqueda argumentativa de la misma. Una síntesis de lo señalado lo revela una definición de argumentar que viene del pensamiento clásico: “argumentar es argüir razones en caso de duda”. Es obvio que la argumentación se torna jurídica cuando la respuesta que se procura remite a preguntas sobre qué es lo que el derecho obliga, prohíbe o permite, y ella transitará por un camino controversial o dialéctico.

2. ¿La argumentación es algo novedoso?: El interés actual sobre la argumentación puede llevarnos a pensar que se trata de algo nuevo o descubierto en los últimos tiempos. Sin embargo, ella se remonta a los orígenes mismos de la filosofía. Más aún, el origen del derecho —como lo ha explicado Villey— guarda íntima conexión con la presencia del razonamiento dialéctico o retórico que Roma lo recibe desde Atenas, en oposición del razonamiento apodíctico o necesario. Pero lo cierto es que la configuración del Estado de Derecho Constitucional (EDC) en Europa Continental después de la segunda guerra mundial

lo incorpora a la agenda de los juristas, y ello se explica porque aquella nueva matriz o paradigma implicará: a) el reconocimiento de la Constitución y los derechos humanos como fuente del derecho, adonde los juristas pueden y deben buscar respuestas jurídicas; b) la moral racional (bajo los rótulos derechos humanos, valores, principios, etc.) se incorpora al derecho; y c) surgen los tribunales constitucionales con facultad de imponer la respuesta jurídica contenida en la Constitución. La novedad quizás está en haber puesto en las últimas décadas una atención privilegiada en la dimensión operativa o argumentativa del derecho, de modo que no basta conocer el derecho contenido en normas y principios, sino que se torna necesario conocer también cómo se opera el mismo, o sea qué matriz o teoría argumentativa tiene ese ordenamiento jurídico.

3.¿Por qué no interesaba la argumentación en el Estado de Derecho Legal (EDL)?: El EDL se crea al hilo de la Revolución Francesa y del proceso de codificación que inaugurarán el *Code* en 1804, y con ese nuevo modelo de Estado, de Derecho y de perfil de jurista, se pretende reemplazar al Estado de Derecho pre-moderno. Unas de sus características centrales serán: a) la sinonimia entre derecho y ley; b) a la ley la hacía la rousseauiana “voluntad general” infalible; y c) al jurista sólo le correspondía ser la boca de la ley, por ende, debía aprenderla y repetirla de manera dogmática. Este trabajo del jurista se prometía fácil, mecánico y silogístico, dado que consistiría en subsumir el caso individual en el supuesto genérico previsto en la ley, construyendo el silogismo respectivo donde la premisa mayor sería el “sentido” que se obtenía de las entrañas de la misma por medio de ciertos métodos (centralmente el gramatical y el lógico), la premisa menor el caso, y la conclusión que proyectaba en el caso las consecuencias previstas en la ley. “*Dura lex, sed lex*” y la fidelidad a la voluntad del legislador serían las claves del trabajo del jurista que se llevaría a cabo por medio de la interpretación, así él nada creaba para el derecho y se limitaba a aplicar la ley. Una prueba de hasta donde la argumentación y EDL se conjugan mal, es que donde no se instituyó al mismo, siguió vigente el apotegma “*Veritas, non auctoritas, facit legem*” sin que se impusiera el hobbesiano “*Auctoritas, non veritas, facit legem*”, así en el *common law* la enseñanza del derecho incluye inescindiblemente a la argumentación.

4. ¿Por qué no se enseña la argumentación en nuestras Facultades de Derecho?: Los planes de estudios de dichas Facultades responderán al modelo de las Universidades napoleónicas en donde lo que importaba era memorizar acríticamente el derecho contenido en los Códigos, y así, las ramas jurídicas más importantes eran las generadas en el Código Civil, y las materias en las que no se estudiaban códigos carecían de importancia e interés para los juristas. La formación universitaria se limitaba a constatar que se había aprendido sin agregados, ni correcciones, lo que habían enseñado los profesores y los exámenes buscaban corroborarlo. Se suponía que el trabajo profesional posterior se enfrentaría a casos que ya tenían una respuesta claramente contenida en la ley, y por ende, su esfuerzo se limitaba a decirla cuando abogaba por ella, la enseñaba o la imponía autoritativamente. Más aún, se había contemplado la amenaza de una sanción penal para aquel juez que prevaricara apartándose del sentido de la ley, junto a la advertencia que el “intérprete auténtico” era el legislador y que el juez no podía dejar de sentenciar aduciendo el “pretexto” de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley. Era coherente a tal modelo no estudiar la jurisprudencia, dado que ésta repetía la ley interpretándola y nada creaba para el derecho.

5. ¿Cuáles son los temas más importantes y novedosos de la argumentación?: Tratando de hacer un listado rápido y básico de los mismos, señalemos fundamentalmente los siguientes: a) el mejor derecho es aquel que además de normas cuenta también con “principios” que están en el derecho *per se* o *propio vigore*, en donde los juristas encuentran respuestas jurídicas en potencia o implícitas; b) para resolver un caso por medio de dichos principios (derechos humanos) corresponde “ponderarlos”, y como fruto de dicho esfuerzo se obtendrá el enunciado normativo que se necesita para subsumir el problema y brindarle la solución; c) la lógica formal sigue valiendo dado que el razonamiento se estructura silogísticamente, pero hay que advertir que en esa lógica hay más que silogismos, por ejemplo hay inducciones, abducciones y estadísticas; d) se requiere de la “retórica” en tanto no basta tener buenas razones o argumentos y respetar la lógica para lograr el éxito de la argumentación, en auxilio de la misma está precisamente aquella ciencia y arte de la persuasión; e) como con lucidez lo ha demostrado Taruffo, la justicia de la argumentación depende del conocimiento verdadero de los hechos implicados, de

ahí la relevancia de los medios probatorios (especialmente la prueba científica) y el esfuerzo judicial en conseguir saber cómo fueron los hechos en donde se dice el derecho; f) la semiótica asociada al “giro lingüístico” de la filosofía conlleva la prevención acerca de los problemas que están asociados al lenguaje del derecho y de los juristas, por ello, corresponde el estudio de los problemas más habituales en el terreno semántico, sintáctico y pragmático; g) las falacias en tanto razonamientos incorrectos con apariencia de correctos, no pueden ser ignorados por alguien interesado en la argumentación; h) la realidad jurídica demuestra fácilmente que está muy lejos de la misma el sistema jurídico “fuerte” de Kelsen, por ende, cabe asumir un sistema más modesto: abierto, dinámico, poroso, casuístico y principialista; i) los valores o la moral interesa al derecho y a los juristas dado que frente a lo grave, objetiva y evidentemente disvalioso o inmoral (“la injusticia extrema no es derecho”) cabe negar la juridicidad, y el derecho se comprende con un sentido que le es inescindible, cual es lograr racionalmente la mejor o más justa vida social posible (según el código penal español, el juez comete prevaricato cuando dicta una sentencia injusta a sabiendas); y j) frente a los escepticismos o relativismos radicales en materia moral o axiológica, en las últimas décadas asistimos a una rehabilitación de la razón práctica —vía Aristóteles o Kant— que permite confiar en respuestas racionales en aquel terreno, lo que resulta decisivo para poder hablar de argumentación.

6. ¿Qué beneficios reporta la argumentación?: De lo consignado puede inferirse que con la argumentación se pretende que el derecho no se reduzca a voluntad o decisión autoritativa comunicada al destinatario, sino que contenga un esfuerzo justificatorio racional que pueda ser comprendido y aceptado por la razón del obligado. De ese modo se humaniza el derecho brindando razones de lo que prescribe, lo que implica una preocupación por el destinatario a los fines que comprenda los motivos de lo ordenado y lo acepte. Esa reconciliación del derecho con la razón práctica, aporta a la legitimidad de la autoridad y permite impugnarla cuestionando los argumentos aducidos como justificativos de lo mandado. Al seguir un camino racional y dialéctico cuando se manda, se reducen los riesgos del error, y se posibilita un seguimiento racional que provea estabilidad para el futuro de lo mandado. Sintéticamente: a) valida la respuesta, b) posibilita el control; c) legitima la función judicial y al que la ejerce; d) concreta

al derecho; e) facilita la eficacia del derecho; f) enriquece al derecho; g) facilita la estabilidad del derecho; y h) moraliza el ejercicio de la autoridad.

7. ¿Qué consecuencias trae la argumentación errónea?: Sin perjuicio de lo señalado en el punto inmediato anterior (los opuestos pertenecen al mismo saber), destaquemos que si la autoridad —por ejemplo la judicial— se equivoca al argumentar porque no logra justificar lo ordenado dado que violenta la lógica o no provee de argumentos jurídicos suficientes, válidos, coherentes, consistentes, controversiales y persuasivos, corre el riesgo de que se invalide (anule o abrogue) lo prescripto y que tenga que responder por ello. Dejando de lado el tema de la responsabilidad que puede asumir diferentes rostros: civil, penal, administrativo, constitucional, social, ético, internacional o académico, nos interesa destacar la cuestión de la validez de lo mandado; es que frente a la perspectiva kelseniana que asociaba la validez de la norma jurídica a la competencia, al procedimiento y al respeto de la norma superior, hoy se fomenta que ella se asocie a la justificación racional, de modo que si la norma resulta insalvable, grave y evidentemente irracional se concluya su invalidez y consecuentemente su carencia de obligatoriedad. En clave tradicional: la ley como “*ordinatio rationis*”, lo que se refleja en la jurisprudencia norteamericana en donde el test de constitucionalidad se asimila a test de racionalidad, y la jurisprudencia argentina ha ratificado que lo absurdo o lo irracional no es compatible con el derecho.

8. ¿La argumentación jurídica solo importa a los jueces?: Desde Perelman a Alexy, han reconocido que es en el campo judicial donde paradigmáticamente se verifican las características de la argumentación jurídica, de modo que todo lo que se señale respecto al razonamiento judicial vale —*mutatis mutandi*— para todo jurista. Ello vale incluso para la argumentación del abogado que procura mostrar que lo postulado no responde a intereses subjetivos o parciales, sino que está respaldado o mandado por el derecho objetivamente. El juez debe darle la razón al abogado no porque le conviene a su cliente, sino porque lo exige el derecho y así debe declararlo (no crearlo). Más allá de esa consideración especial, la argumentación jurídica se hace presente donde se reclaman, enseñan u ordenan ciertas respuestas jurídicas, y por ello, está presente en el ámbito académico e incluso en el legislativo. Es cierto que en éste último aparecen argumentos muy

variados donde se incluyen —como lo ha destacado Habermas— los pragmáticos, pero también los morales y los éticos. De todas maneras no está de más advertir que en el EDC les corresponde a los jueces la definición final acerca de los derechos y deberes que en una sociedad tienen las autoridades y los ciudadanos.

9. ¿Qué impacto político trae la argumentación?: Las características del EDC indicadas en 2 traen como una obvia consecuencia la constitucionalización y judicialización del derecho. Al superarse la infalibilidad del legislador y al reconocerse la competencia judicial para controlar todas las normas jurídicas desde la Constitución, ello genera un crecimiento notable del poder del Poder Judicial que se constituye en el poder constituido que tiene la última palabra en nombre del Poder Constituyente. Y el ejercicio del poder en los jueces se concreta a través de la argumentación, es ella la fuente de su legitimidad, como lo ha explicado Alexy. Exagerando se podría decir, que un juez que argumenta su decisión, ésta es válida más allá de su contenido. Algunos avizoran alarmados que el EDC degenerará en un Estado de Derecho Judicial en donde el derecho será lo que los jueces digan que es. Se advierte como preocupante que ese proceso queda librado a la voluntad de los mismos jueces, dado que no existen mecanismos eficaces para controlarlos. La mirada de los teóricos de la política se dirige a pensar cómo controlar a los controladores finales, o sea a los jueces, y se acrecientan voces críticas sobre la legitimidad democrática de los mismos (argumento contra-mayoritario). Al hablar de los jueces, no solo pensamos en los nacionales, sino también en los supranacionales con su jurisdicción convencional o en materia de derechos humanos.

10. ¿La argumentación garantiza una sola respuesta correcta?: Más allá que fue Dworkin el que pregonó esa tesis de “*one right answer*”, son pocos los que han suscripto a la misma. Así Alexy ha preferido hablar de la respuesta correcta como “*idea regulativa*”, es decir, dado que a veces sí alcanzamos una respuesta correcta (por ejemplo: el derecho nazi no fue derecho), los juristas deben buscarla siempre, aunque a veces no la alcanzan o no tienen certeza de la misma. Nos parece que el aporte más relevante de la argumentación es que brinda la posibilidad de establecer aquello que es argumentativamente necesario y lo que resulta argumentativamente incompatible, lo que deja un margen para más de una respuesta racional, que no implica —insistamos— que cualquier respuesta es racionalmente

posible. La discusión remite a las posibilidades de la razón práctica, y por supuesto que a ella no le podemos pedir la certeza que brinda razón teórica abocada a describir las cosas (a cuantos grados hierve el agua o si esto es o no agua), pero aquella nos permite distinguir si estamos —por ejemplo— ante un delito muy grave, un delito menor u otro intermedio, y a partir de ahí, cabe establecer la magnitud de la sanción. La violación grave y evidente de los derechos humanos es algo que la razón, al menos en algunos casos, capta fácilmente, y ella puede reconocer que no entra en ese supuesto el cobro de un impuesto levemente por sobre lo que correspondía. Una cosa es que no me paguen la totalidad del salario porque así lo dispuso arbitrariamente el empleador, otra es que me hagan una quita del 50% y otra distinta es que me descuenten el 1%, aunque se traten de tres supuestos de clara injusticia, queda evidente para la razón la diferencia de magnitudes y, consecuentemente, de las respuestas jurídicas respectivas.

11. ¿La argumentación solo es un tema de la razón?: Esta pregunta nos introduce en el polémico y hondo campo antropológico y gnoseológico. Cabe recordar aquí el voluntarismo kelseniano que atribuía la creación o aplicación del derecho no a un acto de conocimiento, sino de voluntad. Desde nuestra perspectiva, hablar de la razón práctica supone también hablar de la voluntad, dado que la verdad práctica requiere la intervención de ambas. Es que la razón práctica debe ofrecerle a la voluntad que escoja entre alternativas queribles por su bondad o justicia, de ahí la relevancia que tiene cultivar un “apetito recto”, o sea que esté inclinado habitualmente a querer lo bueno o justo. Ese campo operativo, nos remite a la prudencia que tiene por misión proyectar en las circunstancias concretas e irrepetibles las exigencias de alcance universal o general, pero adquirir la prudencia no es un problema de estudio sino de experiencia y memoria, por eso concluía Aristóteles que era posible encontrar un joven brillante en matemáticas pero que resultaría muy difícil hallarlo en el campo de la prudencia. Frente a posturas conectadas a Kant que rompen la inscindible conexión entre razón y voluntad, reivindicamos esa unidad que alcanza a todo el ser humano con sus inclinaciones y hábitos. Recordemos la vieja enseñanza que viene de Roma: para ser un buen juez, se requiere primero ser una buena persona, y luego que conozca el derecho. En tiempos en donde el derecho se presenta cargado de indeterminaciones que ofrecen margen para la elección de la respues-

ta jurídica, corresponde volver a la ética judicial para aquellos que tendrán el poder de decir el derecho para cada caso. Por supuesto que una reconocida solvencia académica jurídica, no es incompatible con una pésima estatura moral. Por eso con la argumentación ha vuelto el tema de la ética del argumentador, no solo desde posiciones aristotélicas, sino también kantianas (Habermas, Alexy, Aarnio, etc.).

12. ¿Qué críticas importantes se formulan a la argumentación?: Para todos aquellos escépticos respecto de la razón práctica no cabe otra conclusión respecto a juicios, opciones o respuestas en el terreno valorativo o moral, que ellas se generan en un terreno irracional o emotivista. Esa es la opinión de Kelsen cuando afirmaba que “la justicia es un ideal irracional”; o también de Ferrajoli al sostener que “los valores se asumen pero no se justifican”, con el agregado que los cognitivistas u objetivistas en materia axiológica o moral terminan en absolutismos o intolerancia. Recordemos además que el profesor italiano rechaza a los auspiciadores de la argumentación y los principios por considerarlos iusnaturalistas o cuasi-iusnaturalistas. Está claro que si las opciones valorativas son irracionales o fruto de emociones subjetivas, la consecuencia es que ellas conllevan al reino de la inseguridad absoluta, dado que no hay posibilidad de previsión alguna. Solo queda el terreno del poder en orden a lograr que prevalezcan mis preferencias frente a las de los otros, y en esa disputa no caben apelaciones a la razón. La consecuencia de que los jueces tienen la última palabra en los derechos y deberes, pero que para ello se le exige la argumentación racional que posibilita la posibilidad del control y la previsibilidad, es una ficción o un modo de ocultar el poder real e incontrolable que se le está atribuyendo. Todas esas principales críticas en nombre de la seguridad o la democracia quedan sin sustento en la medida que creamos en la existencia de alguna racionalidad práctica, y que por ende, es posible cierto control y previsibilidad. Las teorías de la argumentación en sus distintas variantes, desde la prudencia de raigambre aristotélica hasta la ecuación matemática alexyana a los fines de la ponderación de principios, confía en que con la razón podemos comprobar si una decisión está justificada internamente por medio de la lógica, y también si está justificada externamente por medio de la identificación de los argumentos utilizados. Constatar que una decisión resulta grave y evidentemente irracional, supone invalidarla, debilitar la legitimidad del que la ha tomado, exigiéndole

que responda por la misma. El mundo del *common law* puede ser un buen ejemplo de cómo a pesar de nunca haber confiado que el derecho estaba dado en las normas y la relevancia de la jurisprudencia, sin embargo, es capaz de brindar un nivel aceptable de seguridad o previsibilidad.

13. ¿Qué teorías o autores nutren hoy a la teoría de la argumentación?: Simplificando la respuesta podríamos decir que hay dos grandes visiones que sustentan a la argumentación jurídica: a) por un lado, aquella que se inspira en Aristóteles y Tomás de Aquino, que bajo los rótulos de dialéctica, retórica o prudencia hablaban de argumentación, y que tiene como referentes contemporáneos importantes a Willey, Kalinowski, Finnis, Ollero, Viola, Rabbi Baldi, Santiago, etc. Dejamos de lado las diferencias entre esos referentes que van desde improntas hermenéuticas, hasta iusnaturalismos basados en la naturaleza humana o en “bienes humanos básicos” conocidos sin necesidad de metafísica ni antropología. Desde el “realismo” metafísico confían en que se pueden conocer las cosas, y que la realidad humana ofrece claves cognoscibles que se proyectan al campo del derecho como una juridicidad necesaria e indisponible; y b) por otro lado, aquella que prefiere apoyarse en Kant y en desarrollos pragmáticos, en donde aparecen Dworkin, Alexy, Nino, Zagrebelsky, Atienza, García Figueroa, etc. Se reconocen no positivistas y defienden a la razón práctica, pero no son iusnaturalistas y están muy prevenidos con planteos metafísicos. Por distintos caminos concluyen en tesis valorativas contra-fácticas o pragmáticamente elaboradas, desde las cuales pretenden conocer y operar en el marco del actual EDC. En buena medida han sido los encargados de generar una agenda muy atendida por los juristas en la actualidad, donde ocupa un lugar prioritario la argumentación, en donde el derecho llega a identificarse con la misma o es el eje central de la teoría.

14. ¿Qué consejos prácticos se pueden brindar al argumentador jurídico?: Tratando de ser esquemático, pensando en el trabajo judicial y apuntando a lo elemental decimos: a) esforzarse por conocer los hechos a los que se abocará el trabajo profesional recordando que “la verdad es condición de la justicia”; b) fijados los hechos, identificar las respuestas jurídicas disponibles —explícitas e implícitas, inéditas o ya utilizadas— en el derecho vigente y válido; c) apreciar los argumentos y contraargumentos que las respaldan a esas respuestas; d) escoger

la mejor o la más justa, teniendo presente que el fin de la función judicial es conseguir la justicia por medio del derecho; e) en el análisis valorativo de las respuestas computar no solo el caso, sino prever las consecuencias futuras del precedente para casos análogos, o sea universalizar la respuesta; f) recordar que el apartamiento de la norma vigente y válida (legal o jurisprudencial) solo cabe frente a lo grave, insalvable y evidentemente injusto o irrazonable; g) recordar que la tarea judicial no consiste en imponer las convicciones personales ni en agrandar a la opinión pública o del poder, sino en decir el mejor derecho (*iuris dictio*) que está disponible en base a su competencia para el caso en cuestión; h) el razonamiento judicial requiere no solo respetar la lógica y evitar falacias, sino que las premisas del mismo cuenten con los argumentos suficientes, idóneas, coherentes o consistentes con el ordenamiento jurídico (que incluye la jurisprudencia), disponibles en el derecho vigente y válido, sinceramente obtenidos, claramente expuestos (definiendo los conceptos empleados y respetando demás exigencias gramaticales), controversial y persuasivamente explicados; e i) la legitimidad personal del juez siempre facilitará la aceptación de lo argumentado y decidido.

**Conclusión:** Por supuesto que con lo señalado apenas hemos planteado el tema de la argumentación. La amplitud del mismo puede mostrarse apelando a la existencia de Maestrías abocadas a la misma. No obstante esa riqueza temática e importancia para los juristas, pensamos que las Facultades de Derecho en general, mantienen una inercia que margina la argumentación y fomenta el solipsismo dogmático en la enseñanza. Desde esa convicción solo pretendemos que al tema se le preste más atención rigurosa y específica, generándose espacios formativos variados, eficaces y apropiados.

## II. Los problemas de la argumentación jurídica: una visión actual e integral

### PROPÓSITO

Esta intervención tiene como objetivo fundamental brindar a los juristas enfocados al ejercicio profesional, un panorama lo más completo posible de los requerimientos formativos que hoy se les plantea a los mismos en el campo de la argumentación jurídica. De ese modo, nos interesa subrayar:

- a) Los destinatarios no son los académicos que se dedican a enseñar o escribir sobre dicha temática, sino los que en el ámbito abogadil cotidianamente se ocupan de asesorar, abogar o declarar imperativamente el derecho, pero especialmente tendremos en vista a los jueces en tanto hablando de ellos estaremos hablando —*mutatis mutandi*— del resto de los profesionales; y
- b) El interés es confeccionar una lista de las materias centrales en las que los juristas deben capacitarse si pretenden estar en condiciones de poder argumentar apropiadamente, partiendo de la base que las facultades de Derecho en la formación de grado siguen preparando juristas para el Estado de Derecho Legal (EDL) y no para el Estado de Derecho Constitucional (EDC). A tenor de lo señalado, los académicos del campo en cuestión considerarán estos comentarios como obvios y carentes de toda originalidad, pero tenemos la confianza que los que se dedican a operar profesionalmente el derecho diariamente, puedan tener una agenda de la respectiva capacitación. A fuerza de ser sinceros, la asignación del tema vino acordado en el comité organizador que tuve el honor de integrar, con el propósito de que en este primer texto se brinde a los asistentes un panorama de los problemas implicados en la argumentación jurídica, sin perjuicio de que en el resto de los artículos se ahondaría solamente en algunos de ellos, quedando pendientes el tratamiento de otros, aunque de todas maneras los asistentes a este Congreso podían de ese modo conocer esos forzosos silencios y satisfacer sus inquietudes formativas *a posteriori*.

## 1. LOS “PRINCIPIOS JURÍDICOS”

La “edad de oro” (Prieto Sanchís) de los principios se mantiene, y todo indica que seguirá creciendo, aunque acompañada del incremento de las inquietudes y necesidades. Es que la constitucionalización del derecho ha traído necesariamente la principalización del derecho, en tanto —como advierte Zagrebelsky— la ley se formula fundamentalmente a través de “normas” o “reglas”, y la Constitución lo hace por medio de “principios”. Sin embargo, es probable que la gran mayoría de los licenciados en derecho crean, conforme a los que se les enseñó en su carrera, que el derecho es “un sistema de normas o reglas” y que los únicos “principios” que tengan presente sean los “generales del derecho” invocados en los códigos (especialmente en sus Libros Primeros) a los que los juristas solo pueden recurrir en el supuesto de lagunas y reconociendo que su validez radica en la voluntad del codificador que los ha impuesto implícitamente. Pero los “principios jurídicos” de los que hoy hablamos —paradigmáticamente los derechos humanos— son aquellos que valen en universal *per se* o *proprio vigore*, y por ende, no solo resulta irrelevante su aprobación autoritativa, sino que su rechazo grave y evidente resulta incompatible con la existencia del derecho (en la fórmula radbruchiana defendida por Alexy: “la injusticia extrema no es derecho”). La estructura lógica de los principios impide su aplicación subsuntiva, pues ellos no son juicios, y en consecuencia, no pueden ser premisas de silogismos, pero además, habitualmente ellos aparecen en escena en tensión o conflictos entre sí, por lo que se requiere la ponderación respectiva. Así, la originalidad de los principios reside en su valor universal o general no condicionado a la aprobación autoritativa (sin test de origen o pedigrí diría Dworkin), y que ellos concentran potencialmente respuestas jurídicas ya explicitadas o que aún no lo hayan sido, pero que los juristas pueden proponer en aras de su reconocimiento e incorporación al derecho vigente. Además, reiteremos que los principios conllevan tensión entre ellos, que los juristas deben resolver racionalmente bajo la prevención de que se trata de algo muy valioso y que no caben simples darwinismos jurídicos. De ese modo, está claro que hoy saber normas o reglas no es saber el derecho, y que éste también se encuentra concentrado o en potencia en los principios, correspondiendo a

los juristas su actualización o explicitación, afrontando al respecto requerimientos conflictivos respaldados por diferentes principios.

## 2. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

El famoso Ministro y Presidente de la Corte Suprema de Israel, Aharon Barak, se ha encargado de destacar la importancia que tiene para un juez contar con una filosofía del derecho. También es oportuno recordar la propuesta dworkiniana confiando en el jurista Hércules que además de juez es filósofo del derecho, y al cual se puede apelar para que descubra la respuesta correcta que tiene cada caso. Sin embargo, es sabido que en el nivel del grado de nuestras facultades de Derecho se alientan las dogmáticas o ciencias del derecho, y que la filosofía jurídica goza de nula o escasa relevancia e interés. Más allá de esta realidad, parece evidente que el profesional del derecho requiere contar con un concepto del derecho, abarcativo de esos lugares a donde hay que ir a buscarlo (la teoría de las fuentes del derecho) y los criterios que determinen su validez o expulsión del derecho vigente. Esa exigencia incluye a los que se dedican profesionalmente a los adjetivos epistemológicos del derecho, o sea, a las ciencias: civil, penal, comercial, laboral, administrativa, etc., pues a ellos se les podría preguntar cuál es el concepto de derecho al que suscriben, porque de él dependerá la ciencia que enseñan. En definitiva y sintéticamente, cualquier jurista para poder comprender y operar el derecho con coherencia, debe asumir algunas de las teorías o filosofías jurídicas (centralmente teorías positivistas, críticas o no-positivistas) que se han encargado de responder a las preguntas sobre: a) qué objeto es el derecho (problema conceptual, definicional u ontológico jurídico); b) qué es el saber jurídico, sus tipos y características (problemas gnoseológicos jurídicos); c) qué estructuras lógicas se reconocen en el derecho (problemas de la lógica jurídica); y d) qué criterios es posible conocer en orden a juzgar el valor del derecho (problemas axiológicos). Quien pretenda saber con coherencia y exhaustividad hoy el derecho no puede limitarse a la perspectiva científica, sino que debe asumir la perspectiva no ética propia de la filosofía jurídica.

### 3. LA ANTROPOLOGÍA

Seguramente ningún jurista desconoce la existencia y operatividad de los derechos humanos, pero las dudas que se generan a partir de ese dato, es cuánto saben acerca del “contenido esencial” de cada uno de ellos. La propuesta de Bobbio centrada en la necesidad de la urgente operatividad de los mismos dejando de lado su fundamentación y alcance, no logra eludir que a la hora de su aplicación aparezcan inevitablemente esos problemas. Recordando la advertencia de J. Maritain cuando desde la Unesco contribuyó a redactar la Declaración Universal de 1948, sigue resultando evidente que afirmar la necesidad del respeto a la igualdad, la dignidad o la libertad nos colocará, a los fines de poder avanzar en el propósito garantista, en la forzosa definición de lo que se quiere decir con esos términos, porque resultará muy fácil acordar su defensa, pero cuando se los quiera concretar aparecerán las diferencias. Nos parece oportuno traer a colación el artículo de Alexy: “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en el que responde que para poder reivindicarlos se requiere de alguna antropología, y esto es lo que pretendemos afirmar, es decir, la necesidad de contar con definiciones en ese terreno para que luego se puedan afirmar, reclamar o decidir fundadamente en torno a los derechos humanos. Simplificando la cuestión: si identificamos la condición de persona humana a ciertas funciones (personalismo funcional): competencia comunicativa, asumir un proyecto de vida, capacidad de dolor, etc., los titulares serán distintos respecto a si optamos por asimilar persona humana a cualquiera que tenga los cromosomas propios de la especie humana (personalismo ontológico). Estas discusiones antropológicas se tornan necesarias para determinar el contenido de los derechos humanos, sin embargo, las facultades de Derecho en su “juridicismo” inercial seguramente permanecen despreocupadas por las mismas. Por supuesto que la antropología conlleva una posición en materia de filosofía moral, y en este punto resulta decisivo para un jurista definirse acerca de la posibilidad de algún cognitivismo y objetivismo moral. Recordemos al respecto la sorprendente advertencia de Ferrajoli que suscribir esa perspectiva implica optar por el absolutismo, pero más allá de que se comparta o no esa tesis, sirve para poner de relieve la importancia de las cuestiones aludidas.

#### 4. LA RETÓRICA

Admitida la existencia de la lógica formal en tanto ciencia y arte que estudia los actos de razón en orden a su corrección, resultará forzoso reclamar su presencia también en el razonamiento jurídico. De ahí que importe para el jurista informarse sobre los principios de la lógica; las reglas que regulan la deducción, la inducción, la abducción; las falacias; etcétera; pero quizás lo que resulte igual o hasta —para algunos como Perelman— más necesario, es conocer sobre aquella ciencia y arte de la persuasión reconocida como “retórica” (Aristóteles), lógica no-formal o material (Perelman), o para-lógica (Kalinowski). La supresión de ella en nuestras Facultades de Derecho es coherente con la tesis de la sinonimia entre derecho y ley, y el dogma rousseauiano de la infalibilidad de la voluntad general del legislador, de ahí que el juez debía ser “boca de la ley” y que la enseñanza jurídica se limitaba a memorizar y repetir acríticamente la ley. Sin embargo, está claro que en el derecho vigente propio del EDC el jurista habitualmente encuentra disponible más de una respuesta jurídica y su esfuerzo se orientará a lograr persuadir al auditorio o los destinatarios de que la escogida es la que debe prosperar o aceptarse. Ya reclamaba Aristóteles a los que pregonaban la verdad y la justicia que acudan a la retórica, y no dejar que ella sea usada solo por los que hablan a favor del error y la injusticia, con la confianza agregada que aquel empeño resultará más fácil que éste. Las enseñanzas retóricas se apoyan en la experiencia generalizada de que no basta tener las mejores razones para confiar automáticamente que ellas prosperarán, pues de lo que se trata es de respaldarlas con un discurso y un orador capaz de alcanzar la persuasión o convencimiento de los destinatarios o el auditorio. El contraste en torno a la retórica en la formación de los juristas entre el mundo anglosajón y el continental europeo es evidente, y un buen libro que lo acredita es *Making Your Case (The Art of Persuading Judges)* de A. Scalia y B. A. Garner en donde los autores al comienzo de la obra incluyen de Dionisio de Halicarnaso (circa 30 a. de C.) la siguiente cita:

No rules in the handbooks are capable in themselves of making brilliant performances out of those who intend to dispense with practice and exercise.

## 5. LA PRÁCTICA DIALÓGICA RACIONAL O ARGUMENTATIVA

Una vez más si acudimos al modo de formar juristas en el civil law se confirma la ausencia de práctica dialógica racional, sin embargo, luego en la práctica profesional ella se tornará imprescindible. No cabe duda de que las éticas del diálogo, y en particular Alexy, postulan que la matriz del derecho es el diálogo racional, por eso el razonamiento jurídico se nutre de las 28 reglas del mismo, aunque limitadas por la ley, la ciencia y la jurisprudencia. Desde la filosofía jurídica clásica, ha sido Villey el que ha subrayado que la matriz del derecho fue la dialéctica, de modo que ella es inescindible de la tarea del jurista. Lo que queremos poner de relieve más allá de esos avales teóricos, es la necesidad de que el jurista aprenda a dialogar racionalmente, dado que su práctica profesional la requerirá respecto a colegas, clientes, comunidad académica, etc. No se nace sabiendo dialogar sino que es posible adquirir los conocimientos, las actitudes y habilidades que le son constitutivas, de ahí la necesidad de ir por ese campo formativo asociado a la práctica misma. Recordemos que la interpretación era el camino que transitaba o debía transitar el profesional para prestar sus servicios en el EDL, pues se suponía que él subsumía el caso individual en el caso genérico contemplado en la norma legal luego de desentrañar su sentido por medio de los métodos interpretativos. Pero lo peculiar es que en tiempos del EDC la interpretación ha sido centralmente sustituida por la argumentación, en tanto el jurista se enfrenta a problemas respecto a los cuales la matriz de la interpretación no lo advertía, en efecto, en primer lugar está el problema del conocimiento verdadero de los hechos implicados en el caso en el que debe actuar, pero luego está que las respuestas jurídicas disponibles —explícitas o implícitas— en el derecho vigente no es “una” sino habitualmente “varias”, por lo que el jurista debe identificarlas y luego escoger una de ellas dando razones persuasivas de dicha elección. Este trabajo de identificación de respuestas no es solipsista sino —directa o indirectamente— dialógico, y esa búsqueda incluye aquellas respuestas que aún no han sido aún postuladas o consagradas autoritativamente, por lo que se subraya el papel “creativo” del jurista y no meramente “aplicativo”, superándose la distinción crucial del EDL entre “creación” y “aplicación”.

## 6. EL LENGUAJE

En el marco del EDL predominaba una visión ingenua o “mágica” (Carnap) del lenguaje en tanto se confiaba que una palabra equivalía a un solo y único significado, y ello era lo que habilitaba el recurso al método gramatical o lingüístico respecto a la interpretación de la ley. En los tiempos que corren y después del llamado “giro lingüístico” de la filosofía, resulta inconcebible que los juristas no estén advertidos de los problemas semióticos, más allá de que no se asuman las propuestas analíticas que procuran identificar los problemas filosóficos con meros problemas lingüísticos. La problemática del lenguaje del derecho y del lenguaje de los juristas es de una enorme complejidad y variedad, por eso no se pueden ignorar las dificultades semánticas, sintácticas y pragmáticas que la práctica profesional conlleva. Esta tarea será distinta según: a) se asuman posiciones nominalistas, realistas o hiperrealistas en el terreno semántico, b) se construyan oraciones respetando o no las reglas de la sintaxis establecida, y c) se conozca o ignore el jurista lo que se puede y no se puede hacer con palabras. La preocupación por el lenguaje ha quedado receptada en documentos como la Carta de las Personas ante la Justicia en el espacio judicial iberoamericano, aprobada por la Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2002, en la que se reconoce a favor de los justiciables en aras de una “justicia comprensible” derechos tales como:

a que los actos de comunicación contengan términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios...a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructuras sencillas.

En síntesis, los juristas a los fines de lograr comunicar lo que pretenden comunicar por medio del lenguaje, deben hacerse cargo de las dificultades que suponen los lenguajes que usan los juristas en su trabajo profesional, tanto del lenguaje científico jurídico (por ej., “Hipoteca”), del lenguaje juridizado (por ej., “cosa”), del lenguaje provisto por otros saberes no jurídicos (por ej., ADN) y del lenguaje corriente u ordinario.

## 7. LA CRISIS DEL SISTEMA JURÍDICO

El EDL se respaldó con una teoría positivista que alcanzó un notable y exitoso desarrollo con Kelsen, y una de sus tesis era que el derecho constituía un “fuerte” sistema jurídico expresado geométricamente en la famosa pirámide jurídica. Al respecto, recordemos la mirada negativa que en la década de 1950 promovió Viehweg respecto del sistema, dado que un jurista compenetrado de su decisividad perdía de vista el caso y su responsabilidad de encontrar lo justo para el mismo, y centraba su interés en la prevalencia del sistema leyéndolo según lo permitido o contemplado por el mismo. La realidad del derecho en tiempos del EDC contrasta frontalmente respecto a las características de la pirámide jurídica, es que en primer lugar su contenido incluye “principios” y no solamente normas o reglas; en segundo lugar la hipotética “unidad” o “membrecía” derivada de la primera constitución, aparece contradicha por toda esa juridicidad de los derechos humanos que es “coto vedado” (Garzón Valdés) también para el constituyente; en tercer lugar la invocada “jerarquía” fundada en la mayor o menor generalidad según Kelsen, no funciona estática ni apriorísticamente sino a tenor de los casos cambiantes y de la respectiva ponderación; en cuarto lugar la “completitud” apoyada por la norma de clausura (“lo que no está prohibido, está permitido”) no advierte las diferentes permisiones (fuertes y débiles) como tampoco las respuestas jurídicas que se explicitan o se pueden explicitar desde la juridicidad potencial contenida en los principios y derechos humanos; y en quinto lugar, la “coherencia” resuelta por medio de los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad supone una ingenuidad y un desconocimiento de cómo operan los principios con sus inevitables tensiones y conflictos. En definitiva, la razonable pretensión ordenadora del derecho vigente remite a sistemas jurídicos “débiles”, dinámicos, abiertos, porosos o principialistas (Canaris) que se van corroborando o corrigiendo en cada caso; o en una mirada más crítica, a la realidad de sistemas jurídicos en conflicto que pretenden prevalecer en el mismo espacio geográfico o personal (Boaventura De Sousa Santos). No solo es visible la crisis de las soberanías nacionales, que en el terreno jurídico se traduce por la presencia de los tribunales supranacionales que terminan prevaleciendo frente a los nacionales en su capacidad jurisdiccional, sino que aparece la necesidad en al-

gunos autores (Peter Haberle por ejemplo) de reconocer al derecho comparado como una nueva fuente del derecho.

## 8. LA DIMENSIÓN ÉTICA PROFESIONAL

La constitucionalización del derecho conlleva inexorablemente a su judicialización, de ahí la atención que desde la teoría jurídica y política se presta al poder judicial. El riesgo del EDC es que degenera en un Estado de Derecho Judicial donde el derecho sea lo que los jueces dicen raigal y libérrimamente. Ese protagonismo judicial implica preguntarse por las idoneidades que se le exigirán a aquellos que pretenden ejercer el poder jurisdiccional, y por supuesto claramente se reconoce la insuficiencia de solo reclamarle idoneidad científica, o sea que conozcan la ley; pues hacerlo a Al Capone juez porque sabe mucho derecho es prácticamente suicida. La complejidad, relevancia y exigencias que impone la función judicial ha llevado a identificar hasta seis idoneidades judiciales: 1. Cognoscitiva: o sea que el juez sepa derecho, aunque con la advertencia que saber la ley no es saber derecho; 2. Aplicativa o prudencial: pues necesitamos de juez a alguien no para que dicte clases, sino para que diga el derecho en cada caso, y una de esas idoneidades no conlleva necesariamente a la otra; 3. Física: cada profesional requiere de ciertas capacidades físicas que estará en los profesionales de la salud identificar, así por ejemplo el trabajo judicial requiere estar en condiciones como para estar muchas horas sentado, de posibilidades de cumplir con la inmediatez de los casos, etc.; 4. Psicológica: también la actividad judicial supone trato permanente con muchas y variadas personas, además de presiones y tensiones, para lo cual se requiere de equilibrio, dominio, fortaleza, etc.; 5. Gerencial: hoy al profesional en general, y en especial a un juez, se le exige —en mayor o menor medida— administrar tiempo, personal, espacio físico, recursos materiales, etc., y una incompetencia absoluta en ese terreno puede causar enormes daños en el servicio; y 6. Ética: precisamente la libertad de elección del juez entre las respuestas posibles en el derecho, potencia la necesidad de que goce de la confianza ciudadana, por ende, frente a esa discrecionalidad es oportuno el consejo de Hart de asignar la función judicial a personas que puedan desplegar la “virtudes judiciales características”: imparcialidad, neu-

tralidad en la consideración de las alternativas, consideración de los intereses de todos los afectados, etc. Si bien hemos hablado de jueces, suscribimos las conclusiones de Atienza: “las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales”. A tenor de las enseñanzas habermasianas en torno a la acción comunicativa, el diálogo racional requiere de cierto compromiso ético de afirmar aquello que se considera racionalmente correcto, y si apelamos a las enseñanzas aristotélico-tomistas también necesita la elección racional prudencial de un apetito recto en aras de conocer y actuar lo justo concreto.

## 9. EL CONOCIMIENTO VERDADERO DE LOS HECHOS

El EDL apelaba a “casos fáciles” que resultaban instancias individuales de los “casos genéricos” previstos en las reglas o normas legales, por ende, los problemas conectados al conocimiento de los hechos se marginaban y se enseñaban algunas tesis fuertemente funcionales al juridicismo “insular” (Nino): a) Lo que no está en el expediente no está en el mundo; b) A los juristas les interesa la verdad procesal o formal y no la verdad real; c) La imparcialidad judicial obliga al juez a ser un convidado de piedra en el proceso; d) Tajante separación entre las cuestiones de derecho y las cuestiones de hecho; e) El proceso es de las partes y su finalidad es la ejecución de la ley, etc. Sin embargo, hoy se advierte en el campo de la jurisprudencia y la teoría jurídica una fuerte preocupación por los casos concretos que habitualmente conllevan dificultades; así por ejemplo autores como Alexy destacan que la ponderación de los principios se lleva a cabo a tenor de las premisas fácticas implicadas, y desde la filosofía jurídica clásica se insiste en la equidad como justicia del caso en donde se incluye la necesidad de rectificar a la ley cuando ella falla en un caso. En el art. 35 del Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica se precisa que “el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del derecho” y en el 36 se aduce que:

La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes.

Como lo advierte M. Taruffo en plena coincidencia con los valores propios del EDC: “la verdad es condición de la justicia”, y la verdad es una, y apelando a la teoría de la correspondencia, aclara que ella es decir lo que son y no son las cosas. Pero para alcanzar la verdad hoy contamos con una serie de saberes no jurídicos que resultan idóneos a esos fines, pues están los peritos capacitados para auxiliar al juez por medio de pruebas científicas. Esa participación cada vez más decisiva de los peritos, impone al jurista estar advertido de los problemas implicados en esa prueba como para establecer racionalmente la eficacia probatoria del informe pericial. Es que el jurista debe esclarecer la certeza epistemológica desde donde habla el perito (ciencias: duras, blandas, pseudo-ciencias o ciencias basura); debe establecer la actualidad del instrumental tecnológico usado por el perito, también interesa el nivel de actualización y formación del mismo, como asimismo su idoneidad ética, etc. La importancia del conocimiento verdadero de los hechos en orden al derecho a una “tutela judicial efectiva” impone un compromiso en el campo de las medidas para mejor proveer y a que el juez civil asuma —según Taruffo— “un papel activo en la adquisición de las pruebas y en la averiguación de la verdad”. En el marco señalado no puede sorprender la crisis actual del decimonónico recurso de casación fundado en la ficción de la tajante separación entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*.

## 10. SUPERACIÓN DE LAS RAMAS Y OTRO PERFIL PROFESIONAL

La currícula que persiste en la formación de los futuros abogados en nuestras facultades de Derecho es la forjada en las universidades europeas napoleónicas, o sea, en las diferentes materias del plan se estudian básicamente los libros en los que se dividen los códigos. Sin embargo, parece muy evidente que en los últimos doscientos años han ido apareciendo problemas jurídicos nuevos que han terminado de generar y constituir amplias, ricas y activas teorías específicas. Mencionemos a título de ejemplo: derechos humanos, derecho informático, medio ambiente, derecho penitenciario, derecho de daños, etc. Pero no se trata solo de la crisis de las ramas clásicas del derecho, sino que también se han producido desbordamientos (por ejemplo

la absorción del derecho comercial por el derecho civil en algunos nuevos códigos) y la superación de los rígidos moldes que apelaban al derecho público o al derecho privado, así en el derecho de la niñez o de la familia ha ganado presencia su carga pública o heterónoma, y esta publicitación creciente coincide en buena medida con la constitucionalización y judicialización del derecho. Esta nota del derecho actual implica reconocer un lugar privilegiado en la formación de los juristas del trabajo argumentativo dado que éste constituye la médula del trabajo profesional. No resultan irrazonables planes de estudios en donde propiamente no se estudia directamente la ley, sino la ley aplicada a casos, o sea lo que se estudia es la jurisprudencia. Es que si queremos, por ejemplo, conocer el instituto de la caducidad de instancia, no podemos quedarnos con la fórmula legal que la impone en los procesos que no se den actos impulsorios durante un determinado plazo, pues a los fines de aquel propósito cognoscitivo tenemos que ir a ver los criterios jurisprudenciales fijados en materia de los actos a los que se les reconocerá carácter impulsorio y a los que se les negará. Por otro lado, se siguen estudiando en el grado como si fueran relevantes, temas que han perdido la importancia que tuvieron en el siglo XIX y en Europa continental, y al mismo tiempo no se estudian nuevos temas que resultan de interés profesional aunque aún no cuentan con un estatus científico definido y canónico. Asimismo, la formación típica del jurista es la del abogado litigante, y de ese modo se ignoran los otros eventuales destinos profesionales por los que puede optar el jurista, especialmente el destino judicial que requiere de idoneidades específicas diferentes del litigante. En definitiva, estamos reclamando la gestación de una currícula dinámica y cambiante establecida a tenor de la realidad jurídica y profesional y no solo a tenor de los códigos vigentes.

## CONCLUSIÓN

Un modo más radical e iusfilosófico de afrontar el tema de esta conferencia, sería remitirnos a preguntarnos por cuales teorías iusfilosóficas asumen los diez requerimientos que hemos consignado, y en consecuencia son idóneas para comprender, explicar y operar argumentativamente con el derecho propio del EDC. Porque al menos

está claro que algunas de las teorías y autores conocidos no proveen apoyo suficiente como para entusiasmarlos con aquella matriz o paradigma contemporáneo, así pensamos que —como recomiendan Atienza y Ruiz Manero— hay que dejar atrás al positivismo jurídico porque precisamente no brinda el aparato conceptual apropiado al derecho de nuestro tiempo, su terminante rechazo a cualquier razón práctica lo inhibe de todo posible respaldo a la argumentación jurídica. Es que si, por ejemplo, se considera que el derecho es un “sistema de reglas” y se rechaza cognoscitivamente los principios y los derechos humanos porque se adhiere a un escepticismo ético radical, seguramente se enfrentarán graves problemas para poder ser juez como se reclama en la actualidad por la sociedad y el derecho. De todas maneras también es cierto que no hay solo una teoría idónea para el jurista del EDC, aunque nos gustaría subrayar al menos dos perspectivas que gozan de importante respaldo. Nos referimos por un lado al no-positivismo neoconstitucionalista de raigambre kantiana o constructivista (Alexy, Nino, Zagreblesky, Atienza, etc.) y por el otro al no-positivismo iusnaturalista o realista jurídico clásico de raigambre aristotélica o hermenéutica (Ollero, Serna, Santiago, etc.). No ignoramos que hay diferencias entre ambas teorías pero creemos que más allá de sus fundamentos y rótulos, ellas resultan funcionales para proveer al jurista del marco teórico adecuado como para comprender y operar argumentativamente en sintonía con el EDC.



### **III. De la interpretación a la ley a la argumentación desde la Constitución (realidad, teorías y valoración)**

#### **PROPÓSITO**

El presente trabajo está integrado por tres partes bien diferenciadas que responden a objetivos y metodologías diferentes. Al primer punto lo anima un propósito descriptivo y comparativo del trabajo del jurista en el marco del Estado de Derecho Legal (EDL) respecto al que cumple en el Estado de Derecho Constitucional (EDC). De ese modo, la mirada se dirigió preferentemente a la realidad practicada o auspiciada desde las teorías que fueron o son soporte de ambos paradigmas. En la segunda parte, se intentó confrontar al EDC y a los neoconstitucionalistas con la teoría pura del derecho, dado que esta sigue teniendo una presencia importante en la formación académica pero resulta difícilmente compatible con lo que requiere hoy el derecho del EDC. En la tercera parte se analizaron las tesis centrales que están presentes en la realidad del EDC y los neoconstitucionalistas con la finalidad de valorarlas desde la teoría iusfilosófica realista clásica de la que nos nutrimos, y de ese modo dejar sentado nuestra propia opinión en torno a algunas tesis centrales.

#### **1. EL PROFESIONAL DEL DERECHO: DE LA INTERPRETACIÓN A LA ARGUMENTACIÓN**

Las distintas profesiones u oficios se fueron gestando, desde tiempos muy remotos, para los fines de que ellas cubrieran ciertos servicios o requerimientos que se suscitaban en la sociedad, para de ese modo esta recuperar u obtener una situación mejor, beneficiosa o de bienestar. Así, podemos imaginarnos que los primeros hombres enfrentaron problemas en su salud física, y en orden a procurar resolverlos, aparecieron aquellos médicos elementales que intentaban superar esas dificultades en aquel terreno. De igual manera, frente a la necesidad de levantar edificios o construcciones, estuvieron los arquitectos pri-

migenios que contaban con habilidades, experiencias o conocimientos especiales como para llevar felizmente a cabo esos requerimientos. En definitiva, las profesiones quedaron ligadas al servicio para obtener o potenciar ciertos bienes que las personas apreciaban, por eso, cuando el servicio se presta no “para el bien humano” sino para perjudicar o “hacer mal”, no se estaba frente a alguien que debía ser reconocido y apreciado, sino frente a alguien que debía ser sancionado moral o jurídicamente. Esta dimensión ética intrínseca a las profesiones se ha mantenido, y por ello no estaríamos dispuestos a reconocer un “profesional” en aquel que se dedica al robo, a la venta de drogas, etc., aunque lo haga con vocación, habitualidad, eficiencia, capacitación o esfuerzo. Recordemos que MacIntyre ha asociado la corrupción a la situación que se da cuando un profesional deja de prestar el servicio para aquel fin que le es intrínseco y lo legitima, y pasa a desempeñar su trabajo al servicio exclusivo de fines extrínsecos (la fama, el dinero o el placer); así se corrompe el médico que se despreocupa de la salud de los pacientes y solo se moviliza por la fama, o se corrompe el maestro que solo le interesa el dinero y se desinteresa de lo que aprenden sus alumnos, e igualmente se corrompe el policía que hace su trabajo por el placer de hacer daño a los delincuentes y no para que exista un cierto orden público.

De algún modo la lógica señalada respecto a la gestación de las profesiones, también se corrobora en el campo jurídico. En efecto, el trabajo central de los juristas a lo largo de la historia poco ha cambiado en lo esencial, ellos nacieron a los fines de resolver dudas y problemas jurídicos a los ciudadanos o autoridades. Básicamente su trabajo fue responder acerca de lo que le correspondía a cada una de las partes en conflicto, o dicho de otra manera, establecer si cierta conducta estaba obligada, prohibida o permitida por el derecho. Ese fue el servicio que los juristas brindaban para el bienestar o bien común, pues su contribución era que cada uno conservara “lo suyo” y se saldaran las deudas, de ese modo la justicia podía favorecer una sólida paz social. Es obvio que se necesitaron distintos tipos de juristas, además del abogado que solventaba dudas o daba consejos a sus usuarios, o del profesor que enseñaba el derecho, también fue necesario que alguien con autoridad dijera imperativamente el derecho (*iuris-dictio*). Pero si bien esencialmente no hubo a lo largo del tiempo demasiados cambios sobre el sentido y finalidad intrínseca del trabajo

del jurista, sí se dieron notables cambios sobre el modo en que se fue prestando. Ello no puede sorprender, pues si se supone —a modo de ejemplo— que el derecho está todo contenido en la ley, el jurista debe reducir su búsqueda de respuestas a lo establecido en la misma, pero si el derecho es más que la ley, se abre un campo más variado y rico para el trabajo jurídico.

Precisamente, en el presente capítulo queremos reparar en el cómo se hizo o debía hacerse el trabajo del jurista en el marco del EDL, y cómo se pretende que lo haga en tiempos del EDC. Allá ese servicio del jurista se denominó “interpretación” jurídica, pues cuando decidía un problema, evacuaba una duda o brindaba una respuesta autoritativa era a través de la interpretación de la ley. Ahora, al trabajo del jurista tendríamos que llamarlo de otro modo, dado que la “interpretación” ha quedado asociada a aquel Estado que se forjó a partir de la Revolución francesa e imperó pacíficamente hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En la cultura jurídica generada en respaldo de aquel EDL, se entendía y se enseñaba que la interpretación identificaba el trabajo del jurista, en tanto consistía en aplicar la ley luego de haberla interpretado y descubierto en ella “la” respuesta buscada. Pero hoy los juristas somos conscientes que frente a la pregunta del usuario, vamos al derecho vigente (no solo a la ley) y es casi seguro, si estamos ante un auténtico “caso”, que encontraremos más de una respuesta, por eso debemos escoger una de ellas y luego viene la delicada, específica y central tarea de argumentar a favor de la que pretendemos que prospere o se consienta. Esa posibilidad de encontrar más de una respuesta en buena medida está ligada a que la Constitución se ha reconocido como fuente del derecho, y en ella hay básicamente principios, valores o derechos humanos que tienen esa capacidad potencial de generar respuestas en manos de juristas preparados para ello. Este cambio de denominación de la tarea del jurista de algún modo coincide con el cambio del paradigma de Estado, dado que fue en la década de 1950 cuando se vuelve a hablar de argumentar, y como es de sobra conocido, los promotores de esas incipientes teorías de la argumentación en Europa continental fueron, por ejemplo, Perelman promoviendo la “nueva retórica” que remitía a la retórica de Aristóteles; o Viehweg postulando la “tópica” desde la autoridad originaria de Cicerón. En definitiva, pensamos que la argumentación es el nuevo nombre de la interpretación, y es “nuevo” porque esta era funcional

al EDL, mientras que aquella remite al modo de operar los juristas en tiempos de EDC.

Trataremos a continuación de concretar un relevamiento de características que reconocemos en el trabajo “interpretativo” propio del EDL, y ver a continuación las transformaciones que ellas han sufrido con el EDC, lo que permite concluir que se ha tornado el trabajo del jurista en un modo de prestarlo muy diferente, y que a la vista de esas nuevas características resulta apropiado llamarlo “argumentación”.

### *1.1. La ley como materia interpretativa*

La materia sobre la cual operaba el intérprete jurídico en el EDL era la ley, dado que era ella la fuente de las fuentes del derecho, a punto que si se llegaba a reconocer alguna otra fuente lo era como subordinada a la que ostentaba la máxima jerarquía. Así la costumbre a la que los juristas podían recurrir, era la interpretativa de la ley o la que suplía el silencio de la ley, pero estaba vedado ir a una costumbre contra la ley. La posibilidad de apelar a los “principios generales del derecho” era remota, pues solo en caso de lagunas de la ley, y aquellos valían en tanto habían sido puestos implícitamente por el legislador o codificador, de ese modo era inconcebible la alternativa de descalificar una respuesta legal por contradecir “principios generales”. En definitiva, el trabajo del jurista consistía en esa búsqueda de respuestas que estaban en la ley (más específicamente: en el código), bajo la amenaza de que si se apartaba del “sentido de la ley” cometía el delito de prevaricato. Al respecto recordemos la confesión del profesor Bugnet: “yo no enseño derecho civil, enseño Código de Napoleón”, y también la célebre definición de interpretación de Savigny: “reconstrucción del pensamiento del legislador ínsito en la ley”<sup>1</sup>. Si el derecho estaba contenido en la ley, o sea en algunos de los códigos, era absolutamente posible, y hasta deseable, que el jurista se convierta en un especialista de esa rama específica que estaba contenida totalmente en algún libro o parte de un código y, por ende, podía plenamente prescindir del derecho constitucional.

---

<sup>1</sup> Von Savigny, Federico Carlos, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en *La ciencia del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949, p. 82.

### 1.1.1. El derecho como materia argumentativa

Una de las señas defnitorias del EDC es haber reconocido que la Constitución ha dejado de ser un programa político dirigido exclusivamente al legislador y ha pasado a ser no solo una plena fuente del derecho para todos los juristas, sino la más importante de ellas (la fuente de las fuentes), a punto que desde ella se controlan todas las demás normas jurídicas. Desde la condena a los nazis en Núremberg por haber cumplido la “ley” y violado el “derecho”, se entiende que la ley fundamental de Bonn del 49 distinga entre ley y derecho, rompiendo esa sinonimia que se estableció a partir de los códigos franceses. Como dice simplifcadamente Zagrebelsky, la ley formula su derecho por medio de normas, mientras que la Constitución lo hace a través de principios (valores o derechos humanos). Por eso los juristas en la totalidad de los casos, deben concretar ese control de validez desde el derecho constitucional respecto a la totalidad de las normas que eventualmente pueden aplicar, en esa confrontación están incluidas las legales, y ese control no se reduce a lo formal o procedimental sino es sustancial o material. El derecho se ha constitucionalizado, que equivale a decir que se ha “principalizado” o “axiologizado”, de modo que más allá de especialidades, ningún jurista puede ignorar el derecho constitucional, y también el complemento del mismo que han significado los Tratados de Derechos Humanos. Todo jurista debe, de algún modo —directo o indirecto— operar el derecho constitucional, e incluso aplicarlo eventualmente de oficio cuando le toca decir el derecho.

### 1.2. *Los profesionales como sujetos interpretativos*

En el EDL se reconocieron a los jueces el rol de intérpretes oficiales del derecho legal, pero al mismo tiempo se subrayaba que el “intérprete auténtico” era el mismo legislador. Si nos tomamos en serio esta calidad, fácilmente se detecta que el juez era un intérprete subordinado, accesorio o inauténtico del principal intérprete que era el que concentraba la competencia para hacer derecho. Así se apelaba a una distinción categórica entre “creación” y “aplicación”, y para aquella estaba el legislador y para esta el juez, aunque el juez debía tener por criterio exclusivo y excluyente a los fines de esa tarea a la *voluntas*

*legislatoris*, pues recordemos que al hilo de la Revolución francesa se creó el réferi legislativo cuyo objeto era precisamente clarificar las dudas que podía generar la aplicación judicial de la ley, con lo que se excluía la posibilidad de que fueran despejadas por el juez. Incluso, como se postulaba —según Ihering— que la interpretación si bien “no creaba nada de nuevo” era por donde empezaba la ciencia jurídica, por ende, era un trabajo no para neófitos sino para científicos que deben “explicar la materia, resolver las contradicciones aparentes, disipar las oscuridades y las faltas de precisión, esclarecer todo el contenido de la voluntad del legislador”<sup>2</sup>. El derecho se conocía a través de la ciencia por eso era esta la que brindaba la posibilidad de “decirlo”, de ahí también que la única idoneidad requerida para ser juez fuera el ser licenciado en derecho, e incluso se suponía que cuanto más conociera el derecho más garantizada estaba la corrección en el servicio.

### 1.2.1. Todos son sujetos interpretativos

La Constitución propia de los EDC si bien tiene una dimensión jurídica, ella pretende fundamentalmente establecer las bases éticas o axiológicas de la convivencia social. Así la Constitución argentina de 1853 tenía claramente un *ethos* liberal e individualista, que con la reforma de 1994 fue compensado con otro de carácter personalista y solidario. De ese modo la Constitución interesa no solo a juristas sino a cualquier ciudadano, y desde esa perspectiva Peter Haberle se ha encargado de denunciar la desatención del problema de los participantes en la interpretación constitucional, concluyendo en la fórmula: “de la sociedad cerrada de los intérpretes constitucionales hacia la interpretación por y para la sociedad abierta”<sup>3</sup>, que implica sacar el tema del ámbito cerrado de los juristas y reclamar que en los procesos de la interpretación constitucional “están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos”, de modo que “el derecho procesal constitucional no es el único acceso al procedimiento de la interpretación constitucional”. Una tesis complementaria y fundante del autor alemán citado es *La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura* que es precisa-

---

<sup>2</sup> Von Ihering, Rudolf, *La dogmática jurídica*, Losada, Buenos Aires, 1946, p. 132.

<sup>3</sup> Haberle, Peter, *El Estado constitucional*, UNAM, México, 2004, p. 150.

mente el título de un libro publicado en 1982, y desde ese marco puede concluirse que la Constitución excede el mundo jurídico y el de los profesionales del derecho, y para saber lo que ella dice no puede marginarse a la sociedad. Pero ello se potencia porque el derecho en todas sus ramas se ha constitucionalizado, y así consiguientemente se fractura el autismo decimonónico de los juristas.

### 1.3. Objeto de la interpretación

La tarea interpretativa tiene asignado como objeto específico desentrañar “el” sentido que estaba en la norma legal en donde se subsumía el caso individual. Por eso —reiterémoslo— no se trataba de “crear” derecho sino de aplicarlo, y a tales fines la interpretación del mismo. Para llevar adelante ese cometido, solo se necesitaba conocer las normas en donde el jurista encontraría la respuesta que debía brindarle al problema jurídico que lo convocaba, y ese conocimiento era absolutamente dogmático o acrítico, por eso las innumerables y elocuentes enseñanzas de la exégesis como las siguientes:

Laurent:

Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos<sup>4</sup>.

Aubry:

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<sup>5</sup>.

Demolombe:

Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Bonnecase, J., *La escuela de la exégesis en derecho civil*, Cajica, México, 1944, p. 141.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 150.

Mourlon:

*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<sup>7</sup>.

### 1.3.1. Objeto de la argumentación

La experiencia de los tribunales que aplican el derecho característico del EDC nos muestra la ineludible carga de indeterminación que los juristas constatan en el mismo, sobre todo a partir de la posibilidad de determinar nuevas e inéditas respuestas desde el derecho potencial o concentrado en principios, valores o derechos humanos. En definitiva, frente al problema jurídico concreto para el que es llamado el jurista, este normalmente identificará en el derecho vigente más de una respuesta jurídica, y su trabajo consiste en escoger una de ellas, para luego argumentar o dar razones a favor de la misma. Cuanto más familiarizado esté el jurista con esas nuevas “fuentes de derecho”, habitualmente reconocidas en la Constitución o en los Tratados de Derechos Humanos, en mejores condiciones estará como para ir descubriendo nuevas y mejores respuestas jurídicas. Un jurista que solo conoce el derecho contenido en las normas, está más limitado que un jurista principialista a la hora de prestar sus servicios profesionales. Especialmente la jurisprudencia constitucional actual es una inequívoca prueba del carácter controversial y variado que conlleva el derecho del EDC en materia de soluciones jurídicas a viejos o nuevos problemas. Así igualmente se comprueba que aquel trabajo del jurista que llamábamos “interpretación” hoy se presenta de otro modo, o sea por medio de la “argumentación”. De esa manera puede entenderse la provocativa síntesis de la hermenéutica de Kaufmann o Hassemer que “aplicar derecho es descubrirlo”, en tanto la respuesta para un caso siempre supone algo de creación o ajustamiento particular.

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 160.

### 1.4. *Carácter nacional de la interpretación*

J. Bonnetcase en su conocido y exhaustivo libro *La escuela de la exégesis en derecho civil* subraya como un rasgo distintivo “el carácter profundamente estatista de la doctrina exegética”, pues ella “se reduce a proclamar la omnipotencia jurídica del legislador, es decir, del Estado, puesto que independientemente de nuestra voluntad, el culto extremo al texto de la ley y a la intención del legislador coloca al Derecho, de una manera absoluta, en poder del Estado”<sup>8</sup>.

Mourlon es categórico:

Para el juriconsulto, para el abogado, para el juez un solo Derecho existe, el Derecho positivo...Se define como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí [...] En efecto, las leyes naturales, o morales sólo son obligatorias en tanto que han sido sancionadas por la ley escrita<sup>9</sup>,

y junto al dogma de la infalibilidad del legislador ratificado por Mourlon, el profesor Valette afirma que “sería muy asombroso encontrar un caso que permanezca por completo fuera de las prescripciones legislativas”<sup>10</sup>; incluso Vareilles-Sommieres encuentra fundamento divino al derecho que poseen los gobernantes sobre los ciudadanos y crear el derecho positivo. Es que el EDL se nutría de la noción de soberanía propuesta por Bodino y, según la misma, el derecho que regularía la conducta de los ciudadanos era solo establecido y con absoluta libertad por parte del respectivo Estado nacional.

#### 1.4.1. *Carácter supranacional o internacional de la argumentación*

Los Tratados de Derechos Humanos se encargan de reconocer que no están creando a los mismos cuando sancionan esos textos, sino reconociéndolos y con alcance universal e inalienable. Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que cuenta con el poder de definir en última instancia el derecho vigente en los diferentes Estados de esa región, y si

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 161.

bien es una materia acotada, es indudable que la misma cuenta con una ineludible elasticidad que queda confiada al *self-restraint* de los jueces que la integran. La Corte Penal Internacional también es otro ejemplo de cuanto derecho y responsabilidades jurídicas supranacionales pesa sobre las autoridades nacionales a la hora de definir sus poderes y deberes.

Un ejemplo de lo mismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina es “Priebke”, dado que la mayoría de la misma concede la extradición solicitada por Italia a pesar de que los delitos estaban prescriptos, apoyándose para ello en que el Código Penal debía abrirse y ajustarse a lo contemplado por el *ius cogens*. En definitiva, en tiempos de globalización es muy evidente la crisis de la clásica soberanía de los Estados, los que al determinar sus políticas y derechos deben computar exigencias jurídicas que no les resultan disponibles, sino que deben respetar bajo la amenaza de quedar al margen de la comunidad jurídica internacional o asumir distintas responsabilidades. Peter Haberle reconoce que el “regionalismo” es “un elemento típico del Estado constitucional de la actual etapa de desarrollo textual” e incluso habla de un “*ius commune constitutionale*” europeo, y seguramente en nuestra realidad latinoamericana es posible identificar o trabajar para un análogo derecho regional.

### 1.5. Los métodos interpretativos

Los juristas del EDL para realizar el trabajo que le era requerido se le indicaban —en *El sistema de derecho romano actual* de Savigny— hasta cuatro métodos<sup>11</sup>: 1. El “gramatical” que tiene por objeto las palabras del legislador y consiste “en la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador”; 2. El “lógico”, o sea “la relación lógica en la que se hallan” las diversas partes del pensamiento del “legislador”; 3. El “histórico”, que analiza el impacto o los cambios que la ley introduce en la situación jurídica que regula; y 4. El “sistemático”, que “se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad”. De todas maneras, los métodos que terminaron prevaleciendo fueron el gramatical y el lógico, pues en la visión de la exégesis francesa la consigna es —según el Decano Aubry— “Toda la ley, tanto en su espíritu

---

<sup>11</sup> Von Savigny, Federico Carlos, *op. cit.*, p. 83.

como en su letra, pero sólo la ley”<sup>12</sup>, con la advertencia de Demolombe que la interpretación no incluía el inventar intenciones, aun mejores, que el legislador no tuvo. Los métodos interpretativos constituían el camino que debía recorrer el jurista a los fines de “desentrañar” el sentido de la ley que fue puesto por la voluntad general infalible —rousseauianamente hablando—, en donde luego subsumiría el caso individual respecto del cual se le pedía una respuesta.

Por supuesto, que un aval decisivo para esos métodos lo constituía una concepción “mágica” (Carnap) del lenguaje, en tanto se ignoraban las dificultades o problemas que el mismo conlleva, y la posibilidad de establecer aquella voluntad general.

### 1.5.1. Los argumentos

Las teorías de la argumentación, al mismo tiempo que centran su atención en la necesidad de que el jurista apele a razones o argumentos que respalden sus afirmaciones o premisas que forman parte de su discurso y propuesta de solución o respuesta al problema en el que trabajan, también brindan nóminas de argumentos disponibles a esos fines. Una buena prueba de ello lo constituyen los trece que propone Perelman, pero lo que corresponde destacar es que los viejos métodos se convierten en argumentos, y así entre ellos aparecen el lingüístico, el genético o el sistemático; pero de todas maneras con un sentido y alcance muy diferente. En efecto, los argumentos ya no están ligados a la voluntad del legislador, sino están disponibles en el derecho vigente y para el uso de los juristas, por ende, no corresponde “inventarlos” sino “descubrirlos”. Además, la función que ellos prestan es de respaldo racional al discurso que postulan, y su invocación no se reduce a normas legales, dado que son también esgrimibles en relación con comportamientos, instituciones, contratos, etc. Algunos de los argumentos son jurídicos en sí mismos (por ejemplo el autoritativo o normativo que consiste en aducir un artículo de una ley), pero otros son jurídicos en tanto su empleo por juristas y para dar respuestas jurídicas (por ejemplo la prueba científica de ADN). El respaldo último del recurso a argumentos implica reivindicar un derecho y una respuesta

---

<sup>12</sup> Bonnecase, J., *op. cit.*, p. 146.

racional y razonable, rechazando centralmente lo que contradice la lógica o lo gravemente absurdo axiológicamente.

## ***1.6. Estructura de la interpretación***

La tarea de la interpretación en el EDL se pretendía que se expresara en un silogismo deductivo, donde precisamente en la premisa mayor estuviera el sentido de la ley, o sea el caso genérico o supuesto fáctico y la respectiva consecuencia punitiva, en la premisa menor el caso individual a resolver, y en la conclusión la aplicación de la consecuencia prevista para el sujeto en cuestión. Se suponía que el intérprete se enfrentaba a “casos fáciles” lo que era potenciado por la “presunción de un legislador racional o infalible” que hablaba claro, con justicia, inteligiblemente, sin redundancias, etc. De ese modo la justificación de la decisión o respuesta jurídica se reducía a lo formal o a una cuestión asumida exclusivamente por la lógica. La hipótesis de eventuales lagunas era absolutamente excepcional, sin perjuicio de que en algunos referentes originarios de la exégesis francesa se llegó a negar la posibilidad de la integración no solo porque el Código napoleónico no contemplaba esa hipótesis, sino porque si aparecía un caso no contemplado debía concluirse en la no juridicidad del mismo (a tenor de que era derecho lo contemplado en la ley) y, por ende, correspondía su rechazo del mundo de los juristas. De todas maneras la experiencia reveló que aun en los códigos que se admitían mecanismos de integración (recordemos que en el Código francés ellos no aparecían), no hubo al respecto un trabajo doctrinario o jurisprudencial que explotara o aprovechara las potencialidades de ese recurso.

### **1.6.1. Estructura de la argumentación**

Las teorías de la argumentación han consolidado una doble dimensión en la justificación de los discursos jurídicos, por un lado, la llamada “justificación interna” que controla la conexión lógica o formal entre los diferentes enunciados o premisas que los componen; y por el otro, la “justificación externa” cuyo objeto son precisamente los argumentos o razones con las que se intenta justificar, fundamentar o motivar racionalmente a aquellas premisas o enunciados. Por supuesto que es especialmente en esta segunda donde se pone de

relieve la idoneidad argumentativa del jurista, y las posibilidades de que triunfe su postulación. Además de la cantidad y calidad o “peso” de los argumentos, importa que los mismos se enuncien de una manera persuasiva, y aquí se hace presente la lógica no formal, lógica material (Perelman), para-lógica (Kalinowski) o, para llamarla con el viejo y recuperado nombre de: “retórica”. Recordemos que esta es la ciencia y el arte de la persuasión, y es evidente que a los juristas les interesa lograr que sus tesis resulten aceptadas por aquellos a los que se dirige cuando argumentan, y a esos fines no basta tener las mejores razones para alcanzar automáticamente ese resultado, precisamente la retórica trata de favorecer la persuasión o aceptación. Ya alertaba Aristóteles que no había que dejar la retórica solo en manos de los que procuran el error y la injusticia, sino que debía aprovecharse por los que promueven la verdad y la justicia. El EDL coherentemente expulsó del mundo de los juristas a la retórica dado que si la ley era infalible y daba “una” respuesta, lo único que correspondía era estudiarla y repetirla mecánicamente en el caso, pero como venimos diciendo, si el jurista del EDC debe elegir una respuesta de las disponibles en el derecho vigente, es aconsejable que la argumente con persuasión o retórica.

### ***1.7. El resultado de la interpretación***

Conforme a lo que llevamos dicho queda claro que el intérprete se limita, al modo de un “ser inanimado” —según la exagerada fórmula de Montesquieu— a reproducir la ley en el caso sin aportar nada nuevo al derecho que ya estaba completamente contenido en las leyes. De ese modo puede entenderse por qué la formación académica de los juristas no requiere de la lectura de la jurisprudencia y se limita a la ley o los Códigos, dado que la alternativa contraria equivaldría a estudiar dos veces lo mismo, con el riesgo consiguiente de que la copia no reproduzca fielmente al original. Incluso también ese desinterés por la jurisprudencia se revela por la despreocupación de los Poderes Judiciales de establecer mecanismos eficaces y generales para la publicidad de las sentencias, en que en definitiva estas solo importaban a las partes. Abonaba la misma tesis esa otra que restringía la noción de fuentes del derecho a normas jurídicas generales. De todas maneras corresponde sobre este tema incluir el aporte de Kelsen que reconoce

dentro de la pirámide jurídica constituida solo por normas, a las normas individuales creadas por los jueces, las que se ubicaban en la base de la misma. Recordemos que se le atribuye al mismo Robespierre el promover la supresión del diccionario a la palabra “jurisprudencia”, en tanto ella podía remitir al trabajo judicial de los Estados de Derecho antiguo o medieval en donde no había duda que creaban derecho. La amenaza a los jueces de incurrir en el delito de prevaricato si es que se apartaban del “único” sentido o solución ya prevista en la ley, confirma la irrelevancia creativa del trabajo judicial, sin perjuicio de señalar que aquel delito supondría que cada vez que se producían disidencias había prevaricado la mayoría o la minoría.

### 1.7.1. El resultado de la argumentación

La experiencia profesional jurídica actual más elemental, seguramente corrobora que resulta del todo desaconsejable para un jurista no contar con acceso orgánico a la jurisprudencia general. A este respecto, señalemos la respuesta exitosa brindada por empresas dedicadas a la doctrina jurídica en orden a facilitar y acercar a los profesionales, directamente o con comentarios académicos, la mayor cantidad y calidad de jurisprudencia tanto nacional como extranjera. Ello también se corrobora cuando se constata el usual recurso a jurisprudencia que hacen los tribunales, especialmente los de más alta jerarquía. Es que hoy la teoría no solo reconoce la creación judicial de la norma jurídica individual, sino la creación de una norma jurídica (define derechos y deberes), general (vale para el caso en el proceso donde se dicta y para los casos análogos) que se incorpora al derecho vigente y queda disponible para casos análogos. La presunción de que los jueces se limitan a resolver un caso, no se corrobora en sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley (en algunas provincias argentinas con efecto *erga omnes* y publicándola en el Boletín Oficial), sino también cuando como en “Istcovich” la Corte Suprema argentina invalida el recurso ordinario creada ante ella en las causas previsionales, argumentando que ha generado un volumen enorme de procesos y con el propósito de dilatar esas causas en favor de las finanzas públicas, no obstante que en un porcentaje muy menor la parte oficial logra una sentencia favorable; o cuando dicha Corte en “Rosza” reconoce que la designación de los jueces subrogantes se

realiza inconstitucionalmente pero los validará por un año más; o en “Bahamondez” sin caso ya, se establece que los testigos de Jehová podían rechazar transfusiones de sangre. A la hora de mencionar creaciones pretorianas se podría incluir una larga lista suficientemente conocidas, pero nos limitaremos a recordar la creación del recurso extraordinario por sentencia arbitraria, y agregaremos que los nuevos procesos como la *class action* o la teoría de las “omisiones constitucionales” revelan una creación general jurisprudencial. Es que desde el punto de vista del razonamiento práctico no caben dudas —Aristóteles o Kant— que la solución concluida reviste alcance general o universal.

### ***1.8. El saber jurídico interpretativo como saber teórico***

El criterio de verdad defendido por Descartes era posible postularlo para el derecho decimonónico, en tanto la voluntad general infalible se pronunciaba en las leyes con indiscutible “verdad” clara y distinta, por ende, el silogismo construido judicialmente, en la medida que respetaba las reglas de la lógica formal también revestiría ese carácter de verdadero. En definitiva, el saber jurídico científico si pretendía ser tal, debía ajustarse a las exigencias de los saberes teóricos, y por ende, en aras de la certeza, objetividad o universalidad debía prescindir de la moral o la preocupación por los valores y limitarse a describir el contenido de las leyes. El mismo Marcadé se encargó de explicar el característico método científico propugnado por la exégesis francesa:

En el método exegético, se sigue el texto paso a paso; se disecciona cada uno de los artículos, para explicarlo frase por frase, palabra por palabra; se precisa, por el que le precede y el que le sigue, el sentido y alcance de cada proposición y de cada término... Cuando se ha marchado así con el legislador, siguiéndolo por todas partes, paso a paso, aun cuando haya seguido un camino errado, es entonces y solamente entonces, cuando se puede esperar haber comprendido bien su pensamiento; pues de esta manera, ya no es únicamente el resultado del Código, sino el Código mismo lo que se estudia y se hace familiar.

No solo la obra de los exégetas puros pretendía ser una glosa o comentario de la verdad contenida en la ley, sino los planes de estudios de las facultades de Derecho se estructuraron según los libros

de los códigos, y era absolutamente procedente que uno se limitara a dominar a solo uno de ellos. El método de enseñanza memorístico y acrítico en esas facultades corroboraba la teoriedad del saber jurídico científico.

### 1.8.1. El saber jurídico argumentativo como saber práctico

Los llamados autores “neoconstitucionalistas” que avalan el derecho del EDC, también reivindican el saber jurídico como saber práctico. Es que los principios, valores o derechos humanos son contenido moral y forma jurídica (Alexy), por ende, el saber jurídico incluye esa dimensión moral que compromete al jurista a buscar la mejor respuesta jurídica al caso o para denunciar las lagunas o antinomias y proponer el triunfo de la Constitución. El concepto del derecho es “interpretativo” (Dworkin) en el sentido que requiere valoración y el compromiso con el triunfo de los derechos humanos, tratando al derecho como si careciera de lagunas. El mismo saber jurídico para esos autores se incluye dentro del saber práctico en general, con lo que queda conectado inescindiblemente con la moral y la política. Incluso la justificación jurídica no puede ser autónoma sino termina siendo moral (Nino), o el discurso jurídico se constituye en un “caso especial” del discurso práctico (Alexy). De ese modo el control de validez jurídica incorpora la dimensión moral, de donde puede concluirse que si el derecho incurre en una “injusticia extrema” (Alexy) no es ni ha nacido al derecho. Más allá de ese límite moral excepcional para el derecho, habitualmente circula por el mismo la moral bajo la fórmula de los principios o valores y, por ello, su aplicación requiere no de subsunciones sino de “ponderaciones” dado que aquellos cuentan con la “dimensión de peso” como una de sus características. En definitiva, las teorías de la argumentación requieren forzosamente confiar en una razón que se ocupa de discernir entre la peor y la mejor conducta, norma o solución, por eso resulta imposible que desde un escepticismo ético radical se hable con propiedad de argumentación. Por supuesto que la certeza que alcanzamos en el saber práctico a la hora de juzgar su verdad o corrección, no será la misma que se logra en los saberes teóricos. El provocativo título de un artículo de Alexy

“¿Derechos humanos sin metafísica?”<sup>13</sup> y su respuesta positiva en demanda de la metafísica —en su caso fundada en Kant y Habermas— es elocuente de la recuperación variada del saber práctico que invadió en las últimas décadas a la filosofía moral.

### ***1.9. Nula relevancia política del intérprete***

La Europa que surge de la Revolución francesa no está dispuesta a reconocer un Poder Judicial, en definitiva ese servicio se encomienda a la Administración, por eso la necesaria presencia de un Ministerio de Justicia. Más allá de las razones que explican aquella posición, lo cierto es que se rechazó la idea de un tercio del poder del Estado para los jueces, y una serie de conocidas instituciones (como la ausencia del control de constitucionalidad, la casación, el réferi legislativo, el modo de designación de los jueces, sus deberes, etc.), avalaban la ausencia de auténtico “poder” en manos de los jueces. El perfil culturalmente auspiciado de un “buen juez”, era aquel que reducía su trabajo —en silencio y ocultamente— a la solución de las causas que estaban bajo su competencia, por lo tanto en los tribunales solo se necesitaban jueces y sus auxiliares directos, porque cualquier otro requerimiento de orden institucional (por ejemplo en el terreno de infraestructura, recursos materiales o iniciativa legislativa) debía ser satisfecho por el Poder Ejecutivo, lo cual conllevaba una ineludible pérdida de independencia. La única idoneidad requerida para ser juez era la científica, dado que su trabajo lo único que le exigiría sería repetir la ley para el caso, por eso bastaba contar con el título de abogado habilitante al ejercicio. Coadyuvando a ese perfil, recordemos que el objeto del proceso era ejecutar la ley y en esa tarea era un convidado de piedra dado que el proceso era de las partes. La absoluta apoliticidad de los jueces era un postulado aceptado por todos sin la más mínima duda.

#### **1.9.1. La dimensión política del argumentador**

Si el derecho se reconoce como inescindiblemente moral o político, y en él cabe identificar o determinar más de una respuesta jurídica dis-

---

<sup>13</sup> Alexy, Robert, “Ideas y derecho”, *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 2008.

ponible para el jurista, quien debe escoger una y argumentar a favor de la misma, no puede sorprender que aquel supuesto “insularismo jurídico” (Nino) hoy resulta cuestionable por los teóricos del EDC. Pero también los medios de comunicación social y abogados alientan lecturas políticas o morales de jueces y sentencias, y en el imaginario colectivo hay adscripciones automáticas a partidos o directivas políticas. Es evidente que el mayor poder con proyección política de los jueces reside en el *judicial review*, y este instituto inventado por la Corte de EU conducida por Marshall, fue importado a Europa al hilo de la construcción de los EDC en la segunda mitad del siglo XX, dejando de lado al tribunal como mero “legislador negativo” kelseniano. El activismo y la presencia judicial en los más variados problemas de las sociedades contemporáneas no solo tienen que ver con el control de constitucionalidad, sino con una sociedad cada vez más consciente de sus derechos, y en donde desaparecen valores comunes en medio de una gran crisis de legitimidad política que afecta privilegiadamente a los otros dos poderes. Recordemos que Alexy intenta aducir que junto a la representación popular o democrática de carácter electiva que invisten los legisladores y gobernantes, los jueces puede legitimarse democráticamente por vía de una “representación argumentativa” en tanto las razones que respaldan sus decisiones serían compartidas por los ciudadanos en una comunidad ideal de diálogo racional y con conciencia constitucional. Otro reflejo del ejercicio del poder estatal por parte de los jueces lo constituye la inquietud ciudadana por la independencia judicial en Latinoamérica, también el recelo y tensiones que exhiben los otros dos poderes de manera cotidiana, como la denuncia que el EDC degenerará en Estado de Derecho Judicial convirtiéndose la democracia en judistocracia.

### ***1.10. La ausencia de complejidad en la teoría de la interpretación***

A tenor de lo expuesto queda claro que se suponía que el trabajo interpretativo de los juristas no ofrecía demasiados problemas, dado que se resolvía por medio de leyes claras, casos fáciles y silogismos. Pero lo que pretendemos destacar es que en la cultura jurídica académica predominante se enseñaba al futuro jurista la teoría decimonónica de la interpretación, de modo que lo más probable que al empezar

con el ejercicio profesional estuviera convencido que el tema carecía de interés o discusiones, dado que regía pacíficamente aquella teoría en orden a explicar y regular el trabajo específico del jurista. Aún hoy uno sigue comprobando que si se le pregunta a un profesional del derecho por lo que entiende por interpretación, seguramente la respuesta más extendida será que ella consiste en “desentrañar el sentido de la ley”, y para una mayor explicación acudirá a los otros conceptos que le son anexos a esa perspectiva como los métodos interpretativos. Es cierto que en los campos en los que durante la segunda mitad del siglo XX el tema germinará y se potenciará, como el constitucional o el de la teoría o filosofía jurídica, durante los tiempos de vigencia del EDL estaban absorbidos por otros problemas y en la respectiva agenda doctrinaria escasa atención se le prestaba a la interpretación, o las propuestas superadoras que se ofrecían no lograban penetrar e interesar al mundo académico de las facultades de Derecho. En definitiva, imperaba “una” teoría interpretativa y no existía un interés significativo desde los académicos como para intentar destronarla o criticarla.

### 1.10.1. La complejidad y relevancia de la argumentación

Apelando con alguna libertad a Alexy, señalemos que un sistema jurídico define el derecho por medio de reglas y principios, estos dos elementos constituyen lo estático del mismo, en tanto me brindan una fotografía del sistema; además él contiene un elemento dinámico, que es una teoría de la interpretación o argumentación, cuyo objeto es definir cómo se prescribía o se aconsejaba a los juristas a operar con aquel derecho contenido en reglas y principios, por eso, dicha teoría equivaldría a la película del sistema en tanto importa verlo en movimiento. A tenor de dicha enseñanza, para conocer el derecho vigente histórico se requiere identificar no solo el contenido del mismo formulado por reglas y principios, sino también se necesita saber cómo van a determinar o “decir el derecho” en los casos concretos. Es evidente que a igualdad de normas pero diferente teoría para operar con ellas, las respuestas pueden ser diferentes, y una prueba de ello lo constituye la jurisprudencia argentina y paraguaya en tiempos que ambos países contaban con el mismo Código Civil. El panorama actual de la interpretación o argumentación es de riqueza y diversidad

teóricas notables, es que hay conciencia de que la definición misma del derecho en general y en los casos concretos, se resuelve en aquel campo. Implicados en la problemática en cuestión, hay una serie de problemas de enorme importancia que terminan de perfilar la teoría del derecho desde donde se habla de interpretación o argumentación, así cuestiones como razón práctica, fuentes del derecho, validez, proceso, etc., deben ser respondidas antes de formular la teoría interpretativa o argumentativa que se defenderá. El elocuente título del libro de Manuel Atienza *El derecho como argumentación* pone en evidencia que lo más importante que hacemos los juristas y que permite poner de relieve la solvencia como tal, es la capacidad de respaldar lo que pretendemos o decidimos con argumentos jurídicos válidos, suficientes, coherentes, persuasivos, etcétera.

### ***1.11. El enclave civilista de la teoría de la interpretación***

Coherente con la enseñanza alexyana consignada en el punto inmediato anterior, el derecho del EDL no dejó librado al azar o a la opción de los juristas, la teoría con la que operarían ese derecho. En efecto, fueron los libros primeros de los códigos civiles los encargados de definir esa teoría de la interpretación, por ejemplo: cuáles eran las fuentes del derecho, cuándo se podía invocar lagunas y cómo resolverlas, cuál era la costumbre jurídica aceptada, etc. No olvidemos que el Código napoleónico pretendía cumplir un papel en algún sentido equivalente a la Constitución, y así se incluían normas como la que regulaba la publicidad de las leyes y el comienzo de su obligatoriedad, lo cual era de dudosa eficacia formal de carácter permanente, dado que bastaba una norma legal posterior que la contradijera para que prevaleciera esta última, en función que el Código formalmente era simplemente una ley. Por otro lado, el derecho del EDL tenía una fuerte dimensión iusprivatista no solo por el lado de la exégesis francesa, sino también por el lado de la escuela histórica alemana, y ello quedó revelado en la importancia que las facultades de Derecho brindaron a las diferentes asignaturas, pues aún hoy los derechos civiles gozan de una privilegiada importancia respecto al resto de la currícula en la inercial cultura académica. Eso también provocaba que los alumnos si bien podían escuchar alguna propuesta novedosa en materia de interpretación en las cátedras de filosofía del derecho, ellas terminaban

devaluadas conforme al ámbito en que se ofrecían, frente a lo que se enseñaba al respecto por los profesores de las ramas del derecho civil.

### 1.11.1. El enclave constitucional de la argumentación

Seguimos con la lectura de Alexy en torno a los tres elementos constitutivos de los sistemas jurídicos, para decir que la teoría interpretativa que se postulará será discernida en el ámbito de la jurisprudencia constitucional. Es que si en esta, por ejemplo, se invocan como fuentes del derecho las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se admite la posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad, se deja sin efecto una sentencia pasada en cosa juzgada dado su manifiesta disvalía, se admite prueba documental luego de haber vencido el plazo para producirla, se define la jerarquía que tendrán los Tratados de Derechos Humanos, se establece la invalidez de una norma por carecer de fundamentos suficientes o por escoger un medio que no conduce al fin que se propone, se habilita una candidatura presidencial no obstante la prohibición al respecto, etc.; hay en todas esas decisiones, implícitamente formulada, una cierta teoría del modo en que se puede o debe operar el derecho, muy distante de la enseñada decimonómicamente. Pero más aún, los mismos constitucionalistas han reivindicado (Lucas Verdú, Pizzorusso o Crissafulli) para sí la materia regulada habitualmente en los Libros Primeros de los códigos civiles, dado que ella no es de alguna rama en particular, sino algo que corresponde ser definido en común para todas las ramas, entre esos puntos necesitados de definición está el “poder” o competencia jurígena que tendrán los jueces, como la jerarquía y sistematización del derecho vigente, la cual es claramente constitucional. También puede identificarse el actual y creciente desarrollo e interés doctrinario iusfilosófico o constitucional sobre la operatividad del derecho. Sintéticamente: no es el codificador civil sino la jurisprudencia constitucional la que finalmente va discerniendo la teoría interpretativa o argumentativa que en ese sistema jurídico se admite o prescribe.

### 1.12. *El valor excluyente de la seguridad jurídica en la interpretación*

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 uno de los cuatro derechos consagrados era precisamente el de la seguridad jurídica —los otros tres eran libertad, propiedad y resistencia a la opresión—. Es que la revolución fue en buena medida obra de la burguesía triunfante, y es evidente que para ella resulta decisivo esa definición clara acerca de poder saber a qué atenerse; en una palabra: tener claro anticipadamente el ámbito de la libertad o de las consecuencias que sobrevendrían según lo que se haga o no. Los teóricos del individualismo liberal desconfiaban o rechazaban lo público, y confiaban en la mano invisible del mercado, pues nada bueno podía venir de la intervención de organizaciones colectivas o del aparato estatal, incluso el Estado mismo se visualizaba como un “mal necesario” que había que reducir a su mínima expresión. La propiedad sin límites para el titular o el contrato sin otro requisito que el consentimiento formal, fueron otras piezas jurídicas claves del derecho del EDL. Pesaba sobre el juez no solo la desconfianza de lo estatal, sino también el riesgo que no se limite a ejecutar la ley o lo dispuesto por las partes, de ahí que su poder se pretendía “nulo” y debía ser rigurosamente controlado. En términos axiológicos, la seguridad jurídica se constituye en el único o primer valor al que sirve el derecho, de donde la justicia queda confinada a un valor peligroso, secundario o exclusivamente moral. Una vez más *dura lex, sed lex*, el rechazo a cualquier forma de desobediencia u objeción, o el *autoric-tas, non veritas, facit legis* de Hobbes, marca el fin al que sirve todo el derecho y el poder.

#### 1.12.1. El valor de la equidad como fin de la argumentación

Como ya hemos hablado, el derecho del EDC asume el carácter de medio que se justifica por el servicio que presta al hombre y a la sociedad, de ahí la importancia del fin o la función que el mismo presta. El testimonio de Bobbio es elocuente cuando a fines de la década de 1960 renuncia a su kelsenianismo dado que advierte que no se puede llegar a conocer el derecho si la preocupación se reduce a verlo como una mera técnica para dirigir conductas y, en simultáneo, comienza a

elaborar una teoría funcionalista del derecho que esté interesada en recuperar la pregunta por el fin o las funciones que debe asumir en las sociedades contemporáneas. Para ver hasta dónde ha penetrado en la conciencia de los jueces esta preocupación por tornar al derecho un instrumento que se legitima por la justicia a la que sirve, puede resultar interesante remitirnos en primer lugar al Estatuto del Juez Iberoamericano dado que en su art. 43 que se titula “Principio de Equidad” los Presidentes de las Cortes Supremas de esa región declaran: “los jueces sin perjuicio del estricto apego a la legalidad vigente, procurarán atender al trasfondo humano de dichos conflictos, y atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables”; y otro documento revelador proveniente de esa misma Cumbre Judicial Iberoamericana es el Código Modelo de Ética Judicial que en su art. 32 afirma que “el fin de la función judicial es lograr la justicia por medio del derecho”. Sin perjuicio de advertir la paradójica redacción de aquel art. 43, lo importante es que ambos traducen un cambio fundamental de perspectiva en torno a la función judicial, ya no se proclama que el buen juez es el que se limita a ejecutar la ley sin atender a consecuencias o consideraciones de justicia o exigencias ligadas al caso que debe resolver. La validez de una norma jurídica no se limita —como con claridad lo ha postulado Alexy— a un análisis autoritativo, sistémico o de eficacia, sino que debe incluir un control ético dado que si ella incurre en una “injusticia extrema” los jueces no la pueden dar por existente en el derecho, e incluso el derecho a la objeción de conciencia confirma el sentido personalista del actual derecho.

### *1.13. Los “casos” en la interpretación*

El EDL auspiciaba la convicción de que los casos a los que se enfrentarían los juristas serían “fáciles” o meras instancias individuales de los genéricos contemplados en las normas legales. Incluso la preparación al respecto para los futuros juristas se reducía a estudiar las fórmulas o caracterización utilizadas por el legislador, de ese modo el saber privilegiado en torno a los problemas fácticos era confiado al derecho. Buena prueba de esa distancia de la autónoma y autosuficiente cultura jurídica propia del EDL lo revela por ejemplo: la ignorancia sobre los saberes no jurídicos capaces de proporcionar el

conocimiento verdadero de los hechos; también la consolidada distinción entre verdad formal o procesal y verdad real o material, con el anexo que “lo que no estaba en el expediente no estaba en el mundo”; o la escasa atención institucional respecto al mundo de los peritos judiciales; o la tajante separación entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho; o la despreocupación por la inmediación en los procesos y la preeminencia de las formas y los escritos; etc. Una vez más se hace presente en este campo de los hechos la confianza en un legislador que creaba todo el derecho y que lo hacía con indiscutible racionalidad o infalibilidad y, por otro lado, el proceso brindaba un espacio para ofrecer y producir la prueba a la que el juez quedaba absolutamente ligado tal cual la encontraba. El juridicismo representaba otro obstáculo para ir a la realidad o más allá de las normas, por eso lo propio del trabajo del jurista era localizar la norma general donde subsumiría el caso individual que lo ocupa profesionalmente.

### 1.13.1. Los “casos” en la argumentación

Un apropiado modo de verificar los cambios que se han producido en la referida materia fáctica es remitirnos a doctrinas procesalistas como la de Michele Taruffo, que resultan plenamente funcionales a las exigencias y características del EDC. En sintonía con ellas subrayamos: a) “La verdad es condición de la justicia” en tanto si el juzgador es engañado sobre los hechos, ello conllevará inexorablemente una decisión injusta; b) La verdad no solo es posible sino que es una, dado que ella consiste (teoría de la correspondencia) en decir cómo ocurrieron los hechos; c) El proceso no tiene por objeto ejecutar la ley ni siquiera la paz, sino la justicia; d) En la práctica resultan muy difíciles de separar los hechos del derecho, por eso la crisis del recurso de casación; e) Para conocer la verdad de los hechos se torna crecientemente necesarias las pruebas científicas provenientes de saberes no jurídicos, de ahí la necesidad de que el servicio de justicia afronte la importancia de la misma y genere las regulaciones indispensables para que ese saber resulte confiable; f) Hay que distinguir entre las ciencias no jurídicas distintos niveles de certeza epistemológica, e incluso advertir que bajo ese rótulo a veces se pretende ofrecer “ciencias basuras”; g) El derecho de acceso a la justicia, es un derecho fundamental y debe facilitarse su ejercicio sin formalismos e igualdad, si es que se preten-

de tomarse en serio los derechos humanos; h) Cualquier caso puede llegar a convertirse en difícil en manos de un jurista formado y conocedor de principios y valores; i) Es prácticamente imposible confiar en una caracterización legal de los casos que cierre toda discusión o dudas; j) La complejidad de los casos impacta también en el modo en que el legislador los contempla; etcétera.

### **1.14. *Prescendencia de la ética del intérprete***

Está claro que si el intérprete debía limitarse a repetir la ley para el caso sin crear nada, bajo la amenaza de diferentes responsabilidades, incluida la penal, resultaba irrelevante su actitud o calidad ética personal, pues esta no se proyectaría en ningún sentido a la hora de decidir. A ese marco personal hay que agregarle la tesis de raigambre kantiana que ha nutrido la cultura del EDL de que la moral no tiene nada que ver con el derecho, dado que este es heterónomo, social y coercitivo, mientras que aquella es autónoma, individual e incoercible. Así coherentemente con ese juridicismo en la currícula de las facultades de Derecho no se estudiaba ética y moral, ni siquiera aquella ética que estaba implicada en el ejercicio profesional, a pesar de los Códigos de Ética que existían en los ámbito de los colegios o asociaciones de abogados. El rechazo o ignorancia de la ética incluía el trabajo judicial dado que en definitiva aquí también, como cualquier ciudadano, el juez estaba obligado solo a hacer lo que le mandaba la ley, pero en el resto regía plena libertad. Lo importante y decisivo era que el juez supiera la ley, por eso la idoneidad para serlo se reducía a la científica, pues el resto se daría por añadidura o era totalmente irrelevante. Las eventuales responsabilidades a las que podía llegar a afrontar un juez se reducía a las estrictamente jurídicas, básicamente: penal, civil, administrativa y política o constitucional. Se suponía también que la autoridad que el derecho le proporcionaba al juez era suficiente como para inspirar una actitud de confianza y respeto en la ciudadanía y abogados.

#### **1.14.1. Relevancia de la ética del argumentador**

Ya ha quedado destacado que el EDC conlleva potenciar el poder y la discrecionalidad judicial o del argumentador, por eso no es irrele-

vante la intención o actitud ética que acompaña al ejercicio profesional. Esto se corrobora en el mundo del *common law* donde nunca se privilegió una perspectiva juricista ni tampoco una prescindencia de la calidad ética de los que ejercen el poder público, y así en el procedimiento de selección de jueces se incluyen y privilegian aspectos no estrictamente profesionales jurídicos, tales como el trato que brindó a los que les prestaron servicios, o el modo en que respeta las normas de tránsito, o la opinión de la que gozan entre los que lo conocen, etc. Especialmente en nuestro continente se verifica una creciente y extendida preocupación en torno a la ética judicial, y buena demostración de ello lo constituyen los documentos aprobados por la Cumbre Judicial Iberoamericana como el Estatuto del Juez Iberoamericano de 2001, la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia es el Espacio Iberoamericano en el 2002 y el Código Modelo de Ética Judicial para el juez Iberoamericano en el 2006. A su vez las cortes supremas de varios países han ido sancionando Códigos de Ética Judicial en los que aparece configurada una específica responsabilidad ética diferenciada de las jurídicas. También se ha consolidado la necesidad de ayudar al derecho con la ética, y esa idea ha alcanzado recepción constitucional como es en la reforma argentina de 1994 en donde se incluyó el mandato a que se sancione una ley de ética pública. En las sociedades actuales es evidente la crisis de legitimidad que afrontan las autoridades de todo tipo, y frente a ella se ha invocado la necesidad de no quedarse con las exigencias meramente jurídicas sino avanzar en aquellas éticas que apelan al compromiso íntimo con la excelencia en el servicio, y no solo en el ser sino también en el parecer. Recordemos que el diálogo racional, al que auspician como matriz del derecho autores como Alexy, incluye exigencias éticas como la que “todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree”.

## 2. LA TEORÍA KELSENIANA: ENTRE LA RATIFICACIÓN Y LOS CAMBIOS

Si bien alguna mínima mención de Kelsen hemos hecho arriba, la importancia y trascendencia del jurista más influyente del siglo XX, especialmente durante el segundo tercio, nos obliga a ampliar consideraciones sobre el papel que cumplió la teoría pura del derecho en

relación con la transformación de la interpretación del EDL en la argumentación característica del EDC. En términos generales se podría decir que Kelsen es, en algún sentido, un continuador del EDL y, en otro sentido, es un auspiciador del EDC, pero no queremos entrar en ese análisis macro y nos limitaremos a confrontar la teoría pura en materia de interpretación o argumentación con las tesis centrales reseñadas que son características del EDC y que han explicitado y auspiciado los llamados neoconstitucionalistas como Alexy, Dworkin, Nino y Zagrebelsky, entre otros. El señalamiento de las características que siguen de la teoría pura, nos parece que sirven para destacar la incompatibilidad medular entre ella y las típicas teorías de la argumentación que acompañan al EDC.

### *2.1. El positivismo kelseniano*

Es evidente que cada paradigma o modelo de Estado de Derecho requiere de una teoría que le sirva de explicación, fundamento y oriente su funcionamiento, y el EDL se nutrió de una teoría jurídica inequívocamente iuspositivista, que en su tesis central afirmaba que no había más derecho que el derecho puesto como tal y que el mismo podía contar con cualquier contenido (“tesis de la positividad del derecho” en la definición de Bulygin). Es que en definitiva, Kelsen no oculta sus conexiones con Ihering, Jellinek o Laband cuyas propuestas van genéricamente en respaldo del EDL, aunque el iuspositivismo kelseniano no es “legalista” sino “normativista”. Consecuentemente, desde el comienzo la teoría pura se mostraba como un aliado importante de aquel EDL que en definitiva auspicia alcanzar una auténtica ciencia jurídica caracterizada por la “certeza” y la “objetividad”, como también favorecer la instauración de un orden coactivo —con reminiscencia hobbesiana según Ruiz Manero— y ambas tesis iban en respaldo de la teoría generada desde el mismo EDL. Por otro lado, recordemos que los autores neoconstitucionalistas, al menos inequívocamente en los casos más representativos de Alexy y Dworkin, son no-positivistas dado que en definitiva ponen límites morales a la existencia del derecho y admiten derecho al margen de la regla de reconocimiento o del test de pedigrí, respectivamente. El profesor de Kiel defiende explícitamente un concepto de derecho que lo reconoce

como no positivista dado que incorpora elementos morales o de corrección material.

## *2.2. El voluntarismo interpretativo*

Mientras que las teorías de la argumentación confían en que la respuesta brindada por el jurista puede ser escogida o respaldada en razones (provistas por la razón práctica), el planteo kelseniano es que en el acto de interpretación no hay conocimiento ni razón sino puro acto de voluntad, ello sin perjuicio de lo que indica el científico en relación con los márgenes que le deja la norma superior para interpretar o crear la norma inferior. La matriz del derecho es —en clave alexyana— el diálogo racional, y al hacer afirmaciones los juristas están invocando “pretensión de corrección”, y ellas quedarán sometidas al procedimiento dialógico regulado por las 28 reglas de ese código de la razón práctica propuesto por el profesor de Kiel, el que culminará con respuestas correctas o buenas universalizables. El jurista no solo tiene un límite moral para reconocer el derecho, sino debe buscar las mejores respuestas según posibilidades fácticas y jurídicas, a tenor de esos mandatos de optimización que son los “principios” presentes en el derecho vigente. Pero si vamos a Kelsen, el intérprete que pretende escoger la “mejor” respuesta está condenado a elecciones irracionales donde solo caben decisiones no cognitivas, sino volitivas. Así como el voluntarismo legalista solo apelaba a una justificación dogmática por la autoridad que generaba la ley y no había posibilidad para la crítica racional, algo parecido se derivaba a las decisiones judiciales fundadas en la autoridad del juez y fruto de una decisión irracional. A la luz de ese decisionismo irracional kelseniano no queda espacio para suscribir la idea seguridad jurídica decimonónica que es denunciada como una ficción, pero esa posición peca de extrema que no se compatibiliza con la posición moderada del neoconstitucionalismo al respecto.

## *2.3. Creación jurisprudencial*

Kelsen identificó creación con interpretación, dado que esta implicaba la elección dentro del marco de opciones, y así se constataba que a lo largo de la pirámide normativa había “aplicación” y “creación”,

por eso entre la creación legislativa y la creación jurisprudencial solo había diferencias cuantitativas pero no cualitativas. Ese punto de la teoría pura implica, como ya lo reconocimos arriba, un avance frente al iuspositivismo legalista, aunque la norma creada judicialmente era meramente individual, y, por eso, quedaba máximamente disminuida en su jerarquía (la que se determinaba en la pirámide por la generalidad) y condenada a la base de la misma. Sin embargo, pareciera que la idea de un estricto y específico Poder Judicial no estuvo presente en la Teoría Pura, y de algún modo ello se refleja cuando Kelsen en lugar de tricotomía de los poderes o funciones del Estado opta por una “dicotomía”: legislación y ejecución, dado que esta última es asumida por las funciones judiciales y ejecutiva en sentido estricto, ambas se reducen a “ejecutar” norma jurídicas generales. Por eso leemos en Kelsen:

no existe una separación tajante de los poderes judicial y ejecutivo como separación orgánica de dos diferentes funciones. Una función idéntica es distribuida entre máquinas burocráticas diferentes, siendo la existencia de sus diversas denominaciones algo que solo puede explicarse por razones históricas. Las diferencias en la respectiva posición de los órganos y en los procedimientos, tampoco derivan de una diferencia de función, y solo pueden explicarse históricamente<sup>14</sup>.

#### 2.4. *Escepticismo ético*

Como es de sobra conocido, la teoría pura efectúa una doble depuración en el derecho positivo normativo a la hora de configurarlo como el objeto de la ciencia jurídica, y una de ellas es precisamente el mundo de los valores o de la moral, y en ello es coherente Kelsen, dado que su postura al respecto es la propia del “emotivismo axiológico”, por lo que si dejaba esa realidad en el derecho se frustraba el propósito de una ciencia jurídica objetiva y exacta. La fórmula kelseniana es que la justicia es un “ideal irracional”, y ello solo expresa la distancia que hay con el EDC y los neoconstitucionalistas que —como Alexy— reivindican explícitamente al elemento moral como parte del derecho, por eso que el típico concepto del derecho en el EDC es “interpretativo” (Dworkin) o normativo (Alexy). Kelsen con coheren-

---

<sup>14</sup> Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1979, p. 326.

cia desconfiaba de las invocaciones de índole normativa, axiológica o “ideológica” como las contenidas en los derechos humanos o los principios, y precisamente sobre estos se ocupó específicamente en el capítulo 28 de su obra póstuma *Teoría general de las normas*, y ahí precisamente ratifica que hay que separar los “principios de la moral, la política y las costumbres” de las normas jurídicas que se identifican con el derecho y de la única realidad de la que se ocupa la ciencia jurídica con el propósito de describirlo y no de justificar o cuestionar su validez. Está claro que el normativismo kelseniano muy alejado está del principialismo o de la posibilidad de descalificar racionalmente la solución normativa cuando ella incurre en una solución disvaliosa, como proponen los autores neoconstitucionalistas.

### *2.5. Visión reductiva de la razón*

Kelsen formó parte del Círculo de Viena, y éste se encargó de definir solo dos caminos para el conocimiento: el de los juicios a posteriori o verificables, propios de la física, o el camino de los juicios a priorísticos o tautológicos, propios de la lógica y las matemáticas, pero fuera de esas alternativas solo había irracionalismo, emotivismo o voluntarismo. Precisamente, la teoría pura opta por aquella última opción y su matriz la proveerá la lógica, en particular, la estructura de los juicios hipotéticos, en donde a una cualquiera hipótesis fáctica se le imputaba una consecuencia coercitiva, que era el modo de definir a las normas jurídicas. El punto de vista kelseniano del científico es el descriptivo, por eso las proposiciones científicas eran susceptibles de verdad y falsedad en tanto describían a las normas como eran, pero estas carecían de todo valor veritativo en tanto eran meras decisiones o un recurso técnico para dirigir conductas por medio de la coerción. Ya hemos dicho que los autores neoconstitucionalistas (Alexy, Dwor-kin, Nino, etc.), como los textos constitucionales y tratados de derechos humanos, no dudan de hablar racionalmente de valores y moral, por eso el conocimiento y la teoría se elabora privilegiadamente desde el punto interno o del operador del derecho, y la noción de validez no se reduce a lo formal o a lo autoritativo o sistémico, sino que incluye exigencias de índole moral o racional, tanto en lo procedimental como en lo sustancial.

## 2.6. *Juridicismo*

Sorprende el esfuerzo kelseniano para mantenerse en todo momento ajustado estrictamente a limitar su ciencia a ser conocimiento descriptivo de normas jurídicas y dejar de lado cualquier otra realidad o problema. Ese insularismo jurídico ya fue adoptado en su primera obra de 1911 los *Hauptprobleme* cuando se preguntaba y respondía:

qué actos son actos del Estado, la respuesta nos la dará la norma jurídica: es la ley —entendida como el conjunto de normas jurídicas— la que establece expresamente cómo quiere obrar el Estado y bajo qué condiciones obra, por medio de sus órganos.

Recordemos algunas definiciones expresiva de ese juridicismo: el Estado es el orden jurídico normativo y no tiene un fin específico; su población es el ámbito de validez personal; el territorio es el ámbito de validez espacial; el derecho subjetivo es la facultad de reclamar al juez la aplicación de la coerción; el deber jurídico es la conducta contraria a la sancionada; la persona jurídica se define como centro de imputación normativa, etc. En sintonía con la presencia operativa en el derecho de los principios, valores o derechos humanos los neoconstitucionalistas (Alexy, Nino, Zagrebelsky, etc.) hablan de la inescindibilidad del derecho con la moral y la política, y además, conforme a lo mencionado, la tarea hoy del jurista requiere de esa apertura a las otras dimensiones de la realidad si pretende ajustarse a las exigencias del mismo derecho constitucionalizado. Como se dijo arriba, la razón práctica es una que se proyecta a campos diferentes de la realidad humana pero no cabe ruptura total entre ellas, por eso se torna inviable el juridicismo en el EDC.

## 2.7. *Disolución de la lógica*

Más allá de oscilaciones en la teoría pura y lecturas encontradas sobre la misma, nos inclinamos a pensar que al menos el último Kelsen rechaza la posibilidad de la lógica en la relación entre las normas dentro de la pirámide<sup>15</sup>. Quizás el punto representativo de este ilogi-

---

<sup>15</sup> Cfr. Weinberger, Ota, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Duncker & Humblot, Berlín, 1981.

cismo sea la tesis de la “cláusula alternativa tácita”, según la cual las normas contienen una autorización implícita para que se cree la norma inferior contradiciendo lo que ellas mismas pretenden o contemplan al respecto. Con esa propuesta, Kelsen intenta salvar la validez o existencia de aquellas normas que efectivamente han sido creadas al margen de lo establecido en las normas superiores a ellas, pero el costo de esa solución supone la disolución del esfuerzo implicado en lograr un sistema jurídico fuerte y la respectiva “dinámica jurídica” que le es propia. Nos parece que se puede concluir que la propuesta de un sistema “fuerte” normativo resulta difícil de proponer en el marco de un EDC en donde operan principios, valores y derecho con la consiguiente necesidad de ir ponderándolos en los casos concretos, es que ellos cuando entran en tensión no exigen como las normas la eliminación de uno de ellos, sino que se requiere su armonización ponderativa que fructifica en la solución para ese caso. Yendo al punto concreto de la lógica, es evidente que la invocación a la razón y la coherencia en el derecho, es una tesis central del EDC y que defienden los neoconstitucionalistas como Alexy, conlleva necesariamente exigir la lógica en todo el derecho atento a que ella tiene por objeto a la corrección formal del razonamiento. La justificación argumentativa requiere inescindiblemente del respeto a las reglas de la lógica.

## 2.8. *El constitucionalismo kelseniano*

Kelsen tiene el mérito de haber configurado durante 1920 el Tribunal Constitucional austríaco dado que ello significaba un reconocimiento al carácter jurídico de la Constitución. Sin embargo, recordemos que ese tribunal de matriz iuspositivista (Prieto Sanchís) no integraba el Poder Judicial y solo tenía competencia para un control formal, abstracto y *ex nunc* o irretroactivo de la ley, al modo de un “legislador negativo” se pronunciaba sobre la compatibilidad entre la ley y la Constitución, por ende, no aparecía reconocido la función políticamente más significativa del control judicial en relación con el contenido de la ley. Es ese Tribunal constitucional kelseniano “un modelo muy alejado de la otra gran construcción de una justicia constitucional, la norteamericana”, pues en aquel nunca se pierde de

vista “ni la primacía de la ley, ni las prerrogativas del legislador”<sup>16</sup>. El *judicial review* “inventado” por Marshall en “*Marbury vs. Madison*” (1803) supone no solo el esfuerzo para que el contenido de la Constitución prevalezca sobre cualquier otra norma jurídica, sino también para configurar al Poder Judicial con esa capacidad de tener la última palabra en el campo del derecho. También recordemos que Kelsen expresamente se opuso a la posibilidad de que entrara en la competencia del Tribunal Constitucional el campo de los derechos humanos dado que ello supondría un poder difícil o imposible de controlar por parte de los otros poderes. Aunque no puede negársele a Kelsen un lugar en la historia europea del constitucionalismo, es evidente que este avanzó por sobre las pretensiones y límites que aquel postuló.

## 2.9. Cientificismo

Sin perjuicio de lo ya señalado, querríamos insistir en que la teoría kelseniana responde al paradigma predominante de su tiempo, por ende, se descarta no solo la posibilidad de un conocimiento filosófico cuyo objeto sean realidades no empíricas, y también la alternativa de un conocimiento prudencial, determinativo o resolutorio típicamente de los jueces. El propósito central del esfuerzo kelseniano es lograr una ciencia jurídica que merezca el nombre de tal, y para ello es consciente que hay que apelar —con Kant— a la separación entre el mundo del ser y del deber ser, y que aquella se limite a describir las normas jurídicas positivas depurándola de toda referencia a la naturaleza y a los valores.

El “deber ser” de las normas significa simplemente imputación, y carece de cualquier implicancia axiológica, y de todo ello se concluye que el derecho es una técnica que apela a la coerción para dirigir conductas humanas, y esta definición, permite reconocer el derecho cualquiera que sea su contenido u origen. Recordemos que el privilegiado punto de vista cognoscitivo dworkiniano de Hércules supone que éste, además de juez, es filósofo del derecho. Alexy<sup>17</sup> sin perjuicio

---

<sup>16</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 92 y 84.

<sup>17</sup> Cfr. Alexy, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, *DOXA*, núm. 26, 2003, pp. 145-160.

de reconocer a la filosofía como una reflexión general y sistemática sobre lo que existe (metafísica, o mejor: ontología), sobre lo que debe hacerse o es bueno (ética) y sobre cómo es posible el conocimiento de ambas cosas (epistemología), sostiene como problemas de la filosofía del derecho: a) La pregunta por la entidad que tiene el derecho, y aquí aparecen la norma y el sistema normativo; y b) El problema de la validez del derecho que incluye sus dos dimensiones: por un lado, la real o fáctica —reivindicada por el positivismo jurídico— en tanto expedición autoritativa del derecho y su eficacia social; y por el otro, la dimensión crítica o ideal que indaga sobre la corrección, moralidad o legitimidad del derecho. La filosofía del derecho alexyana es capaz de asumir todos los problemas de la filosofía en general, aunque ella tiene problemas específicos dado su carácter institucional o autoritativo además de crítico o ideal, pero además destaca Alexy las relaciones especiales que ostenta respecto a las otras ramas de la filosofía práctica (filosofía moral y política). Estas definiciones de la filosofía del derecho que oscilan entre el “ideal comprensivo” y el “máximo restrictivo” en realidad corresponden que se adopten en el campo de la filosofía en general. En definitiva, para tomarse en serio los derechos humanos y los principios con su moral, resulta inevitable el recurso a la filosofía práctica.

### 3. BALANCE DESDE EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

Está claro que en el punto primero nos hemos limitado a describir los cambios que se verifican en la realidad del derecho en relación con el modelo del EDL y al paradigma del EDC que lo ha sustituido, glosando en simultáneo algunas tesis de los teóricos que han respaldado esos modelos. Nos proponemos ahora hacer un sintético balance del paradigma actual del EDC y algunos de los neoconstitucionalistas, desde la perspectiva del realismo jurídico clásico, o sea, desde esa perspectiva teórica que se remonta a Aristóteles o Tomás de Aquino, pero que en las últimas décadas cuenta con expositores de la talla de Kalinowski, Villey o Finnis, y a esos fines confrontativos distinguiremos los aspectos que visualizamos como positivos o suscribibles y aquellos que nos parecen observables o negativos. No será un balance puntual de cada una de las catorce características consignadas sino de

índole global o medular, en orden a destacar tesis centrales y decisivas para la teoría jurídica en general, y para la teoría de la argumentación en particular.

### 3.1. Tesis suscribibles o coincidentes

#### 3.1.1. El derecho es fruto de la razón práctica

El realismo jurídico clásico nunca dudó que la ley y toda norma jurídica es *ordinatio rationis*, por eso nunca pudo suscribir la hobbesiana tesis: *auctoritas, non veritas facit legem*, sino que insistió en *veritas, non auctoritas facit legem*. Entre las mil fórmulas que podemos encontrar en los textos tomistas sobre la íntima relación entre derecho y razón limitémoslo a los siguientes: “la ley humana es un dictado de la razón, mediante el cual se dirigen los actos humanos” (S.T. I-II, 97, 1) y “tratándose de cosas humanas, su justicia está en proporción con su conformidad a la norma de la razón” (S.T.II-II, 95, 2). Expresión de esa inescindible conexión puede ser la tesis de un iusnaturalismo contemporáneo; nos referimos a John Finnis, quien termina prefiriendo la expresión “racional” a “natural”. Es interesante apuntar que a criterio de un positivista de estricta observancia como lo es Atria, la teoría jurídica de Ferrajoli con la confianza en la razón que pregonaba, termina postulando la vuelta al iusnaturalismo y el Estado de Derecho pre-moderno. Por supuesto que ese juicio se potenciaría a *fortiori* si vamos a Robert Alexy donde la razón institucionalizada es de donde surge, casi inercialmente, el derecho y el Estado democrático constitucional.

Postular una teoría de la argumentación inevitablemente supone confiar en la razón práctica a la hora del jurista tener que defender con razones y argumentos la respuesta postulada, y contra-argumentar respecto de la que pretende la otra parte del conflicto o queda rechazada por el juez. Ese marco del diálogo o la dialéctica clásica, que en autores iusnaturalistas contemporáneos como Michel Villey es la originaria y apropiada matriz del derecho en tanto era “arte de la discusión bien organizada”<sup>18</sup>, encuentra claras resonancias con las teorías que reclaman para el derecho el diálogo racional, como la alexya-

---

<sup>18</sup> *Compendio de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979, t. II, p. 58.

na. Aunque algunas de estas llegan a establecer una especie de código compuesto de veintiocho reglas en aras de la racionalidad dialógica, seguimos hablando de Alexy, también aquella dialéctica jurídica clásica contaba con reglas que de igual manera se justificaban con aquel propósito de racionalidad posibilitadora de la justicia. La misma enseñanza se conectaba a esa estructura de disputas y preguntas, que atento a que no había respuestas evidentes o indubitables procedía el recurso a la dialéctica, o sea había que recurrir a razonamientos que se apoyaban en premisas verosímiles en tanto las respaldaban todos, algunos o los sabios. Está claro que cuando se vuelve a hablar de argumentación en el derecho en la década de 1950, por autores como Perelman o Viehweg se aduce como aval a la retórica de Aristóteles o a la Tópica de Cicerón, respectivamente.

Frente a la tesis dworkiniana de la “única respuesta correcta” para cada caso, Alexy prefiere hablar de “la respuesta como idea regulativa” en el sentido de que corresponde buscarla racionalmente en cada caso aun cuando no sabemos si se alcanzará, pero desde la convicción que existe en algunos casos. Esta perspectiva alexyana concluye en la posibilidad de establecer aquello que resulta imposible discursivamente y aquello que resulta necesario discursivamente, pero entre ambos extremos están aquellas respuestas jurídicas que entran en lo discursivamente posible. El pensamiento clásico coincide en que frente a los casos jurídicos habitualmente a lo que puede arribar la razón práctica es a establecer aquellas soluciones que resultan razonables, y por ende, la responsabilidad del jurista es escoger entre ellas con un apetito recto.

### 3.1.2. El derecho es inescindible de la moral

Alexy insiste que a la hora de conceptos del derecho solo caben dos alternativas: la positivista y la no positivista, y la distinción descansa según se recurra o no para la definición a elementos morales o de corrección. El profesor de Kiel encuentra tres puentes entre moral y derecho:

La moral puede estar vinculada con el derecho positivo en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales; en segundo lugar, por medio de que el contenido posible del derecho sea delimita-

do por la moral; y en tercer lugar, porque la moral fundamenta un deber de obediencia al derecho<sup>19</sup>.

Desde el realismo jurídico coincidimos en que aquella alternativa no deja margen lógico para terceras posiciones, en definitiva una teoría iusnaturalista o no positivista afirma que hay “algo” jurídico que vale como tal sin haber sido puesto originariamente por ninguna fuente o autoridad humana, mientras que las iuspositivistas sostienen que “todo” el derecho es puesto originariamente por alguna fuente o autoridad humana.

Por supuesto que el realismo jurídico suscribe —con particularidades— también aquellos nexos alexyanos entre derecho y moral. El primero, en cuanto supone que hay un límite moral para el derecho, que podría expresarse en la fórmula alexyana: “la injusticia extrema no es derecho”, y si se viola aquel no solo se frustra la posibilidad de crear derecho, sino se queda expuesto a reproches jurídicos que conlleven responsabilidad jurídica. El segundo, que implica la tesis alexyana que el discurso jurídico es un “caso especial” del discurso práctico o moral, y ello habilita y compromete al jurista a introducirse en ese terreno de los argumentos prácticos generales (los teleológicos, basados en la idea de bien, y los deontológicos, que recurren a lo correcto o incorrecto sin tener en cuenta las consecuencias); lo importante es la afirmación que el operador del derecho no prescinde de la moral al operarlo. Ligado a este segundo puente, recordemos que el derecho se expresa por medio de reglas (o normas) y principios, y que estos son “contenido moral y forma jurídica”, por ello los derechos humanos se asimilan a principios, pero lo importante es que estos son “mandatos de optimización” en tanto mandan la “mejor conducta jurídica posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas”, de ese modo el jurista tiene la responsabilidad de apelar a la “mejor” y no a cualquiera o aceptar dogmáticamente la que se ha dispuesto autoritativamente. Finalmente, es cierto que la justificación del deber de obedecer al derecho nos instala en el campo moral (recordemos la tesis de Nino de que la justificación en el derecho desemboca en la

---

<sup>19</sup> Alexy, Robert, “Derecho y Moral”, en *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005, p. 20.

moral), e incluso, en ese terreno puede definirse la desobediencia o la objeción de conciencia.

Desde el realismo jurídico clásico Graneris ha explicado que el contenido del derecho está cargado de moral en tanto es *res iusta* u *opus iustum*, sin embargo, es un *iustum imperfectum* porque es compatible con cualquiera de las disposiciones del sujeto que lo cumple (lo llama la “amoralidad” del derecho). De todas maneras, no caben separaciones entre moral y derecho, pues este tiene por fin, precisamente, el “bien” de la comunidad, o sea el bien de cada una de las personas de carne y hueso en cuanto miembros de un “nosotros”. La “verdad práctica” del que determina el derecho, sí requiere de un apetito recto.

### 3.1.3. El derecho requiere ser ajustado a los casos

En cuanto a la relevancia de los hechos la teoría alexyana incluye varias afirmaciones, recordemos: 1. Hace suya la metáfora consagrada por Engisch que la mirada del jurista es un ir y volver de la norma al caso; 2. En el discurso jurídico se incluyen premisas empíricas que para su fundamentación están los aportes de las ciencias empíricas, las reglas de la presunción racional y las cargas procesales de las pruebas; 3. La ciencia jurídica tiene por misión también el elaborar propuestas de solución a casos jurídicos problemáticos; y 4. La posibilidad de apartarse de la solución normativamente prevista en casos en que la misma resulta claramente irracional. Es posible encontrar coincidencias en el pensamiento clásico con las cuatro tesis, pero en especial cabe traer a colación en primer lugar las enseñanzas tomistas sobre la ley, cuando repitiendo a San Isidoro recuerda que ella debe ser “apropiada a las costumbres del país, conveniente al lugar y al tiempo, necesaria, útil, claramente expresada [...] instituida [...] para utilidad común de los ciudadanos” (S.T.I-II, 95, 3). La sintonía con el realismo que anima al iusnaturalismo llega a que Tomás de Aquino frente a la pregunta “si la costumbre puede tener fuerza de ley”, no duda en responder:

el consentimiento de todo el pueblo, expresado por una costumbre, vale más en lo que toca a la práctica de una cosa que la autoridad del soberano, que tiene facultad de dictar leyes solo en cuanto representante de

la multitud. Por eso, aunque las personas particulares no pueden instituir leyes, la totalidad del pueblo sí puede instituirlos (S.T.I-II, 97, 3).

Recordemos que para la teoría clásica el derecho no tiene por objetivo prioritario conseguir buenos hombres sino buenos ciudadanos, por ende, no prohíbe todo lo que está mal sino aquello más relevante para la vida social, y evitando, al exigir demasiado, que se frustre todo lo bueno que puede generarse en los ciudadanos, sin perder nunca de vista el contenido y posibilidades de la moral vigente en esa sociedad.

Pero yendo a los casos individuales en donde se requerirá escoger la respuesta para los mismos, nos parecen importantes dos observaciones. La primera vinculada a la equidad en tanto la tarea judicial importa la posibilidad de no juzgar “según el sentido literal de la ley, sino recurrir a la equidad” (S.T.II-II, 60, 5), y —como enseñó Aristóteles en el libro V de la *Ética a Nicómaco*— “lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal”, pues ahí “el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa”, aunque finalmente “lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia”. La segunda, es la conclusión tomista —que hace suya Santiago Ramírez<sup>20</sup>— que a la hora de obrar con recta razón en casos singulares es preferible que escasee el conocimiento de las exigencias universales pero que no falte el conocimiento de lo particular; por eso también la relevancia que tiene la experiencia de la vida en aquel terreno de lo concreto.

### 3.1.4. El no juridicismo

El EDC y los neoconstitucionalistas con su preocupación por la justicia y los derechos humanos no tienen posibilidad teórica de encerrarse en una visión juricista marginada de las dimensiones sociales, económicas, culturales, políticas, etc. Aquellos hablan de razón o filosofía práctica con sus dimensiones jurídica, moral y política, y no cabe duda que es asumir posturas que siempre defendió el realismo jurídico clásico. La dimensión ética que anima al derecho impide que éste se convierta en un fin en sí mismo o que carezca de un fin intrínseco, pues recordemos que para la escuela el fin del derecho es el bien

---

<sup>20</sup> Ramírez, Santiago, *La prudencia*, Palabra, Madrid, 1978, p. 46.

común, y por ende, dicho fin queda sumido y condicionado por todo lo implicado en la vida social. En la recordada definición de la ley del punto anterior se explicita aquella consideración a favor de la utilidad común que no puede perder de vista el legislador, y ella remite a la definición de Cicerón de la justificación de la justicia: *justitia est habitus animi, communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem* (*De inventione*, 2, 53, 160). También recordemos que las especies de justicia natural y legal aducidas por Aristóteles eran partes de la justicia política. Finnis expresamente escribe que la filosofía práctica constituye “una unidad de investigación que puede dividirse en moral, política y jurídica sólo por una ventaja pedagógica o expositiva que se arriesga a falsear la comprensión de los tres”<sup>21</sup>.

Uno de los desafíos que conllevan especialmente los derechos humanos económicos, sociales y culturales es cómo se los puede concretar en la realidad, y en aras de ese propósito sería ficcional o desastroso que los juristas se circunscriban al mundo de las normas jurídicas. El origen y finalidad de la vida social es la conservación y el perfeccionamiento integral de la persona humana, por eso el bien común se mide por el bien que redunde en el conjunto de los individuos, así concluye el Aquinate: “el fin de la mejor sociedad política es el mejor fin del hombre” (In VII Fol., lect. I). El bien común es, en definitiva, esa plenitud ordenada de los bienes necesarios para la vida humana plena, la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales del hombre, y de ahí que el bien común será más perfecto cuanto mayor suficiencia posea de los distintos bienes humanos.

Cierto grado de bienes materiales o exteriores tales como vivienda, vestido, dinero, etc., es “condición necesaria” —dice Ramírez— para que el hombre desarrolle sus actividades superiores, por eso la sentencia griega y reiterada por Santo Tomás de “primero vivir, después filosofar”. Millán Puelles introduce una apropiada distinción entre “bienes materiales” y “bienestar material”<sup>22</sup>, destacando que el mero incremento de aquellos bienes individuales no genera de por sí el bienestar material de la comunidad, pues esta exige la justa distri-

<sup>21</sup> Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 386.

<sup>22</sup> Millán Puelles, Antonio, “Bien Común”, *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, 1971, t. IV, p. 226 y “Persona humana y Justicia Social”, Rialp, Madrid, 1978.

bución de lo que es necesario para llevar una vida digna en el orden material o de bienes exteriores. Estos bienes de orden económico no se constituyen en un fin en sí mismo para el hombre, sino que tienen carácter de bienes útiles o de medios para el crecimiento propiamente humano, o sea de sus potencialidades espirituales; enseña el Aquinate: “Necesita el hombre en esta vida de lo necesario para el cuerpo, ya para la vida contemplativa, ya para la vida activa; para la cual se requieren, además, de muchas otras cosas por las cuales ejerza las obras de la virtud activa” (S.T.I-II., 4, 7). No obstante el carácter instrumental que poseen esos bienes materiales, ellos se requieren para el crecimiento personal y para la paz social, una carencia de ellos y una desproporción irracional avivan rechazos, enfrentamientos y son fuente de frustraciones.

### 3.2. *Observaciones y críticas*

#### 3.2.1. **Ausencia de una concepción antropológica ontológica o esencialista**

Es una verdadera paradoja constatar que a pesar de las importantes coincidencias señaladas precedentemente, existen disensos significativos en problemas éticos concretos entre la escuela del realismo jurídico y los autores neoconstitucionalistas o postuladores de las teorías de la argumentación. Una de las claves de esas diferencias se advierte a la hora de responder al problema antropológico, más en concreto: a la hora de definir la dignidad humana. Alexy puede ser un buen ejemplo de la paradoja denunciada, porque luego de defender que sin “metafísica no hay derechos humanos”<sup>23</sup> se encarga de explicitar una metafísica constructiva racional y universal que recupera el tercer mundo de objetos propuesto por Frege y remite a un hombre con competencia para afirmar, interrogar o argumentar.

En el punto, la alternativa pareciera ser entre optar por el camino señalado por Kant en defensa de la autonomía individual, o el camino de identificar una esencia constitutiva de todo miembro de la especie

---

<sup>23</sup> Alexy, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, 2008.

*homo sapiens*. El peligro de la primera opción lo advierte el mismo Nino aunque no acierta en su solución:

el concepto de hombre sobre la base de propiedades que se presentan *prima facie* como moralmente relevantes —tales como las propiedades de racionalidad y la capacidad de proponerse fines que toma en cuenta Kant— pero en ese caso se llega a la conclusión chocante [...] de que hay hombres que lo son en menor grado que otros, puesto que aquellas propiedades son típicamente de índole gradual<sup>24</sup>.

Para eludir esta consecuencia de que debamos establecer quién es más persona que otra, con el riesgo de que aquellas prevalezcan sobre las restantes o que algunos terminen siendo exclusivamente medios al servicio de otros, queda el camino de no distinguir entre ser humano y persona con dignidad, o sea optar por un “personalismo ontológico” que en buena medida se asimila a un “personalismo ontológico” “en cuanto interpreta que lo biológico humano y lo personal, son inseparables”<sup>25</sup>. Robert Spaemann<sup>26</sup> alerta sobre los riesgos de definir a la persona más allá del dato biológico en tanto supone encomendar a alguien, para que establezca el círculo de los que merecerán dignidad y los que quedan afuera, por eso su coherente conclusión en clave iuspositivista de que los derechos humanos son meros “edictos de tolerancia revocable”.

A veces se advierte que se aduce dogmáticamente contra la tesis señalada que ella es defendida por la Iglesia católica, como si este aval la condenara inexorablemente. Frente a semejante irracionalismo vendría bien recomendar la lectura de Habermas reivindicando un espacio para los creyentes en el ámbito de la razón pública conforme al *ethos* de una ciudadanía liberal y democrática<sup>27</sup>. En definitiva, si queremos tomar en serio a cada hombre —cualquiera sea su autonomía, funciones, capacidades, etc.— no es apropiado recurrir a criterios que posibiliten identificar “una vida en serio”<sup>28</sup> de aquella que no lo es, si-

<sup>24</sup> Kant, E., *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 44.

<sup>25</sup> Possenti, V., “Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, en Massini, C. I. y Serna, P., *El derecho a la vida*, EUNSA, Barcelona, 1998, p. 141.

<sup>26</sup> Cfr. “Sobre el concepto de una naturaleza del hombre”, en *Lo natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989.

<sup>27</sup> Habermas, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, Paidós, Barcelona, 2006.

<sup>28</sup> Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 9.

no más bien, insistir en que todo miembro de la especie humana tiene una dignidad esencial irrenunciable y enajenable, más allá de aquella otra dignidad que vaya apropiándose en la vida, por eso los derechos humanos son un “coto vedado” a la voluntad de cualquier otro, por poderoso y eficaz que resulte su poder.

### 3.2.2. No solo razón práctica procedimental

Más allá que coincidimos con aquellos que advierten que Alexy ha ido incorporando en su teoría una creciente presencia de una razón con compromisos y exigencias sustanciales (un buen ejemplo es su fórmula: “la injusticia extrema no es derecho”), lo cierto es que sus presupuestos filosóficos lo limitan en ese terreno y lo obligan a permanecer más cómodamente arraigado en el plano procedimental o formal. Pero al margen del profesor de Kiel somos conscientes que hay marcada influencia en las teorías de la argumentación de visiones de la razón que solo se proyectan en cuestiones éticas o de justicia en el plano procedimental o formal. Los riesgos de ese reductivismo racional es que cuando se concluyen tesis sustanciales, como por ejemplo la defensa de los derechos humanos, es de suponer que se ha incurrido en alguna falacia (A. Kaufmann) dado que del plano meramente formal o procedimental será imposible arribar a postulados sustanciales; para lograrlo habrá que introducir subrepticamente algunas afirmaciones en este último terreno.

Desde el realismo jurídico pretendemos no rechazar la razón procedimental, y un buen ejemplo de ello lo es J. Finnis con sus nueve exigencias constitutivas del “método de la ley natural para elaborar la ‘ley natural’ (moral) a partir de los primeros principios de la ley natural (pre-morales)”: 1. Un plan de vida coherente; 2. Ninguna preferencia arbitraria entre valores; 3. Ninguna preferencia arbitraria entre personas; 4. Desprendimiento y desapego; 5. Compromiso; 6. Eficiencia razonable; 7. Respeto a todo valor básico; 8. Las exigencias del bien común; y 9. Seguir la propia conciencia. Pero también el profesor de Oxford en el camino que transita para llegar a la definición focal

del derecho recurre —también lo hace Alexy— a las ocho desiderata propuestas por Lon Fuller en su “derecho natural formal o procesal”. Graneris ha precisado entre las notas de la juridicidad, aquellas “superficiales” que dan la figura, lo que los antiguos llamaban “forma extrínseca”, pero también están las “profundas” que dan el ser y el valor, la llamada “forma intrínseca”<sup>29</sup>. Otros ejemplos dentro de la escuela por la preocupación de las exigencias formales o procedimentales de la razón es Kalinowski, especialmente sus estudios en el campo de la lógica, o Villey en el terreno de la dialéctica.

De todas maneras, lo que pretendemos destacar es que la razón práctica postulada por el realismo jurídico clásico no se queda en el plano procedimental ni confía en que del mismo saldrá la respuesta correcta o justa, pues hay exigencias sustanciales o materiales respaldadas racionalmente que resultan en el terreno jurídico indisponibles o innegociables. Ellas pueden ser llamadas con el nombre de lo justo o el derecho natural, o con un nombre que hoy resulta más usado, nos referimos a los “derechos humanos”, pues para varios representantes de la escuela, estos son el nuevo nombre del derecho natural.

### 3.2.3. El recurso a la prudencia

A las teorías de la argumentación y a los neoconstitucionalistas que como Alexy se inspiran en Kant, no les resulta fácil conectar racionalmente sus propuestas a las contingentes circunstancias, aun cuando podemos encontrar atisbos de ella en la razón ponderativa de los principios. Pero es claro que la prudencia no tiene lugar en el sistema moral kantiano, así lo subraya Aranguren:

la prudencia nada tendrá que ver con la moral, que penderá pura y exclusivamente de la buena voluntad [...] Se dibujan así tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la buena prudencia (Sócrates), ética de la buena voluntad (Kant) y ética de la prudencia y la buen voluntad (Aristóteles)<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Graneris, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1973, p. 77.

<sup>30</sup> Aranguren, José Luis, “Ética”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, p. 327.

Sin embargo, para el realismo jurídico clásico el método para determinar o establecer el derecho positivo es la prudencia: “Declarar o definir el derecho pertenece —sin ambages afirma Lachance— a la prudencia”<sup>31</sup>. También Andrés Ollero encuentra en el proceso de “determinación” la clave para entender el surgimiento del derecho, en tanto la decisión judicial remite a la explicitación de un texto normativo general, y éste a un “texto” radicalmente ontológico, así,

la ley jurídica natural, como un primer elemento jurídico que late en el orden universal, aunque no sea todavía realidad jurídica, “cosa justa”, sino principio orientador de su búsqueda<sup>32</sup>.

E insiste en otra obra:

Hacer leyes no es, pues, poner la justicia, sino comenzar a hacer la justicia. Juzgar el caso concreto no es aplicar una justicia dada sino acabar un ajustamiento sólo incoado<sup>33</sup>.

La prudencia —la reina de las virtudes, según los clásicos— es formalmente intelectual y solo materialmente moral, en cuanto aplica los principios de la razón práctica a la materia moral, o sea al campo de lo agible humano, de los actos libres y deliberados. Si el acto justo consiste en darle al otro lo suyo, se requiere determinar lo que es justo o suyo, y este es el trabajo que debe llevar a cabo la prudencia jurídica, formulando y estableciendo la regla y medida del comportamiento justo. Los distintos juicios prudenciales provienen de la razón práctica, son conclusiones de un silogismo práctico, y se dirigen inmediatamente a la acción, la cual tiene por motor a la voluntad y las tendencias sensibles. Si bien el razonamiento práctico del constituyente o del legislador pueden diferenciarse del que despliega el juez o del que construye el particular al cumplir un mandato jurídico o formaliza un contrato o un testamento, hay una analogía entre ellos; y de esos silogismos prudenciales se formalizarán normas o reglas generales o individuales que se constituirán en modelos de ciertas conductas a las

---

<sup>31</sup> Lachance, Louis, *El concepto del derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953, p. 121.

<sup>32</sup> Ollero, Andrés, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, EDERSA, Madrid, 1982, p. 45.

<sup>33</sup> ¿*Tiene razón el derecho?*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 276.

que impera, pero a su vez en la realización de estas, los sujetos actuantes se guiarán por sus respectivos juicios prudentiales.

Pero la tarea de los juristas a la hora de promulgar sus normas o decisiones no solo debe ser prudente, sino también, persuasiva, por ende, pesan sobre ellos aquellas enseñanzas que en la filosofía clásica se atribuían a la Retórica. Precisamente Kalinowski nos da una perfecta síntesis en donde tienen un espacio reconocido los razonamientos de persuasión:

Los racionios jurídicos así definidos pueden dividirse, paralelamente a los racionios en general, en tres grupos: racionios jurídicos de coacción intelectual (racionios jurídicos lógicos), racionios jurídicos de persuasión (racionios jurídicos retóricos) y racionios jurídicos de argumentación puramente jurídica, basada sobre presunciones, prescripciones, ficciones, etc., establecidas por ley (racionios jurídicos extra-lógicos<sup>34</sup>).

Recordemos que Aristóteles reclamaba no dejar la retórica en las manos de aquellos que enseñan el error y la injusticia, sino ponerla al servicio de la verdad y la justicia, con la confianza que siempre será este trabajo más fácil que aquel otro.

---

<sup>34</sup> *Introducción a la lógica jurídica*, EUDEBA, Buenos Aires, 1973, p. 148.

## IV. Razonamiento justificatorio judicial

### 1. DE LA VISIÓN LEGALISTA-DOGMÁTICA A LA JUDICIALISTA-CRÍTICA. LA IMPORTANCIA IUSFILOSÓFICA DE LO METODOLÓGICO

El paradigma dogmático-legalista se constituyó en Europa continental en el siglo XIX básicamente a instancias de la escuela exegetica, la escuela histórica y el primer Ihering; y entre sus diferentes postulados característicos destaquemos, a los fines del presente trabajo, los siguientes: 1. La sinonimia medular entre derecho y ley, remitiendo la Constitución al mundo no jurídico de lo político; 2. La tajante separación entre creación y aplicación del derecho: aquella, librada a la voluntad perfecta del legislador, y esta confiada a una razón judicial aséptica, que mediante un elemental mecanismo de subsunción repetía sin dificultades la ley para el caso; y 3. El valor jurídico decisivo y central del modelo es la “seguridad jurídica”, en cuanto saber a qué atenerse jurídicamente o contar con la respuesta previsible y anticipada para cada problema jurídico. Para ese paradigma no había espacio ni necesidad de razonamiento justificatorio, pues la decisión creadora del legislador se justificaba en sí misma y era incontrolable, y luego venía el irrelevante silogismo formal judicial de rigurosidad teórica. De ahí la rudimentaria teoría interpretativa circumscripita a “reconstruir con fidelidad la voluntad del legislador” (Savigny) y la igualmente simple y rígida teoría de las fuentes del derecho, centrada en la norma jurídica general y, más específicamente, en la creada por el Poder Legislativo. Consecuentemente, aparecían las resistencias para confeccionar un listado de las fuentes del derecho complementarias de la ley, y así, por ejemplo, se llegaba dificultosamente a reconocer tal carácter a la costumbre, solo en la medida en que aclaraba la ley o suplía el silencio, pero nunca en oposición a la misma, y por el lado de la jurisprudencia, solo para el supuesto de que fuera reiterada y proveniente del tribunal de la máxima jerarquía.

Aquella “matriz disciplinar” continental sufrirá —según advierte simbólicamente Perelman<sup>1</sup>— un profundo agrietamiento en Núremberg, al sacar a la luz sus insuficiencias y debilidades, en las décadas siguientes padecerá un amplísimo y variado abanico de críticas que terminarán de socavar sus cimientos, de reducir el número de sus adherentes teóricos y de poner de relieve su distanciamiento cada vez más pronunciado con la realidad y la operatividad del derecho. Algunas de las derrotas más directas e importantes que experimentó aquel paradigma tiene que ver: con el reconocimiento de verdadera fuente del derecho a los “principios generales del derecho”, con la institucionalización del control constitucional, con la admisión de que la sentencia judicial no se limitaba a “aplicar” la norma legal, con la presencia exigente y axiológicamente expansiva de los derechos humanos y con el debilitamiento de las pretensiones cientificistas generales en favor de proporcionar respuestas jurídicas a la medida de los casos. Más allá del mundo estrictamente jurídico, la sociedad democrática y pluralista ya no estará dispuesta a legitimar —como observa Atienza<sup>2</sup>— por la remisión a la autoridad o por meras explicaciones estructurales o formales, sino que pretende que la autoridad —a cuyo servicio está— tenga razones cuando toma una decisión, las haga conocer y las someta a la crítica ciudadana.

Los dos escenarios que más nos interesa subrayar son, por un lado, el de esa sociedad desconfiada de la autoridad y muy atenta y crítica con el modo en que la ejerce y, por el otro, haber recuperado el “sentido del derecho”, que es el de resolver problemas jurídicos concretos en favor de las personas individuales o en cuanto miembros de sociedades. Insistiendo en este ángulo jurídico, resulta claramente arbitrario que, por interés científico o por disponerlo un sector económico-social, se preste atención solo a las normas jurídicas generales y se las constituya en fines en sí mismas y en el objeto exclusivo y excluyente del derecho y sus operadores. De lo que se trata, entonces, es de advertir que el derecho es una obra colectiva —parafraseando a Villey— que comienza a determinar el constituyente con la mayor generalidad,

---

<sup>1</sup> Perelman, Chaim, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 103.

<sup>2</sup> Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 25.

pero que culmina el juez cuando desde todo el derecho determina una respuesta jurídica al problema que le llevaron los mismos que lo han constituido en autoridad.

El gran escenario jurídico olvidado por la teoría decimonónica ha sido el judicial, y, en consecuencia, la primera tarea para poder elaborar una teoría jurídica realista, integral y satisfactoria es no solo recuperar aquel sector del derecho, sino advertir que es el momento final y privilegiado para reconstruir un nuevo paradigma<sup>3</sup>. El modelo iuspositivista decimonónico, a puro voluntarismo y reclamo de seguridad jurídica, nos sacó de escena al juez, y, entonces, de ese concepto mínimo del derecho de que habla Wroblewski<sup>4</sup> solo nos quedamos con las normas generales y se nos privó de las normas individuales. El derecho, más que un trabajo de equipo —como reclama Aarnio<sup>5</sup>—, se dispuso que sea solo obra de legisladores y no de jueces. Estos postulados característicos de la metodología legalista-dogmática, establecidos legislativamente y consagrados académicamente por la ciencia jurídica típicamente decimonónica respectiva, se sustentan en y expresan una cierta filosofía absorbida y debilitada por la ciencia física-natural, lo que constituye la clave última del modelo<sup>6</sup>. El camino gnoseológico permitido por el paradigma científico imperante en el siglo XIX tiene a la ley jurídica como el equivalente perfecto de la ley científica<sup>7</sup> y a la seguridad o certeza jurídica como clave axiológica exclusiva y excluyente según el reclamo exitoso de la burguesía triunfante, pero al mismo tiempo declaraba la intolerancia a respuestas jurídicas a la medida de los casos. En definitiva, hay que volver a prestar atención privilegiada al espacio metodológico-jurídico, advir-

---

<sup>3</sup> La explicación última de la existencia del juez se incardina con la presencia forzosa e inevitable de problemas jurídicos en la sociedad humana; por eso leemos en la Ética a Nicómaco: “Cuando están en desacuerdo los hombres recurren al juez, pues ir al juez es ir a la justicia, y el juez es la justicia animada” (Aristóteles, Ética a Nicómaco, 1132, a).

<sup>4</sup> Wroblewski, J., *Sentido y hecho en el derecho*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, p. 18.

<sup>5</sup> Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 33.

<sup>6</sup> Cfr. Massini, Carlos, *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

<sup>7</sup> Balaguer Callejón, F., *Fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 20.

tiendo que es un verdadero “banco de pruebas” de cualquier filosofía jurídica<sup>8</sup>. Glosando con libertad a Larenz<sup>9</sup>, podemos sintetizar lo que queremos expresar con el siguiente apotegma: “Dime qué metodología jurídica sustentas y te diré qué filosofía jurídica sustentas o estás dispuesto a sustentar”.

Es imprescindible que los iusfilósofos no perdamos de vista —o, mejor aún, miremos con mucha y permanente atención— el modo en que opera o pretendemos que opere el derecho, sea, la teoría de la interpretación jurídica que está contemplada explícita o implícitamente en todo ordenamiento jurídico (recordemos que para Alexy un ordenamiento además de normas y principios jurídicos —que constituyen la dimensión estática del mismo— contiene como un tercer elemento a una teoría interpretativa que determina cómo se va a operar con aquellas normas y principios, pues esa teoría constituye la dimensión dinámica del ordenamiento jurídico)<sup>10</sup>. Desde esta perspectiva se puede coincidir con Dworkin cuando pretende que la filosofía del derecho no sea un saber más sino que sea el “nervio de la reflexión sobre el derecho”<sup>11</sup>.

Por supuesto que, junto a la más calificada doctrina actual —desde Finnis hasta Aarnio, pasando por Alexy o Dworkin— pensamos que toda teoría jurídica es inescindiblemente normativista o prescriptivista, lo cual supone renunciar por imposible e inconveniente a pretensiones desvinculatorias de lo descriptivo respecto de lo prescriptivo.

---

<sup>8</sup> Fue muy caro el precio que pagó la filosofía del Derecho por culpa de los “filosofismos” que intentaron filosofías jurídicas a la medida de sus “sistemas filosóficos”, aunque despreocupados por el derecho concreto; con acierto dice Kaufmann que “las dos preguntas fundamentales de la filosofía del derecho son: qué es el derecho correcto y cómo conocemos o llevamos a la práctica el derecho correcto” (Kaufmann, A. y Hasserner, W., *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Debate, Madrid, 1992, p. 49).

<sup>9</sup> “Mostrar el desenvolvimiento progresivo de la metodología jurídica, normalmente en consonancia con la evolución del pensamiento jurídico filosófico y éste a su vez en clara dependencia con los principios corrientes del pensamiento filosófico”. Larenz, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 3).

<sup>10</sup> Cfr. Aarnio, A., *op. cit.*, p. 141. Robert Alexy habla de los tres niveles del sistema jurídico: reglas, principios y teoría de la argumentación jurídica. *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 19).

<sup>11</sup> Dworkin, R., *La filosofía del derecho*, FCE, México, 1980, p. 8.

Es que aquella preocupación por comprender la filosofía jurídica en la metodología jurídica supone también reconocer y reclamar la unidad del saber práctico y, dentro de este, del saber jurídico, más allá de sus niveles o particularidades de enfoque, y en esto también buena parte de la doctrina contemporánea coincide: desde Cotta a MacCormick, pasando por Nino u Ollero.

Volviendo al escenario perdido, ya hace algunas décadas que desde lo político Lowenstein constataba que “uno de los fenómenos más característicos de la evolución del Estado democrático constitucional es el ascenso del Poder Judicial a la categoría de auténtico detentador del poder del Estado”<sup>12</sup>. En un terreno más jurídico, Esser, luego de confesar que observaba claramente “la crisis de nuestra teoría de las fuentes del derecho”, agregaba que “el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios”<sup>13</sup>, y desde Italia Mauro Cappeletti, sin perjuicio de reconocer que la interpretación judicial ha seguido siendo creadora, destaca que “*un dato di fatto che la maggiore accentuazione della creativa della funzione giurisdizionale a un fenomeno tipico del nostro secolo*”<sup>14</sup>. Seguramente coincidimos con Larenz cuando escribe que “en la teoría ha sido hasta ahora sorprendentemente descuidada la interpretación de soluciones judiciales, a diferencia de la interpretación de las leyes y preceptos jurídicos”<sup>15</sup>, o con Asís Roig<sup>16</sup> cuando describe la distancia que se verifica entre la teoría de las fuentes del derecho dominante en el mundo académico y la práctica jurídica tribalicialia, o con Viehweg cuando concluye que el problema central de la ciencia jurídica es “Qué es lo justo en cada caso”<sup>17</sup>, o con Warnock cuando precisa que “la aplicabilidad de una regla a un caso particular, por mejor que sea esa regla, no es, en general, una razón concluyente para actuar en esa situación como la regla lo exige”<sup>18</sup>. Pero estas coincidencias no son suficientes ni nos liberan de la responsabilidad

---

<sup>12</sup> Lowenstein, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1971.

<sup>13</sup> Esser, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 11 y 31.

<sup>14</sup> Cappeletti, M., *¿Giudici legislatori?*, Giuffré, Milán, 1984, p. 19.

<sup>15</sup> Larenz, K., *op. cit.*, p. 355.

<sup>16</sup> Cfr. de Asís Roig, R., *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

<sup>17</sup> Citado por Larenz, K., *op. cit.*, p. 155.

<sup>18</sup> Warnock, G. J., *The Object of Morality*, Londres, 1971, p. 42.

de insistir en el cambio del paradigma y de lograr una teoría atractiva y iusfilosóficamente sólida, capaz de ser internalizada por los juristas prácticos y el resto del mundo académico jurídico. Aún hay mucha inercia teórica donde más viva y plenamente está el derecho, que es en los tribunales, y por supuesto que aquella también abunda entre los especialistas de las diferentes “ramas” del derecho vigente, y en buena medida es tarea de la filosofía jurídica el romperla y promover el atractivo por preguntas y respuestas más consistentes y realistas.

Aun desde presupuestos distintos, compartimos la conclusión de Nino cuando luego de descartar distintos modelos metodológicos de ciencia jurídica (el puro de Kelsen, el empírico de Ross y el “sistematizador” de Alchourrón y Bulygin) reclama una ciencia o teoría jurídica “normativa”, que preserve y rescate “lo que los juristas efectivamente hacen y las funciones que satisfacen, proporcionando un esquema de argumentación jurídica que se ajuste a esa actividad”, capaz de “proporcionar pautas *de lege ferenda* que permitan justificar y enjuiciar regulaciones jurídicas positivas y orientar su eventual modificación” y de “proponer formas para completarlo y reconstruirlo, de modo de permitir derivar soluciones axiológicamente satisfactorias”, teniendo en cuenta que:

el derecho positivo no provee razones suficientes para justificar una decisión aun cuando el orden en cuestión contenga una solución clara para el caso que debe decidirse. Si el concepto de derecho se define, como los positivistas proponen, sobre la base de propiedades fácticas y sin recurrir a características valorativas o normativas, las proposiciones que dicen que un cierto derecho positivo establece una obligación, un derecho, una sanción, etc., para un determinado caso, son reducibles a enunciados que dan cuenta de ciertos hechos, y los hechos no permiten por sí solos justificar una acción y decisión<sup>19</sup>.

Andrés Ollero, desde una mayor radicalidad, y con claras reminiscencias hermenéuticas, llega a afirmar:

Actuar jurídicamente es siempre interpretar. Lo que se planteaba como un recurso de emergencia ante la obligada aplicación de la ley a casos *difíciles*, se desvela como la textura habitual de toda praxis jurídica. Poco a poco se va desvelando la secreta afinidad que convierte al jurista en

---

<sup>19</sup> Nino, Carlos Santiago, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Fontamara, México, pp. 91 y ss.

oportuno aliado de una rehabilitación de la filosofía práctica. La actividad jurídica misma aparece como una peculiar puesta en práctica de dicho filosofar... la actividad jurídica aparecerá ante todo como un juicio: como el enjuiciamiento de una conducta concreta a la luz de un principio valorativo [...] Lo judicial es un *príus* radical dentro de la diversidad de elementos que constituyen la realidad jurídica [...] Esa matriz judicial de lo jurídico lleva consigo una paralela prioridad de la justicia [...] no establecemos que el derecho debe ser justo, sino que constatamos que todo derecho es y se presenta como la búsqueda de un ajustamiento de las relaciones sociales. Sin ese intento —aparente, al menos— ninguna actividad sería recibida como realmente jurídica<sup>20</sup>.

En síntesis, la perspectiva operativa o interpretativa del derecho es una vía particularmente idónea para mostrar las insuficiencias y la ideología propia del paradigma dogmático-legalista; y, por ende, privilegiando el momento final del ajustamiento, que implica el derecho, podemos elaborar una teoría realista que dé cuenta de las razones explicatorias y justificatorias del derecho.

## 2. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO COMO RAZONAMIENTO PRÁCTICO

Ya la filosofía griega marcó como un clasificador “radical, primitivo y general” de todo saber y razonamiento el ser teórico o práctico, y luego de haberse reducido la razón —especialmente a lo largo del siglo XIX, aunque ratificada y aplicada por el Círculo de Viena— a la razón científico-demostrativa o a la razón lógico—matemática, en las últimas décadas se escucha, proveniente desde muy diversos sitios, el reclamo por “rehabilitar a la razón práctica”, sin complejos científicos, centrada en dirigir, aconsejar o valorar el comportamiento humano. Finnis, en consonancia con el pensamiento clásico, recuerda que el saber teórico o especulativo se ocupa de lo que es, mientras que el saber práctico tiene por objeto lo que “ha de ser (*is to be*)”, y, en consecuencia, sus problemas típicos son ¿qué debe hacerse?, ¿qué no debe hacerse? y ¿qué debe omitirse?, aunque particularmente esta última pregunta es importante, ya que lo frecuente en el saber práctico

---

<sup>20</sup> Ollero Tassara, A., *¿Tiene razón el Derecho?*, Congreso de Diputados, Madrid, 1996, pp. 474 y ss.

o ético no es tanto elegir entre el bien o el mal sino el de saber cuál de los diversos bienes deben ser hechos o perseguidos<sup>21</sup>. El profesor de Oxford insiste en que la “razonabilidad práctica” es “razonabilidad en la decisión”, en la adopción de compromisos, en la elección y ejecución de proyectos y, en general, en la acción. La filosofía práctica es una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que deben ser realizados en la acción humana y los requerimientos de razonabilidad práctica<sup>22</sup>. Kalinowski, desde iguales fuentes filosóficas, reitera que en el saber práctico no se trata de saber qué es el bien en general “sino, sobre todo, saber si el acto a realizar, aquí y ahora, es un bien o un mal”, y la terminología clásica llama “prudencia” a esa capacidad de discernir en cada situación el bien y el mal concretos. El conocimiento jurídico no está abocado como el teórico o especulativo a contemplar esencias, sino que es práctico en tanto tiene por objeto dirigir el comportamiento humano, y así también:

la interpretación jurídica es la interpretación práctica por excelencia [...] su fin no es la toma del sentido auténtico en vistas a su contemplación intelectual, sino la determinación de la regla de comportamiento [...] aquel que interpreta un texto legislativo (en el amplio sentido) quiere llegar a saber en último lugar no solamente lo que el autor de ese texto ha dicho o ha querido decir (si es que esto puede saberse), sino cómo comportarse uno o cómo debe comportarse aquel que enseña (en el caso del profesor de derecho), o aconsejar (en el caso del abogado)<sup>23</sup>.

Sabido es que ese reclamo por reconocer la practicidad del saber y del conocimiento práctico no solo proviene de aquellos que se inspiran en la filosofía aristotélico-tomista, sino que se origina en orientaciones dispares. Así merece ser referenciado el esfuerzo de Alexy<sup>24</sup> desde las perspectivas pragmáticas o éticas del diálogo para identificar al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico y, por ende, sometido a las veintiocho reglas del “código” de la razón

---

<sup>21</sup> Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 100.

<sup>22</sup> *Ibidem.*, p. 12.

<sup>23</sup> Kalinowski, G., *Philosophie et logique de l'interprétation du Droit*, Sirey, París, 1972, pp. 41 y ss.

<sup>24</sup> Cfr. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

práctica, muchas de ellas desbordando el plano meramente formal. O también la teoría de Raz<sup>25</sup>, basada en reconocer a las normas jurídicas como razones para actuar, pero postulando una completa filosofía práctica (una de sus ramas es la filosofía jurídica), con una parte sustantiva o valorativa (abocada a los argumentos contruidos para mostrar qué valores debemos perseguir, qué razones para la acción deben guiar nuestra conducta, qué normas son vinculantes, etc.) y otra parte formal o de análisis conceptual (ocupada de las características lógicas, de conceptos tales como valor, razón para la acción o norma y de la naturaleza de inferencia que gobierna el razonamiento práctico). Resumiendo, al margen del respaldo de escuelas, nos importa consignar nuestra adscripción del razonamiento jurídico a los razonamientos prácticos y que, por ende, él es intrínsecamente axiológico, requiere de un método dialógico a los fines de alcanzar saberes que, si bien parten de verdades universales, solo proporcionan certezas probables a la hora de regular conductas humanas concretas<sup>26</sup>.

### 3. EL SILOGISMO PRÁCTICO JUDICIAL

Haber afirmado la practicidad del razonamiento jurídico no implica sustraerlo a exigencias lógicas o formales. Es cierto que la lógica formal y la estructura silogística judicial terminaron con mala prensa después de la confianza excesiva que había despertado en los ámbitos del positivismo legalista. Entre las reacciones jurídicas más importantes en el continente europeo contra la lógica formal judicial ocupan un lugar destacadísimo Perelman y los diferentes expositores de las teorías sobre la argumentación, sin contar las reacciones radicales y absolutas que descalificaron a toda pretensión de racionalidad en el campo de las decisiones judiciales. Sin embargo, pensamos con Kalinowski<sup>27</sup> que el razonamiento jurídico judicial se nutre de elementos paralógicos o retóricos; de elementos extra-lógicos donde están dogmáticamente impuestas para el jurista presunciones, ficciones, etc.;

---

<sup>25</sup> Cfr. Raz, J., *Practical Reason and Norm*, Princeton University Press, 1990.

<sup>26</sup> Cfr. Massini, C. I., *La prudencia jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

<sup>27</sup> Cfr. Kalinowski, G., *Introduction a la logique juridique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1965.

pero, por supuesto, también requiere de elementos lógico-formales. Aun cuando los problemas lógico-formales no agoten los problemas del razonamiento judicial, lo cierto es que su consideración es forzosa, por lo que vale en aquel campo la conclusión genérica del ya citado Kalinowski: “Todo razonamiento en tanto que es razonamiento depende de la lógica”<sup>28</sup>.

Admitir las exigencias lógico-formales sobre el razonamiento judicial implica vincular a éste con el silogismo deductivo, porque, como enseña Kalinowski, “el nombre de la lógica en su sentido más restringido designa a la lógica formal deductiva”<sup>29</sup>. Por ello, no sorprende la afirmación de Klug de que “la forma básica del razonamiento jurídico es el silogismo jurídico”<sup>30</sup>, o la de MacCormick cuando reconoce en el derecho “un hogar seguro”<sup>31</sup> para la lógica deductiva. Más allá de los requerimientos lógico-deductivos que pesan sobre el razonamiento judicial, García Amado pone de relieve la “función retórica de legitimación de la decisión”<sup>32</sup> que aquellos cumplen; e incluso Klug<sup>33</sup> y Schreiber<sup>34</sup> consideran que las leyes lógicas son normas de derecho no escritas y exigidas por la Constitución. En definitiva, coincidimos con Alchourrón y Bulygin en que:

aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es —o más bien, puede ser— reconstruido como una inferencia deductiva<sup>35</sup>.

Esta confianza y afirmación silogística respecto del razonamiento judicial supone recordar que el silogismo es una noción analógica y que el silogismo del que hablamos los juristas es el práctico, en donde

---

<sup>28</sup> Kalinowski, G., *Philosophie et logique de...*, cit., p. 46.

<sup>29</sup> Kalinowski, G., “Introduction...”, *op. cit.*, p. 42.

<sup>30</sup> Klug, V., *Lógica jurídica*, Ternis, Colombia, 1990.

<sup>31</sup> MacCormick, N., “The nature of legal reasoning: A brief reply to Dr. Wilson”, *Legal Studies*, núm. 2, 1982, p. 290.

<sup>32</sup> García Amado, J. A., *Teorías de la tópica jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 196.

<sup>33</sup> Klug, U., *op. cit.*, p. 202.

<sup>34</sup> Schreiber, R., *Lógica del derecho*, Sur, Buenos Aires, 1967, pp. 119 y ss.

<sup>35</sup> Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 304.

inevitablemente aparecen comportamientos, valoraciones y normas, amén de un marco institucional fuerte. Muchas de las críticas destinadas al silogismo judicial identifican a este con las características propias del saber teórico y, en consecuencia, no alcanzan al silogismo práctico. Así, por ejemplo, Perelman cuando denuncia las insuficiencias del silogismo se basa en que “en el silogismo el paso de las premisas a la conclusión es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión”<sup>36</sup>; sin embargo, está incluido en el silogismo práctico esta exigencia decisoria (MacCormick) que no invalida la deducción aun cuando le ponga límites a aquella. Victoria Iturralde<sup>37</sup> también pone distancias con el silogismo judicial por su incapacidad para establecer las premisas; pero en realidad no es esa la pretensión silogística, sino, simplemente, un control formal o estructural de la justificación interna; por eso el razonamiento justificatorio no se agota en la dimensión deductiva. También Wellman<sup>38</sup> le pide mucho, o improcedentemente, al silogismo, cuando lo plantea como una alternativa al reconocimiento de las inconsistencias en el derecho, pues la admisión de estas no descarta *per se* la necesidad y conveniencia del control lógico deductivo sobre la decisión judicial. Tampoco nos parecen eficaces las dudas que introduce Atienza<sup>39</sup> en torno a lógica formal deductiva, dado que la argumentación jurídica se enfrenta con “argumentos a favor” y “en contra” y porque ella es “reticular” más que “lineal”, en razón de que estas dudas se vinculan con lo externo de las premisas o ignoran el modo propio de la inferencia práctica. Digamos, a manera de síntesis, que aun cuando reconozcamos que hay otros tipos de raciocinios que usa el juez al decidir, es necesario que él recurra a un silogismo deductivo o que se pueda reconstruir su *iter* con esa estructura “para pasar de lo general universal a lo individual (de lo abstracto a lo concreto)”<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> Perelman, Ch., “La lógica jurídica...”, *cit.*, p. 11.

<sup>37</sup> Iturralde, V., “Sobre el silogismo judicial”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1991, pp. 239 y ss.

<sup>38</sup> Wellman, V. A., “Practical Reasoning and Judicial Justification: Towards an Adequate Theory”, *University of Colorado Law Review*, núm. 57, 1985.

<sup>39</sup> Atienza, Manuel, “Las razones...”, *cit.*, p. 168.

<sup>40</sup> Kalinowski, G., “Introduction...”, *cit.*, p. 200.

#### 4. LAS PREMISAS DE LOS SILOGISMOS JUDICIALES

Hemos coincidido en el punto anterior acerca del recurso silogístico que hace el juez al razonar, y si bien es correcto afirmar que desde un punto de vista “macro” debe estar presente aquella estructura en la decisión, ello no implica sostener que solo hay silogismos o que solo hay un único silogismo. En efecto, amén de que el juez emplea raciocinios inductivos amplificantes, analógicos y estadísticos —según Kalinowski— nos interesa señalar que lo habitual es que haya “polisilogismos”, o “cadenas” o “árboles silogísticos” como prefieren decir Aarnio<sup>41</sup> y Peczenik<sup>42</sup>, y asimismo recordemos que el razonamiento judicial es normalmente entimemático, en tanto hay ciertos argumentos que están implícitos u ocultos, y no explicitados o expresados.

Precisando lo señalado, estimamos que el juez básicamente estructura un “macrosilogismo” que contiene la decisión que resuelve el caso que lo ocupa y, por ende, debe establecer como mínimo la premisa mayor o enunciado normativo, la premisa menor o enunciado fáctico y la resolución o enunciado normativo individual.

Además de estas tres inevitables decisiones<sup>43</sup> hay una cuarta decisión, que en realidad es lógicamente primera en tanto posibilita o frustra las restantes: me refiero a lo que podríamos llamar “la decisión constitutiva de la *litis*”. El objeto de esta es precisar el problema que debe ser resuelto y si las partes han hecho lo que correspondía a los fines de que el juez efectivamente se pronuncie. Esta primera decisión se constituye en una especie de prerrequisito de las restantes, no solo en cuanto fija las cuestiones acerca de las cuales se está discutiendo en el proceso, sino que además establece si la causa está en condiciones de obtener la respuesta peticionada. Así, a manera de ejemplo, pensemos que esa previa decisión aparecerá explícita cuando lo reclamado por la actora no se encuentre perfilado con nitidez y, por ende, se requiere clarificar ese punto, o también cuando la vía procesal adoptada o el

---

<sup>41</sup> Aarnio, A., *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Fontamara, México, 1995, p. 58.

<sup>42</sup> Peczenik, A., *On Law and Reason*, Dordrecht, 1989, pp. 126 y 158.

<sup>43</sup> Wroblewski menciona cinco decisiones: de validez, de interpretación, de evidencia, de integración o subsunción (Wroblewski, J., “Sentido y hecho en el Derecho”... *cit.*, p. 21 y ss.).

sujeto que demandó o el órgano ante el cual se interpuso la demanda no sean los que corresponden según el derecho. Esta decisión judicial inicial debemos suponer que también es fruto de un silogismo, pero de todas maneras en el presente trabajo no nos detendremos en ella, sino que prestaremos atención a las otras tres que ofrecen mayor interés teórico y práctico.

La segunda decisión, o sea, la premisa menor del macrosilogismo decisorio, tiene por objeto establecer un cierto enunciado fáctico, es decir que ciertos hechos alegados por las partes, y con base en la prueba aportada por las mismas, son fijados judicialmente, como que han sucedido en un espacio y tiempo determinados, y tienen una específica significación jurídica en orden a la *litis* planteada. Este momento decisonal aparecía como irrelevante o sin complicaciones para el paradigma dogmático legalista, no obstante en él el juez contaba con una notable libertad y superior a la que disponía para la premisa mayor o normativa. Frank, entre otros, lo advierte cuando afirma que esa “discrecionalidad en cuanto a los hechos o soberanía virtualmente incontrolada o incontrolable, ha pasado por alto a la mayoría de los juristas”<sup>44</sup>. Desde el “hecho bruto” (Larenz) hasta el hecho fijado y asignado en su proyección jurídica se recorre un proceso en el que el juez no es propiamente un historiador —por utilizar el clásico símil de Calamandrei<sup>45</sup>—, porque se le exige imparcialidad, porque acepta ciertos hechos como dados aunque no haya prueba, porque excluye ciertas pruebas no obstante su capacidad probatoria y porque no es libre y tiene plazos para pronunciarse.

La tercera decisión o premisa mayor del silogismo medular judicial es aquella en la que el juez establece una regulación jurídica general, en la que puede subsumirse el hecho individual que debe resolver y disponer las respectivas consecuencias jurídicas. Este enunciado normativo es excepcionalmente una estricta repetición de una respuesta jurídica ya dada por una ley, pues lo habitual es que el caso que se resuelve imponga alguna modalización o peculiaridad; pero aun en esa hipótesis extraña de reiteración, más que de redundancia norma-

---

<sup>44</sup> Frank, J., *Derecho e incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, p. 70.

<sup>45</sup> Cfr. Asís Roig, R., “Jueces y normas...”, *cit.*, p. 127.

tiva, habría mantenimiento o confirmación de la vigencia de la regla en cuestión. Este reconocimiento de creación judicial se refleja en el valor y utilidad que tiene precisamente el “precedente” judicial, pues lo que interesa a los operadores del derecho no es tanto la respuesta individual que se dio a un caso sino la norma general en la que se subsumió el mismo, posibilitando dicha respuesta. Bulygin, sin perjuicio de poner en duda el carácter de jurídica de esa norma creada por los jueces, dado su falta de obligatoriedad y vigencia forzosa —por lo que las llama “anómalas”—, concluye: “jurídicas o no, estas son las únicas normas que los jueces crean”<sup>46</sup>.

Por nuestra parte, estimamos que ese enunciado normativo general una vez que adquirió el carácter de cosa juzgada y está justificado apropiadamente es plenamente válido (existe jurídicamente y obliga —a su manera— a autores y destinatarios) y está vigente jurídicamente (es una respuesta jurídica disponible para los operadores y con razones para afirmar que será aplicada en los casos subsumibles); admitamos que mientras la validez se da o no se da la vigencia admite grados de la misma. Más allá de estas diferencias, igualmente coincidimos con Alchourrón y Bulygin en que la premisa mayor es una norma y no una mera proposición normativa lo que garantiza que la conclusión individual del silogismo sea normativa. Finalmente, pongamos de relieve que la creación normativa general judicial se expresa tanto negativamente (por ejemplo, cuando descarta interpretaciones positivas o normas válidas) como positivamente (por ejemplo, al explicitar normas implícitas, precisar definiciones, extender analógicamente respuestas vigentes, etc.).

La cuarta decisión es la conclusión que se infiere de las premisas puestas por el juez, y dado que estamos en el campo del saber práctico, importa destacar que puede haber más de una respuesta tolerada lógicamente por las mismas premisas, aun cuando quede igualmente determinado que algunas conclusiones son imposibles y otras necesarias. Si bien deberíamos llamar “sentencia” a la totalidad del razonamiento judicial resolutorio, pareciera que dicho término debe atribuirse a la conclusión que tiene el fallo, o sea, la norma con la que se resuelve el problema planteado en el proceso por las partes,

---

<sup>46</sup> Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico...*, cit., p. 365.

al establecer la definición deóntica de ciertas conductas en cuanto prohibidas, obligatorias o permitidas, aunque Asís Roig entiende que el fallo puede ser o bien una norma definitoria o un imperativo específico. Jurídicamente esta norma individual es de importancia decisiva para las partes del proceso, pero carece de relevancia más allá del mismo, o, mejor dicho, ello dependerá del aporte creativo que contenga respecto de lo ya establecido en las premisas. La validez y vigencia de esta norma judicial individual quizás resulten más indiscutibles, pues es evidente que ella existe jurídicamente o es válida en tanto esté justificada y obligando a sus destinatarios (partes procesales, auxiliares de la justicia, policía, etc.) y que además es vigente (hay fuertes razones para afirmar que será aplicada). Comparativamente, en relación con otras decisiones judiciales, la norma individual es la que ofrece en principio menos discrecionalidad o la que resulta más fácil de controlar lógicamente.

Hemos descripto las premisas del silogismo práctico que construye el juez, de manera explícita o implícita a los fines de dar respuesta jurídica e imperativa a los problemas jurídicos que se van presentando en la sociedad, y puede haber quedado la sensación de que ese proceso cumplido por el juez es lineal y acumulativo. Sin embargo, ya advertimos sobre los raciocinios judiciales no silogísticos, sobre los silogismos con premisas no expresadas u ocultas y sobre los “polisilogismos”, y ahora queremos prevenir acerca de que el contexto de descubrimiento judicial no siempre coincide con el contexto de justificación y, además, sobre la “recíproca compenetración entre los actos de constatación de hechos reales y los de calificación jurídica” (Schauerle)<sup>47</sup>. En efecto, Karl Engisch destacó con elocuencia acerca de ese “ir y venir de la mirada judicial” desde las normas a los hechos y desde los hechos a las normas (*Hinund Herwandem des Blicks*), lo que constituye según Larenz “una manifestación del círculo hermenéutico”<sup>48</sup>. Es indudable que el juez, por el carácter práctico de su razonamiento decisorio, normalmente debe optar entre diversos silogismos que solo puede apreciar apropiadamente si los tiene integralmente construidos a su disposición; en terminología clásica

---

<sup>47</sup> Citado por Larenz, K., *Metodología...*, cit., p. 275.

<sup>48</sup> *Ibid.*

podríamos decir que la prudencia judicial, antes de imperar o decidir, tiene que conocer y juzgar entre diferentes alternativas que solo puede apreciar si las representa no solo en las conclusiones, sino también con las premisas que las posibilitan.

## 5. LA JUSTIFICACIÓN DEL RAZONAMIENTO DECISORIO JUDICIAL

En materia decisoria judicial entendemos por “justificar” o “fundamentar” a la exposición de los argumentos o las razones suficientes o apropiadas para establecer la validez jurídica de las decisiones judiciales<sup>49</sup>. Es cierto que hay autores que se han preocupado por distinguir entre justificación y fundamentación; el mismo Alexy<sup>50</sup> entiende que aquella es más amplia, pero sin embargo opta por usar indistintamente ambos términos. Nosotros también los emplearemos como sinónimos, aunque nos parece —con Ferrater Mora<sup>51</sup>— que la fundamentación es más abarcativa, mientras que la justificación se vincula específicamente con las opciones dentro del saber práctico o ético. La exigencia de justificar supone la existencia de una duda, o la presencia de más de una alternativa; por eso ya Aristóteles inscribía la deliberación racional en aquello “que está a nuestro alcance y es realizable” y la excluía respecto de las cosas eternas, de las cosas que siempre se suceden de la misma manera o del azar. Esta vinculación de la argumentación racional a la duda está presente en Cicerón: *Rationem quae re dubiae faciat fidem*, y también en Alexy: “De una justificación se hablará sobre todo cuando se ofrecen razones frente a una objeción o una duda”<sup>52</sup>.

En el terreno justificatorio judicial es inequívoca la presencia de un interlocutor o destinatario del discurso, de quien se procura obtener el asentimiento, y esto ya está presente en la definición que trae Tomás de Aquino de argumento: *Argumentum dicitur, quod arguit*

<sup>49</sup> Summers, R. S., “The Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification”, *Cornell Law Review*, núm. 63, 1978, pp. 724 y ss.

<sup>50</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, cit., p. 52.

<sup>51</sup> Ferrater Mora, J., *Diccionario de Filosofía*, Alianza, Madrid, 1990, p. 1834.

<sup>52</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...* cit., p. 18.

*mentem ad assen tiendum alicui*”<sup>53</sup> (se llama argumento lo que arguye la mente para convencer a alguien); por eso es oportuno recordar que metodológicamente el esfuerzo discursivo es dialógico o dialéctico (Villey): en tanto aparecen dudas, reclamos, agravios o argumentos a los que corresponde clarificar, responder, desechar o replicar. Siendo el argumento la expresión verbal o escrita del razonamiento, estamos presuponiendo la existencia del lenguaje, y, con él, la necesidad de respetar las reglas propias de su uso, y estar prevenidos acerca de los problemas que conlleva.

En esa exposición argumental no solo pesan las exigencias lingüísticas, sino también las estrictamente lógicas o formales y las que avanzan en lo sustancial o contenido de los argumentos. En este punto nos parece conveniente estar advertidos de las insuficiencias de las justificaciones meramente formales y, además, de las insuficiencias de las justificaciones jurídicas autoritativas. En efecto, los riesgos de circularidad, arbitrariedad o dogmatismo de los juridicismos justificatorios han sido señalados clásicamente por los iusnaturalistas, que reclaman una razón jurídica abierta a los bienes o valores humanos básicos (Finnis), pero contemporáneamente autores como Nino exigen que la justificación jurídica culmine en la moral y en la objetividad:

La justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida, debe depender en última instancia para fundamentar esa validez de: a) normas que sean b) categóricamente aceptadas, c) por su contenido y que d) pretendan tomar en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Vale decir, normas morales<sup>54</sup>.

A criterio de Raz<sup>55</sup>, una de las tres características más generales e importantes del Derecho es el de ser institucionalizado, y Alexy considera que los enunciados doctrinarios (él los llama “dogmáticos”) se forman, fundamentan y comprueban “en el marco de una ciencia del Derecho que funciona institucionalmente”<sup>56</sup>. Creemos que el discurso justificatorio judicial no solo se cumple en ese marco institucionali-

<sup>53</sup> Aquino, Tomás de, *Quaestiones disputatae de veritate*, q. XIV a. 2, ob. 14.

<sup>54</sup> Nino, C. S., “Respuesta a J. J. Moreso, P. E. Navarro y M. C. Redondo”, *DOXA*, núm. 13, 1993, p. 262.

<sup>55</sup> Raz, J., *The Concept of a Legal System*, Clarendon Press, Oxford, 1980; Atienza, M., *Las razones del derecho...*, *cit.*, p. 39.

<sup>56</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica...*, *cit.*, p. 245.

zado del Derecho, sino que él es prueba inequívoca de esa dimensión institucional, pues, además de competencias, procedimientos, órganos, jerarquías, etc., están presentes en aquellas normas, convenciones, recomendaciones, etcétera.

Finalmente, y antes de introducirnos en las funciones que cumple la justificación, aludamos a una distinción que, introducida por Wroblewski<sup>57</sup>, logró importante aceptación; nos referimos a la clasificación entre justificación interna y justificación externa: mientras aquella remite a las vinculaciones lógicas o formales una vez puestas las premisas, la otra se ocupa de la justificación de las premisas mismas. Esta distinción tiene la utilidad de llamar la atención sobre las insuficiencias de la lógica, y la importancia del discurso axiológico y del oculto, y respecto de que, en consecuencia, un control integral sobre el discurso justificatorio no puede perder de vista esas dimensiones. Sin embargo, tiene el riesgo de desconocer que es muy difícil y de dudosa conveniencia señalar en la práctica cuándo termina la justificación interna y empieza la externa, amén de ignorar que el juez opta entre discursos justificatorios completos y no fraccionados.

## 6. FUNCIONES DE LA ARGUMENTACIÓN JUSTIFICATORIA

La historia del derecho no es muy favorable hacia la imposición al juez de justificar sus decisiones. En Francia a finales del siglo XIII se abandona por los jueces la práctica de motivar; incluso se llega a advertir a los jueces que deben cuidarse de mencionar la causa de la decisión y, además, estaba prohibido publicar las resoluciones judiciales sin autorización del Parlamento. Montesquieu, en el siglo XVIII, manifestaba la inconveniencia de justificar las sentencias, dado que con ello se promovían entorpecimientos por parte de quien perdía el juicio. Será después de la Revolución francesa —concretamente, en

---

<sup>57</sup> Cfr. Wroblewski, J., “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, *Rechtstheorie*, núm. 5, 1974, pp. 39 y ss.; y Redondo, M. C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pp. 217 y ss.

1790— cuando se dictan normas que establecen la obligatoriedad de la motivación de las sentencias civiles y penales.

Prieto Sanchís<sup>58</sup> asocia al absolutismo la falta de interés para la motivación de las decisiones judiciales; y diversos autores insisten en remitir la exigencia de fundamentación al proceso de democratización. Lo cierto es que constatamos en nuestro tiempo lo que escribe Aarnio: “La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones”<sup>59</sup>, de modo que el primer reclamo al decisor es más que decidir de un cierto modo, es decidir exponiendo razones o argumentos. Más allá de esa comprobación “empírica”, es legítimo preguntarse el porqué de esta necesidad de justificación, y así pueden esbozarse “respuestas metafísicas”, que descansen en la naturaleza humana y en sus inclinaciones y primeros principios de la razón; “respuestas culturales”, que la vinculen a un cierto tipo cultural o “forma de vida”, sin que exista nada necesario en ello; “respuestas utilitaristas o técnicas”, que pongan el acento en las ventajas de adoptarlas por los fines que procuran; “respuestas definitivas o voluntaristas”, en tanto remiten al establecimiento por acuerdo o por una autoridad; etcétera.

Las funciones que cumple la argumentación justificatoria son variadas, y entre ellas nos parecen destacables:

- **Función validante:** Cotta<sup>60</sup>, a partir de entender que una norma es un nexo compuesto por enunciado deóntico, justificación e interpretación, ha concluido en que “la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es, por consiguiente, el fundamento de aquella”, y en consecuencia la validez de una norma depende de su justificación;
- **Función controladora:** atento a que la sentencia es una unidad, solo puedo juzgarla considerando las razones que intentan avalarla, y, además, el carácter institucional ya apuntado se manifiesta en los distintos tipos de control<sup>61</sup>: el académico,

---

<sup>58</sup> Prieto Sanchís, L., *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 116.

<sup>59</sup> Aarnio, A., *Lo racional como...*, cit., p. 29.

<sup>60</sup> Cotta, S., *Justificación y obligatoriedad de las normas*, CEURA, Madrid, 1987, p. 23.

<sup>61</sup> Tarullo, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, pp. 67 y ss.

el superior, el profesional, el social, el político, el disciplinario, etcétera;

- **Función legitimadora:** Mauro Cappeletti<sup>62</sup> entiende que los jueces se legitiman en el ejercicio de su poder a través de la práctica de ciertas “virtudes pasivas, formales o procedimentales”, entre las que destaca la justificación de las decisiones;
- **Función concretizadora:** aquella orden racional general que implica la ley reclama intrínsecamente que sea proyectada a los casos que en ella se subsuman, de modo que esa obra humana racional se acaba o completa en la tarea individualizadora judicial;
- **Función didáctica:** las reglas jurídicas intentan ser modelos y causas eficientes de conductas; por eso la explicación y proyección operativa a sus destinatarios favorece el conocimiento de las mismas y su eficacia;
- **Función científica:** a la hora de la descripción y reconstrucción sistemática del Derecho vigente, con su modo de operatividad, sus fuentes del derecho, etc., es forzoso atender al discurso justificatorio judicial;
- **Función estabilizadora:** justificando la proyección de las respuestas jurídicas generales a los casos es posible descargar futuras argumentaciones mediante la invocación de esos precedentes y aportar a la previsibilidad de respuestas concretas;
- **Función pacificadora:** la argumentación apropiada cumple una función persuasiva y no meramente resignada respecto de aquellos que son derrotados en el proceso;
- **Función moralizadora:** al inscribir la autoridad en el ámbito de lo racional y así superar el conflicto moral —apuntado por Kant— que supone el disponer acerca de la libertad del otro.

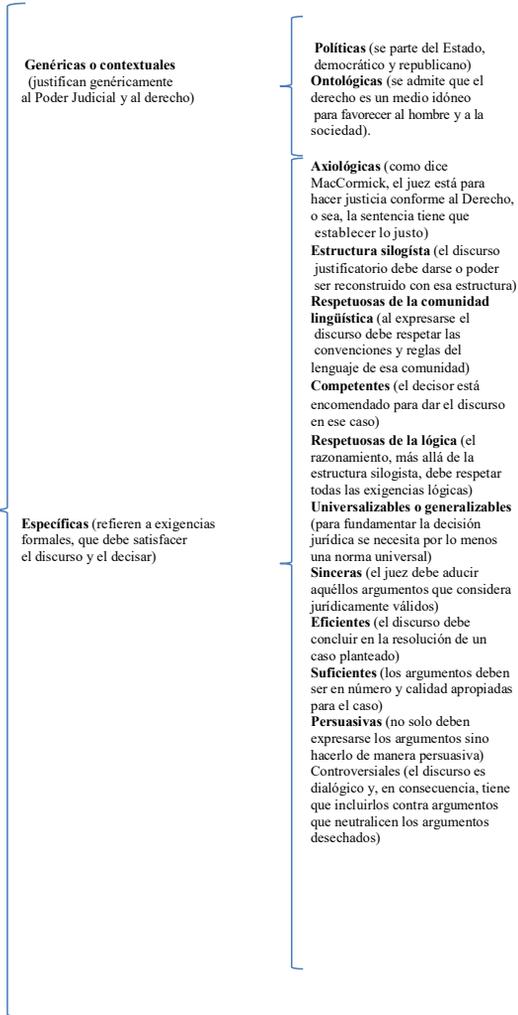
---

<sup>62</sup> Cappeletti, M., *op. cit.*, pp. 63 y ss.

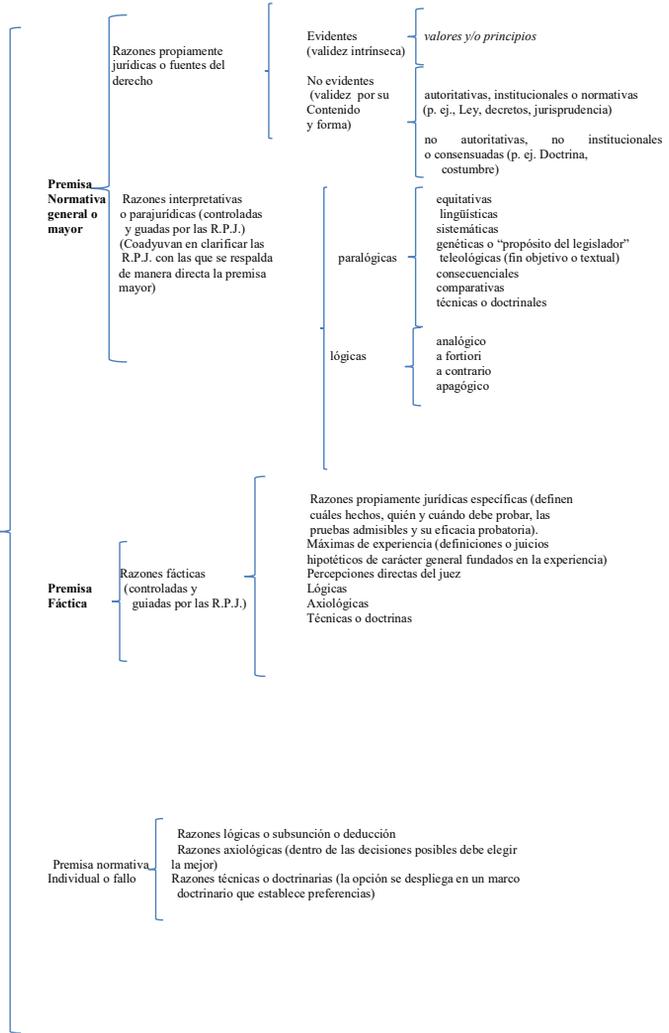
## 7. CUADRO SINÓPTICO DE LOS ARGUMENTOS O RAZONES JUSTIFICATORIAS JUDICIALES

Las limitaciones impuestas en torno a la extensión de este trabajo exigen que nos limitemos a indicar a continuación —y de manera muy esquemática y sucinta— las razones o argumentos idóneos para lograr la justificación de las diferentes decisiones judiciales:

**Razones Subyacentes**  
(son necesarias, pero pueden estar implícitas en el discurso y no referir al contenido del mismo)



Razones explícitas  
(deben aducirse para lograr la validez de la decisión)



## 8. CONCLUSIONES

Nos parece apropiado procurar algunas síntesis, conclusiones y precisiones de todo lo precedentemente desarrollado:

**A. Compromiso de toda autoridad con la argumentación justificatoria:** ya recordamos que con acierto señalaba Kant que la autoridad encierra una paradoja moral en tanto ella intenta disponer de mi libertad, pero el modo de resolverla es invocando razones que puedan justificar aquella conducta que se prescribe. Y si bien fue en el campo judicial donde se arraigó y trabajó esa exigencia, la doctrina ha reclamado que ella se expanda a toda autoridad, incluyendo al mismo Poder Legislativo, no obstante la inercia dogmática con la que se suele apreciar la voluntad de dicho poder. Los ciudadanos nos merecemos que aquel que dispone de nuestra libertad, llegándonos a imponer gravosos deberes, procure convencernos a través de un diálogo racional donde se esgriman igualmente argumentos y contraargumentos. No es una orden estrictamente humana aquella que prescinde de razones serias, coherentes, fundadas y exhaustivas. La autoridad de otro hombre no se ejerce con respeto a nuestra dignidad cuando intenta que la acatemos simplemente porque ya ha dispuesto un mandato positivo o negativo acerca de ciertas conductas. Es cierto que esa pretensión supone un cambio de mentalidad, dado que no solo no hay hábito de ejercicio de la argumentación justificatoria, sino que tampoco ha habido un esfuerzo eficaz para que los especialistas en esos temas —especialmente iusfilósofos— logren trasponer los límites de su especialidad académica y lleguen a otras especialidades y ambientes, con todo el rico material que en torno al razonamiento justificatorio se ha suscitado en las últimas décadas, desde las más diversas fuentes filosóficas.

Los resultados alcanzados en las facultades de Derecho de nuestro continente para superar el modelo legalista decimonónico son realmente desalentadores, y una buena prueba de ello puede ser el proyecto de reforma al Código Civil argentino de 1998, en donde se constata una gran riqueza reformadora en todo el proyecto salvo en el libro primero, en donde bajo el ambicioso título de “Del derecho” (el vigente es “De las leyes”) se repiten las enseñanzas de Vélez Sarsfield de hace ciento cincuenta años en materia de interpretación jurídica, fuentes del derecho y ordenamiento jurídico. Creemos que por ello

se impone que los responsables de las cátedras de Filosofía Jurídica o Teoría General del Derecho realicen un esfuerzo inteligente y eficaz orientado a mostrar la distancia que hay entre aquella teoría interpretativa que normalmente los codificadores civiles impusieron en el siglo XIX en sus títulos preliminares y las elaboradas teorías que hoy avanzan en el campo de la razón práctica con el objeto de delinear las exigencias de un ejercicio racional o razonable.

**B. Materias de la interpretación jurídica:** según el modelo decimonónico de la interpretación jurídica, su objeto se reducía a develar aseptícamente el significado de la ley conforme a lo que quiso disponer la voluntad del legislador y, luego, aplicarlo a través de un sencillo silogismo. Ya hemos insistido en la ingenuidad e irrealidad de esa visión, y en algún otro trabajo hemos intentado delinear las diversas materias de las que debe ocuparse el intérprete a los fines de alcanzar un resultado que resuelve jurídicamente el problema que ha motivado su intervención. En concreto, pensamos que el campo de exigencias a las que se enfrenta el intérprete puede dividirse en cinco amplias materias:

**B.1. Regulatoria:** equivale al problema de adónde van los operadores del derecho a buscar la solución jurídica que necesitan para el caso, y a ese respecto la propuesta decimonónica era unívocamente la ley y solo la ley, respaldada por la “presunción del legislador racional”. Sin embargo, la realidad jurídica opera de una manera más creativa y menos sencilla; así, si nos preguntamos si existe reconocido en el Derecho argentino la objeción de conciencia (caso “Portillo” de la Corte Nacional<sup>63</sup>) y la respuesta es positiva, resulta necesario dar las “razones propiamente jurídicas” con las que justificamos tal reconocimiento particular que aparecerá inferido a partir de un enunciado normativo general del tipo: “Toda persona a la que se le imponga una obligación que le produce una grave perturbación en sus convicciones espirituales podrá eximirse de la misma aduciendo tal dificultad personal”. El problema es cómo justificamos tal enunciado, y para ello corresponde recurrir a las referidas razones (que coincidirían con el viejo tema de las fuentes del derecho, ver cuadro sinóptico), las que pueden distinguirse: a) entre aquellas de validez intrínseca (por ej.,

---

<sup>63</sup> Fallos 312:496 (JA 1989-II-658).

derechos humanos fundamentales o derechos naturales) de las que obtienen validez por derivar de cierta autoridad o institución (por ej., una ley), o porque se ha dispuesto conferírsele sin que medie exigencia previa (por ej., una opinión doctrinaria); o b) razones justificatorias con estructura de “normas” o con forma de “principios”.

**B.2. Materia fáctica:** el modelo legalista no advertía inconvenientes en los hechos, de ahí que su propuesta fue estudiar solo normas, atento a que el juicio de hecho entraba en el “ámbito de las cuestiones jurídicas no problemáticas”. De aquellas resistencias y dificultades epistemológicas que planteaban los enunciados fácticos hoy se proclama que “el deber de motivar es extensible a todas las pruebas”, y a tales fines se requiere un verdadero cambio en la cultura jurídica superando un empobrecedor juridicismo (confiado en que el derecho se explica, se entiende y se opera solo con derecho) y abriéndose a diversas razones (ver cuadro sinóptico) capaces de justificar la premisa menor del silogismo práctico que el decisor construye en orden a establecer su decisión interpretativa individual. De ese enunciado fáctico nos interesa destacar algunos puntos: a) la racionalidad práctica también implicada en la premisa menor supone la presencia de valores; b) la necesidad de enriquecer la cultura jurídica con el aporte que crecientemente pueden hacer las ciencias no jurídicas en cuanto al conocimiento de los hechos; de lo contrario la prueba pericial se torna muchas veces inexorable ante la ignorancia total del juzgador; c) el reclamo por superar una epistemología dogmática o positivista en el plano fáctico; y d) la advertencia de la lógica específica idónea para utilizarse frente a la necesidad de conocer hechos pasados.

**B.3. Materia lingüística:** era este otro “ámbito de cuestiones no-problemáticas” para el paradigma dogmático, como lo revela no solo el privilegiado método interpretativo lingüístico, sino también la propuesta de Ihering de elaborar un “alfabeto jurídico universal” que hasta un niño sería capaz de usar. Hoy nos sobra conciencia de la importancia y de las dificultades encerradas en ese medio por el cual transmitimos el resultado interpretativo, lo que exige estar advertidos sobre los problemas semánticos, sintácticos y pragmáticos implicados en el lenguaje para procurar aventarlos o no profundizarlos. Si bien el lenguaje natural, al que necesariamente recurrimos los juristas, conlleva algunos de aquellos insolubles inconvenientes, no deben incurrir los operadores en un agravamiento de los mismos. El panorama en

general por estas tierras en tomo al lenguaje del Derecho y de los juristas es de una gran desaprensión, pues no se advierte que particularmente en el plano semántico exista un claro propósito por establecer significados que tomen más o menos controlables los riesgos de vaguedad o ambigüedad. Es tan decisiva esta materia que podemos encontrar fallos judiciales (por ej., “Monges”<sup>64</sup>, en donde se discute qué debe entenderse por autonomía, y la mera definición del término impone la solución) que transitan casi en exclusividad por ese terreno lingüístico.

**B.4. Materia *lógica*:** a la visión exegética le bastaba en esta materia con las reglas del silogismo deductivo tal cual funcionaba en el campo del saber teórico. Contra lo que suponía Kant, es sabido que la lógica contemporánea ha experimentado un crecimiento fenomenal, y como muestra bastaría con recordar la aparición de la lógica deóntica en la década de 1950. La rehabilitación del razonamiento práctico no supuso la renuncia al silogismo, sino el reconocerlo con las características propias de aquel. Pero además, impulsados en buena medida por Perelman, los juristas han vuelto a la lógica no formal, lógica material o retórica, en tanto no se trata solo de decidir lo justo y sin violar las exigencias silogísticas, sino también de aportarle fuerza persuasiva. Por otro lado, un interesante y bastante olvidado capítulo de la lógica al que los juristas debemos volver es el de los sofismas, dado que son frecuentes en sus discursos esos razonamientos incorrectos con apariencias de correctos. En definitiva, como preocupación integral y actual por la interpretación no puede dejar de prestársele atención también privilegiada a ese rico y variado mundo de la lógica, cuyas posibles proyecciones en el campo de la decisión judicial resultan muy amplias.

**B.5. Materia *axiológica*:** en el siglo XIX el cientificismo de Savigny e Ihering, y luego Kelsen, puso grandes prevenciones no solo contra la filosofía jurídica sino también contra las contaminaciones axiológicas. La analítica anglosajona tradicional, con su denuncia de “falacia naturalista”, consolidó el rigor científico construido desde la abstención prescriptiva y la asepsia estimativa. Los juristas, por diversos motivos y siguiendo diversos caminos, perdieron en la segunda

---

<sup>64</sup> Fallos 319:3148 (JA 1998-1-350).

mitad del siglo XX aquella ilusión e intentaron hacerse cargo de esa inescindible dimensión que acompaña la operatividad y la creación jurídica. Frente a la realidad de los derechos humanos, con toda su expansión operativa y fuerza retórica, no es fácil o exige una gran valentía académica el criticarla o vaciarla de contenido como ocurriría desde convicciones escépticas o negativistas. Es que el iuspositivismo clásico, con su emotivismo axiológico y rechazo categórico a cualquier cognitivismo, debe responder la acusación dworkiniana de no tomarse en serio los derechos humanos o en el sentido de que estos serían “concesiones del poder, esencialmente revocables” (Spaemann). Puede sorprender la vitalidad e imaginación en la variedad de teorías éticas intersubjetivas u objetivas, incluso —dentro de estas— las fundamentaciones metafísicas (Kalinowski) o el rechazo de esa vía, pero sin renunciar a las mismas conclusiones y fuentes filosóficas (Finnis). Lo que queda claro es que ya no es posible blandir en el campo ético la simplificada bandera del Círculo de Viena, pues no solo es contraintuitivo que el juicio del tirano valga igual que el del demócrata, sino que, además, sin razones axiológicas la autoridad queda reducida a fuerza. La experiencia jurídica más elemental confirma que la matriz en la que se forja el derecho es la axiológica o ética, pero, a su vez, esto no implica resignarnos a la arbitrariedad, dado que no solo podemos asumir discusiones racionales sustanciales en ese terreno, sino que es posible ejercer un control formal de las mismas.

**C. Ordenamiento jurídico:** una teoría de la interpretación jurídica integral debe responder a esta pregunta sobre la existencia y las características del ordenamiento jurídico. La respuesta iuspositivista dogmática (de Savigny a Kelsen) apostó fuerte a un sistema que resolvía sin dificultades su unidad, completitud, coherencia, jerarquía y economía; pero por atractiva que resulte esa reconstrucción, la realidad aconseja e impone mucha más modestia. La década de 1950 escuchó el llamado de Viehweg en favor de la tópica y las críticas raigales al sistematicismo jurídico. Lo cierto es que este, desde una mirada desprejuiciada al derecho vigente, no sale demasiado bien parado. En efecto, la unidad que se ha intentado construir en clave juricista sin remisión a la realidad política, social o cultural nos suena irreal<sup>65</sup>; y

---

<sup>65</sup> Cfr. Díaz y Díaz, M., *Derecho y orden*, Fontamara, México, 1998.

también nos suena irreal cuando pensamos en el derecho regional o comunitario y en el derecho —especialmente jurisdiccional globalizado; para decirlo rápida y localmente, recordemos que el último control de la juridicidad —al menos inequívocamente en derechos humanos— ya no lo tiene la Corte Suprema de Justicia Nacional. La soñada aspiración del revolucionario francés por negar mecanismos de integración jurídica frente a inconcebibles lagunas difícilmente encuentre defensores en la actualidad; pues no solo los derechos humanos —explícitos o “implícitos”— y los principios jurídicos propio vigore conmueven la visión de un sistema con todas las normas para todos los problemas, aun en el campo del derecho penal, como lo revela la causa “Priebke”<sup>66</sup> fallada por la Corte Nacional. Especialmente los tratados internacionales, el derecho comunitario, los principios jurídicos y la jurisprudencia constitucional han impactado fuertemente en una supuesta jerarquía normativa predeterminada; pareciera que solo puede llegar a sostenerse una jerarquía más elemental y recreada en cada caso jurídico. Solo un dogma puede pretender que en el derecho no hay incoherencias o que con los tres simples criterios (temporalidad, especialidad y jerarquía) resolvemos cualquier antinomia jurídica; la realidad no solo muestra la complejidad y los tipos de contradicciones respecto de la abundancia de respuestas que habitualmente están a disposición del decisor, sino que, además, señala la importancia del camino de la ponderación. El evitar redundancias es una exigencia ínsita a todo sistema, pero cuando la trasladamos al plano jurídico se ven las dificultades para suponer respuestas no reiteradas; en este punto pueden resultar ilustrativos los ejemplos de falta de “economía” detectados por Nino en el derecho argentino<sup>67</sup> y traer a colación la redundancia que en materia de derechos humanos consagra la Constitución argentina.

Quizás una de las claves para entender la quiebra del modelo sistematicista “fuerte” es mostrar el cambio del paradigma que penetró la cultura jurídica del siglo XIX, obsesionada por la “seguridad jurídica” alentada por la burguesía triunfante, mientras que hoy se privilegia como una responsabilidad primaria e insoslayable del operador

---

<sup>66</sup> Fallos 318:2148 (JA 1996-1-328).

<sup>67</sup> Nino, C. S., *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 280.

jurídico la solución justa de los conflictos, para lo cual se necesita, más que *scientia iuris*, a la vieja *iusuris prudentia*<sup>68</sup>. Esta extendida pretensión axiológica debilita y relativiza las bondades teoréticas de un sistema perfecto, que enorgullece al científico cuando lo contempla y lo describe.

**D. Fuentes del derecho:** Von Savigny en su formulación de la ciencia jurídica moderna incluyó la propuesta hidrográfica, casi canónica, sobre este punto; recordemos que en el “Sistema” el camino para llegar a la ley empezaba en el Volkgeist, seguía en el derecho consuetudinario y pasaba por el derecho científico; luego sí quedaba asegurada la visión dogmática de “reconstruir el pensamiento del legislador ínsito en la ley”. Es que a cualquier teoría integral de la interpretación jurídica le corresponde pronunciarse sobre aquel problema de adónde van los juristas a buscar las respuestas a los problemas jurídicos que se les presentan. No obstante es posible señalar ciertos elementos universales en las fuentes del Derecho, ello no alimenta ni posibilita una teoría que al respecto ignore la matriz histórica en la que se configuran aquellas según los derechos vigentes. Ya hemos defendido en el punto una propuesta mucho más realista y rica en posibilidades que centra la atención en las razones justificatorias que permiten a los jueces dictar sentencias jurídicamente válidas, pues no se trata de un reduccionismo judicialista que suponga que es derecho lo que los jueces dicen que es, sino de ir a descubrir con qué derecho hacen derecho los jueces. En otras palabras, los jueces tienen a su disposición diversas razones jurídicas justificatorias de sus decisiones, algunas evidentes y universales, otras contingentes y cambiantes, y la “cultura jurídica” va configurando un listado y peso relativo de esas razones que posibilitan que las sentencias judiciales sean confirmadas y pasen en autoridad de cosa juzgada. Queda claro —como ya lo señalamos y se indica explícitamente en el cuadro sinóptico— que los jueces recurren a una gran variedad de razones para justificar sus resoluciones, y el capítulo de aquellas que llamamos “propriadamente jurídicas” coincide con el viejo tema de las fuentes del derecho, recordando que existen otras “parajurídicas o interpretativas” a las que se recurre para clarificar aquellas.

---

<sup>68</sup> Cfr. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 122 y ss.

**E. La interpretación jurídica como saber jurídico prudencial-retórico:** en 1985 publicamos un artículo en donde tratábamos de identificar el método interpretativo que estimábamos respondía a nuestras convicciones iusfilosóficas más profundas. Precisamente lo denominábamos “prudencial-retórico”, y la pregunta que ahora se nos suscita es si los planteos desarrollados en el presente artículo implican cambios significativos respecto de aquel. Si bien la respuesta es negativa, creemos que debemos aclarar algunas cuestiones. La primera es terminológica, en el sentido de que nos parece aconsejable sustituir el término “interpretación” por el de argumentación o razonamiento. Es que “interpretación” quedó adscrita exitosamente al modelo decimonónico, y con ese término pareciera subrayarse el carácter descriptivo o constativo que se pretendía del intérprete. Por el contrario, con argumentación o razonamiento se apunta al esfuerzo racional que debe hacer el jurista para determinar y persuadir a los destinatarios de que la solución jurídica se ajusta al caso y no es arbitraria o meramente autoritativa. Es cierto que se puede seguir usando aquel término con las aclaraciones pertinentes, como es el caso de Ollero y Kalinowski, que arriba consignamos. Lo segundo, y ya más de fondo, es que, al margen de acentos, todo lo que hemos precisado bajo el rótulo de argumentación o razonamiento puede ser indicado bajo la denominación “prudencial”. En efecto, el saber prudencial —al menos para la filosofía clásica— es el saber práctico cuyo objeto es lo absolutamente concreto, circunstanciado y contingente, pero para ello debe operar la prudencia como una especie de puente entre ciertas premisas generales o universales con las respectivas premisas fácticas o históricas. Y en ese proceder prudencialmente racional por supuesto que tienen un espacio privilegiado la lógica y el silogismo, en tanto cabe que éste estructure un saber teórico como también un saber práctico, como lo es el saber jurídico. Pero, por otro lado, pensamos que es particularmente importante incluir en el razonamiento justificatorio, prudencial o interpretativo esa dimensión retórica que pretende persuadir al destinatario. Lo retórico supone el esfuerzo no solo por razonar con justicia sino con el propósito de lograr la adhesión del auditorio al que se dirige el razonamiento. Hechas esas aclaraciones, estimamos útil reproducir algunas de las consideraciones vertidas en aquel viejo artículo, en tanto no se contradicen con las anteriores.

**F. El saber prudencial:** el conocimiento jurídico, siendo constitutivamente práctico, no tiene por objeto la contemplación de una esencia inteligible, sino que su finalidad es dirigir o valorar con mayor o menor precisión y rectitud a la conducta en la que aparece comprometida la justicia. Dicho saber ofrece distintos grados: filosófico, científico; y prudencial; precisamente a este último le compete el determinar y/o poner en existencia a la concreta, contingente e histórica conducta jurídica. El objeto terminal de la gnoseología jurídica es siempre una decisión a tomar en una circunstancia concreta<sup>69</sup>, y es responsabilidad del nivel prudencial el procurar aquí y ahora la realización de la operación que dé o no le quite al otro lo suyo; a tales fines tiene que indicar cuál es ella y llevaría a cabo. El momento “determinador” o “creador” de lo que les corresponde a los individuos, grupos o a toda la sociedad política pasa por la prudencia jurídica como su matriz más específica. Pero esta autonomía propia de la perspectiva prudencial, no implica desvincularla de los restantes planos del saber jurídico, pues éste constituye una unidad, y así la decisión prudencial encontrará un auxilio imprescindible en la ciencia y en la filosofía jurídica para lograr su mayor solidez, coherencia y corrección. La ciencia y la filosofía colaboran, aunque sin sustituir el momento específico de la conducta jurídica cuya definición e imperio corresponde a la prudencia.

La prudencia jurídica tiene dos dimensiones<sup>70</sup>: una cognoscitiva y otra preceptiva. Para poder aconsejar o mandar a un tercero o a sí mismo lo que se debe hacer, es necesario conocer las diferentes posibilidades de conductas y establecer cuál de esos caminos es el más apropiado para conseguir el fin propuesto. Solo el que conoce y valora los diversos medios puede propiamente elegir e imperar a uno de ellos. Precisamente, la interpretación jurídica se inscribe en esa dimensión cognoscitiva de la prudencia cuyo objeto es deliberar acerca de las conductas jurídicas posibles o necesarias y juzgar cuál es la que racionalmente se prefiere o se estima más valiosa. Deliberación y juicio de elección son los dos actos que constituyen el momento cognosci-

---

<sup>69</sup> Martínez Doral, José M., *La estructura del conocimiento jurídico*, EUNSA, Pamplona, 1963, p. 73.

<sup>70</sup> Véase Massini, Carlos I., *La prudencia jurídica*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.

tivo de la prudencia, y es a través de ellos también que se cumple la interpretación jurídica. La deliberación jurídica es una investigación, búsqueda, valoración, mensura, examen o encuesta acerca de las alternativas de operaciones o conductas jurídicas que se ofrecen en un tiempo y un espacio precisos. Dicho conocimiento desemboca en el juicio de elección que cierra la deliberación al juzgar como la mejor o preferible a una de esas conductas. Cumplida la etapa cognoscitiva o específicamente interpretativa de la prudencia, se posibilita el momento culminante con el que se agota la “creación” jurídica; en él se actualiza poniéndose en existencia a la conducta que la interpretación estimó apropiada. La dimensión prescriptiva de la prudencia manda o aconseja aquella conducta que se determina racionalmente o argumentativamente como la mejor o preferible. Toda conducta por la cual alguien da o respeta lo suyo del otro, corresponde que vaya precedida de ese juicio de elección que cierra la interpretación jurídica específica. Si pensamos en el legislador que promulga la ley, el juez que dicta la sentencia, el abogado que evacúa la consulta, etc., comprobamos que tanto al mandar, al aconsejar o incluso al enseñar una cierta conducta cabe suponer que se ha deliberado acerca de las variables posibles y juzgado aquella que se estimó la más ventajosa o correcta, y esta conclusión es el fruto de haber considerado interpretativamente normas, principios, hechos, etc. Por supuesto que estando en el terreno del saber práctico cabe recordar que no es posible pretender la prueba demostrativa de aquello que se ha concluido como lo mejor, por lo que solo cabe confiar en el razonamiento del intérprete a los fines de alcanzar esa certeza probable que es propia del saber práctico. Incluso, frente a la discusión entre Dworkin y Alexy, aquel sosteniendo la única respuesta correcta para cada caso y éste postulando la idea de la respuesta correcta como meramente regulativa, el pensamiento clásico se encuentra vinculado a esta última tesis, en tanto confía en una verdad práctica aun cuando sabe que no podrá demostrarla como el saber teórico y que existen respuestas correctas dentro de ciertos límites.

**G. La dimensión retórica:** hemos concluido en el punto anterior —en consonancia con las enseñanzas de la filosofía clásica— que el método interpretativo es el prudencial, pero corresponde considerar ahora que además es retórico. En efecto, el intérprete no solo procura dilucidar la mejor respuesta dentro de las posibles, sino que además

tiene que mostrar las razones o argumentos que permitan sostenerla en la controversia propia del diálogo racional-jurídico, para así procurar persuadir al destinatario de que aquella solución es la más justa y razonable. Precisamente en su “Retórica” Aristóteles advierte que “el arte de la retórica es paralelo al de la dialéctica, porque ambas tratan de aquello que comúnmente todos pueden conocer de alguna manera y que no pertenece a ninguna ciencia determinada. Por eso, todos poseen ambas artes en alguna forma, como quiera que todos tratan, hasta cierto punto, de buscar razones y sostener lo que afirman y se ingenian para defender y acusar”<sup>71</sup>. La retórica razona con lo verosímil y con lo opinable intentando encontrar aquello que es apto para persuadir<sup>72</sup>, y sobre esta base el Estagirita procura destacar la utilidad de dicho arte: “Naturalmente, lo verdadero y lo justo, son mejores que sus contrarios, de manera que si nuestros juicios no se realizan como conviene, seguirá necesariamente de ello que seremos vencidos por los contrarios, lo cual es digno de represión”; y además de ese beneficio que reporta la retórica haciendo triunfar lo verdadero y lo justo, añade Aristóteles que a veces aunque poseemos la ciencia más exquisita no es fácil persuadir a ciertas personas si hablamos basándonos en ella, “por el contrario, es necesario componer las pruebas y los argumentos por medio de los lugares comunes”<sup>73</sup>.

En gran medida ha sido mérito de Perelman, con su “nueva retórica”, la revalorización para el campo jurídico de las enseñanzas del Estagirita respecto de ese arte. Siguiendo algunas enseñanzas del fundador de la Escuela de Bruselas podemos decir que el objeto de la retórica son los medios y técnicas propias del debate, de la demostración, de la persuasión; su propósito es lograr la adhesión del destinatario del discurso. Donde hay debate, deliberación o controversia resulta útil la retórica para provocar la elección de una opción o el triunfo de una de las posiciones en pugna: de ahí que los medios propios del *retor* a tales fines resulten las pruebas, los argumentos y los tópicos.

---

<sup>71</sup> Aristóteles, *Retórica*, libro I, cap. 1-1, p. 354.

<sup>72</sup> *Idem.*

<sup>73</sup> *Idem.*

Distinguía Aristóteles un triple género retórico: deliberativo, judicial y demostrativo. “La deliberación —precisa Aristóteles— o es exhortación o es disuasión, pues así los que aconsejan privadamente, como los que pronuncian sus discursos delante del pueblo, hacen siempre una de estas dos cosas”<sup>74</sup>, y el fin de éste género es la felicidad, pero en realidad “no se delibera acerca del fin, sino respecto de lo que conduce a obtenerlo, y esto es lo útil respecto de las acciones, y como además lo útil es bueno”<sup>75</sup>, la deliberación refiere a lo bueno y a lo útil. En el género judicial hay acusación y defensa, y su temática es la vinculada a lo justo o lo injusto. El género demostrativo tiene que ver con la virtud y lo honesto, y las partes de dicho discurso son el elogio y el vituperio.

Los griegos advirtieron la íntima relación entre retórica y política; tras esos pasos Cicerón llegó a vincular el origen de la ciudad a la aparición de un sabio que con la palabra tornó a los hombres civilizados; y en boca de Craso afirma: “Nada hay a mi juicio más excelente que poder con las palabras gobernar las sociedades humanas, atraer los entendimientos, mover las voluntades”<sup>76</sup>. El fin del orador, según Cicerón, es “persuadir con la palabra”; por eso “la facultad oratoria es una parte, no todo el saber civil”<sup>77</sup>, y entre las cinco partes que integran el discurso oratorio la más importante es la invención, pues ella consiste en “el hallazgo de argumentos verdaderos o verosímiles que hagan probable la causa”<sup>78</sup>. Indudablemente el estudio de los argumentos constituye una parte principal en la retórica<sup>79</sup>, y dentro de esa argumentación los lugares comunes o tópicos juegan “un papel análogo al de los axiomas en un sistema formal”<sup>80</sup>, pero la eficacia de la argumentación depende no solo del efecto de argumentos aislados “sino también del conjunto del discurso”<sup>81</sup>, del orden de los argumen-

---

<sup>74</sup> *Ibidem*, cap. III.

<sup>75</sup> *Ibidem*, cap. VI.

<sup>76</sup> Cicerón, “Diálogos del orador”, en *Obras completas de Marco Tulio Cicerón*, Anaconda, 1946, p. 246.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 106.

<sup>79</sup> Véase Perelman, Ch., y Olbrechts-Tyteca, L., *Traité de l’argumentation*, Universidad de Bruselas, 1970.

<sup>80</sup> Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica... cit.*, p. 156.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 175.

tos. Argumento es lo que postula la mente para convencer a alguien<sup>82</sup>, y el retórico, para persuadir o para resolver en un determinado sentido la cuestión puesta en discusión o sobre la que se delibera, tiene que esforzarse por hallar los argumentos y ordenarlos apropiadamente.

Al exponerse el discurso interpretativo se procura hacer conocer al destinatario las razones que han llevado a tal conclusión, presentándola como la correcta. Ha podido afirmar Carnelutti para el ámbito judicial, pero extensivo a la interpretación jurídica en general: “La sentencia que dice bien y razona mal no satisface la justicia”<sup>83</sup>. Pues no se trata de concluir la deliberación con el mejor juicio de elección, sino que deben mostrarse a los que se dirige el discurso los argumentos probatorios o demostrativos que respaldan el silogismo práctico escogido.

De acuerdo con Sauvel:

Motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma, a tenerlas. Es alejar todo arbitrio. Únicamente en virtud de los motivos el que ha perdido un pleito sabe cómo y por qué... Y por encima de los litigantes, los motivos se dirigen a todos... El juicio motivado sustituye la escueta afirmación por un razonamiento y el simple ejercicio de autoridad por un ensayo de persuasión<sup>84</sup>.

La retórica implica disputa, pues ella no solo supone el recurso a las pruebas técnicas y extratélicas<sup>85</sup>, a entimemas o silogismos retóricos y ejemplos —inducción retórica— como si se tratara de “un razonamiento vertical”, sino que en dicho arte hay específicamente “encuentro horizontal”<sup>86</sup> de las opiniones confrontadas, y de ese modo podrá estar —al decir de Aristóteles— “en mejores condiciones para juzgar quien ha oído como si fuesen partes litigantes todos los argumentos opuestos”<sup>87</sup>. Señala Villey que la retórica fue la “cuna del Derecho” y pone como ejemplo de ese *ars disputando* a las obras de

---

<sup>82</sup> Aquino, Tomás de, *op. cit.*, q. XIV a. 2., ob. 14.

<sup>83</sup> Betti, Emilio, “Interpretación de la ley y de los actos jurídicos”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1975, p. 328.

<sup>84</sup> Sauvel, T., “Histoire du jugement motive”, *Rev. de Publ.*, 1955, pp. 5-6.

<sup>85</sup> Aristóteles, *Retórica*, libro I, cap. II.

<sup>86</sup> Villey, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, t. II, 1981, EUNSA, Pamplona, p. 69.

<sup>87</sup> Aristóteles, *Metafísica*, 995 a 24-995, b.4.

Tomás de Aquino, en el que la verdad era el resultado de una metodología controversial o disputatoria. El jurista está forzado no solo a determinar correctamente lo suyo de cada uno, sino que también tiene la palabra para exhibir que su opinión no ha sido caprichosa o arbitraria. Señala Aristóteles en su *Política* que la palabra está en el hombre “para hacer patente lo provechoso y lo nocivo, lo mismo que lo justo y lo injusto”<sup>88</sup>, y haciéndolo patente lograr la persuasión o el convencimiento de aquel al que enseña, aconseja o manda.

Se nos puede acusar desde la filosofía clásica de incurrir en contradicción al sostener la pertenencia simultánea de la interpretación jurídica al campo de lo ético y de lo artístico. Es que el saber jurídico destinado a determinar lo suyo de alguien para aconsejar, enseñar o mandar la conducta respectiva participa del saber prudencial y también del arte retórico; ese *opus* exterior y objetivo, esa determinación del bien del otro exige de cierta *ratio factibilium*. No se trata de sostener que no es necesaria la prudencia, pues sin esta no hay interpretación jurídica, pero esa tarea, que de algún modo también trasciende al intérprete, requiere de cierta habilidad en su obtención y en su exposición. Pueyrredón justifica este carácter artístico que inviste el derecho, atento a que el *opus* jurídico ocupa un lugar intermedio entre la mera *actio* y la *factio*, pues no siendo mera acción sin obra exterior, no es necesariamente una obra que perfeccione una materia exterior, como las obras de la técnica, sino un uso de las cosas exteriores o de las potencias del propio cuerpo para ordenarlas a otro<sup>89</sup>.

Reconócele Demócrito a la prudencia una triple función: deliberar bien, hablar bien y obrar como es debido, y Aristóteles en su *Tratado de las virtudes y los vicios* afirmaba que era propio de la prudencia “emplear sagazmente la palabra y la acción”<sup>90</sup>; y en la *Ética*, hablando de la habilidad como facultad de llevar a la práctica todos los medios conducentes al fin establecido y de ese modo alcanzarlo, precisa que “la prudencia no es esta facultad, pero no se da sin dicha facultad”<sup>91</sup>. Calificaba Cicerón de “absurda, inútil y digna de reproche” la división entre “la lengua y la mente [...] cual si unos enseñasen

<sup>88</sup> Aristóteles, *Política*, libro I, cap. I.

<sup>89</sup> Pueyrredón, Ernesto, “Público y privado”, *Sapientia*, núm. 125, 1977.

<sup>90</sup> Aristóteles, *De virtudes et vicios*, 4,1250, a. 30-35.

<sup>91</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro VI, cap. XII.

la ciencia y otros la palabra”<sup>92</sup>. Es que no cabe ruptura entre la prudencia jurídica y la retórica: aquella se despliega en la deliberación, en la controversia y en la persuasión, por eso la importancia y el auxilio que le puede brindar la retórica. Los beneficios de esa relación se verifican si centramos nuestra atención en el carácter de causa eficiente que se le reconoce a la norma jurídica<sup>93</sup>, lo que tiene que ver con el arte de la controversia y la persuasión empleada por el redactor de la norma. Ya Platón aconsejaba al gobernante que para hacer respetar las leyes debía insistirse más en las razones que le sirven de fundamento que en las penas en que incurrirán los transgresores. Y al tratar Tomás de Aquino la cuestión de si fue útil la institución de las leyes por los hombres responde que “los hombres bien dispuestos son inducidos a la virtud por medio de consejos, voluntariamente, mejor que por medio de la coacción; pero hay algunos mal dispuestos, que no se inclinan a la virtud si no son coaccionados”<sup>94</sup>, y precisamente para aquellos “que no se conmueven fácilmente con las palabras, es necesario apartarlos del mal mediante la fuerza o el temor; así, desistiendo al menos de hacer el mal, dejarán tranquila la vida de los demás”<sup>95</sup>. El jurista está para que cada uno reciba o conserve lo suyo, y esto vale para el abogado, para el juez, para el legislador, el doctrinario, etc., y al concluir qué es lo justo o lo suyo de alguien no solo ese juicio debe ser correcto sino que además debe estar fundado debidamente para lograr que esa conclusión sea eficaz y se encarne; de ahí la importancia de seguir el método apropiado que conduzca a la proposición práctica justa y también la de argumentar mostrando las razones por las cuales esa proposición es la mejor frente a otras alternativas posibles.

Utilizando los estudios de Ruiz Sánchez<sup>96</sup> respecto de las posibilidades de considerar la educación como un arte, nos parece aplicable el ámbito jurídico de esa idea de arte auxiliar, un arte que en su teleología artística está subordinado a la teleología del dinamismo hu-

---

<sup>92</sup> Cicerón, *De oratore*, III, 16, p. 61.

<sup>93</sup> Ver mi libro, *Las causas del Derecho*, Abeledo-Perrot, 1983.

<sup>94</sup> Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, I-II, c.95, a.1.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> Ruiz Sánchez, Francisco, “Posibilidad de considerar la educación como un arte”, *Revista Philosophica*, núm. 1, Valparaíso, pp. 219 y ss.

mano; hoy por eso puede hablarse de un “arte prudencial” en el que la perfección de la obra —la determinación correcta y el consiguiente consejo, enseñanza o mando— pone en juego y riesgo el *bonum* humano del intérprete y del destinatario del *opus* interpretativo.

En síntesis, en todo juicio interpretativo prudencial hay un destinatario al que se le indica qué es lo que le corresponde en circunstancias y la conducta consiguiente que de lo que debe hacer o no hacer, y el aporte de la retórica está en argumentar para convencer o persuadir, refutando las razones que se invocan para respaldar los otros medios posibles.

## V. ¿Dos o tres neoconstitucionalismos?

### 1. NEOCONSTITUCIONALISMOS “DESCRIPTIVO” Y “NORMATIVO”

En obras que sirvieron para hacer conocer y difundir en nuestro continente a la teoría jurídica del “neoconstitucionalismo”, se habló sin distinción de aquellos autores contemporáneos que formaban parte de ésta orientación, a los que finalmente se los identificaba por estar abocados a explicar a los Estados de Derecho Constitucional que Europa continental había ido construyendo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. A ese respecto, una de las obras destacadas y pioneras en nuestro continente que podemos recordar, es la de Miguel Carbonell *Neoconstitucionalismo (s)* (Trotta, 2003). De ese modo, bajo aquel rótulo, se agrupaban autores muy diferentes en cuanto al contenido de sus propuestas, como también en torno a los presupuestos filosóficos en los que se apoyaban, aunque todos coincidían en los temas y conceptos de los que se ocupaban sus respectivas teorías neoconstitucionalistas. Así quedaron reconocidos como exponentes típicos de esas visiones elaboradas en las últimas décadas del siglo anterior, autores como Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky, Ferrajoli, Atienza, Moreso, Comanducci, etcétera.

En el listado característico de las cuestiones analizadas (al margen de las respuestas que los distintos autores brindaban) en aquellas lecturas neoconstitucionalistas están entre otros: la defensa de la Constitución convertida en fuente del derecho; la pregunta por la existencia de una razón práctica; las posibilidades de un saber jurídico directivo y no meramente descriptivo; las diferencias entre reglas y principios; las tensiones entre la legislación y la judicialización; la justificación y operatividad de los derechos fundamentales; los límites y características de la democracia; la discrecionalidad y la ponderación judicial; las relaciones entre el derecho y la moral; la pregunta de si solo moral social o positiva o también moral racional; la validez sustancial o material de las reglas jurídicas; la crisis de los sistemas jurídicos “fuertes” o kelsenianos, etc. Precisamente, el rasgo común y distintivo de los autores neoconstitucionalistas “descriptivistas” es asumir y estudiar la agenda que imponía el nuevo paradigma del Estado de

Derecho Constitucional (EDC) que Europa había construido después de la segunda guerra mundial, en reemplazo del Estado de Derecho Legal (EDL) forjado originariamente en la Francia revolucionaria y codificadora desde fines del XVIII y durante el XIX. Pero más allá de esa coincidencia temática nos parece que corresponde hablar de neoconstitucionalistas “normativos” reconociendo en esa perspectiva a los autores que no se limitan a estudiar al EDC sino que lo respaldan y lo promueven. De ese modo, mientras los neoconstitucionalistas “descriptivistas” se reconocen por la materia de la que se ocupan, los neoconstitucionalistas “normativistas” tienen como nota distintiva el esforzarse por respaldar y auspiciar al EDC; así, por ejemplo, Comanducci está en aquella lista pero habría que excluirlo de la última.

## 2. DOS NEOCONSTITUCIONALISMOS

**El Positivista y el No-Positivista:** fue especialmente Luigi Ferrajoli el que se encargó de poner claridad en las filas neoconstitucionalistas<sup>1</sup> afirmando categóricamente la presencia de dos grupos: por un lado, aquellos a los que llamó no-positivistas (incluso iusnaturalistas o tendencialmente iusnaturalistas de matriz anglosajona), entre los que identificó explícitamente a Alexy, Dworkin, Zagrebelsky, Nino, Atienza, Ruiz Manero y García Figueroa; pero, por otro lado, en el restante grupo Ferrajoli se reconoció a sí mismo, auto-identificándose como “positivista crítico”, y sin ninguna disposición a hacer concesiones que lo apartaran del positivismo construido bajo la tesis hobbesiana: *auctoritas, non veritas, facit legem*. Por mencionar algunas de las afirmaciones principales de ese “positivismo crítico” ferrajoliano (diferenciado confesa y explícitamente del paleopositivismo kelseniano) recordemos respecto del tema objeto de este escrito: a) el rechazo a una razón práctica, lo que conlleva a que “los valores se asumen pero no se justifican”, denunciando a todos los objetivismos y cognitivismos éticos por degenerar en absolutismos; b) el reivindicar un derecho constituido por reglas que pueden aplicarse subsuntivamente;

---

<sup>1</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “El constitucionalismo entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una propuesta de revisión terminológica”, *DOXA*, núm. 34, Alicante, 2011, pp. 15-53.

c) la desconfianza en la judicialización del derecho, atento a que los jueces ostentan un “poder-saber” y la creación de derecho los deslegitima; d) el compromiso político de los juristas que exige denunciar lagunas y antinomias en orden a lograr que el “deber ser” contenido en la Constitución, se convierta en “ser” derecho; e) defensa de la democracia sustancial —y no meramente procedimental como la del Estado de derecho legal— en donde hay cuestiones ya decididas que están sustraídas a la voluntad popular; f) promoción del proyecto constitucional llevándolo del plano nacional al internacional, garantizando a la totalidad de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares; etcétera.

Como ya dijimos, hay autores que estudian o se ocupan del EDC, lo cual permite reconocerlos como neoconstitucionalistas “descriptivistas”, pero muchos de ellos están lejos de entusiasmarse con el mismo, de modo que lo critican y se limitan —cuando lo tratan— a perspectivas meramente explicativas o descriptivistas. En general, esos doctrinarios son los que mantienen firmes convicciones positivistas (aunque hay también iusnaturalistas clásicos que desconfían teóricamente de todos los neoconstitucionalistas en razón de que los ven como iuspositivistas disimulados) sin adherir a las tesis “críticas” típicamente ferrajolianas, y, por supuesto, muy alejados de los neoconstitucionalistas “normativistas”. Un buen ejemplo de los mismos puede ser el ya mencionado Comanducci (al que Ferrajoli acusa de paleopositivista) o también Guastini, pues ellos —con convicciones antiferrajolianas— no están dispuestos a respaldar teorías o saberes normativistas, dado que tal concesión supondría romper la perspectiva cognoscitivista que solo le corresponde a la ciencia. Pero también están aquellos positivistas que mantienen una inercial y ortodoxa perspectiva con dicha teoría (por ejemplo, Bulygin) desinteresándose de principios, derechos humanos, de éticas constructivistas, de conexiones entre el derecho y otras dimensiones de la realidad, y por eso insisten en normas, en la dimensión justificatoria meramente formal o lógica, en interesarse privilegiadamente por la dimensión sintáctica del lenguaje, etcétera.

Hablando de positivistas “ortodoxos” y también de “heterodoxos” (neoconstitucionalistas descriptivistas) resulta oportuno traer a colación la conclusión a la que arriban Atienza y Ruiz Manero en el sentido que la teoría positivista, en cualquiera de sus versiones (inclu-

yente, excluyente o ética), resulta hoy inadecuada para hacerse cargo de la realidad que conlleva el EDC<sup>2</sup>. Es que conviene tener en cuenta que todo modelo de Estado de Derecho necesita de una teoría que lo respalde, explique y apoye, y precisamente, fue la teoría positivista legalista inicialmente y luego la kelseniana, las que resultaron funcional al EDL, por eso al cambiar la realidad se debilita sensiblemente ese favor que recibe prestándole aquellas perspectivas un importante servicio teórico y práctico a los juristas. En la propuesta aludida de los catedráticos de Alicante pareciera que la opción neoconstitucionalista responde a exigencias coyunturales o históricas; sin embargo, está claro que en autores como Alexy, su teoría neoconstitucionalista se apoya en exigencias esenciales o conceptuales que no tienen en cuenta necesariamente los cambios experimentados en la realidad contingente del derecho.

### 3. ¿UN TERCER NEOCONSTITUCIONALISTA IUSNATURALISTA?

En síntesis, desde la señalada perspectiva ferrajoliana el panorama neoconstitucionalista se divide entre no-positivistas y los positivistas críticos. Pero lo que pretendemos preguntarnos a continuación es si aquella división defendida por el profesor italiano resulta suficientemente exhaustiva, o si es posible reconocer otro grupo neoconstitucionalista. Adelantando la respuesta, nos proponemos defender la posibilidad y presencia de autores estrictamente iusnaturalistas que coinciden con los no-positivistas (Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky o Atienza) en sus tesis jurídicas centrales, aunque se apartan en el plano de los fundamentos y, consiguientemente, en algunas respuestas relevantes, especialmente vinculadas a problemas éticos de la agenda social actual. En efecto, pensando en autores del *civil law* (hay que advertir que el fenómeno del neoconstitucionalismo generado en el EDC es propiamente del derecho continental) como Andrés Ollero o Pedro Serna en España; Francesco D' Agostino o Francesco Viola en Italia; Gabriel Mora Restrepo en Colombia; Antonio Flores Saldaña

---

<sup>2</sup> Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, "Dejemos atrás al positivismo jurídico", *Isonomía*, núm. 27, octubre 2007, México.

en México, Alfonso Santiago, Renato Rabbi Baldi, Daniel Herrera o Juan Cianciardo en España, es posible identificar que ellos, desde convicciones iusfilosóficas iusnaturalistas o realistas clásicas (los nombrados están en cátedras de filosofía del derecho, la única excepción es Santiago que es constitucionalista, pero por supuesto que se podría ampliar la excepción con otras constitucionalistas), se ocupan y desarrollan el aparato conceptual privilegiado por los neoconstitucionalistas no-positivistas, y también respaldan en términos generales al Estado de Derecho Constitucional. En ese neoconstitucionalismo iusnaturalista, como también en el otro no-positivista, los autores identificables son principalmente iusfilósofos, dado que en buena medida ellos desarrollan su disciplina específica con material constitucional, empleando un aparato conceptual que requiere o provee la filosofía jurídica; aunque también encontramos algunos específica o estrictamente constitucionalistas (Zagrebelsky en Italia o Santiago en Argentina) que apelan y cuentan con formación e interés por aquella perspectiva gnoseológica.

Más allá de todos los matices que corresponde hacer en la lectura, nos parece que muchas de las tesis de los neoconstitucionalistas no-positivistas, remiten a tesis defendidas por ese otro grupo de teóricos que pueden identificarse como no-positivistas iusnaturalistas. Incluso, podría destacarse que muchas de las tesis que hoy defienden típicamente los neoconstitucionalistas en su enfrentamiento y diferenciación con los positivistas, coinciden en lo sustancial con posiciones que desde siempre enarbolaron los iusnaturalistas. Es que hasta la aparición de aquellas propuestas neoconstitucionalistas en la segunda parte del siglo XX (en mayor medida en las tres últimas décadas) las discusiones con los positivistas eran asumidas casi exclusivamente por los iusnaturalistas. Queda claro que los neoconstitucionalistas no-positivistas reconocidos por Ferrajoli como “constitucionalistas principialistas o argumentativos” o iusnaturalistas o tendencialmente iusnaturalistas (nosotros los llamaremos simplemente como “no-positivistas”), pues ninguno de ellos consentiría esa adscripción al iusnaturalismo, e incluso sus conexiones con Kant y el constructivismo moral justifica ese explícito rechazo, por ello, y en consecuencia, denominaremos neoconstitucionalistas iusnaturalistas a los autores que de manera directa o indirecta (por ejemplo a través de la hermenéutica) remiten al realis-

mo jurídico clásico de raigambre aristotélica y/o tomista (más allá de todas las variantes que se constatan en dicha corriente)<sup>3</sup>.

En orden a identificar aquellas coincidencias recordemos algunas tesis tradicionalmente iusnaturalistas y que hoy avalan los neoconstitucionalistas no-positivistas (más allá de precisiones y matices), así: a) reconocen un límite moral dilucidado racionalmente para el derecho; b) se apartan de las visiones que reducen el derecho a reglas, y reclaman en el mismo principios y valores; c) confían en la existencia de una razón práctica idónea para resolver conflictos morales por medio de ponderaciones; d) prestan atención privilegiada a los casos concretos, y no solo a los casos genéricos y fáciles; e) sin perjuicio de conceptos “descriptivistas” del derecho, entienden que la definición más explicativa incluye necesariamente valoraciones; f) el análisis de la validez de una norma jurídica no puede reducirse a la dimensión justificatoria formal o lógica, pues debe incorporar el contenido; g) importa la racionalidad práctica sustancial, pero también importa la racionalidad procedimental; h) la filosofía jurídica constituye un saber jurídico específico diferenciado de la ciencia jurídica, y es imprescindible para operar el derecho; i) el concepto del derecho termina siendo interpretativo o argumentativo; j) el sistema jurídico que puede postularse requiere apertura, dinamismo, pluralidad y flexibilidad, poniéndose a prueba en los casos resueltos; k) defienden una teoría amplia de las fuentes del derecho no atada a soberanías nacionales, a nóminas exhaustivas ni a jerarquías apriorísticas; l) asumen una preocupación orientada a la vigencia de la democracia y los derechos humanos; m) reconocen el papel decisivo de los jueces a la hora de controlar la validez jurídica de todas las normas; n) admiten que el contenido moral de los derechos impregna a todo el derecho; ñ) postulan controlar desde una moral racional a las morales sociales vigentes; o) defienden una filosofía o razón práctica con sus dimensiones morales, políticas y jurídicas; etcétera.

Sintetizando las coincidencias entre las referidas perspectivas podría decirse que ellas rechazan las tres tesis centrales, que a entender

---

<sup>3</sup> Cfr. Mi libro: *El iusnaturalismo actual (de M. Villey a J. Finnis)*, Fontamara, México, 2003.

de Bulygin<sup>4</sup> son las que caracterizan al positivismo: la tesis conceptual de la positividad del derecho, en tanto admiten que existen contenidos inadmisibles o necesarios para el derecho; la tesis epistemológica que reclama un punto de vista descriptivo, sin conexiones con valoraciones o prescripciones, dado que privilegian un conocimiento que las incluya; y la tesis del escepticismo ético o axiológico, pues frente al rechazo de cualquier razón práctica de los positivistas, los neoconstitucionalistas no positivistas y los iusnaturalistas defienden cierto cognitivismo y objetivismo ético.

#### 4. LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS NEOCONSTITUCIONALISTAS NO-POSITIVISTAS Y LOS IUSNATURALISTAS

Fácil es advertir que son muchas las coincidencias entre los neoconstitucionalistas no-positivistas y los neoconstitucionalistas iusnaturalistas, pero no es viable su directa asimilación porque entre ellos se detectan controversias en el terreno de las fundamentaciones, las que terminan proyectándose en propuestas diferentes, especialmente en el campo de las soluciones a problemas típicos de la ética social contemporánea. En efecto, estamos pensando en cuestiones de una enorme relevancia como aborto, eutanasia, dignidad humana, matrimonio homosexual, etc., y esas diferencias concluyen muchas veces neutralizando las significativas coincidencias que se comprueban en el campo de la teoría jurídica, sorprendentemente esas posturas disonantes terminan teniendo más peso en la vida académica a la hora de identificar autores cercanos y distantes. Quizás ello se explique por la importancia de las cuestiones, pero también habría que agregar la irracionalidad y los prejuicios que muchas veces acompañan a esas discusiones morales.

Intentando encontrar una explicación para aquellas diferencias, y dejando a salvo las grandes coincidencias, nos parecen que ellas remiten a la visión gnoseológica que tiene un significativo impacto en la teoría antropológica y en la ética. De ese modo resulta que los neo-

---

<sup>4</sup> Bulygin, Eugenio, "Validez y positivismo", *Comunicaciones-Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, La Plata, vol. I, 1987, pp. 241 y ss.

constitucionalistas no-positivistas no asimilan “miembro de la especie humana” con “persona”, atento a que esta requiere de la capacidad o posibilidad de desarrollar ciertas funciones, mientras que los iusnaturalistas parten de un “personalismo ontológico”, y así todo miembro de la especie humana es persona y titular de derechos indisponibles por nadie. En términos gnoseológicos lo que está en juego es si es posible conocer las cosas, dado que mientras en el realismo aristotélico la verdad se alcanza cuando nos “adecuamos” con nuestra inteligencia a ellas y decimos lo que son y lo que no son; en el “idealismo crítico” kantiano la verdad y el conocimiento parte de lo que aportan las sensaciones, pero para alcanzarlo es necesario “construirlo” mediante las formas a priori de la inteligencia y la sensibilidad que aporta el sujeto. Es cierto que a la hora de explicar las diferencias también podríamos apelar al papel de la libertad o la autonomía en orden a crear la moral, dado que no obstante que los neoconstitucionalistas no-positivistas hablan de algún cognitivismo y objetivismo, dicho conocimiento no termina de comprometer una generosa libertad individual anexada a una cierta desconfianza con lo vinculado a bienes comunes. En cambio en el realismo se parte de la naturaleza humana que es individual y es social, por ende, hay bienes que se alcanzan con el esfuerzo individual y otros junto a otros (bienes comunes), aunque adviertan que el bien es siempre de la persona de carne y hueso, pues la sociedad no es una sustancia si no está en el plano accidental.

## 5. CONCLUSIÓN

Más allá de la realidad novedosa, importante y sugerente propia del EDC, hay autores que siguen más ligados al Círculo de Viena que a Kant y sin la más mínima conexión o interés por Aristóteles. Ellos ignoran la rehabilitación de la razón práctica en cualquiera de sus manifestaciones, y se mantienen interesados por elaborar una ciencia jurídica que sea “objetiva y exacta” como se propuso Kelsen, por eso no les preocupa responder preguntas coyunturales o contingentes, y, mucho menos, ceder a la tajante y central distinción entre lo que “es” derecho y aquello que siempre irracionalmente se propone como “deber ser” o como mejor en el terreno de las “cosas humanas”. Así, esos positivistas prescinden de las discusiones suscitadas por los

neoconstitucionalistas, y si llegan a ocuparse casualmente de alguna de ellas, carece de relevancia en relación con sus propuestas teóricas o científicas.

Como hemos dicho, también están los que efectivamente se ocupan del EDC, e incluso ese tratamiento les sirve para enriquecer o precisar sus respectivas teorías, pues a ellos los hemos llamado arriba neoconstitucionalistas. Dentro de estos encontramos los que no solo se ocupan y describen al EDC (“neoconstitucionalistas descriptivos”) sino que lo avalan y promueven llegando a ser esa realidad una pieza clave de sus elaboraciones doctrinarias, y pensamos que es a ellos a los que deberíamos llamarlos “neoconstitucionalistas normativistas o valorativistas”, en tanto sus teorías descansan y respaldan en buena medida en los temas o conceptos incluidos en la agenda impuesta por el EDC.

En el espacio de los neoconstitucionalistas normativistas (valorativistas) o en sentido estricto nos valimos de la distinción que efectúa Ferrajoli: los no-positivistas y el positivismo crítico de su autoría. Pero quisimos preguntarnos si había un tercer grupo de autores que explican, avalan y promueven el EDC, y respondimos afirmativamente: los “neoconstitucionalistas iusnaturalistas”, que no siguen a constructivismos kantianos sino al realismo clásico aristotélico. Este último grupo —como lo consignamos— tiene amplias coincidencias con el neoconstitucionalismo no-positivista de Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky o Atienza, pues es obvio que los une el no-positivismo en tanto afirman centralmente que hay conexiones conceptuales, esenciales y necesarias entre el derecho y la moral (racional y no meramente social o vigente), consecuentemente avalan que no cualquier contenido puede ser derecho, y dentro de las respuestas jurídicas disponibles hay peores y mejores, pudiendo la razón práctica dar razones de ese juicio y elección, pero los separan sus fundamentos o bases filosóficos. En efecto, aquellos rechazan cualquier metafísica que pretenda apoyarse en la realidad de las cosas, y más bien prefieren que sus propuestas racionales éticas o axiológicas remitan a presupuestos contrafácticos o totalmente históricos, mientras que los iusnaturalistas intentan apoyarse en la naturaleza humana (captada en el ser mismo del hombre como en Kalinowski, o en la experiencia humana que conoce por evidencia bienes humanos básicos como en

Finnis). Sin duda que la antropología y la teoría del conocimiento de unos y otros tiene una relevancia decisiva en la divisoria de aguas.

A los fines de visibilizar esas diferencias (dejando a salvo que todos son neoconstitucionalistas normativistas o en sentido estricto y también no-positivistas), nos parece que podríamos llamar a los primeros (Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky, Atienza, etc.), “no-positivistas constructivistas o kantianos”, mientras que a los otros los denominaríamos “no-positivistas personalistas o aristotélicos”.

En síntesis, habría neoconstitucionalistas descriptivistas o en sentido amplio (se ocupan del EDC) y normativistas, valorativistas o en sentido estricto (avalan y promueven el EDC). Estos últimos se dividirían entre: positivistas críticos (Ferrajoli), no-positivistas constructivistas o kantianos (Alexy, Nino, Atienza, etc.) y no-positivistas personalistas o aristotélicos (Ollero, Santiago, Herrera, etc.).

Quizás convenga sincerar una última duda acerca de si el rótulo más apropiado es “neoconstitucionalismo iusnaturalista” o “iusnaturalismo neoconstitucionalista”, y nos parece que la respuesta más correcta es la última, dado que corresponde que el sustantivo sea el género “iusnaturalismo”, el que puede adjetivarse con “neoconstitucionalista”; o sea, hay diferentes versiones “iusnaturalistas realistas clásicos”, más allá de los matices generados en las particulares perspectivas teóricas o en sus proyecciones especiales a diferentes realidades históricas. Sin embargo, optamos por la otra denominación de “neoconstitucionalismo iusnaturalista” dado que con la misma se subrayan las coincidencias con esa nueva teoría de enorme proyección, posibilitando un diálogo seguramente fructífero en orden a reconocer afinidades y diferencias. Más allá de las tesis constitutivas y tradicionales del iusnaturalismo realista, es importante destacar su proyección histórica posibilitando la lectura y justificación de las notas más importantes que ofrece el EDCD, pues así, al hablar de “neoconstitucionalismo”, el “iusnaturalismo” queda forzosa y legítimamente incorporado a los debates iusfilosóficos actuales, evitando que los prejuicios que suscita la escuela obstaculicen su inclusión a la discusión. Es indiscutible que el tiempo afecta y cambia convenciones lingüísticas, imponiendo conceptos y modos mejores y peores para hablar de las cosas, y esa enseñanza es para todas las orientaciones que pretenden mostrar las verdades y persuadir racionalmente. En

definitiva, hoy clara y predominantemente debatimos sobre la realidad del ECD y cómo entenderla para operarla, enseñarla, orientarla o promoverla, y en este trabajo junto a los positivistas y a los kantianos, también está presente el realismo jurídico clásico.



## VI. La matriz de la decisión judicial

### PROPÓSITO

Aquí pretendemos preguntarnos respecto a qué facultad humana recurre un juez cuando decide una causa. Al respecto, y a grandes rasgos, surge la duda si el juez, cuando dicta su sentencia, la discierne en el ámbito de su razón —en su caso, con qué características— o fuera de ella. La importancia de la pregunta es evidente, pues la respuesta se proyecta en la definición de los criterios para la elección de los jueces, la posibilidad y medios para el control y la responsabilidad judicial, en la forma y caminos para la capacitación judicial, etc. Si bien nos interesa prestar atención al ámbito judicial, las propuestas a considerar se extienden en buena medida al campo también de la creación jurídica en general.

### 1. PROPUESTAS PARADIGMÁTICAS

Concretemos a continuación un relevamiento sintético de las propuestas teóricas más notables brindadas en torno a la cuestión planteada, por supuesto, evitando los matices de las mismas y describiéndolas en sus rasgos más significativos. Reiteremos que el punto específico a tratar es plantearnos que, una vez que el juez tiene todos los elementos acumulados en el proceso, debe adoptar una decisión en el mismo y la pregunta es en qué ámbito de sus facultades se configura la misma.

**A. Razón teórica:** en el modelo dogmático iuspositivista decimonónico, la propuesta del juez montesquiano coincidía que al decidir construía un silogismo teórico, y por ende, con certeza absoluta de la solución y sin apelaciones a valores. El juez era “boca de la ley” para el caso; consecuentemente, resultaban irrelevantes sus convicciones o preferencias morales o axiológicas, pues él debía escoger para el caso la única respuesta prevista en la ley, bajo la amenaza del delito de prevaricato. Este criticado modelo de juez, ha vuelto de alguna manera sobre sus pasos al hilo de la informática jurídica decisoria. Es que en esa matriz judicial decisoria el programa o el “*soft*” al que se le cargan

los datos es el que brinda la respuesta, por ende, resulta irrelevante quien toma la decisión dado que a esta la provee el programa informático. En definitiva, mientras la creación del derecho era fruto de la voluntad infalible del legislador, luego la aplicación por parte de los juristas, se reducía al ámbito de la lógica o de los saberes teóricos que pueden proporcionar una certeza absoluta o inexcusable, sin que exista el riesgo de opciones entre alternativas diferentes.

**B. Razón instrumental o pragmática:** en la perspectiva *Critical Legal Studies* (Duncan Kennedy, Roberto Unger, etc.) el derecho es radicalmente indeterminado (*Indeterminacy Thesis*) y el derecho es política (*Law is Politics*), por ende, el juez puede hacerle decir lo que resulte conveniente a sus preferencias o intereses. También para el tradicional realismo jurídico norteamericano, el juez era el responsable de crear el derecho y, en esa tarea, lo decisivo es construir una respuesta que conduzca al objetivo (económico, político, sociológico, etc.), que se pretende conseguir por el operador del derecho. Aquí estrictamente, lo decisivo no es el derecho sino los propósitos puestos desde afuera del mismo. Y la razón del juez (como la de la creación jurídica en general) aparece reconocida —en la mejor hipótesis— en clave pragmática, instrumental técnica o utilitaria en orden a alcanzarlos, sin limitaciones o requerimientos que condicionen el éxito de la respuesta formulada. Teorías consecuencialistas (como “análisis económico del derecho”) abonan a favor de una razón jurídica funcional al mejor resultado, sin considerar en orden a tal obtención, los costos éticos valiosos en sí mismos.

**C. Irracionalismo o voluntarismo:** desde el supuesto de que no hay ningún tipo de razón práctica, las elecciones en el campo de las conductas posibles quedan remitidas a las emociones, creencias o valores, es decir, a un terreno inaccesible a la razón humana y en el que solo operan la irracionalidad o la mera voluntad a instancias de factores como los mencionados. En las filas de esta propuesta encontramos relevantes nombres como los de Kelsen o Ross, pues en la *Teoría Pura del derecho* podemos leer:

no existe criterio alguno con cuyo fundamento puede preferirse una posibilidad dada dentro del marco del derecho aplicable... La representación en que se funda la teoría tradicional de la interpretación, a saber: que la determinación del acto jurídico por cumplirse, no efectuada por la norma jurídica por aplicar, pueda obtenerse mediante alguna especie de

conocimiento del derecho ya existente, es un autoengaño lleno de contradicciones, en cuanto es contrario a los presupuestos de la posibilidad de una interpretación (pp. 352 y 353).

Las opciones que realiza inexorablemente un juez (también cualquier otro creador de derecho) se efectúan irracionalmente o volitivamente, y ello no por maldad, egoísmo o buscando el éxito, sino simplemente porque no es un terreno accesible a la razón.

**D. Razón teórica y voluntad (Ferrajoli):** mientras que en Kelsen o Ross la decisión es solamente volitiva, en Ferrajoli hay una propuesta ecléctica que se resume en identificar a la función judicial como un “saber-poder” en tanto es una mezcla de conocimiento (*veritas*) y de decisión (*auctoritas*). Por un lado, implica formular proposiciones asertivas o cognoscitivas: referidas a los hechos y a la verdad fáctica en su conocimiento, obtenido por vía inductiva, según los datos probatorios; y también referidas a las normas jurídicas positivas aplicables y a la verdad jurídica obtenida por vía deductiva, conforme al significado de las palabras empleadas en aquellas. Por otro lado, se incluye un poder de disposición o de valoración ético-político, que es patológico a la función y una fuente de deslegitimación judicial, en tanto resulta apelar a la irracionalidad que acompañan a las opciones en el campo de la moral o de los valores; pues recordemos que para el profesor italiano “los valores no se justifican, sino se asumen”.

**E. Razón práctica procedimental:** al menos en 1978 cuando Alexy publica su *Teoría de la Argumentación*, era clara su preferencia por recuperar la razón práctica para el derecho y la moral, aunque explicitando una serie de exigencias que definen un procedimiento dialógico racional, cuyo seguimiento posibilita la obtención de respuestas correctas. Sin perjuicio de los avances que el profesor alemán hizo en el terreno de razón práctica sustancial, nunca abandonó su confianza en la dimensión procedimental de la misma; pero dejemos hablar al mismo Alexy:

Los discursos son conjuntos de acciones interconectadas en los que se comprueba la verdad o corrección de las proposiciones. Los discursos en los que se trata de la corrección de las proposiciones normativas son discursos prácticos. El discurso jurídico [...] puede concebirse como un caso

especial del discurso práctico general, que tiene lugar bajo condiciones limitadoras como la ley, la dogmática y el precedente<sup>1</sup>.

También las éticas consensualistas (Perelman o Aarnio), orientan la elección de las respuestas jurídicas a aquellas que gozan del consenso mayoritario obtenido de una manera racional.

**F. Razón práctica sustancial (iusnaturalismo racionalista):** el iusnaturalismo moderno de los siglos XVII y XVIII confió en deducir todo el derecho desde ciertos principios establecidos por la razón, sin apelación alguna a los sentidos o a la realidad. Lo relevante de la propuesta es esa confianza absoluta y solipsista en la razón deductiva y universal, capaz de extraer de manera clara y exacta todas las consecuencias a lo valioso contenido en los principios. Es lo que afirma Hugo Grocio: “Yo declaro de buena fe que, como los matemáticos al examinar las figuras, hacen abstracción de los cuerpos que ellas modifican, así también yo, al explicar el derecho liberaré mis pensamientos de la consideración de todo hecho particular”. Son los ocho tomos de derecho natural escritos por Pufendorf, en donde matemática y deductivamente, a partir de la “*imbecilias*” humana está todo el derecho; o los nueve tomos de derecho natural de Christian Wolff obtenidos vía un método axiomático y alejado de toda experiencia histórica. Lo que nos interesa subrayar de ese iusnaturalismo racionalista es, fundamentalmente, esa ultra-confianza en una razón práctica, moral o jurídica que se somete a un método matemático y desprecia la historia y la realidad, dado que esa filosofía nutrió en buena medida al proceso codificador y a la cultura que le fue funcional.

**G. Fe (saber infuso):** se parte de que la razón no es el camino para escoger la respuesta jurídica, sino que tratándose de lo bueno o lo justo para el hombre, hay que confiar en las definiciones provenientes de Dios. La clave está en la palabra de Dios y la fe que cree en la misma, por lo que luego solo cabe acatar dogmática o sin control racional a esos pronunciamientos divinos. Aquí el papel de la razón humana se torna irrelevante y todo se reduce a dejar que hable Dios, por eso el jurista debe confiar en esas respuestas infusamente puestas por el único definidor de todo lo bueno. Más allá de las manifestaciones que

---

<sup>1</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 177.

puede encontrar la propuesta teologista en la actualidad por vía de los fundamentalismos religiosos, la referencia filosófica está, por ejemplo, en el voluntarismo moral de Guillermo de Ockham cuando afirma que no hay cosas buenas o malas en sí mismas, sino en virtud de lo decretado positivamente por Dios; o también en el rechazo a la razón de Martin Lutero cuando la condena como “prostituta diabólica”.

**H. Razón práctica procedimental y sustancial:** esta es la propuesta del realismo jurídico clásico, al menos claramente en autores como J. Finnis, pues se trata de confiar en definiciones sustanciales o de contenido de la razón en el terreno de los valores o la moral, pero también reclamar que ellas deben obtenerse no de cualquier modo sino a través de procedimientos respaldados o dilucidados por la razón. Siguiendo al profesor de Oxford según su propuesta contenida en “Ley natural y derechos naturales” esa doble dimensión de la razón queda reflejada en los siete bienes básicos humanos y en las nueve exigencias del método del derecho natural. En definitiva, y en terminología tradicional de aquella escuela, la creación y aplicación del derecho es fruto de la razón práctica más concreta y circunstanciada, o sea de la llamada prudencia jurídica. Pero a su vez queda claro que esa decisión prudencial no puede obtenerse de cualquier modo, sino que la razón también define esquemas procedimentales que terminan facilitando a la misma prudencia. No es que el procedimiento garantice la corrección o justicia de la respuesta, pero importa a esos mismos fines, dado que está también ahí el respaldo de la razón. Si bien centramos la atención en esa presencia de la razón práctica, no está de más recordar que en orden a encontrar racionalmente la respuesta correcta o justa, también importa —en el realismo clásico— un apetito recto en la voluntad del operador jurídico, de ahí la importancia de la ética asumida por el mismo.



## VII. Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual

### 1. LA QUIEBRA DE LA TEORÍA JURÍDICA DECIMONÓNICA

Perelman<sup>1</sup> señala que después de la Segunda Guerra Mundial comienza una nueva etapa en la teoría jurídica que pone en crisis el modelo iuspositivista, dogmático y legalista que se había forjado durante el siglo XIX a instancias de las escuelas exegetica e histórica y de Ihering, y que en algunos aspectos completará el mismo Kelsen en nuestro siglo. Más concretamente, el Tribunal de Núremberg pondrá en evidencia, dramáticamente, las insuficiencias de aquel modo de entender el derecho que de forma básica lo identificaba con la ley positiva. El fundador de la nueva retórica subraya como una de las características principales de los nuevos vientos que comienzan a soplar, el recurso —para explicar u operar con el derecho— a los principios jurídicos, también llamados en los códigos “principios generales del derecho”.

Esa emergente nueva teoría jurídica caracterizada por la oposición al modelo imperante, va a ganar en Europa renovados bríos durante la década de 1950 con autores como Esser o Viehweg, y en las décadas posteriores se irá afirmando con nitidez ese nuevo clima —teórico y práctico— que destacará las insuficiencias, errores o falta de correspondencia con la realidad del modelo decimonónico. Pero, al mismo tiempo, los “principios jurídicos” fueron acentuando su decisivo papel en la configuración de distintas teorías que en mayor o menor medida, tomaban distancia respecto del “viejo” iuspositivismo. Si vamos al mundo anglosajón es forzoso citar las teorías precursoras de Pound, aunque hay que prestar atención privilegiada a la polémica destacada ya en las décadas de 1970 y 1980 entre Hart y su sucesor en la cátedra de Oxford, Ronald Dworkin; polémica centrada en si el derecho se definía como mero sistema de normas (*system of rules*) o si

---

<sup>1</sup> Cfr., Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988.

incluía preferentemente *principles*. En Europa continental ese debate se reproduce entre Kelsen y Esser, siendo expuesto con coherencia e insistencia por el autor de la *Teoría Pura del Derecho* en su obra póstuma de 1975:

tales principios (alude a Esser) no tienen el carácter de normas jurídicas. Si no se separa claramente el concepto de norma jurídica y el concepto de principio jurídico, entonces se borra el límite entre el derecho positivo, por un lado, y, por el otro, la moral, la política y las costumbres, lo cual solo puede ser deseable para tales representantes de la ciencia del derecho, que creen que su tarea consiste no tanto en conocer el derecho positivo y describirlo objetivamente, sino más bien en justificar o cuestionar su validez desde el punto de vista de la moral y la política<sup>2</sup>.

Los ríos de tinta que han corrido en torno de aquellos debates, especialmente del suscitado en el mundo anglosajón, han tornado a esa temática en una especie de banco de pruebas por el que deben pasar las teorías actuales y desde la cual pueden conocerse las respuestas que brindan a los principales problemas que plantean la filosofía jurídica y la teoría general del derecho. La confesión resignada de Bobbio es elocuente del interés en la teoría jurídica contemporánea por el tema bajo análisis: “los principios generales del derecho se han constituido en un capítulo central en la teoría general del derecho”<sup>3</sup>. En definitiva, digamos con Prieto Sanchís que asistimos a “una nueva edad de oro de los principios”<sup>4</sup>.

Fueron quizás desde el campo del derecho público donde con mayor energía e insistencia se reclamaba a los principios que se animaran a entrar en escena, desempeñando uno de los papeles centrales en la nueva obra del derecho que se estaba escribiendo. Indudablemente que ha sido el campo del derecho constitucional, trabajado directamente por constitucionalistas o por filósofos del derecho, el más fructífero respecto al embate contra el iuspositivismo y la reivindicación de los principios. Troper ha subrayado la absoluta incompatibilidad

---

<sup>2</sup> Kelsen, H., *Teoría general de las normas*, Trillas, México, 1994, p. 125.

<sup>3</sup> Bobbio, N., voz “Principi generali dei diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, Turín, 1982, p. 889.

<sup>4</sup> Prieto Sanchís, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 17.

entre constitucionalismo y positivismo jurídico<sup>5</sup>. Zagrebelsky concluye polémicamente: “Si el derecho actual está compuesto de reglas y de principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derecho y sobre la justicia son prevalentemente principios... Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”<sup>6</sup>.

Así, paulatinamente aquel iuspositivismo soberbio que a fines del siglo XIX declaraba que solo hacía falta enterrar el cadáver del iusnaturalismo, se ve acosado por diversos frentes y va resignando banderas. Por supuesto que la versión iuspositivista que rápidamente se abandona es la “ideológica”, pues demasiadas experiencias dolorosas han ocurrido como para seguir insistiendo en que el derecho positivo por el solo hecho de serlo era justo. Luego, aunque con mucha resistencia, vemos claudicar también al “iuspositivismo teórico”, que vinculaba el derecho al Estado en tanto centro monopólico de producción normativa. Pero la última versión que se considerará asimismo imbatible será la del “iuspositivismo conceptual o metodológico”, fundado sobre la inexistencia de una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, o dicho de otro modo, en que “el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo”<sup>7</sup>, o sea en definitiva la tesis de que el derecho es creado y aniquilado por actos humanos, por lo que resultan irrelevantes desde el punto de vista cognoscitivo las consideraciones morales o éticas. A pesar de esa versión reductiva, hay autores iuspositivistas muy importantes, como Eugenio Bulygin<sup>8</sup>, que insisten en caracterizar al iuspositivismo no solo con aquella tesis de la positividad del derecho, sino con dos más: 1. Escepticismo ético: no hay posibilidad de conocer valores o normas

---

<sup>5</sup> Troper, M., “Il concetto di costituzionalismo e la moderna teoria del diritto”, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, año XVIII, núm. 1, pp. 61-81.

<sup>6</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1997, p. 109.

<sup>7</sup> Nino, C. S., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 148.

<sup>8</sup> Bulygin, E., “Validez y Positivism”, en *Comunicaciones. Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, La Plata, 1987, vol. 1, pp. 241 y ss.

éticas; y 2. Tajante separación entre descripción y prescripción, entre la creación y el conocimiento del derecho, entre la ciencia del derecho y la política jurídica.

Aquella versión “mínima” iuspositivista procuraba salir airosa del embate principialista atento a que era posible “reconocer” otras entidades como parte del ordenamiento jurídico positivo además de las normas, así, por ejemplo, a los principios y a su contenido ético, incorporados habitualmente a través de la Constitución y los textos sobre derechos humanos. La tesis de las fuentes sociales del derecho asimilaba cualquier contenido en el derecho, con la sola condición de que existiera una decisión con virtualidad suficiente como para constituir a un cierto contenido en derecho positivo. Nada valía como derecho si no había alguna decisión que así lo constituyera, y en consecuencia, los llamados principios obtenían su juridicidad a instancia exclusiva de esa creación humana. Nuestro propósito es, precisamente, poner de relieve hasta dónde ha afectado al iuspositivismo en general, y al iuspositivismo metódico o conceptual en especial, la “tesis fuerte” de los principios jurídicos, postulada por la teoría jurídica actual que representan Alexy, Dworkin, el iusnaturalismo realista, etc. Nuestra conclusión será demostrar la absoluta incompatibilidad entre “iuspositivismo” y “principios jurídicos fuertes”.

## 2. PRINCIPIOS JURÍDICOS FUERTES Y DÉBILES

Antes de entrar en materia, se impone una precisión sobre los principios, dada su notoria vaguedad y ambigüedad, como lo han destacado Carrió, Wróblewsky, Atienza, etc. Entendemos que es posible hablar de principios en un sentido fuerte y en un sentido débil: lo propio de aquellos es que forman parte del derecho *per se* o *proprio vigore*, mientras que los débiles se identifican por características formales, estructurales, etc. De ese modo, las versiones fuertes atribuyen a los principios jurídicos la calidad que Aristóteles en su *Metafísica* reconoce a los principios cuando los define como “aquello primero desde o a partir de lo cual algo es, se hace o se conoce”<sup>9</sup>, y precisamente los principios jurídicos en sentido estricto son aquello de donde se hace

---

<sup>9</sup> Aristóteles, *Metafísica*, V 1, 1013 a 18 s.

o se constituye algo como derecho, o se identifica o se reconoce algo como derecho. De este modo, pensamos que el derecho en última instancia remite a los bienes humanos básicos (Finnis)<sup>10</sup>, a los que intenta proteger con los instrumentos propios del derecho, o sea, el *arché* del derecho lo constituye lo que en terminología contemporánea se llaman los “derechos humanos fundamentales” o “derechos naturales primarios”. En consonancia con esa filosofía, Sergio Cotta concluye:

o sea que el hombre es el *principium reddendae rationis* (por usar la fórmula canonizada por Leibniz) del derecho. Es su origen, su fundamento, su causa, pero no histórica sino más bien ontológica [...] entonces el derecho tiene por principio general fundamental aquello que puede ser denominado principio antropro-ontológico (del derecho)<sup>11</sup>.

Obviamente que admitir “principios jurídicos fuertes” —o sea, que forman parte del derecho aunque no contemos con decisiones autoritativas que así lo reconozcan— es absolutamente compatible con hablar de otros tipos de “principios jurídicos débiles” que cumplen el papel de “principios” respecto a otras normas o a otros principios más débiles en virtud de haberlo dispuesto así alguna decisión autoritativa. Los “principios jurídicos fuertes” serían “principios del derecho” o “principios en sentido estricto” de todo derecho, mientras que a los otros principios constituidos como tales a consecuencia de algún acto humano con capacidad para ello, los llamaremos “principios débiles” o “principios en sentido amplio”. Una aclaración importante sobre la que volveremos luego: no todos los autores que reconocen la existencia de principios fuertes están dispuestos a que se los rotule como autores iusnaturalistas, quizás por la carga que conlleva esa denominación en términos metafísicos, de ahí que frente al

<sup>10</sup> John Finnis llama “valores básicos”, o “formas básicas del bien” o “bienes humanos básicos” a los que reconoce el carácter de incuestionables autoevidentes y siendo su nómina: 1. Vida; 2. Conocimiento; 3. Juego; 4. Experiencia estética; 5. Sociabilidad o amistad; 6. Razonabilidad práctica y 7. Religión (Cfr. *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 59-83; y mi artículo “Una teoría distintiva fuerte entre normas y principios jurídicos”, en Delgado Barrio, J., y Vigo, Rodolfo L., *Sobre los principios jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998).

<sup>11</sup> Cotta, S., “I principi generali del diritto: considerazioni filosofiche”, *Estratto dalla Rivista di Diritto Civile*, Año XXXVII-1991, núm. 5, CEDAM, Milán-Padua, 1991, pp. 502-503.

iuspositivismo algunos prefieran hablar de autores no-iuspositivistas o metapositivistas. De todas maneras no es importante como llamaremos a esos autores (*nominibus non est disputandum*), sino que ellos coinciden en reconocer una cierta juridicidad intrínseca que excede la “tesis social”<sup>12</sup>, lo cual es una pretensión inaceptable para todo iuspositivismo y constituye la afirmación central y mínima de todo iusnaturalismo o no-iuspositivismo.

Es frecuente que desde el iuspositivismo no se perciban las diferencias que existen entre los distintos iusnaturalismos. Así se atribuye genéricamente a esta última perspectiva la tesis de que “solo lo justo es derecho”, la cual resulta manifiestamente extrema, dado que al menos para corrientes de raigambre aristotélicotomista hay un marcado respeto en favor del derecho positivo, siendo un ejemplo notorio de esta apertura la teoría de John Finnis, quien respecto a manifestaciones de “derecho injusto” concluye que hay que proceder “sin ignorar ni expulsar a otra disciplina los casos de la materia en estudio que sean inmaduros, primitivos, corrompidos, desviados o que de cualquiera otra forma sean ejemplos solo en un sentido restringido o bien en un sentido amplio”<sup>13</sup>. Tratando de sintetizar un esquema que compartimos, diríamos: 1. Es posible plantear la hipótesis históricamente verificable de un derecho manifiesta y gravemente injusto, y en tales casos excepcionales de superación del umbral de injusticia, corresponde la invalidez o no reconocimiento de la juridicidad u obligatoriedad del mismo; 2. Sin embargo, lo común es que el derecho sea más o menos justo o más o menos injusto (*secundum quid*) a tenor del punto de vista que se adopte, en tales casos juega una presunción en favor de la validez jurídica, en la medida en que se haya generado en el marco del sistema jurídico al que pertenece<sup>14</sup>; 3. La justicia es un concepto

---

<sup>12</sup> Según J. Raz, la tesis social —“lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales”—, es la más fundamental del positivismo jurídico; cfr. *La autoridad del derecho*, UNAM, México, 1982, pp. 55-56.

<sup>13</sup> Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 10; insospechadamente, Hart llega a sostener que “La flexible interpretación de Finnis sobre el derecho natural es en muchos aspectos complementaria de la teoría positivista, más que un rival suyo”. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1987, p. 10.

<sup>14</sup> Ejemplifiquemos con textos de Tomás de Aquino en donde lo injusto puede ser llamado derecho por analogía: así, “finalmente se llama también derecho a aque-

analógico que se dice y atribuye de distintos modos, por eso es importante precisar el punto de vista adoptado, por ejemplo, si hablo desde lo justo de la parte o del todo social; y 4. El derecho positivo no tiene por objeto hacer buenos hombres sino buenos ciudadanos y, en consecuencia, las conductas que regula son aquellas más relevantes en orden a la vida social.

Al margen de recordar la enseñanza aristotélica de que los opuestos pertenecen al mismo género de saber (la fealdad o la ausencia de belleza la estudia o la señala la estética o el crítico de arte; o la injusticia es competencia del que se ocupa de la justicia), es importante insistir en esa noción de “analogía” tan olvidada en el saber de la modernidad preocupada por las “ideas claras y distintas”, la que nos permite reconocer normas que inequívocamente, focal o claramente prescriben “lo justo” y aquellas que lo contienen de una manera imperfecta o según “un cierto punto de vista” (*secundum quid*). A este respecto resulta procedente atender al tratamiento explícitamente diferenciado que autores actuales como Alexy, hacen de la validez según refiera a normas jurídicas aisladas o al sistema jurídico como un todo<sup>15</sup>. Una última precisión: en nuestra opinión, tanto los principios como las normas operan en el derecho como reglas o mensuras o medidas jurídicas, en tanto pueden emplearse a los fines de determinar si una cierta conducta es jurídicamente obligatoria, prohibida o permitida. En consecuencia, en nuestra terminología llamamos al género “reglas jurídicas”, que está compuesto por las especies de los principios —fuertes y débiles— y de las normas<sup>16</sup>.

---

llo que de aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, aunque lo que decida sea inicuo” (S.T., 11-11-57, 1, ad. 1) y también “la ley tiránica, como no sea según la razón, no es plenamente ley, sino más bien una perversión de la ley. Y, sin embargo, en cuanto tiene algo de la esencia de la ley, tiende a que los ciudadanos sean buenos... no absolutamente hablando, sino en orden a tal régimen” (S.T., 1-11, 92, 1, ad. 4).

<sup>15</sup> Cfr. Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.

<sup>16</sup> Tanto Alexy como Atienza y Ruiz Manero prefieren llamar al género “norma”, y a las especies “principio” y “regla” (cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 83, y Atienza, M. y Ruiz Manero, J., “Sobre principios y reglas”, *DOXA*, núm. 10, 1991, p. 102).

### 3. ANTI-IUSPOSITIVISMO

Como ya hemos adelantado, las versiones fuertes de los principios contradicen las versiones iuspositivistas en tanto aquellos integran el derecho por su propio contenido y no por alguna “fuente social”. Consecuentemente, los principios fuertes postulan una noción de validez que excede la mera pertenencia autoritativa al sistema jurídico, dado que si el derecho positivo no supera el umbral de justicia y de racionalidad reclamado por los principios de Alexy o las exigencias de moralidad incluidas en los principios de Dworkin, aquellas normas no alcanzarán su pretendido carácter jurídico, y el juez estará obligado a descalificarlas jurídicamente (Alexy) o a mentir y a ocultarlas (Dworkin).

El profesor de Kiel, al concluir su definición del derecho, precisará que las normas aún dictadas de acuerdo al ordenamiento jurídico “pierden la validez jurídica [...] cuando son extremadamente injustas... De esta manera, se convierten en elemento del derecho principios no identificables como jurídicos sobre la base de los criterios de validez de la Constitución y otros argumentos normativos que fundamentan la decisión”<sup>17</sup>. El sucesor de Hart en Oxford no duda en declarar la absoluta incompatibilidad de su teoría con el positivismo, dado que éste trata “al derecho como si fuera béisbol”, pues “si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asuma la forma de una regla maestra”<sup>18</sup>, y en otro artículo específico admite Dworkin ser llamado “iusnaturalista en tanto mi teoría postula que el contenido del derecho depende en algunos casos de la respuesta correcta brindada a exigencias morales”<sup>19</sup>. Sergio Cotta habla de “derecho natural vigente”,

no ya en el sentido de un abstracto o ideal derecho natural que fue hecho positivo, más bien de un derecho positivo que resulta natural porque es producido en conformidad a la naturaleza específica del hombre,

---

<sup>17</sup> Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 125-126.

<sup>18</sup> Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 93-99.

<sup>19</sup> Dworkin, R., “Natural Law Revisited”, *University of Law Review*, 1982, vol. XXXIV, pp. 165 y ss.

a su estructura ontológica, siguiendo a sabiendas o intuitivamente los principios universales del derecho [...] los susodichos principios son sí calificables como metapositivos, pero solo en el sentido estrecho de no pertenecientes al derecho positivo de los ordenamientos. Pero son principios jurídicos positivos en el sentido de principios existentes realmente en la experiencia jurídica<sup>20</sup>.

Así puede concluirse que la noción de validez como obligatoriedad es incompatible con un enfoque positivista del derecho<sup>21</sup> y este no logra digerir una visión fuerte de los principios jurídicos en virtud de lo que llama Cotta “*eccedenza di valida*” de los mismos.

Se entiende lo que dice Rojo Sanz de que “es lógico que para una mente formada en el positivismo le atemorice el solo escuchar la palabra ‘principios’”<sup>22</sup>. Es que reconocidos los principios fuertes ya no bastan las teorías de deducibilidad o legalidad para explicar el surgimiento de todo el derecho, dado que hay un derecho preexistente que mide el derecho positivo deducido o creado. Así, es inadmisibile desde el iuspositivismo jurídico la condena de aquellos dos soldados de Alemania Oriental que en 1984 mataron a un joven que intentaba atravesar “ilegalmente” el muro de Berlín, atento a que ese comportamiento, a pesar de su inequívoco ajuste a la juridicidad positiva, era cuestionable desde la juridicidad más radical que exigían los principios. Tampoco en clave iuspositivista podría dudarse sobre el rechazo al pedido de pensión incoado por Vera Barros en virtud de no contar con los 50 años exigidos legalmente, lo que toma antijurídico el invocar una cierta juridicidad bajo el nombre de equidad para acoger ese pedido, como lo hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Indiscutiblemente que es irrelevante, o nada le agrega en esencia a los principios fuertes, que se hayan ratificado por las autoridades con capacidad jurígena, al margen de que ello puede ser importante en el plano accidental de respaldarlo con los mecanismos característicos del derecho positivo. Así lo dice Hart de Dworkin:

---

<sup>20</sup> Cotta, S., *I principi generali del diritto: considerazioni filosofiche*, op. cit., p. 509.

<sup>21</sup> Cfr. Moreso, J. J. y Navarro, P. E., *Orden jurídico y sistema jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 26.

<sup>22</sup> Rojo Sanz, M., “En torno a los principios”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 111, 1986, p. 520.

al igual que el teórico del derecho natural, mantiene que hay ciertos principios morales objetivos que son también derecho. Tales 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 derechos inclusive si no están identificados como tales por referencia a las fuentes sociales del derecho<sup>23</sup>.

También es Nino igualmente categórico:

los principios a los que Dworkin se refiere son, como él mismo lo dice explícitamente, principios morales, y es precisamente una característica de los principios morales el que ellos no son reconocidos o aceptados por el hecho de derivar de una fuente fáctica oficial [...] Cuando un estándar es reconocido como un principio moral, su sanción a través de un cierto procedimiento no es considerada relevante para su validez<sup>24</sup>.

Parece constatable la afirmación de Prieto Sanchís: “la doctrina de los principios servirá de vehículo privilegiado a las sucesivas rehabilitaciones del iusnaturalismo”<sup>25</sup> y prueba de ello puede ser la conclusión de Zagrebelsky: “hoy sería imposible... un positivismo de los principios”<sup>26</sup>. Es que si se admite algo jurídico (al menos un derecho, un principio, una norma, un deber, etc.) que tiene tal naturaleza *per se* o *proprio vigore*, estamos en una posición no iuspositivista, o simplemente iusnaturalista, pues el iuspositivismo sostiene que todo el derecho es tal en virtud de haberlo así dispuesto alguna decisión; dicho de otro modo, si admito que existe alguna juridicidad prepositiva o no positiva, estoy en incompatibilidad con el iuspositivismo<sup>27</sup>.

En la alternativa iuspositivismo/iusnaturalismo, al margen de que pueda cambiar este último de denominación para evitar adherir a un cierto

<sup>23</sup> Hart, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, núm. 36, mayo de 1980, p. 13.

<sup>24</sup> Nino, C. S., *La validez del derecho*, *op. cit.*, p. 153.

<sup>25</sup> Prieto Sanchís, L., *Sobre principios y normas*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>26</sup> Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>27</sup> García Figueroa, en elaborada obra, ha intentado demostrar la compatibilidad del iuspositivismo con las formulaciones actuales de los principios: cfr. García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998. A los fines de analizar las insuficiencias y limitaciones del positivismo conceptual para sostener los derechos humanos fundamentales nos parece particularmente aconsejable la obra de Serna Bermúdez, P., *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, EUNSA, Pamplona, 1990.

iusnaturalismo, lo cierto es que dichos términos expresan lógicamente una oposición contradictoria<sup>28</sup> y resultan conjuntivamente exhaustivos de todas las posiciones posibles acerca de las relaciones entre derecho y moral<sup>29</sup>, por lo que si una alternativa es verdadera, la otra es falsa y no existe posibilidad de una posición intermedia —*tertium non datur*.

Una inapropiada visión que a veces se tiene de aquel derecho que no ha sido formulado o reconocido como tal por parte de las autoridades de una sociedad, es que el mismo estaría en paralelo al derecho histórico vigente y compitiendo con este a la hora que los operadores buscan respuestas jurídicas. En realidad, el derecho supone siempre una tarea de concreción y de ajustamiento a problemas o casos nuevos o renovados, y en consecuencia, afirmar “principios fuertes” supone que ellos están presentes en el derecho de una manera necesaria y forzosa, posibilitando el reclamo de reconocimiento de derechos, de deberes o la invalidez de otras reglas autoritativamente dispuestas. En esta línea vale para los “principios en sentido estricto” lo que Ollero apunta para el derecho natural:

Para el legalismo el derecho natural aparecía como una ley paralela, amenazadoramente alternativa. Es preciso entenderlo, por el contrario, como un decisivo ingrediente de ese único proceso interpretativo en que toda realidad jurídica consiste. El derecho positivo no se encuentra en la ley acabado y listo para ser aplicado; lo mismo ocurre con el derecho natural. La naturaleza no ofrece un derecho acabado sino que estimula un necesario proceso de determinación de lo justo, a través de la búsqueda iniciada en una circunstancia histórica concreta<sup>30</sup>.

#### 4. COGNOSCITIVISMO ÉTICO

Un precursor en nuestro siglo de los “principios”, Giorgio del Vecchio, en su célebre conferencia de 1920 —aludiendo a la fórmula del Código Civil italiano— señalaba que éste

---

<sup>28</sup> Cfr. Massini Correas, C. I., *Los derechos humanos*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pp. 239 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. Pérez Luño, A. E., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España, Zaragoza, 1971.

<sup>30</sup> Ollero Tassara, A., *¿Tiene razón el derecho?*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 441.

no podía tener la mira puesta en un sistema de derecho nacional... sino claramente se refería a los principios supremos del derecho *in genere*, o sea, a aquellos elementos lógicos y éticos del derecho que, por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos<sup>31</sup>.

Emilio Betti insistirá en que los principios jurídicos cuentan con un especial contenido al que llamaba “*eccedenza assiologica*”<sup>32</sup>.

Ronald Dworkin expresamente reconoce que los principios son “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”<sup>33</sup> y son ellos los que posibilitan su tesis de *one right answer*<sup>34</sup> según la cual para cada problema jurídico hay una respuesta correcta y pesa sobre el juez la responsabilidad de encontrarla. Pareciera tener razón Aarnio en acusar a Dworkin de apoyarse en “valores absolutos”<sup>35</sup>, y también Hart en llamar la atención acerca de la importancia de “apreciar qué papel tan esencial juega una teoría objetivista de la moralidad en la teoría jurídica de Dworkin, y distinguirla de las teorías convencionalistas o relativistas de la moralidad social”<sup>36</sup>.

Asimismo, Alexy precisará que los principios tienen “forma jurídica” pero “contenido moral”, y que, por ende, “las relaciones de prioridad entre principios se corresponden con el problema de jerarquía de valores”<sup>37</sup>. Los principios, para el profesor de Kiel, constituyen un camino idóneo para la conexión conceptual entre moral y derecho, y posibilitan su tesis de “la única respuesta correcta como idea regulativa”, lo que “presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta”<sup>38</sup>.

---

<sup>31</sup> Del Vecchio, G., *Los principios generales del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1933, p. 8.

<sup>32</sup> Betti, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, EDERSA, Madrid, 1975, p. 287.

<sup>33</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 5.

<sup>34</sup> Cfr., mi libro: *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, pp. 178 y ss.

<sup>35</sup> Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 217.

<sup>36</sup> Hart, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *op. cit.*, p. 13.

<sup>37</sup> Alexy, R., “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, 1993, p. 16.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 22.

Si luego de admitir el contenido ético de los principios, sostenemos que no hay ninguna instancia objetiva y cognoscible que nos permita precisarlos, los mismos terminan privados de toda relevancia, significación y operatividad real, y, consecuentemente, relativizados y librados a las opiniones, deseos, intereses o decisiones de los hombres. La admisión de un cierto contenido ético en el derecho lleva coherentemente a un compromiso de cognoscitivismo y rechazo de los relativismos. Así convincentemente afirma Kalinowski:

decir que algo es obligatorio, prohibido o permitido, es reconocer que algo es bueno o malo axiológicamente, pero afirmarlo es estimar, y estimar es medir, lo que implica necesariamente el empleo de una medida. Ahora bien: ella no puede ser sino absoluta; una medida relativa no es en realidad una medida y medir sin medida es simplemente una *contradictio in adjectio*<sup>39</sup>.

Esta necesidad de que la medida ética resulte objetiva para que no se torne irrelevante parece señalarla el mismo Kelsen cuando, analizando las teorías que admiten contenido ético en el derecho, señala:

en la medida en que semejante afirmación intenta dar una justificación del derecho —y ahí radica su sentido propio—, debe presuponerse que hay una moral únicamente válida; es decir, una moral absoluta, un valor absoluto; y que solo las normas que correspondan a una moral absoluta y, por ende, que son constitutivas del valor moral absoluto, pueden ser tenidas por derecho. Es decir: se parte de una definición del derecho que determina a éste como una parte de la moral, que identifica al derecho con la justicia”, y concluye rechazando la tesis de que el derecho deba “satisfacer una exigencia mínima de moral, puesto que con esa exigencia se establece de antemano una determinada moral absoluta con contenido, o un contenido común a todos los sistemas morales positivos<sup>40</sup>.

Siendo los principios exigencias axiológicas o atribuciones en favor de todo hombre, cualitativamente distintas de las que comprobamos en el derecho positivo, ello pone en crisis las posiciones que rechazan toda objetividad o universalidad de la ética. Solo un cierto objetivismo y cognoscitivismo ético permite seguir hablando con firmeza y “en serio” de los derechos humanos, bienes humanos básicos o

---

<sup>39</sup> Kalinowski, G., “Obligations, permissions et normes: réflexions sur le fondement métaphysique du droit”, *A.P.D.*, núm. 26, París, 1981, p. 339.

<sup>40</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, pp. 76-78.

principios del derecho, y esto lo lleva a confesar un escéptico coherente como Bulygin: “si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles”<sup>41</sup>.

## 5. SABER JURÍDICO COMO SABER PRÁCTICO

El neopositivismo manejó un concepto unívoco de saber y así claramente indica no más que dos caminos para obtener “proposiciones con sentido”:

a) Las proposiciones que son verdaderas exclusivamente por virtud de su forma: tautológicas, analíticas, no dicen nada acerca de la realidad. A este grupo pertenecen las fórmulas de la matemática y de la lógica. En atención a su sola forma, puede probarse que son falsas las contradicciones, esto es, las formas contradictorias de las proposiciones verdaderas; b) Las proposiciones empíricas que solo poseen valor en cuanto reflejan los hechos, y son por tanto verificables (por medio del experimento)<sup>42</sup>.

De este modo, el saber jurídico, si pretendía constituirse como un saber verdadero y con sentido, debía reducirse a análisis lógicos y reconstrucciones meramente formales, o bien transitar el camino de proponer hipótesis sometidas a verificación. En este esquema reductivo, la creación jurídica en tanto compromiso con valores, quedaba confinada al reino de las ideologías, o sea, de lo subjetivo, de las emociones, lo irracional o lo a-racional. Frente a aquella encerrona cientificista que condena a optar entre el engaño o la falsedad por un lado, y la verdad absoluta y exacta obtenida por la mera contemplación verificable de la realidad o por vía de rigurosos cálculos lógicos por el otro, queda la alternativa de un saber que tiene por objeto las conductas humanas a las que procura dirigir o valorar argumentando racionalmente, es decir, la alternativa del saber práctico. Desde que, a comienzos de la década del setenta, sonara en Alemania el simbólico anuncio de la “rehabilitación de la razón práctica”, son muchos los

---

<sup>41</sup> Bulygin, E., “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *DOXA*, núm. 4, Universidad de Alicante, 1987, p. 84.

<sup>42</sup> Carnap, R., “La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje”, en *El positivismo lógico*, FCE, México, 1965, p. 66.

juristas que han encontrado en ese especial uso de la razón humana el instrumento adecuado para formular sus propios saberes.

Sin duda es práctico aquel saber que procura desentrañar el contenido de los principios del derecho (se los llame “exigencias morales”, “valores”, o como preferimos, derechos humanos naturales o bienes humanos básicos) y proyectarlos a las contingentes circunstancias históricas. Decimos que es práctico, porque dicho saber se compromete con el campo de las conductas y sus reglas a las que orienta, legitima o descalifica con argumentos racionales. A diferencia de los saberes teóricos propios de los espectadores, el saber jurídico corresponde a los protagonistas en tanto lo que se sabe requiere ciertos comportamientos y desecha otros. Al conocer los derechos humanos y lo que implica para el hombre su respeto o violación, es indudable que una actitud coherente se compromete en favor de los mismos. Teniendo por objeto el saber jurídico la “praxis humana” y su intrínseca contingencia, la certeza que provee se debilita o se toma insegura en la medida que nos acercamos a las circunstancias y a los sujetos concretos en donde, finalmente, el saber práctico concluye. Dicho de otro modo, el saber jurídico puede ser necesario, universal y absoluto en el plano de las definiciones primeras perfiladas desde la filosofía, pero, precisamente, por su practicidad, el saber jurídico reclama ser encarnado o asumido en normas y conductas, y es aquí donde aparece la historicidad y con ella la incertidumbre, las ponderaciones de argumentos y las excepciones, en definitiva, las posibilidades de una certeza práctica y no teórica.

Frente a la postura escéptica de la razón práctica (Kelsen, Ross, etc.) y a la concepción aristotélica y hobbesiana de la misma, Robert Alexy reivindica una concepción kantiana en tanto incluye la idea de corrección que conlleva la de universalidad, y porque ella conduce a los derechos humanos y a la democracia<sup>43</sup>.

Zagrebelsky, luego de atribuir al derecho la *ratio* práctica, la *phronesis* y la *juris prudentia*, afirma:

naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso con su función, se preocupa de su idoneidad para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios confieren a la misma<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Alexy, R., *El concepto y la validez...*, cit., pp. 131-157.

<sup>44</sup> Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, op. cit., p. 122.

En inequívoca filiación hermenéutica, Betti concluye:

los principios generales del Derecho hay que concebirlos no ya como resultado, recabado a posteriori, de un árido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones, sino como sumas valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que, constituyendo el fundamento del orden jurídico, tienen una función genética respecto a las normas singulares [...] La jurisprudencia así entendida es competente para identificar y elaborar aquellos principios generales de Derecho que, ofreciendo directrices y criterios de valoración, no se agotan en simples normas particulares<sup>45</sup>.

La razón del jurista no solo dilucida los principios del derecho sino que, además, se compromete con su vigencia, y para poder cumplir esa tarea eminentemente axiológica, debe disponerse al diálogo racional regulado en donde se argumenta y contraargumenta libremente en aras de ponderar y justificar la más correcta o mejor solución práctica. Ello no implica negar la posibilidad de adoptar una perspectiva descriptivista o fenoménica respecto del derecho, sino subrayar que para obtener un conocimiento exhaustivo, integral y coherente se necesita la perspectiva del protagonista interesado por la obligatoriedad, el valor y las consecuencias deónticas del derecho vigente —integrado por principios fuertes sobre sus conductas.

## 6. INCOMPATIBILIDAD CON LOS JURIDICISMOS

La ciencia jurídica moderna, configurada en el siglo anterior, aspiró a una comprensión del derecho sin contaminaciones de ninguna otra índole. Esta pretensión juricista fue llevada por la *Teoría Pura* a un notable nivel de perfección; de lo que se trataba era de conocer al derecho sin las tradicionales impurezas provenientes de la ética, de la política, de la religión, etc. La coerción institucionalizada será para Kelsen la clave de bóveda de ese edificio donde el derecho se autoabastecía.

Aquel sueño juricista está decididamente en bancarrota, y han provenido desde los “principios del derecho” uno de los más compro-

---

<sup>45</sup> Betti, E., *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, op. cit., pp. 288 y 293.

metedores reclamamos a que la teoría jurídica decimonónica supere su autismo<sup>46</sup>. Es que los principios jurídicos en sentido fuerte implican recuperar para el derecho el sentido último que explica y justifica su existencia, que él no es un mero medio técnico en donde solo importa su perfección sistemática. Los principios remiten el derecho a la antropología o, mejor dicho, a lo que es más propiamente humano, o sea, su eticidad, su felicidad y su buen vivir y convivir. Sería extraño que luego de abrirnos a la preocupación por aquello de donde viene y se constituye el derecho como tal, sigamos manteniendo una exigencia de pureza juricidista.

De una manera muy sólida y omnicomprendiva Robert Alexy, con su teoría del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico en general, pone de relieve la apertura del mundo jurídico al hombre y su razonabilidad práctica comprensiva de distintas dimensiones. Advierte el profesor de Kiel que:

las reglas del discurso, sin embargo, no definen una forma particular de vida, sino algo que es común a toda forma de vida humana, sin perjuicio del hecho de que en ella se imponen en diferente medida.

La teoría del discurso rastrea de ese modo en el potencial racional existente en la realidad humana. Ella persigue en este sentido ilustración sobre la naturaleza del hombre y se encuentra en eso, pero solamente en eso, en la tradición del derecho natural... La teoría del discurso permite en efecto no solo una fundamentación de los derechos fundamentales y los derechos humanos, ella se evidencia también como teoría básica del estado constitucional democrático<sup>47</sup>.

Tras los principios, Ronald Dworkin termina perfilando una teoría jurídica cuya comprensión requiere de la moral, la política, la cultura, etc., más allá de que su propósito sea lograr que los argumentos de principios en manos de los jueces hagan triunfar a los derechos individuales, incluso contra los objetivos comunitarios en manos de los otros poderes del Estado.

---

<sup>46</sup> Cfr. Eriksson, L. D., quien destaca las insuficiencias de los principios jurídicos tradicionales del *Rechtsstaat*, frente a los actuales principios sustanciales que con su contenido axiológico vinculan derecho, moral y política (“Conflicting Tendencies in Modern Law”, *Rechtstheorie*, núm. 2, 1989, pp. 153-162).

<sup>47</sup> Alexy, R., *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 89 y 136.

En carta del 28-12-83, publicada en la Revista *Doxa* de la Universidad de Alicante, el profesor norteamericano confiesa:

me he ido concientizando progresivamente de la importancia de considerar la filosofía jurídica como parte importante de la filosofía moral y política y por tanto de la filosofía [y así confirma que] cualquier teoría del derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa [...] los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia<sup>48</sup>.

En Esser los principios refieren a “ese *ius* exterior a la ley”, y en orden a que los juristas cumplan su función resolutoria del problema, deben recurrir a medios tales como “la *naturalis ratio*, la naturaleza de la cosa, la *aequitas* y la llamada lógica jurídica”<sup>49</sup>.

En clave más afín con nuestras convicciones iusfilosóficas, la filosofía jurídica de John Finnis está fuertemente penetrada por la filosofía política y la moral. En efecto, aquella gira en torno a los valores básicos o formas básicas del bien (vida, conocimiento, juego, experiencia estética, amistad, razonabilidad práctica y religión) que la razonabilidad práctica procura a instancias de su primer principio: “ha de hacerse y procurarse el bien”. Respecto a los derechos naturales o morales o humanos, ellos “expresan virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica”, y destaco entre estas últimas el “procurar el bien común de las comunidades propias”<sup>50</sup>. En definitiva, queda claro que la teoría jurídica del profesor de Oxford desborda lo estrictamente jurídico, y adquiere contenidos que le son provistos desde otros ámbitos axiológicos.

Los principios del derecho implican un llamado desde la ética a la puerta del jurista, pero también un llamado desde la realidad histórica y política; de ahí que si el jurista pretende cumplir su misión con realismo y al servicio del hombre, debe tener en cuenta, tanto a la hora de definir el derecho como cuando opera con él, a los derechos humanos. La opción juricista, amén de responder a una especie de prejuicio

---

<sup>48</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pp. 27 y 51.

<sup>49</sup> Esser, J., *Principio y normas en la elaboración jurisprudencial del derecho*, Bosch, Barcelona, 1961, pp. 9 y 72.

<sup>50</sup> Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, op. cit., pp. 103-126.

epistemológico, termina desorbitando o esterilizando su tarea hasta dejarlo incapacitado para responder al por qué debemos obedecer a las normas jurídicas (Soper).

El profesor Sergio Cotta se ha detenido a estudiar la vinculación entre justificación y obligatoriedad o validez de la norma, llegando a la conclusión de que:

la justificación es indispensable, a nuestro juicio, para que haya norma, es decir, no un simple enunciado prescriptivo (*Soll-Satz*), sino una prescripción obligatoria (*Soll-Norm*), habiendo llegado a la conclusión de que la justificación pertenece a la compleja estructura de la norma<sup>51</sup>.

Carlos S. Nino, aprovechándose de la tesis, insistentemente utilizada por Raz, de que las normas son “razones para actuar”, ha utilizado una noción moral de la validez de las normas jurídicas, dado que “el derecho positivo no provee razones suficientes para justificar una decisión, aun cuando el orden en cuestión contenga una solución clara para el caso que debe decidirse”, y, en consecuencia, amplía la tarea de la ciencia jurídica a operaciones no solo empíricas y lógicas, sino también de índole valorativa, superando en definitiva “la insularidad del mundo jurídico”<sup>52</sup>. Esta apertura del derecho normativo a consideraciones que están más allá del mismo, básicamente a consideraciones inequívocamente éticas, impide al jurista asumir roles exclusivamente juristicistas.

## 7. RENOVACIÓN DE LA TEORÍA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

La presencia de los principios en el ordenamiento jurídico repercute directamente en la teoría de las fuentes del derecho, poniendo en crisis el cuadro tradicional ligado a las normas generales (ley y costumbre jurídica) o al esquema algo remozado que incluye la jurisprudencia y los actos jurídicos. Si los principios son aquella juridicidad

---

<sup>51</sup> Cotta, S., *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milán, 1980, p. 18 y cap. 11.

<sup>52</sup> Nino, C. S., *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Fontamara, México, 1993, p. 96.

radical y preexistente, y por ende informadora —positiva o negativamente— de todo el sistema jurídico, resulta muy difícil sostener una aplicación supletoria de los mismos en defecto de la ley y el derecho consuetudinario. Precisamente, la reforma de 1974 al Código Civil español puso de relieve lo que cuesta avanzar en este tema donde tan arraigados están los conceptos de la dogmática legalista decimonónica. En efecto, recordemos que el codificador español, luego de admitir no solo que los principios son fuente del derecho junto a la ley y a la costumbre, sino que además informan a todo el ordenamiento jurídico, se limita a prescribir que se aplicarán en defecto de la ley y la costumbre.

Un impulsor importante en la doctrina de habla hispánica, el profesor Federico de Castro y Bravo, no dudaba en escribir respecto a los principios que estaban “fuera de la estricta subordinación jerárquica de las fuentes, ya que han de ser tenidos en cuenta antes, en y después de la ley y de la costumbre [...] son los que señalan los caracteres que la ley y la costumbre han de tener para ser válidos”<sup>53</sup>. Esta tesis, que puede sonar muy audaz y hasta promotora de inseguridad jurídica en el sistema jurídico continental, tiene otras resonancias en el sistema anglosajón, donde la jurisprudencia resulta ser la fuente del derecho más importante y donde la ley está debilitada. Recordemos del mundo del *Common Law* la difundida clasificación de Roscoe Pound<sup>54</sup> cuando distingue: 1) “*Rules*” o normas en sentido estricto; 2) “*Principles*”; 3) “*Legal conceptions*”; 4) “*Doctrines*” y 5) “*Standards*”. Es que quizás lo que se comprueba es que la noción de fuente del derecho savigniana, que sigue empleándose en nuestro sistema jurídico, ya no responde estrictamente al modo en que realmente funciona el derecho, y una aproximación a un intento superador —acercándonos al mundo anglosajón— puede consistir en vincular aquella noción a las razones justificatorias que se invocan en favor de las decisiones jurídicas<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> De Castro y Bravo, F., *Derecho civil de España*, T. 1, p. 351.

<sup>54</sup> Pound, R., *Jurisprudence*, vol. 11, St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1959, pp. 125 y ss., y “*Philosophy of Law*”, en *Twentieth Century's Philosophy*, 1943, p. 82.

<sup>55</sup> Cfr. Aarnio, A., *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 122 y ss., y Summers, R., “*The Types of Substantive*

Las teorías jurídicas que postulan principios jurídicos fuertes terminan afectando la supuesta supremacía de la ley y potenciando a la Constitución como ámbito jurídico privilegiado de consagración de principios. Pero también suponen un debilitamiento del Estado como autoridad con capacidad jurígena suprema y última, en tanto pone como fuente última del derecho a ciertas exigencias éticas y de racionalidad práctica que valen por argumentos antropológicos explícitos o implícitos. A este respecto, y desde nuestra caracterización de los principios fuertes como derechos naturales digamos con Pérez Luño:

uno de los sectores de vanguardia en el proceso de comunicación y unificación de las fuentes del derecho se halla constituido por los derechos fundamentales. Su devenir puede interpretarse como una trayectoria dirigida a culminar en el status *mundialis hominis*<sup>56</sup>.

Lo que pretendemos señalar en última instancia es que, si creemos que el derecho no son solo las normas que las prácticas y decisiones autoritativas van estableciendo como tales, sino que hay una parte del derecho que cuenta con tal carácter porque así lo establece su mismo contenido, y a cuyo conocimiento puede accederse leyendo en la naturaleza humana, ese sector del derecho preexistente tiene una prevalencia ontológica y axiológica que desautoriza como derecho a lo que grave e insuperablemente se oponga. Desde la perspectiva de un derecho al servicio del hombre y de todo hombre, resulta insostenible no solo negarle a los principios el carácter de fuente de atribuciones y respuestas jurídicas, sino reconocerle una función de ese tipo meramente accesoria o supletoria. Los principios, como ya dijimos, amplían al derecho vigente y se constituyen en referencia permanente y central de la tarea propia del jurista. Es cierto que a partir de la consolidación de la operatividad jurídica de las partes dogmáticas de los textos constitucionales, se ha facilitado el reconocimiento de los principios como fuente del derecho. Tanto Alexy como Zagrebelsky han opuesto legalismo con constitucionalismo, que puede traducirse en la oposición entre un derecho de normas y un derecho de principios.

---

Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification”, *Cornell Law Review*, núm. 63, pp. 724 y ss.

<sup>56</sup> Pérez Luño, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Real Academia Sevillana, Sevilla, 1993, p. 89.

## 8. REVALORIZACIÓN DE LA FILOSOFÍA JURÍDICA

Otras de las consecuencias que pueden derivarse de una teoría fuerte de principios, como lo muestran sus más importantes difusores actuales, es una actitud reconocedora del papel insustituible y necesario que cumple la filosofía jurídica en relación con el conocimiento del derecho. No puede sorprender entonces que Dworkin escriba que “los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia”, que “cualquier teoría del derecho competente debe ser ella misma un ejercicio de teoría moral y política normativa” y que reconozca que “la filosofía jurídica no es una disciplina de segundo orden que tenga por objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que ella misma es el nervio de la reflexión sobre el derecho”<sup>57</sup>.

Si vemos a Alexy queda clara la necesidad de la filosofía práctica si pretendemos comprender al discurso jurídico, dado que “la argumentación práctica general constituye su fundamento”<sup>58</sup>, pero además su concepto de derecho no solo incluye aquella pretensión de conexión, sino también el indispensable piso de justicia cuya dilucidación necesariamente desborda a la ciencia jurídica.

Igual de obvia es la presencia de la filosofía práctica en general en aquellos que vinculamos los principios del derecho a los derechos humanos fundamentales, que a su vez remiten a los bienes humanos básicos, atento a que la comprensión de estos supone una decisiva empresa filosófica de ética objetivista y cognitivista. Es que, reconocido como parte raigal del derecho un cierto núcleo indisponible para aquellos que pretenden constituir un derecho integralmente válido, resulta indispensable que los juristas no solo adopten una mirada meramente descriptiva y aséptica, sino que comprendan que la realidad del derecho conlleva criterios axiológicos, preferencias racionales y conductas, por lo que necesitan conceptos y respuestas que solo la filosofía puede brindarles.

No negamos que la ciencia jurídica permite descubrir o construir principios anclados en determinados ordenamientos jurídicos, es de-

---

<sup>57</sup> Dworkin, R., *La filosofía del derecho*, FCE, México, 1980, p. 8.

<sup>58</sup> Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., pp. 272 y ss.

cir, podemos elaborar desde aquel estatuto epistemológico una teoría “débil” distintiva entre normas y principios, pero pensamos que es imposible que se alcance a reconocer aquellos atributos o exigencias que corresponden a todo hombre por el solo hecho de serlo. Este compromiso directo con el problema antropológico, en tanto intentamos leer jurídicamente la naturaleza humana y sus inclinaciones, requiere de una mirada filosófica, o mejor dicho, iusfilosófica. Hagámonos eco de las palabras de Kaufmann:

La idea de toda filosofía del derecho de contenido puede ser sólo la idea del hombre, y por eso sólo en el hombre en su totalidad puede también fundarse siempre la verdadera racionalidad del derecho. La filosofía del derecho no es ningún juguete para una élite de lógicos aventajados. Como todo derecho, está allí por voluntad de los hombres y no al revés; así también la filosofía debe plantearse constantemente la pregunta de hasta dónde sirve al hombre. Cultivar la filosofía del derecho debe significar hoy más que nunca: tomar responsabilidad frente al hombre y su mundo<sup>59</sup>.

Con gran precisión Sergio Cotta ha reconocido la necesidad de abordar la problemática de los principios jurídicos tanto desde la ciencia jurídica como desde la filosofía jurídica, pues mientras aquella concierne a “los principios generales del ordenamiento jurídico”, compete a la filosofía profundizar el principio antro-po-ontológico del derecho y sus especificaciones: principios de igualdad, de libertad, etcétera<sup>60</sup>.

Tanto Raz como MacCormick han explicado que el razonamiento práctico se desarrolla en diversos niveles, de manera que para resolver un conflicto entre razones de primer nivel hay que elevarse a razones de segundo nivel, y si el conflicto se da en este nivel se recurre a un tercer nivel, y así sucesivamente. Esta idea podemos expresarla en términos más clásicos en el sentido que el saber jurídico, en tanto saber práctico, puede ser entendido como una unidad que se despliega en distintos niveles: el iusfilosófico, el científico y el prudencial u operativo; comprobándose en ese orden una decreciente certeza, practicidad y universalidad. Estos distintos modos del conocimiento jurídico

---

<sup>59</sup> Kaufmann, A., *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Temis, Bogotá, 1992, p. 67.

<sup>60</sup> Cotta, S., *I principi generali del diritto...*, *op. cit.*, pp. 502 y ss.

tienen cada uno su especificidad, pero al mismo tiempo pueden ser pensados con necesarias relaciones; así, la filosofía en tanto volcada a conocer al derecho en sus notas más radicales o esenciales, constituye una especie de presupuesto tanto para el saber del científico como para el saber prudencial abocado a definir en concreto un comportamiento jurídico determinado. Cada uno de esos diferentes niveles del saber jurídico ocupa un lugar insustituible, sin embargo debe subrayarse que a la hora de interrogarnos por aquel núcleo de juridicidad que explica y justifica en última instancia a todo el derecho histórico, la respuesta pasa por la perspectiva iusfilosófica.

Karl Engisch, luego de recordar que “el problema ‘ley y derecho’ se ha convertido cada vez más en punto angular de la teoría del método jurídico”, concluye: “la relación entre ley y derecho se transforma en un determinado punto en un problema eminentemente filosófico jurídico”<sup>61</sup>.

## 9. IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN

Sin duda que al definir los principios del derecho con el alcance que lo hemos hecho, el momento interpretativo se constituye en una instancia fundamental en la obra colectiva del derecho que de forma positiva se despliega del constituyente al juez. En efecto, los derechos humanos contenidos en los principios del derecho orientan y legitiman intrínsecamente la creación jurídica; es decir, ellos reclaman un efectivo reconocimiento y respeto cuando se dirimen los conflictos que convocan a los intérpretes. Si la tarea del jurista consiste básicamente y en sus diferentes niveles en una labor de “determinación”<sup>62</sup>, como lo señala Ollero, el balance acerca del nivel de corrección al-

---

<sup>61</sup> Engisch, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1963, p. 236.

<sup>62</sup> Andrés Ollero Tassara señala: “La tarea jurídica consiste, pues, fundamentalmente, en una labor de determinación [...] mientras que la determinación del derecho remite en principio a la explicitación de un texto legal escrito, la determinación de la ley reenvía ya a un ‘texto’ previo radicalmente ontológico”. *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pp. 44 y 45.

canzado por ese derecho histórico se hará teniendo en mira en qué medida la decisión jurídica final e individual consagra o no contradice a los derechos humanos.

Robert Alexy analiza el alcance que puede otorgársele cuando se habla de la “aplicación de un derecho fundamental”, distinguiendo entre las teorías que consideran que “el derecho lo otorga una regla” y aquellas que consideran que “el derecho es otorgado por un principio”. En el primer caso, “el derecho como tal no podría desarrollar ningún poder propio contra las restricciones o limitaciones”, dado que a través de otras reglas por vía de excepciones se podría remover el derecho por completo. En cambio, cuando al derecho lo otorga un principio,

el problema de la delimitación se convierte en un problema de optimización... los derechos tienen que realizarse en la mayor medida posible, fáctica y jurídicamente [...] la aplicación de un derecho es algo más que subsunción de un caso bajo una regla. Es un proceso de ponderación o balanceo<sup>63</sup>.

Pensamos con el profesor de Kiel que sobre todos aquellos que tienen competencia para hacer derecho (constitucional, legal, conmutativo, judicial, etc.) pesa la responsabilidad de “optimizar” la realización de los derechos humanos según las posibilidades fácticas y jurídicas propias de esa situación histórica; pero hay un momento definitivo y definidor de hasta qué punto “ese” derecho se ajusta a la razón de ser de “todo” derecho, y ese momento es precisamente cuando el proceso del derecho culmina en una decisión individual que define lo que le corresponde a ciertos sujetos individualmente considerados o en tanto formando parte de ciertas sociedades.

El ordenamiento jurídico además de estar compuesto por normas y principios, incluye una teoría de la interpretación (Alexy) que permite identificar no solo el alcance y contenido del mismo, sino que además posibilita conocer cómo opera concretamente. Informándonos simplemente de cuáles son las normas y principios que rigen en esa sociedad, probablemente sabemos bastante del derecho que en ella rige, pero solo tendremos un conocimiento pleno cuando nos in-

---

<sup>63</sup> Alexy, R., *Derecho y razón práctica*, op. cit., pp. 27 y 28.

formemos de cuál es el sentido que se le atribuye a ese contenido y cómo se emplean para establecer el status deóntico de las conductas.

En Dworkin, el derecho es un concepto interpretativo (“*law is an interpretative concept*”) en donde la teoría jurídica queda indiferenciada de la práctica jurídica. Frente al convencionalismo y al pragmatismo, el sucesor de Hart concibe al derecho como “integridad” que permite al juez paradigmático Hércules brindar las respuestas jurídicas en perfecta armonía con los principios.

Recordemos que para Dworkin “se considera a un principio como jurídico si se encuentra en la teoría más comprensible del derecho que pueda servirnos como justificación de las reglas explícitas, institucionales y sustantivas de la jurisdicción en cuestión”<sup>64</sup>. Un autor vinculado al iusnaturalismo clásico como Villey, que desconfía fuertemente de las normas, apuesta de forma simultánea a definir al derecho como lo justo (*quid juris*) que se determinaba en el arte de la dialéctica jurídica practicada por los juristas. Exageradamente llega a decir el recordado profesor de París:

no hay ciencia de lo justo tanto en el sentido de ciencia deductiva (dado que no tenemos premisas sobre las que fundarla), cuanto en el de ciencia positiva experimental. No hay ciencia del derecho, sino prudencia (*phronesis*) aplicada al derecho<sup>65</sup>.

Si vamos a Finnis y analizamos su “significado focal” del derecho aparece clara la presencia de instituciones de enjuiciamiento (*adjudication*) en orden a

resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad (y a ratificar, tolerar, regular o invalidar soluciones coordinativas de cualesquiera otras instituciones o fuentes normativas) para el bien común de esta comunidad<sup>66</sup>.

Según Roscoe Pound, los principios potencian el papel de la interpretación, pues son

---

<sup>64</sup> De Páramo Argüelles, J. R., *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 397.

<sup>65</sup> Villey, M., *Compendio de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1979, t. 11, p. 85. Cfr., mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, op. cit., pp. 209-291.

<sup>66</sup> Finnis, J., *Natural Law...*, cit., pp. 276 y 277.

puntos de partida de autoridad para el razonamiento jurídico. No asignan ninguna consecuencia detallada y definida a un estado o situación de hecho definida y mucho menos detallada. Proporcionan la base para el razonamiento cuando sobreviene y es sometida a consideración una situación que no está regulada por una regla precisa, e indican asimismo qué disposición debería tomarse para su solución<sup>67</sup>.

Una teoría fuerte de los principios desemboca naturalmente en cierta judicialización de la teoría jurídica, como lo prueban los autores más importantes que adhieren a aquella distinción cualitativa entre normas y principios. Ello no implica desvalorizar la función legislativa, sino simplemente reconocer que los “principios del derecho” operan también como tal para los legisladores, y en consecuencia, es razonable que exista un control de ajuste entre normas legales y esos principios fuertes.

## 10. DEBILITAMIENTO DE LAS NORMAS Y DEL SISTEMA. SEGURIDAD EN TENSIÓN CON LA JUSTICIA

Conforme a todo lo que llevamos expuesto, parece comprensible sostener que las normas terminan debilitadas en su validez y vigencia desde el momento que quedan sujetas en última instancia al control de compatibilidad con los “principios”, corriendo el riesgo que estos terminen prevaleciendo y, por consiguiente, expulsando del ordenamiento jurídico a las normas que grave e insuperablemente contradicen a los “principios del derecho”. Dicha tesis puede generar cierta incertidumbre en juristas y justiciables en tanto los conflictos jurídicos no siempre se resolverán según las previsiones de las normas, pues cabe la posibilidad que para ello se recurra a los principios y se descalifiquen a las normas.

Junto al debilitamiento de la norma, una teoría fuerte de los principios concluye privilegiando el problema y la respuesta jurídica que el mismo reclama. Autores como Larenz, Kriele o Esser terminan poniendo en crisis la distinción entre interpretación e integración. Frente a la preocupación que inspira al normativismo para que los diferentes

---

<sup>67</sup> Pound, R., “Mi filosofía del derecho”, en Moreso, José Juan y Casanovas, Pompeu (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, p. 310.

tipos de problemas jurídicos tengan una solución segura, general y anticipada por vía de la ley, el principialismo orienta su esfuerzo para que la respuesta se construya equitativa e inéditamente para cada caso. Viehweg llama aporía fundamental de la disciplina jurídica al desafío que afronta el trabajo jurídico de no contar nunca con carácter definitivo, general e indiscutible “lo que es justo aquí y ahora”<sup>68</sup>. En similares términos se expresan Kriele o Larenz cuando insisten en la exigencia obligatoria de justicia que pesa sobre todo el orden jurídico, o también Filkentschen, al llegar a definir al derecho como la suma de las “normas del caso” que son en definitiva las que pueden ser entendidas como normas jurídicas en sentido técnico<sup>69</sup>.

Esser, siguiendo las enseñanzas de Nicolai Hartmann, identificaba dos modos de pensar el derecho: el sistemático, que privilegiaba el sistema jurídico ya dado desde el cual se leía el conflicto; y el aporético, que privilegia, el problema al que se intenta leer directamente y desde el cual se reconstruye el sistema. Es indudable que esta segunda perspectiva, en donde “el derecho se nos presenta como un conjunto de respuestas a problemas concretos”<sup>70</sup>, es afín a una presencia operativa fuerte de los principios, pues son estos la vía más idónea para satisfacer respuestas a la medida de los problemas. El sistematicismo necesitó de las normas para lograr exhibir un derecho único, estable, previsible, completo, coherente y económico, y en ese objetivo los principios perturbaban en tanto eran una fuente de innovación y de posible demostración de invalidez, lagunas o contradicciones normativas.

La eventual tensión entre normas-sistema, por un lado, y principios, por el otro, puede proyectarse al terreno axiológico como una tensión entre el valor seguridad y el valor justicia. La gravedad de esa tensión llega en el caso de Larenz a resolverse por atribuir toda la responsabilidad final al juez: “en el caso de conflicto, constantemente posible, entre la fidelidad a la ley, que le está preceptuada, y la justicia del caso, por él buscada, el juez solo puede, en último término, fallar

---

<sup>68</sup> Citado por García Amado, J. A., *Teorías de la tópic jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 361.

<sup>69</sup> Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 493.

<sup>70</sup> García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Civitas, Madrid, 1986, p. 57.

según su propia conciencia”<sup>71</sup>. El título elocuente de Gorg Hawerkate, *Pérdidas de seguridad en el pensamiento jurídico* denuncia las insuficiencias del método formalista del conceptualismo<sup>72</sup>. Recordemos que el movimiento codificador alentado por la razón del Iluminismo, pretendió servir a los intereses de la burguesía confiriéndole seguridad jurídica a través de un derecho que supuestamente contenía todas las respuestas anticipadas y claramente expresadas.

El derecho estaba hecho por los legisladores, a los jueces se les negaba capacidad creadora y, entonces, la previsibilidad y certeza que suministraba el derecho era teóricamente perfecta. A la hora de aparecer los problemas jurídicos concretos ante los estrados judiciales, solo cabía el recurso a las normas y al sistema elaborado dogmáticamente desde las mismas. Consecuente con ese legalismo, Robespierre pretendía que se borrara de la lengua el término “jurisprudencia”.

Si el derecho es —parafraseando a Michel Villey— una obra colectiva que empieza positivamente el constituyente y concluye el juez al resolver equitativamente el caso, corresponde advertir que en esas instancias generadoras de derecho se llevan a cabo tareas cualitativamente similares, y que sus diferencias se inscriben en lo cuantitativo o formal. Es que, en lo esencial, tanto el constituyente como el legislador, el poder administrador como el juez, forman parte de un procedimiento de creciente concreción, determinación o individualización del derecho, pero más allá del ámbito espacial, personal o institucional para el cual establecen normas o principios jurídicos débiles, ninguno de ellos cuenta con total libertad para ejercer su capacidad jurígena.

Intentar negar la realidad del derecho con la ilusión de la subsunción del caso en la ley y que la deducción mecánica y fácil conducirá a la única solución jurídica querida por el legislador, es cuanto menos —según Frank<sup>73</sup>— un engaño encubridor infantil o una ilusión vinculada a la autoridad paternal. Si de verdad nos interesa aportar a la previsibilidad posible de las decisiones, el camino a transitar no es fácil, pero habría que preocuparse por la selección de a quienes les atribuimos aquella competencia, y por implementar mecanismos

---

<sup>71</sup> Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, op. cit., p. 494.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 498.

<sup>73</sup> Frank, J., *Law at the Modern Mind*, Stevens, Nueva York-Londres, 1949, p. 7.

de control sobre el trámite, la fundamentación y el contenido de las decisiones. A este respecto, la experiencia en el derecho comparado será particularmente útil. Especialmente la del mundo anglosajón, en donde comprobamos que no obstante ser la jurisprudencia la principal fuente del derecho, no puede sostenerse que padezca una mayor inseguridad jurídica que la que se vive en el mundo continental donde aquel papel está asignado a la ley. Quizás sorprenda la convicción de Roscoe Pound cuando vinculaba al derecho arcaico la concepción del mismo como “*aggregate of rules*”, mientras que en la etapa de “*naturality of law*” el jurista más que operar con normas lo hace con “*legal principles*”, “*legal conceptions*” y “*legal standards*”<sup>74</sup>.

El problema de las lagunas jurídicas desde planteamientos iusnaturalistas no ofrece temores ni dificultades en cuanto a su admisión; rescatemos al respecto la palabra de Del Vecchio:

es más conforme a la verdad el admitir francamente que en todo sistema jurídico existen lagunas [...]; pero que, en cambio, el mismo sistema positivo ofrece el medio para poder llenar tales lagunas, merced al recurso a fuentes subsidiarias y en última instancia al Derecho Natural o a los “principios generales del derecho”, recurso que es lícito y obligatorio incluso cuando no está explícitamente declarado, pues el juez tiene necesidad de resolver toda posible controversia<sup>75</sup>.

Dworkin, confiado en un juez-filósofo Hércules, afirma: “es posible que el derecho no sea un sistema sin lagunas, pero el demandante tiene derecho a pedir que Hércules lo trate como si lo fuera”<sup>76</sup>.

Aun cuando es opinión extendida que el recurso privilegiado a los principios jurídicos en un sentido fuerte puede comprometer al sistema jurídico, cabe señalar que en realidad lo que está afectando es un cierto modo de entender al sistema, pero que sin embargo es posible seguir hablando de sistema desde teorías jurídicas principialistas. Ya Esser subrayaba “la importancia estabilizadora del desarrollo jurisprudencial de los principios del derecho”. Pero una de las obras claves para entender aquella relación es la del profesor en la Universidad de Munich, Claus Wilhelm Canaris, quien llega a definir al sistema

---

<sup>74</sup> Pound, R., *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, 1954, p. 56.

<sup>75</sup> Del Vecchio, G., *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1947, p. 339.

<sup>76</sup> Dworkin, R., *Los derechos en serio*, *op. cit.*, p. 190.

jurídico como “un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho”<sup>77</sup>, e insiste en la ventaja del recurso de los principios en la formación del sistema jurídico.

El principialismo no reniega de la seguridad jurídica, pero su fidelidad tanto a reconocer en los “principios del derecho” el núcleo radical e intrínsecamente válido jurídicamente, como su preocupación por los problemas, lo lleva a privilegiar las exigencias de la justicia concreta. No se trata de renunciar a la seguridad jurídica, pero tampoco de creer que la mera seguridad y la más grave injusticia nos conserva en el derecho. Es que la seguridad jurídica no es un valor sustantivo del derecho, sino adjetivo<sup>78</sup>. La razón de ser del derecho, y lo que legitima su existencia, es que se le brinde a cada uno lo que le corresponde, y ello no es incompatible con una razonable y posible previsibilidad. En aras de este objetivo, amén de lo ya dicho, resultaría muy provechoso que la doctrina avance en el tratamiento y esclarecimiento posible de la nómima, contenido y modo de operar de los principios. Dicho de otro modo, que el esfuerzo académico no se agote en los textos legales sino profundice la proyección de los mismos con el resto del derecho en los fallos judiciales, e intente una lectura desveladora de los principios, tanto de los “fuertes” como de los “débiles”.

## 11. CONCLUSIÓN

A principios del milenio, especialmente la teoría jurídica continental, vive un proceso de fractura, renovación y transformación; sin embargo, vemos a aquellos que por inercia mental, ignorancia o aislamiento profesional siguen parapetados en un modelo que luego de un siglo y medio parece naufragar. Coincidimos con Pattaro en que se abren para los principios “un gran campo y una nueva época”<sup>79</sup>, pero más que un problema de oportunidades o de moda, estamos convencidos de que la cuestión de los principios constituye un excelente

---

<sup>77</sup> Canaris, C. W., *El sistema en la jurisprudencia*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 55.

<sup>78</sup> Cfr., mi artículo: “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, *Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de Madrid, Año III, núm. 6, pp. 495-516.

<sup>79</sup> Pattaro, E., “Alle origine della nozione ‘principi generali del diritto’”, en Baciú, M. (comp.), *Soggetto e principi generali del diritto*, Giuffré, Milán, 1987, p. 64.

test para medir la aptitud al cambio de los juristas y su disposición a que el derecho no se aparte de su sentido último. Más allá de las perfecciones sistémicas y/o técnicas que pueda alcanzar el saber jurídico, importa hoy más que nunca que esté al servicio del hombre y de las sociedades que históricamente él va configurando. En 1946, con mucha autoridad moral escribía Radbruch aludiendo al nazismo: “hemos de estar preparados para hacer frente a cualquier eventualidad de retorno de ese Estado sin Derecho”<sup>80</sup>, y sin duda que un buen camino para evitar que las leyes ignoren o contradigan al derecho, es recuperar en un sentido fuerte a los principios de donde aquellas se hacen y se reconocen como jurídicas.

Por limitaciones y dificultades que afronte el saber práctico jurídico, no puede renunciar a que el derecho vigente resulte “natural porque es producido en conformidad a la naturaleza específica del hombre, siguiendo a sabiendas o intuitivamente, los principios universales del derecho”<sup>81</sup>. En defensa de nuestra posición centrada en vincular el contenido de los “principios del derecho” o “principios fuertes” o “principios en sentido estricto” con los derechos humanos fundamentales o derechos naturales primarios (los que remiten a los “bienes humanos básicos”) seguramente saldría Radbruch cuando negaba “calidad de Derecho” a todas esas leyes nazis “que aplicaban un trato infrahumano o les negaba los derechos humanos a ciertos hombres”<sup>82</sup>, porque esos derechos en clave estrictamente iuspositivista terminaban reducidos —a pesar del interés de sus autores— a “edictos de tolerancia revocables”<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> Radbruch, G., “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, en *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, Madrid, 1971, p. 16.

<sup>81</sup> Cotta, S., *I principi generali...*, *cit.*

<sup>82</sup> Radbruch, G., “Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes”, *op. cit.*, p. 15.

<sup>83</sup> Spaemann, R., *Lo Natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989, p. 90.

## VIII. Los “hechos” en el paradigma legalista y en el paradigma constitucionalista

### PROPÓSITO

El cambio del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional que se fue produciendo —en Europa continental y desde ahí a América Latina— después de la Segunda Guerra Mundial, afectó transversalmente al derecho, al Estado y a los juristas. Esos tres ámbitos fuertemente interrelacionados fueron experimentando transformaciones en sus características principales y troncales hasta convertirlos en realidades muy diferentes. Es cierto que los cambios se constatan fundamentalmente observando la misma realidad, pero si uno se instala en el espacio académico tradicional lo más probable es que no los advierta en toda su magnitud; pues es bastante evidente que en nuestras facultades de Derecho predomina, en general, una notable inercia que impide reconocer y asumir la nueva realidad, y así se sigue preparando a los futuros profesionales del derecho como si casi nada nuevo hubiese ocurrido en los últimos doscientos años.

Atento a ese carácter expansivo e integral de los cambios, nada del mundo del derecho “vivo” ha quedado igual, por eso es interesante comprobar la distancia que de forma paulatina se configuró entre la enseñanza oficial del derecho y cómo este aparecía ante los juristas cuando debían operarlo. Es que se prepara a los juristas para un mundo que ha dejado de existir, y de ese modo se los condena a una especie de esquizofrenia, atento a que el aparato conceptual con el que se los ha dotado, no les sirve para entender y operar en la realidad donde deben actuar. En definitiva, los profesionales del derecho que tienen que prestar su servicio a la sociedad carecen de una teoría apropiada para “ver”, comprender y responder apropiadamente al y en el derecho.

En el presente artículo prestaremos atención a los aludidos cambios producidos específicamente en el terreno de los “hechos” según son identificados o asumidos por el derecho y por los juristas. Trataremos de ir señalando cómo eran visualizados en las reglas del derecho, en los procesos y por los abogados y jueces en el Estado de Derecho

Legal (EDL), y cómo lo son en la realidad de los actuales Estados de Derecho Constitucional (EDC). Por supuesto que a los fines de poner de relieve el siguiente contraste, optaremos por destacar y acentuar los cambios, evitando los necesarios matices, y también somos conscientes que la nómina a referirnos podría haberse reducido subsumiendo características. Algunas de estas se conectan de manera directa con los “hechos” y su despliegue procesal, otras remiten a la matriz donde ellos se definen, y, por ende, la conexión es más indirecta, e incluso a veces atendemos al marco del proceso por sus implicancias sobre el tema en cuestión. El esquema que usaremos será primero indicar una característica del EDL, y a continuación, con la misma numeración, cómo ha quedado ella transformada en el EDC.

## 1. LA JURIDICIDAD FÁCTICA LA ESTABLECÍA EXCLUSIVAMENTE EL LEGISLADOR

Si en el EDL el derecho era lo contenido en la ley, resultaba coherente postular que le correspondía a la misma “voluntad general” establecer cuáles serían los hechos que resultarían de carácter jurídicos, y por ende, debían ser atendidos por los juristas. Sin esa asunción en la ley no había hechos de interés para el derecho, y correspondía —al mismo tiempo— raigal y libremente al legislador definir ese ámbito. Fuera de la ley no había derecho, ni por ende tampoco hechos jurídicos, y en sentido estricto no había determinaciones apriorísticas que condicionaran o limitaran la voluntad legislativa o autoritativa. Conocidas afirmaciones de los profesores de la exégesis francesa como Bugnet: “yo no enseño derecho civil, sino Código de Napoleón”, o típicas expresiones formuladas por Kelsen: “El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica”<sup>1</sup> confirman que no hay hechos que tengan alguna jurisdicción fuera de la establecida por las normas.

---

<sup>1</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, p. 136.

### ***1.1. Los hechos con su inescindibilidad jurídica***

Desde la filosofía jurídica clásica había conciencia de que hay deudas de alteridad o de justicia que deben o pueden ser asumidas por las normas, mientras que hay otras deudas de justicia que son estrictamente morales dado que no pueden ser exigidas por las normas jurídicas en razón de que resultan impagables (las que tienen un hijo respecto a los padres) o se desnaturalizan si son exigidas con coerción (las de agradecimiento o amistad). Esa juridicidad impuesta al que crea derecho se revela en el “contenido mínimo del derecho natural” de Hart señalando exigencias que debe asumir el derecho porque de lo contrario éste se tornaría inviable<sup>2</sup>; o en Fuller con su “derecho natural procesal” y sus ocho exigencias inescindiblemente unidas a la existencia del derecho; o también cuando Alexy postula la incompatibilidad del derecho con los órdenes “absurdos”, “depredatorios” o “extremamente injustos”<sup>3</sup>. En definitiva, hay hechos de la convivencia humana (el homicidio, el incumplimiento de lo acordado, etc.) que el derecho y los juristas siempre han asumido en el ámbito de su competencia, y que no pueden dejar de hacerlo si pretenden ser reconocidos como tales y se proponen la subsistencia de la vida social.

## **2. LOS HECHOS JURÍDICOS REDUCIDOS A LA CIENCIA DE LA LEY**

El saber jurídico auspiciado o promovido en el marco del EDL era el científico, pues a él le correspondía describir, interpretar y sistematizar a las normas jurídicas positivas. De ese modo eran los iuscientíficos los encargados de estudiar los hechos en el derecho, los que coincidían exactamente con los casos que habían sido definidos por el autor de la norma como hipótesis de ciertas consecuencias coercitivas. El norte que guiaba al jurista en general, y al científico jurídico en particular, era ser fiel a la voluntad del legislador, y nunca juzgar a la ley sino desde la ley. Según ese paradigma, se suponía que la ju-

---

<sup>2</sup> Cfr. “Vinculaciones entre el derecho y la moral en H. L. A. Hart”, en mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.

<sup>3</sup> Cfr. “La teoría discursiva no positivista en Robert Alexy”, *ibidem*.

risprudencia era la mera “aplicación” al caso de la ley sin crear nada para el derecho, incluso pesaba sobre el juez la amenaza del delito de prevaricato si se apartaba del sentido fijado en la ley. La reiterada fórmula de Montesquieu de los jueces como *bouche de la loi* ratifica la irrelevancia de los hechos en la tarea judicial. La “presunción del legislador racional”, los métodos interpretativos taxativamente establecidos y el silogismo deductivo clausuraban todo interés más allá del conocimiento de la ley. Una pieza importante de ese *iter* aplicativo fue una visión ingenua o “mágica” (Carnap) del lenguaje legislativo a la hora de definir los hechos genéricos.

### 2.1. Los hechos jurídicos “jurisprudenciales” como enriquecimiento de las normas

Enseña la hermenéutica alemana que uno de los “círculos hermenéuticos” que corresponde reconocer a los juristas es el que se da entre los “textos” de las normas y los “casos” que son regulados por los mismos, de esa manera una norma es no solo su texto, sino también los casos a los que brinda respuesta, y así, al día siguiente de su promulgación casi no sé nada de ella, pero al cabo de varios años de vigencia y aplicación estaré en condiciones de saber mucho más de la normas (pensemos en la norma que prescribe la caducidad de instancia de un proceso que no recibe actos impulsorios durante un plazo, pues el conocimiento completo de esa norma dependerá de las definiciones jurisprudenciales que se vayan haciendo de los actos a los que se les reconocerá o no carácter impulsorio). Los hechos de interés y responsabilidad para los juristas no solo son establecidos por el legislador y estudiados por el científico, sino que competen al abogado y al juez ir enriqueciendo y hasta corrigiendo (especialmente vía excepciones) aquellas definiciones. Si coincidimos en la metáfora de Engisch de que la decisión judicial se devela en un “ir y venir de la norma a la cosa” (“*Hin-und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt*”)<sup>4</sup>, podemos concluir que el ignorar la jurisprudencia condena al jurista al desconocimiento completo de los hechos de relevancia jurídica.

---

<sup>4</sup> Engisch, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Carl Winter-Universität, Heidelberg, 1960, pp. 10 y ss.

### 3. LOS HECHOS JURÍDICOS PROCESALES COMO CASOS FÁCILES

Parafraseando a Calsamiglia podemos decir que el iuspositivismo normativista gusta hablar de casos genéricos y fáciles, de ese modo los hechos de los procesos son instancias individuales de los generales definidos en las normas. La confianza en la voluntad infalible del legislador y el propósito central que guio al EDL decimonónico en aras de la seguridad jurídica, suscitaba la convicción que el trabajo de los juristas consistía en subsumir el caso concreto en el genérico contemplado en alguna norma general ya dada. Ese trabajo prometía ser muy sencillo (Montesquieu habló de los jueces como “seres inanimados”) dado que los juristas no “creaban” nada sino “aplicaban” la ley. Desde esa lógica resultaba coherente no incorporar en los planes de estudios de formación de juristas a la jurisprudencia, dado que ella era mera repetición de la ley. Se suponía que los casos atendidos por jueces y abogados eran ejemplos concretos de los previstos genéricamente en las normas, y por ende, no ofrecerían dificultades el brindarles las respuestas que tienen previstas en el derecho normativo puesto, y que aquellos habían estudiado y memorizado en la carrera respectiva.

#### *3.1. Los hechos jurídicos procesales como casos difíciles*

La más elemental experiencia jurídica confirma que los hechos que convocan el trabajo de abogados y jueces son casos ya difíciles o que pueden llegar a serlos en manos de juristas dispuestos a buscar respuestas jurídicas no solo en las normas (respuestas explícitas), sino también en principios y valores jurídicos (respuestas implícitas). Lo más probable es que si el caso no ofrece dificultades en su solución jurídica, no alcance a ningún estrado abogadil o judicial, dado que ella revelaría una clara incompetencia profesional. El interés por la atención profesional de un caso es directamente proporcional a su nivel de complicación en su respuesta. Advirtamos que casos tan simples como el vencimiento de los plazos procesales, llegaron a convertirse en difíciles y posibilitaron la creación pretoriana del plazo de gracia, pero ello siempre requerirá de juristas —abogados y jueces— dispuestos a comprender las complejidades de los casos y la necesidad de

ajustar respuestas a las particularidades de los mismos. La fórmula de Kaufmann que “aplicar derecho es descubrirlo” sintetiza el carácter inédito o renovador que conllevan los casos, por eso nunca será igual estudiar la ley en abstracto que aplicado el derecho en los casos.

#### 4. EL “JURIDICISMO” DE LOS HECHOS JURÍDICOS

Una nota típica del saber jurídico funcional al EDL era su “juridicismo” o “insularismo” (Nino) en tanto se afirmaba el carácter auto-suficiente y autónomo del derecho, de manera que su conocimiento era posible prescindiendo de otros saberes como la moral, la religión, la economía, la política, etc. Buen reflejo de esa característica eran los planes de estudios destinados a formar a los juristas, en donde solo se computaban materias contenidas en normas y códigos que eran a su vez enseñadas por profesionales del derecho, y, así, brillaban por su ausencia saberes no jurídicos como la genética, la ingeniería de accidentes, la siquiatria, etc. Las facultades de Derecho eran “islas” solo habitadas por juristas y en las que solo había normas, porque lo demás se daría por añadidura o se descartaría por carecer de naturaleza jurídica. Para conocer los hechos que iban a ser respondidos por los juristas, lo central y decisivo eran los mismos juristas que para ello conocían las normas.

##### *4.1. El conocimiento de los hechos desborda al jurista*

Cada vez resulta más claro que para conocer los hechos respecto a los cuales los juristas brindarán una respuesta jurídica es poco o nada lo que ellos pueden aportar, más bien se requiere de saberes no jurídicos que les digan cómo ocurrieron. Una demanda de filiación hace unas décadas atrás requería de un repertorio de pruebas en cuya propuesta y producción la intervención de los juristas resultaba decisiva, sin embargo, hoy la respuesta jurídica solo requerirá en la práctica de una prueba de ADN realizada sobre algún material genético del demandado. De la misma manera que para establecer responsabilidades jurídicas en un accidente de tránsito se torna imprescindible escuchar a los ingenieros y sus fórmulas matemático-físicas. Es evidente el avance permanente de los saberes no jurídicos y las posibilidades

que ellos ofrecen para conocer con verdad los hechos implicados en los procesos judiciales. Se torna necesario que Poderes Judiciales y facultades de Derecho generen puentes con instituciones científicas o académicas ajenas al derecho como para nutrirse de medios que lleven al mejor y verdadero conocimiento de los hechos.

## 5. LA TEORÍA DE LAS DOS VERDADES

La prestigiada escuela procesalista italiana representada por autores como Carnelutti afirmando que el objeto del proceso es la fijación formal de los hechos pero no la verdad<sup>5</sup> o por Chiovenda<sup>6</sup> cuando sostenía que la única verdad que cuenta es la que establece el juez en su sentencia, terminó consolidando la tesis de que una era la verdad procesal o formal y otra la verdad real o material, resultando funcional a la misma la difundida enseñanza que “lo que no estaba en el expediente no estaba en el mundo”. De ese modo la prueba, el proceso y el juez quedaban desligados de la verdad, y esta disponible para ser establecida discrecionalmente por las partes y el juez. Son funcionales a esa visión: las posturas escépticas en materia gnoseológica; las que reducen la lógica jurídica a la retórica o la persuasión; las que tienen una visión iusprivatista del proceso; las que remiten la decisión judicial a la “íntima convicción” y las que asignan como objeto exclusivo del proceso la ejecución de la ley o la resolución del conflicto.

### 5.1. *La verdad como condición de la justicia*

Es esta una de las tesis centrales de Michele Taruffo<sup>7</sup>, y de ella se desprende que si el objeto del proceso es la justicia (en el sentido que cada una de las partes se quede con lo que le corresponde), antes debe preocuparse por encontrar la verdad acerca de los hechos que motivaron el conflicto. Para el profesor de Pavía el procedimiento judicial puede interpretarse como una empresa epistémica orientada a conocer la verdad de los hechos de la causa, y ella es definida en térmi-

---

<sup>5</sup> Carnelutti, F., *La prova civile*, Giuffrè, Milán, 1962, p. 29.

<sup>6</sup> Chiovenda, G., *Principii di diritto processuale civile*, Nápoles, 1965, p. 79.

<sup>7</sup> Taruffo, M., *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 64.

nos de “correspondencia” dado que consiste en decir fundadamente como sucedieron realmente aquellos, por eso, no cabe exagerar en la distinción entre el juez y el científico o el historiador, más allá de los límites que el derecho establece en función de otros valores a los medios epistemológicos idóneos para la verdad. En definitiva, la verdad tiene —como lo destaca Taruffo<sup>8</sup> un valor moral (sería insostenible un sistema ético basado en la falsedad o en la indiferencia respecto a la verdad), un valor político (la democracia requiere la verdad, así como los totalitarios se nutren del engaño), un valor epistemológico (el conocimiento supone la posibilidad de distinguir la verdad del error), un valor jurídico y procesal (la justicia no puede apoyarse en el error o la mentira). Si el proceso y el juez renuncian o les resulta indiferente la verdad, ello implica también despreocuparse de la justicia.

## 6. LA SEPARACIÓN ENTRE “QUAESTIO FACTI” Y “QUAESTIO IURIS”

La Revolución francesa en absoluta coherencia con sus ideas políticas y jurídicas centrales, creó en 1790 el Tribunal de “*Cassation établi auprès du corps législatif*” con el objeto de controlar a los jueces en orden a la mera aplicación de la ley sin modificarla y ajustándose estrictamente a lo dispuesto por su autor e intérprete auténtico. De ese modo quedaban excluidas de la casación las cuestiones fácticas, y su propósito final era garantizar la uniformidad de la jurisprudencia, contando para ello con el auxilio de la institución del “*référé législatif*” que evitaba a los jueces despejar dudas sobre la ley por vía de la intervención del Poder Legislativo. La casación fue una —al decir de Calamandrei<sup>9</sup> “obra maestra del racionalismo iluminístico” y sin duda que la separación entre los hechos y el derecho a los fines de un control reducido a éste último, implicaba un notable y forzado recorte de la realidad que perturbaba intrínsecamente a un razonamiento judicial orientado a ajustar la solución jurídica al caso que debía resolver.

<sup>8</sup> *Id.*, *Simplemente la verdad*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 109 y ss.

<sup>9</sup> Calamandrei, P., “Función de la jurisprudencia en el tiempo presente”, en *Estudios sobre el proceso civil*, T.III, Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 249.

### 6.1. *La superación de la separación entre el hecho y su derecho*

Un viejo aforismo romano enseñaba “*ex facto oritur ius*”, y aun cuando sea posible teóricamente aducir aquella distinción, lo cierto es que a la hora de una respuesta judicial argumentada para un cierto caso, resulta imposible, distorsionante, artificial o inexacto separarlos. Es que en el razonamiento del jurista cuando habla de los “hechos” lo hace pensando en el “derecho”, así lo destaca G. Ubertis: “si el juicio sobre la *quaestio facti* no puede ser nunca de ‘puro hecho’ al estar estructurado por referencia a coordinadas jurídicas, el juicio sobre la *quaestio iuris* está necesariamente ligado al “hecho”<sup>10</sup>. En la experiencia y práctica jurídicas se confirma no solo lo difícil que resulta intentar comprender de manera exhaustiva lo que se ha decidido jurídicamente sin conocer al mismo tiempo el caso o el hecho que se resolvió, sino también los esfuerzos jurisprudenciales que se han ido haciendo a los fines de evitar que la casación genere respuestas absurdas o irracionales. Más aún, pretender un control lógico del razonamiento del juez reducido a la premisa normativa supone un cercenamiento del mismo que lo imposibilita o distorsiona<sup>11</sup>. A este respecto es muy ilustrativa la decisión de la Corte Suprema argentina que, siguiendo una orientación que se va haciendo cada vez más visible en la jurisprudencia comparada en orden a superar el esquema originario de la casación, en la causa “Casals” (2005) se terminó de ampliar dicho recurso a la materia de los hechos.

## 7. EL PROCESO EN CLAVE IUSPRIVATISTA Y LIBERAL

En el marco de la filosofía política liberal típica del XIX el proceso quedaba disponible para las partes, de tal manera —apelando una vez más a Taruffo—:

el proceso se inicia cuando las partes quieren y sobre lo que ellas decidan, duran cuanto las partes quieren y se desarrolla como ellas decidan, y termina cuando ellas no tangan nada más que decir<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Ubertis G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milán, 1979, p. 75.

<sup>11</sup> Cfr. Ibañez, Perfecto A., *En torno a la jurisdicción*, Del Puerto, Buenos Aires, 2007, p. 214.

<sup>12</sup> Taruffo M., *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 155.

Es que la “acción” para instar un proceso era algo secundario e instrumental al derecho subjetivo que el actor buscaba proteger, y, por ende, el proceso quedaba a la completa disposición del titular del derecho sustancial que se procuraba tutelar mediante un juez, cuya función era estar a disposición de los dueños del proceso y dictar una sentencia exclusiva para ellos. El Estado de aquella ideología política era un mal necesario, pero debía ser mínimo, y el juez no era considerado un poder sino parte de la administración. Los derechos que en última instancia estaban en juego en el proceso los había fijado la ley, y paradigmáticamente se reducían en última instancia a la propiedad, la seguridad jurídica, la libertad e igualdad entendidas en términos formales y abstractos. En definitiva, los hechos del proceso padecían y se ajustaban a esa matriz iusprivatista y liberal.

### *7.1. La constitucionalización del proceso*

En el EDC el servicio de justicia se convierte en un derecho humano, y los tratados respectivos así lo reconocen. En efecto, estos incluyen el acceso a la justicia y a una tutela efectiva de los mismos derechos, y la obra de Mauro Cappeletti al respecto es un buen reflejo de la amplitud e importancia del movimiento a favor de ese “acceso”<sup>13</sup>. La protección al goce efectivo de los derechos supone, desde la etapa previa al proceso, el derecho a contar con un asesoramiento profesional adecuado, como también durante el “debido proceso” y después en relación con que el juez cuente con los medios para que se respete su decisión. A los fines señalados se requiere atender a las diferencias y desigualdades que se apoyan en el ámbito de lo cultural, económico, lingüístico, social, etc., de modo que las debilidades reales y concretas de aquellos que llegan a tribunales, sean subsanadas en la medida de lo posible por el Estado como responsable último del bien común. En ese marco aparece la definitiva configuración de un Poder Judicial como verdadero Poder del Estado, al que se le deben proveer de los medios necesarios para cumplir tal decisivo cometido. El derecho del EDC se afirma al servicio de cada uno de los ciudadanos, y al constituirse entran en crisis institutos procesales clásicos como la

---

<sup>13</sup> Cfr. Cappeletti M., *Access to Justice*, vols. 1-4, Milano-Alphen den Rijn, Giuffrè-Sijthoff & Noordhoff, 1978.

legitimación en causa y la *res judicata*, de ese modo el proceso se abre a derechos colectivos o supraindividuales y las sentencias se extienden y benefician más allá de las partes procesales.

## 8. LOS HECHOS SE DESCRIBEN

En el marco del EDL se suponía que la norma jurídica “describía” los hechos de los que luego los juristas se ocuparían cuando entendían en asuntos que se resolverían mediante la subsunción de esos hechos concretos en los genéricos definidos como supuestos fácticos de consecuencias jurídicas. En buena medida había una confianza en la claridad de aquella definición fáctica de la norma y la prueba en el proceso se dirigía a verificar la existencia de una instancia individual de aquella descripción genérica. En definitiva, la explicación silogística remite a un jurista cuyo trabajo es subsumir casos individuales en los genéricos ya contemplados en las normas jurídicas generales de manera abstracta, por eso el esfuerzo central es la comprensión acabada de esas definiciones realizadas por el legislador de una manera clara, exhaustiva y completa. Es que el saber funcional al EDL fue un saber teórico o especulativo y se rechazaba por inviable o peligroso la posibilidad de un saber evaluativo o directivo de conductas y normas.

### 8.1. *Los hechos y su valoración*

Frente al punto inmediato anterior destaquemos: a) Que “ninguna proposición descriptiva es apta *a priori* para captar y agotar el “hecho” y ni siquiera se puede sostener que éste pueda ser descrito completamente por una serie, incluso extensa, de proposiciones; b) Las descripciones fácticas normativas padecen los problemas que conlleva el recurso de un lenguaje cargado de vaguedades y ambigüedades, por eso el jurista se enfrenta a “hechos institucionales” y no a “hechos brutos”; c) Una distinción consolidada es entre el texto de la norma y el significado normativo del mismo, y ello tiene relevancia como para subrayar las posibilidades significativas que ofrece aquel y cuya elección queda en manos del jurista; d) Los hechos, en orden a su relevancia y respuesta jurídica, conllevan valoraciones, pero además hay hechos que exigen ser conocidos directamente como valorativos

(por ej. daño grave, convivencia intolerable, etc.); e) Las valoraciones fácticas suponen especialmente confianza en la posibilidad de su justificación racional, sin perjuicio de la prueba de los hechos ocurridos; f) El hecho implicado en un litigio es “construido”<sup>14</sup>, y a tales fines el proceso con sus elementos característicos, como presunciones, carga de la prueba, etc., cumplen un papel decisivo; y g) Es importante en orden a la prueba del hecho, reconocer sus diferentes tipos: principal o secundario, relevante o irrelevante, complejo o simple, colectivo o individual, etc., como así también la eficacia probatoria de los diversos medios.

## 9. EL JUEZ COMO “ÁRBITRO” PASIVO

Aquí resulta suficiente apelar una vez más a la autorizada palabra de Taruffo:

la ideología liberal clásica del proceso civil, estaba presente en el código francés, pero se difunde y consolida especialmente a partir de la mitad del siglo XIX. El eje de esta ideología está constituido por la idea de que el proceso civil es esencialmente una *Sache der Parteien*, es decir, un lugar en el que la solución de toda controversia se consigue a través de la libre, incondicionada e ilimitada iniciativa de sujetos individuales privados. Cada uno de estos sujetos hace valer en el proceso sus propios intereses, que se confrontan con los de otros individuos. El proceso civil, entonces, es visto exclusivamente como una competición entre partes privadas. El Estado, cuya presencia también en el campo de la justicia debe ser ‘mínimo’, debe limitarse a prestar los servicios necesarios (los jueces, tribunales, los auxiliares de la justicia) y a prescribir las reglas del juego, o sea, las normas procesales; pero no puede gestionar ni condicionar el desarrollo de la competición entre los particulares, ni mucho menos determinar o condicionar el resultado. De otro lado, en la concepción dominante en este período, la “acción”, es decir, la posibilidad de dirigirse ante un juez para la tutela de un derecho, no es más que un aspecto secundario e instrumental del concreto “derecho subjetivo” sustancial que se trata de tutelar<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. Hruschka, J., *Die Konstitution des Rechtsfalles*, Duncker & Humblot, Berlín, 1965.

<sup>15</sup> *Páginas sobre justicia civil*, Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 154.

### 9.1. *El juez como director del proceso*

Aquel juez burócrata y funcionario del EDL hoy no es funcional a las exigencias del EDC y a los derechos comprendidos en un servicio de justicia propiamente prestado. En ese contraste lo mejor es seguir a Taruffo:

En los sistemas procesales de *civil law* ha surgido, en la segunda mitad del siglo XX, la tendencia a atribuir al juez civil un papel activo en la adquisición de la pruebas y en la averiguación de la verdad. En algunos casos, esa tendencia se manifiesta, como en España, con la atribución al juez de la facultad de solicitar a las partes que pidan las pruebas que él considera necesarias para la determinación de los hechos. Generalmente, en cambio, la tendencia se traduce en la atribución al juez de poderes de iniciativa instructiva autónoma: en algunos casos estos poderes tienen alcance general, como ocurre en Francia con base en el art. 10 del *Code de Procédure Civil*, mientras que en otros casos se trata de un poder no general, pero muy amplio, como ocurre en Alemania (donde el juez puede decretar de oficio todos los medios de prueba salvo la prueba testimonial), o de un poder suficientemente amplio, como ocurre en Italia (donde el juez de lo laboral puede ordenar de oficio todos los medios de prueba, mientras el juez ordinario puede ordenar de oficio algunos de ellos)<sup>16</sup>.

Por supuesto que el profesor italiano se encarga de rechazar fundadamente las críticas (fuertemente ideológicas) que imputan a esos nuevos poderes del juez a visiones totalitarias, pues de lo que se trata es de comprender que el proceso tiene por fin la justicia y para ello es necesario la verdad, y esta requiere de un juez “activo” (en un papel subordinado y complementario) aunque no “inquisitivo”<sup>17</sup>.

## 10. LA ESCASA ATENCIÓN DE LOS PERITOS Y SU PRUEBA

En base a lo que llevamos dicho, no puede sorprender que la respuesta institucional típica del EDL respecto a los peritos es notoriamente ligera o incorrecta; así se constata en general: a) Todos tienen el mismo status en base a un título habilitante cualquiera sea el nivel

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 357 y ss.

de la institución que lo otorgó o el nivel de actualización profesional; b) No se tienen en cuenta el estado y actualidad del instrumental tecnológico que dispone el perito; c) La lista de peritos se construye en base al cuadro de títulos expedidos básicamente por las universidades, sin tener en cuenta las posibilidades epistemológicas que proveen los distintos tipos de saberes (no es lo mismo la certeza de un informe psicológico que otro generado en la física o química); d) La ignorancia o autismo del juez en cuanto a la materia del perito conspira contra un pedido de informe técnico eficaz en orden a descubrir la verdad; y e) No se tienen en cuenta los antecedentes éticos del perito. A ello se suma la ignorancia total del juzgador acerca del contenido del informe pericial y las dificultades procesales e institucionales para suplir la misma, lo que convierte a dicho informe en una prueba decisiva o que el juez no tiene posibilidad de criticar a pesar de ser formalmente perito de perito.

### 10.1. *La relevancia de la prueba pericial y científica*

Frente a los medios de prueba tradicionales hoy —y de manera creciente y confiable— cabe recurrir a pruebas aportadas por expertos o científicos, lo que pone en aprietos al rol del juez como *peritus peritorum*. La jurisprudencia norteamericana es rica en el tratamiento de dicha prueba, y así la sentencia de 1993 dictada en el caso “*Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceutical, Inc.*” resulta un antecedente forzoso. En ella se señalan criterios de orientación del juez en relación con la exclusión o admisión de pruebas científicas, tales como: a) La controlabilidad y falsabilidad de la teoría que está en la base de la prueba científica; b) El porcentaje de error que conlleva la técnica empleada; c) El control sobre la teoría o técnica empleada por parte de otros expertos o científicos; y d) El respaldo que le presta la comunidad científica a la teoría o técnica empleada. Desde una perspectiva epistemológica está claro que no todas las ciencias resultan igualmente confiables en orden a la verdad que supuestamente suministran, y así cabe distinguir entre las ciencias duras con métodos controlables y verificables (como la física, la química, la biología, etc.), y las ciencias humanas o sociales (como la sociología, la crítica artística, la psicología, etc.), pero también Taruffo se encarga de distinguir entre la “buena” ciencia y la “mala” ciencia (“*junk science*”); entre estas menciona a la astrología,

la quiromancia, etc., y además, el profesor italiano desacredita como “pseudociencias” a la grafología, el análisis de huellas dactilares o el uso de máquinas de la verdad, e incluso sus interrogantes avanzan sobre “pruebas científicas que fueron consideradas absolutamente fiables, por ejemplo, la de las ‘huellas génicas o de ADN’, están ahora bajo escrutinio y su validez puede ser impugnada”<sup>18</sup>.

## 11. LAS DECISIONES PROBATORIAS

Distintos autores (J. Frank, K. Larenz, P. A. Ibáñez, etc.) han destacado que las decisiones judiciales en materia de prueba y hechos resultan los momentos de la mayor discrecionalidad y del más difícil control. Ello obviamente se agrava cuando se sostienen posturas escépticas sobre la razón y la verdad, o teorías que la circunscriben a persuasión o coherencia. Aún hoy existen voces doctrinarias y jurisprudenciales que remiten aquellas decisiones judiciales al libre convencimiento del juez (la divulgada fórmula francesa de la “*intime conviction*”); de esa manera la decisión puede carecer de razones que la justifican y, consecuentemente, resultar incontrolable y no susceptible a ser criticada. También pueden verificarse una serie de recursos de amplio uso tribunalicio que, en definitiva, abonan en el mismo sentido, como, por ejemplo, apelar a un análisis integral de la prueba producida evitando un análisis puntual de cada una de ellas, o también basarse en informes periciales que son aceptados dogmáticamente y sin ninguna consideración crítica. La obsesión jurídicista y normativista que caracterizó al paradigma del EDL brindaba un apropiado paraguas de ignorancia entre los profesionales del derecho respecto del mundo de los hechos.

### 11.1. La argumentación probatoria

El debido proceso legal alcanza a la sentencia judicial que debe ser motivada, fundada o justificada, o sea, donde las diferentes afirmaciones o premisas del razonamiento contenido en ella cuentan con argumentos o razones jurídicas válidas, coherentes, suficientes e idóneas

---

<sup>18</sup> Taruffo M., *La prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 98.

que las respaldan. Esta pretensión de racionalidad judicial abarca el campo de los hechos y así hoy,

existen diversos ordenamientos favorables a la elaboración de esquemas racionales del juicio de hecho, principalmente a través del razonamiento probatorio y de las inferencias en las cuales éste se articula. Se habla así de una “lógica del juicio de hecho”, aludiendo a los modelos lógicos elaborados con el fin de racionalizar la valoración de la prueba y los argumentos en los que se basan los juicios admisibles de verdad o falsedad acerca de los enunciados fácticos. Una tendencia histórica va en el sentido de utilizar esquemas traídos de la teoría de la probabilidad para racionalizar las decisiones que los jueces toman en situaciones de incertidumbre, como las que versan sobre los hechos. No obstante, parecen inaplicables los cálculos de la probabilidad estadística, de manera que una orientación más admisible es la que parte de la concepción de la probabilidad lógica como confirmación de hipótesis sobre la base del conocimiento disponible en cada caso. Se hace esencial, entonces, el análisis de las formas de inferencia y de los relativos encadenamientos, que representan el fundamento de la validez lógica del juicio de hecho. Los modelos que se derivan de allí son instrumentos de racionalización del razonamiento probabilístico, y por tanto son también instrumentos de control de la admisibilidad de las hipótesis de hecho que se asumen como “verdaderas” a los fines de la decisión<sup>19</sup>.

Perfecto A. Ibáñez ha llegado a proponer una nueva estructura en la sentencia judicial en lo referido a los hechos la que quedaría así: a. Antecedentes procesales. b. Hechos probados. c. Motivación: Sobre los hechos; y d. Fundamentos de derecho<sup>20</sup>.

## 12. LA PETRIFICACIÓN DE LA COSA JUZGADA

La seguridad fue uno de los derechos incluidos en la Declaración de 1789, y por supuesto era un valor central para una visión burguesa y liberal. Así la seguridad jurídica, en tanto posibilidad subjetiva de conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas de los comportamientos realizados y nota objetiva del derecho que torna indiscutible lo que él define, se constituye en la finalidad exclusiva o excluyente del mismo derecho, desplazando a la justicia a un valor secundario. En

---

<sup>19</sup> Taruffo, M., *Páginas sobre la justicia civil*, op. cit., p. 402.

<sup>20</sup> Cfr. *En torno a la jurisdicción*, op. cit., pp. 247 y ss.

definitiva, la cosa juzgada apoya decididamente a la seguridad jurídica en tanto que la sentencia que ha pasado en esa autoridad ha creado una verdad (Pothier habla de “*vérité judiciaire*”) que se torna indiscutida cualquiera sea la realidad y los argumentos racionales que pudieran esgrimirse contra ella en nombre de la “*vérité varie*” (Pothier) o de la justicia<sup>21</sup>. Esa tesis de “*res judicata pro veritate accipitur*” queda consagrada en el Código de Napoleón y con ese respaldo termina imponiéndose en los derechos del EDL, de manera que una que vez que ha quedado firme lo sentenciado no hay otra realidad para el jurista que la definida en la misma, y consecuentemente la cosa juzgada tiene capacidad de purgar hasta las nulidades de orden público, como lo contemplan algunos códigos procesales.

### 12.1. La revisión de la cosa juzgada

La preocupación por la justicia, lo racional y la realidad que caracterizan al derecho del EDC, impactan en aquella “ficción de verdad” (Savigny) que suponía la cosa juzgada, y consecuentemente, comienzan a reconocerse excepciones o vías de impugnación a la misma. Es que si la sentencia se ha tornado fraudulenta o resulta evidentemente absurda desde un punto de vista axiológico o racional, no puede pretender validez, por lo que cabe arbitrar medios que posibiliten su revisión. En perspectiva procesal actual se destaca que la cosa juzgada ha dejado de lado aquella matriz esencialista que llevaba a la doble verdad, y es asumida en términos funcionales en tanto ella simplemente impide una decisión sobre lo que ya se ha decidido, “...la doctrina europea termina mostrando una convergencia significativa con la concepción angloamericana de la cosa juzgada que, partiendo del tradicional instituto del “*estoppel*”, ha llegado en sus desarrollos recientes a no abandonar del todo la expresión *res judicata*, sino configurando el fenómeno en términos de “*clain preclusión*” y de “*issue preclusión*”<sup>22</sup>. Recordemos que el proceso en el marco del EDC ya no es visto “solo” como instrumento para resolver una controversia, sino que importa el camino que condujo a ella y la calidad de la misma.

---

<sup>21</sup> Cfr. Taruffo, M., *Páginas sobre justicia civil*, op. cit., p. 286.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 289.

### 13. CRITERIO RESTRICTIVO O ESTRICTO DE LA ADMISIBILIDAD DE LAS PRUEBAS

No puede sorprender que en el EDL se llegaba a postular que el catálogo de medios de prueba contemplados en el derecho debía ser entendido como vinculante y completo, de modo que no estaba permitido admitir medios de pruebas “atípicos”, esta doctrina “se basa en una concepción de la prueba estrictamente legalista, según la cual solo derecho puede determinar que algo es una prueba”<sup>23</sup>. La capacidad configuradora de la realidad que se le atribuía a la ley alcanzaba a prescindir de la relevancia epistemológica y se confiaba en que ella fijaría autónomos criterios de admisión de prueba. El perfil del juez aplicador de la ley y la mera ejecución de la misma como finalidad del proceso, reforzaba la tesis restrictiva y estricta de la admisibilidad de las pruebas.

#### 13.1. *Criterio amplio de admisibilidad de las pruebas*

Dentro del derecho al debido proceso hoy aparece consolidada la idea de que las partes tienen el derecho a presentar todos los medios de pruebas que resulten relevantes y admisibles para respaldar su versión de los hechos en litigio. Ello tiene expresa consagración en la regla 402 de las *Federal Rules of Evidence* de Estados Unidos que prescribe: “Todos los elementos de prueba relevantes son admisibles, salvo que se disponga lo contrario”, de ese modo si el juez supone que la producción de la prueba ofrecida puede llegar a aportarle información útil para establecer la verdad de un hecho en litigio, debe admitir dicha prueba. Así a la hora de establecer los criterios de admisibilidad lo decisivo y prevalente es aquella idoneidad epistemológica, y no la libertad del legislador al consagrar aquellos. E incluso respecto a las reglas de exclusión y privilegios que impiden a las partes la presentación de ciertos medios de prueba, la opinión de Taruffo es:

en aras de la aplicación efectiva de los derechos procesales fundamentales, las situaciones en las que prevalezca un derecho de interés extrajudicial —afectando o incluso anulando el derecho a la prueba— deberían reducirse a unos pocos casos especialmente importantes: en general, solo la

---

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 55.

protección de otro derecho constitucional o fundamental más importante podría justificar —tras la debida consideración por parte del tribunal— que se sacrificara el derecho a la prueba<sup>24</sup>.

#### 14. LA ESCASA SIGNIFICACIÓN DE LA ÉTICA EN EL PROCESO

La teoría del derecho funcional al EDL postulaba una confianza en el derecho sin dimensiones o aperturas a otras realidades (política, economía, cultura, etc.), e incluía a una tajante separación con la moral (bilateralidad-unilateralidad, heteronomía-autonomía, coercibilidad-incoercibilidad), lo que se reforzaba con un rechazo desde la ciencia jurídica a perder de vista su propósito descriptivo y abrirse a preocupaciones teleológicas (Kelsen), y de todo ello resultaba que las explicaciones y propuestas de los juristas quedaban ceñidas a un ya señalado “insularismo” jurídico. Incluso en materia de derecho procesal ese juridicismo se potenciaba en base al carácter cerrado y detallado de los códigos procesales, que llegaba a postulaciones como la que Goldschmidt que el proceso “no tiene moralidad”<sup>25</sup>. La idoneidad que era requerida para ser juez se reducía al conocimiento de la ley (=derecho) dado que su tarea consistiría en aplicarla de una manera mecánica o silogística (*dura lex, sed lex*), de donde a mayor conocimiento jurídico mayores presunciones a favor de un excelente comportamiento profesional. Ya hemos dicho que la finalidad del proceso en el EDL era ejecutar la ley, y se concebía como un juego con un árbitro (el juez) que en definitiva consagraba el triunfo del contendiente más habilidoso para ejercer los medios procesales y sustantivos. Aunque pudiera haber reglas procesales que prohíben abusos o usos incorrectos o impropios de medios o instituciones procesales, se dejaba librado el cumplimiento de aquellas al impulso de las partes, y el juez difícilmente tomará en ese terreno iniciativas reñidas con su función y estricta imparcialidad, como lo revela la escasa jurisprudencia a ese respecto.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>25</sup> Citado por Taruffo, M., *Páginas sobre justicia civil*, *op. cit.*, p. 316.

## 15. LA DIMENSIÓN ÉTICA DEL PROCESO Y SUS PARTES

Una comprensión acabada de los fines que procuran el proceso y sus instituciones, conlleva la inquietud respectiva por un uso desviado o incorrecto de los medios que equivale al abuso “del” o en “el” proceso en el que pueden incurrir todos los involucrados en el mismo, sin excluir al juez. Es notoria la diferencia en ese punto de los sistemas del *civil law* al *common law*, pues aquí los abusos procesales son atribuidos a faltas éticas profesionales del abogado que alcanzan fuertes sanciones, y también los jueces —por ejemplo, los ingleses— cuentan y ejercen poder como para disponer la exclusión o la modificación de las demandas o de las excepciones y defensas que no resulten razonables o justificadas y que puedan perjudicar, obstaculizar o retardar el correcto desarrollo del proceso. Taruffo se ha encargado de señalar que

el tema del abuso del proceso está conociendo un período de desarrollos interesantes [...] La idea tradiciones de que no existe una moralidad del proceso, y que por lo tanto cualquier comportamiento procesal es justo por el hecho de ser formalmente legítimo, ya no se puede sostener. Los criterios de moralidad procesal, de buena fe, de lealtad, de corrección, de *due process*, se hacen cada vez más importantes y se extienden cada vez a más áreas de la administración de justicia en países en los que no tenían relevancia hasta hace poco tiempo [...] la integridad moral de los abogados es la mejor protección contra los abusos del proceso<sup>26</sup>.

La pretensión de volver a unir derecho con la racionalidad —defendida con lucidez por Alex<sup>27</sup>— trae aparejado también en el proceso el rechazo de comportamientos irracionales o injustificados, de ahí que no pueda sorprender la identificación de comportamientos abusivos en materia de petición y producción de prueba (afectación a la privacidad, impedimento a la producción o al uso de cierta prueba, poner obstáculos a la identificación de prueba útil, revelación incompleta o distorsionada de prueba, etc.). Para evitar o desalentar los abusos procesales por supuesto que se requiere que el juez cuente con los poderes necesarios, pero también que él se implique en la esfuer-

<sup>26</sup> Páginas sobre justicia civil, *op. cit.*, p. 333.

<sup>27</sup> Cfr., mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 206.

zada y no simpática tarea de combatirlos. En íntima relación con esa preocupación, aparece la cuestión de las idoneidades o perfiles del juez, y aquí se torna evidente la necesidad de no quedarse con la mera idoneidad científica, sino ampliarlas hasta comprender las idoneidades prudenciales, psicológicas, físicas, gerenciales y éticas.



## IX. El papel de un Tribunal Constitucional en democracia (homenaje a Aharon Barak)

La presente nota tiene el modesto y fundamental propósito de difundir las reflexiones personales de quien fuera durante 28 años miembro de la Corte Suprema de Israel (1978-2006), y dentro de ese lapso su Presidente a lo largo de 11 años. Nos referimos a Aharon Barak, o sea a una de las figuras más influyentes en la jurisprudencia israelí, y un prestigioso académico y teórico del derecho de prestigio internacional, que fuera Decano de la Facultad de Derecho en la Universidad de Jerusalén. Básicamente apelaremos a su obra *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in Democracy*, que publicara originariamente *Harvard Law Review* en 2002, y que en el 2008 la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, editara en castellano bajo el título: *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*. Me parece que las reflexiones de Barak pueden resultar de mucha actualidad y utilidad, no solo a los jueces, sino a los políticos, a la comunidad jurídica y a la sociedad en general. Es importante conocer y debatir sobre la mirada de alguien que se preguntó de manera permanente acerca de qué debía hacer para ser un buen juez, y que de algún modo, vio que su respuesta y su asunción era avalada por los juristas y por buena parte de la sociedad a la que le prestó sus servicios judiciales y por otras sociedades. El libro aludido se agrupa en seis capítulos cuyos respectivos contenidos paso a desarrollar.

### 1. LOS FINES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ellos, a juicio del autor, son centralmente dos: cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad, y proteger la democracia y la Constitución. Respecto del primer objetivo, el juez debe equilibrar entre la necesidad del cambio y la necesidad de estabilidad, y para ello es un “socio menor” del legislador, pero el responsable de garantizar la coherencia del sistema jurídico de manera que la nueva norma jurídica no contradiga sus “valores fundamentales”. En este punto es

importante el respeto al precedente jurisprudencial en tanto su cambio debe ser la excepción y, en definitiva, los jueces funcionan como legisladores intersticiales. En orden a salvaguardar la democracia, por supuesto que esta se entiende no solo en su dimensión formal, sino fundamentalmente como democracia sustancial fundada en el respeto a los derechos humanos, que son “derechos naturales que preceden al Estado”, pero que no son absolutos atento a que pueden ser sujetos a “límites razonables”. “El derecho humano más fundamental es el derecho a la dignidad”, e implícito al mismo está el otro derecho “más importante”: el derecho a la igualdad.

En función de la protección de la democracia y la Constitución, los jueces cuentan con la decisiva competencia de la revisión constitucional a los fines que lo único supremo sea la Constitución. El recurso más importante con el que cuenta un juez para cumplir con su papel es la falta de rendición de cuentas ante el público.

En realidad, su rendición de cuentas es por medio de su argumentación en la que funda sus sentencias y generando confianza en la ciudadanía.

El capítulo II se ocupa de las precondiciones que deben darse para que los jueces puedan cumplir sus funciones. Ellas son tres: la independencia del Poder Judicial; la objetividad judicial; y la confianza pública en los jueces. Categóricamente el ex magistrado israelí afirma en relación con la independencia judicial —individual e institucional— que “las otras ramas del gobierno deben ser incapaces de influir en las decisiones judiciales”, y una de esas salvaguardas remite a la protección de los salarios judiciales. La objetividad exige que el juez tenga humildad, auto-control y sensibilidad hacia la dignidad del cargo y los límites éticos que conlleva. También exige el esfuerzo por ser objetivo y apelar a los valores del sistema jurídico y la sociedad, aunque no coincidan con los valores personales. La confianza pública se sustenta “en los estándares éticos del juez” que se proyectan “dentro y fuera de la Corte”, e implica que comprenda que ser juez es más que un trabajo, es una “forma de vida basada en la riqueza espiritual [...] no es pasión, sino razón”. Esa confianza “se incrementa cuando al público se le dice la verdad”.

En el capítulo III Barak analiza los medios para cumplir la función judicial, identificando a siete: la interpretación, los valores fundamen-

tales, la ponderación, los actos justiciables, el interés jurídico para litigar, el derecho comparado y una buena filosofía.

- A) La interpretación jurídica auspiciada por supuesto que recurrir a la razón, y la llama “propositiva” o “teleológica”, dado que alienta conjugar los “propósitos subjetivos” del autor de la norma jurídica a interpretar, con el “propósito objetivo” que el derecho procura en una sociedad democrática. La inevitable discrecionalidad interpretativa exige que su ejercicio sea “racional, consistente y coherente”.
- B) Los valores o principios fundamentales remiten a aquellos que están implícitos en el sistema jurídico y ajustados al *ethos* de la sociedad en cuestión. Reconoce Barak tres tipos de tipos de principios: valores éticos (como justicia, moralidad y derechos humanos); propósitos sociales (como seguridad pública y la existencia del Estado); y formas adecuadas de comportamiento (como la razonabilidad, la equidad y buena fe).
- C) La ponderación busca establecer el límite adecuado a los principios en conflicto, pero distingue el autor entre ponderación horizontal (entre principios del mismo rango) y ponderación vertical, que busca establecer las condiciones bajo las cuales algunos principios prevalecen sobre otros.
- D) La opinión de Barak no avala a la clásica teoría de las cuestiones políticas o no justiciables, dado que cualquier litigio queda cubierto por el derecho (incluido el ir a la guerra o hacer la paz), sin embargo, admite cuestiones no justiciables institucionales en donde la respuesta adecuada no es la que brinda el derecho y el tribunal, sino que debe proveerse con otros criterios.
- E) El magistrado israelí promueve una visión muy amplia de interés jurídico para ser atendido en los tribunales, por ende, rechaza su asimilación al que padece un agravio, y así la invocación de violarse el Estado de Derecho puede legitimar a un ciudadano cualquiera (algunos de los ejemplos sorprenden: la decisión del Procurador General de ejercer o no la acción penal, la extradición de un sospechoso de haber cometido un crimen fuera de Israel, acuerdos de paz por un gobierno que ya no tenía la confianza del Parlamento, métodos de interrogación excepcionales a terroristas, etc.).

- F) El derecho comparado es un instrumento muy importante para cumplir el papel de juez constitucional, pues “actúa como un amigo con experiencia”.
- G) Concluyentemente, afirma Barak: “el instrumento más práctico para un juez es una buena filosofía”, incluyendo: “filosofía de vida, filosofía del derecho y filosofía de la labor jurisdiccional”, y el ex Presidente de la Corte israelí reclama que el juez asuma de manera consciente su filosofía judicial.

El capítulo IV se aboca al estudio de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y las otras ramas del gobierno, y allí lo fundamental es controlar para que ninguna autoridad esté por encima del derecho e invalidar su actuación irrazonable. El concepto clave es el de “razonabilidad”, que incluye al derecho y a la ética gubernamental, por eso, se ha descalificado la designación de un funcionario por su pasado criminal, se ha impedido la promoción de oficiales en el Ejército que habían cometido acoso sexual, se ha revisado la discrecionalidad del Procurador General, se ha restringido la capacidad de la Legislatura de delegar poder en otras autoridades, etc. Por supuesto que ese ejercicio del poder suscita tensiones y críticas, que Barak estima hasta deseables, pues lo decisivo son los puentes, el equilibrio y el control recíproco entre los poderes del Estado. Más allá de la responsabilidad judicial para que no se afecte al Estado de Derecho, se le reconoce al Poder Legislativo competencia para imponerse por ley a un fallo del Tribunal. En definitiva, el camino escogido por la Corte israelí está más acerca de las análogas europeas (Alemania o España) que la Corte norteamericana.

El penúltimo capítulo está dedicado al problema del terrorismo, y la orientación principal para los jueces en democracias modernas, es que son los “responsables de proteger a la democracia tanto del terrorismo como de los medios que el Estado quiere utilizar para luchar contra el terrorismo”. La lucha contra éste debe hacerse dentro del derecho y no fuera, de ahí que se haya cuestionado por la Corte israelí “la interrogación violenta de un supuesto terrorista”.

En el VI y último capítulo, Barak se interroga por el futuro. En éste terreno avizora un incremento de las presiones políticas en orden a “la ausencia de rendición de cuentas” por parte de los jueces y a las designaciones de los mismos. También estima que crecerán los tribu-

nales internaciones, lo que aportará una nueva dimensión de la función del juez nacional, y el derecho comparado jugará un papel más prominente. El autor reclama el aporte esclarecedor de la filosofía del derecho en el terreno de la interpretación jurídica, especialmente en cuanto a la zona del control de razonabilidad.

## 2. CONSIDERACIONES FINALES

En el Estado de Derecho Constitucional debe prestarse al papel del juez una enorme atención, ello en razón del poder que ha asumido. Algunos autores han señalado que el riesgo de aquel modelo es que degenera en un Estado de Derecho Judicial, lo cual implicaría un desequilibrio entre los poderes del Estado. En orden a enriquecer los estudios respectivos, resulta de enorme utilidad recurrir a la experiencia de los mismos jueces, principalmente de aquellos que han integrado Cortes Supremas.

Evaluando las reflexiones de Aharon Barak, y apoyándolas desde nuestra propia experiencia personal en la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe por 19 años, pensamos que a la hora del balance final nos quedan en perspectiva judicial las siguientes conclusiones:

- A. La importancia de que los jueces cuenten con una filosofía del derecho y de la función judicial.
- B. La preocupación de los mismos por argumentar sus decisiones adecuadamente y potenciar la confianza pública.
- C. La fortaleza como para asumir las presiones políticas y desde otros espacios del poder.
- D. La necesidad de alimentar una enorme capacidad de dialogo racional, que supone admitir errores y aceptar otras opiniones.
- E. La asunción de controlar a todas las autoridades para que nadie esté por sobre el derecho y la ética gubernamental.
- F. Los jueces deben estar advertidos de la gravedad de cambiar precedentes.
- G. No quedarse solo con el derecho nacional, sino ir a buscar respuestas en el derecho comparado.

- H. Cultivar una fina y prudente racionalidad en aras del equilibrio entre principios y valores fundamentales.
- I. No perder de vista el *ethos* que alimenta y caracteriza a la sociedad en la que prestan servicios.
- J. La obtención de los mejores fines nunca pueden justificar el empleo de medios que impliquen violentar al Estado de Derecho.

## X. Legitimidad argumentativa de los jueces y periodismo judicial

El Estado de Derecho Constitucionalidad ha potenciado las dudas y los cuestionamientos “contra-mayoritarios” o democráticos contra los jueces a la hora de invalidar leyes regularmente sancionadas o al definir lo que dice la Constitución. Las alertas se orientan, en buena medida, a advertir que aquel paradigma está destinado a convertir (algunos piensan que el cambio ya se ha producido) a la democracia en aristocracia, juristocracia o judistocracia, en tanto ya no es el pueblo el que gobierna y tiene la última palabra, sino son los jueces. Como réplicas a esas críticas se han intentado diversas propuestas en orden a defender la legitimidad democrática de aquellos; precisamente una de las más interesantes y actuales es la desarrollada por un representante relevante de la teoría neoconstitucionalista, me refiero a Robert Alexy.

El profesor de Kiel plantea que la representación popular no se agota por medio de la representación política o electiva que provee legitimidad a los legisladores y gobernantes, sino que en los Estados en donde por vía de una constitución jurídica se ha establecido la prevalencia de los derechos humanos, existe otra vía de aquella representación democrática o popular que consiste en la “representación argumentativa”, y ella es justamente la que invisten los jueces. Por supuesto que está implícita en la propuesta, el auspicio de una “democracia deliberativa” donde exista y se fomente un espacio público al que todos puedan acceder, y en donde se ofrezcan argumentos y contraargumentos a la hora de definir problemas que afectan intereses generales. Esa matriz dialógica y racional es la que mejor se acomoda a la vigencia de un Estado de Derecho Constitucional; por ende, frente al dilema de tener que optar por el derecho parlamentario o el derecho judicial, cabe escoger éste último, dado que a diferencia de los Parlamentos en donde es posible votar sin dar razones o brindarlas de manera insuficiente, oscura y hasta contradictoria, en los Tribunales existe un modo institucionalizado que exige a los jueces el adoptar decisiones brindando razones o argumentos tanto para respaldar sus puntos de vista como para rechazar lo que proponen sus colegas y abogados.

Suponiendo la procedencia de la representación popular o democrática de los jueces en función del modo argumentativo y dialógico conforme al cual toman decisiones, queremos llamar la atención en esta nota que de dicha propuesta alexyana surge un importante papel complementario para el periodismo judicial. Es que la legitimidad judicial en clave alexyana, remite a que está supuesto que los argumentos usados por los jueces también serían aprobados por los ciudadanos si se les brindara la posibilidad de tomar parte en un “discurso jurídico-constitucional racional”. De ese modo se torna necesario generar ese canal entre la ciudadanía y los jueces y su jurisprudencia, como para poder corroborar que los argumentos judiciales son aquellos respaldados por los ciudadanos razonables, racionales, dialógicos y constitucionales a los que los jueces suponen representar. Por supuesto que lo que estamos sosteniendo es mucho más que requerir la existencia de un periodismo que informe sobre los casos judiciales trascendentes y universalizables; estamos reclamando una cierta calidad y pluralismo en ese periodismo judicial, pero además se trata de intentar generar un espacio público de información-comunicación y debate respecto al mundo judicial y jurisprudencial. A los fines de enriquecer y potenciar la calidad y pluralidad del periodismo judicial, corresponde reclamar a los jueces capacidad argumentativa apropiada, toda la transparencia y publicidad posible en la toma de decisiones (piénsese en las sesiones televisadas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en México, al resolver los asuntos) e insistir en que los jueces hablan prevalentemente a los ciudadanos en sus sentencias y no a los abogados (como lo ha reconocido la Cumbre Judicial Iberoamericana en su Carta de Derechos ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano). También cabe que los ámbitos académicos ofrezcan a periodistas y ciudadanos lecturas, traducciones y valoraciones de los fallos judiciales que seguramente el neófito no está en condiciones de desarrollar. Si bien no es materia directa del presente, nos parece oportuno destacar que en orden a la confianza de lo decidido y argumentado judicialmente, importa el nivel de legitimidad de origen y ejercicio que el argumentador inviste.

Es evidente que la ética resulta transversal a la propuesta, más aún, la misma idea del diálogo racional —como lo afirman sus auspiciadores— requiere de dialogantes que sean sinceros y jueguen con cierta honestidad y limpieza, pues se supone que ellos se implican en diálo-

gos porque quieren encontrar las mejores y más correctas respuestas o soluciones a los problemas que ponen en la agenda del debate racional. La mayor o menor presencia de la ética impactará directamente en la mayor o menor racionalidad y confiabilidad de los diálogos. Por supuesto, no solo ética de los jueces y periodistas, sino también ética ciudadana a la hora de implicarse en los diálogos racionales jurídico-constitucionales.

En última instancia, la propuesta puede reducirse a proyectar la democracia deliberativa al terreno judicial y jurisprudencial, no para que el pueblo reemplace a los jueces, sino para que estos logren legitimidad a través de una racionalidad capaz de ser compartida por la razón de los ciudadanos. De ese modo se neutralizan los riesgos de un elitismo judicial y también los de un populismo jurídico, pero para llevar a cabo la idea se necesita de la participación del periodismo judicial suficientemente capacitado, informado, pluralista y confiable que provea conocimiento a los ciudadanos de la jurisprudencia relevante y promueva un espacio para debatir racionalmente en torno a ella.

Como lo decimos arriba, solo queremos conectar Alexy con el periodismo judicial, pero tenemos dudas y prevenciones acerca de la “representación argumentativa” (al menos en algunas de sus interpretaciones) por su reductivismo y los riesgos que una racionalidad práctica meramente formal, procedimental, ideal o contrafáctica termine convalidando tesis impugnables desde una ética racional con definiciones sustanciales indisponibles u objetivas. Es que también los diálogos ciudadanos y judiciales cuentan con un “coto vedado” o cuestiones “no decidibles” porque ya están decididas, como por ejemplo la dignidad humana y sus derechos inalienables, en definitiva no olvidar —por ejemplo— el límite sustancial alexyano de la “injusticia extrema”. Por supuesto que suscribimos la tesis de requerir a los jueces decisiones justificadas con razones o argumentos, y atento a la dimensión prudencial de esa razón práctica judicial es importante la consideración contextual o “circunstanciada” de la respuesta, pero nos preocupa no establecer o debilitar los límites dentro de los cuales caben decisiones moral y jurídicamente válidas o correctas. De todas maneras, insistamos que en estos tiempos de crisis de legitimidad de la autoridad es importante que la jurisprudencia, que define finalmente cuales son los derechos y deberes de todos los ciudadanos, sea objeto de un escrutinio racional y dialógico ciudadano en orden a avalarla o

criticarla, y a tales efectos resulta imprescindible contar con un periodismo judicial en condiciones de cumplir con esos relevantes papel y responsabilidad.

Suponiendo la procedencia de la representación popular o democrática de los jueces en función del modo argumentativo y dialógico conforme al cual toman decisiones, queremos llamar la atención sobre ciertas exigencias que deberían cubrirse a los fines de posibilitar del mejor modo aquella legitimidad a los jueces. En primer lugar, pensamos que hay que procurar la mayor legitimidad de origen posible, dado que a los fines de generar confianza ciudadana en la referida representación no es indiferente los modos en que se eligen a los jueces, de manera que a mayor legitimidad de origen más confianza presuntiva en que lo decidido es valioso o correcto. En segundo lugar, importa la transparencia y participación en los procesos judiciales; al respecto acudamos nuevamente a la experiencia mexicana donde las sesiones de la Corte donde se adoptan definiciones son transmitidas en directo por TV, y también a la posibilidad de abrir el proceso a la mayor cantidad de interesados, incluyendo del recurso al *amicus curiae*. En tercer lugar, la calidad y suficiencia argumentativa de los jueces también importa, pues ella será decisiva a la hora de que la ciudadanía comprenda y apruebe o critique la misma. En cuarto lugar, es importante generar un periodismo judicial suficientemente competente, plural, igualitario y honesto que informe y suscite el debate sobre las sentencias judiciales y los argumentos que la sustentan. En quinto lugar, si bien hay que recurrir a la ciudadanía, es un factor que aporte al debate lo que pueden generar los académicos al respecto, de ahí que resulte necesario una academia atenta a la jurisprudencia y a su evaluación crítica. En sexto lugar, el éxito de generar un espacio público judicial guarda directa relación con el nivel de conciencia ciudadana, por lo que a los fines de la legitimidad argumentativa judicial es imprescindible potenciarla.

# XI. Ética judicial e interpretación jurídica

## 1. DEL JURIDICISMO Y LA APLICACIÓN MECÁNICA DE LA NORMA LEGAL A LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA CREACIÓN INTERPRETATIVA

La vinculación entre la ética y la actividad judicial no es una tesis defendida pacíficamente. Entre sus detractores están fundamentalmente aquellos que postulan que al juez, para cumplir con la función que se le ha encomendado, le basta con conocer el Derecho y decirlo silogísticamente para cada caso. Desde esa perspectiva es perfectamente posible y no ofrece ninguna dificultad, que alguien sea una “mala persona” desde el punto de vista de una moral crítica o social, y al mismo tiempo sea un “buen juez”. Por supuesto que el modelo de teoría jurídica decimonónica europea (forjado y auspiciado por la exégesis francesa, Savigny y el primer Jhering) confía —en sintonía con Montesquieu— en un “juez inanimado” que sea boca de la ley para cada caso y, por consiguiente, su tarea era totalmente objetiva y aséptica en tanto se limitaba a identificar la norma legal en la que podía subsumir en su hipótesis fáctica el caso que debía resolver y deducir la respectiva consecuencia jurídica prevista en aquella. En ese paradigma, como es sabido, las soluciones jurídicas las brindaba en exclusividad el legislador y a tenor de la presunción de un “legislador plena y perfectamente racional” la tarea judicial carecía de toda dimensión creadora y se reducía a transitar formalmente el camino del silogismo. Recordemos que el objeto de la interpretación jurídica era “reconstruir el pensamiento del legislador ínsito en la ley” (Savigny) o, más vulgarmente, “desentrañar el sentido de la ley según lo pretendido por el legislador”; y a tales fines debía valerse de los métodos interpretativos (gramatical, lógico, sistemático e histórico) que aseguraban un cumplimiento fiel del juzgador a su mandato. El momento creador del derecho se subsumía en la “voluntad del legislador” y luego el modelo de saber jurídico se ceñía a los postulados propios de la ciencia físico-matemática que se limitaba a describir y sistematizar sin ningún compromiso con valores. También recordemos que el modelo político europeo decimonónico reforzaba ese cumplimiento con la amenaza penal al juez que se apartaba del sentido de la ley, dado

que tal comportamiento se tipificaba con el delito de prevaricato. En definitiva, al “voluntarismo” del legislador europeo fuera de cualquier control de racionalidad y capaz de juridizar cualquier contenido en tanto previsto dentro de la ley, le seguía la tarea del doctrinario y del juez que se circunscribía a un saber “teórico” en tanto pretendía una descripción absolutamente objetiva y sin preferencias axiológicas de aquel contenido legal<sup>1</sup>.

Por supuesto que la perspectiva “juridicista” implícita en el referido paradigma decimonónico fue puesta en crisis a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y, particularmente, al hilo del movimiento rehabilitador de la razón práctica. En efecto, aquella pretensión de que era posible entender y operar el “Derecho solo con Derecho”, o sea, sin apertura a las dimensiones éticas, económicas, políticas, culturales, etc., terminaba diseñando un derecho que más que reflejo de la realidad se convertía en una especie de caricatura de la misma. Es que el derecho es inescindiblemente ético o moral<sup>2</sup>, de manera que cualquier comprensión del mismo que margine esa dimensión estará condenada a hablar de un derecho sin correspondencia con la realidad jurídica o de un derecho que puede volverse groseramente contra el mismo hombre. Esa carga ineludible ética o moral del derecho ha recibido distintos nombres: así el tradicional de “Derecho natural” (“*dikaion phystikon*” o “*ius naturae*”) o los más actuales de “principios” (“exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral” en Dworkin), “derechos humanos” o “moral rights” (Nino), “bienes o valores humanos básicos” (Finnis), “umbral de injusticia o injusticia extrema” (Alexy) o “equidad” (Rawls). Pero ese “coto indisponible o vedado” (Garzón Valdés) no queda como un mero postulado teórico sino que se proyecta al campo operativo propio de los juristas de muy

---

<sup>1</sup> Cfr., mi libro *Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

<sup>2</sup> Contundentemente escribe Robert Alexy: “el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista” (*El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 13), y también concluye Francisco Laporta: “el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de la filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está” (*Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, p. 7).

diversas formas: así, por ejemplo, a la hora de analizar la validez y consiguiente obligatoriedad de las normas jurídicas en tanto aquella dimensión ética exigía no solo comprobar la satisfacción del cumplimiento de los requisitos previstos en el sistema jurídico positivo sino también confirmar su conformidad a ciertas exigencias “éticas o morales”. La fórmula de “la injusticia extrema no es derecho”, propuesta por Radbruch y difundida por Alexy<sup>3</sup>, resume en buena medida aquel rechazo al juridicismo y una asunción de la dimensión ética que hoy distintas corrientes pregonan respecto al Derecho. Por supuesto que el Estado Constitucional de Derecho que sucedió al Estado Legal de Derecho también ha contribuido decididamente a superar aquel modelo de ciencia jurídica de saber teórico cuyo paradigma eran las ciencias físico-matemáticas, y a afrontar el desafío de un saber jurídico práctico que inevitablemente apele a valores y que debe resignarse a certezas excepcionales ligadas a la prudencia y a la contingencia de los casos<sup>4</sup>.

Esa moralización, eticidad, principialismo, constitucionalización o humanización del derecho no solo ha puesto en crisis al juridicismo del modelo decimonónico, sino también a su misma teoría jurídica interpretativa, que postulaba jueces inanimados sometidos a la única solución prevista en la ley que debían aplicar dogmática y silogísticamente a cada caso. Roto el espejismo juridicista se advierte que el derecho es indisolublemente ético y que la alternativa de su “purificación” supone desfigurarlo hasta hacerlo irreconocible o asumir el riesgo de su deshumanización. Ese juego de valores, principios, derechos fundamentales o naturales implica cierta indeterminación acentuada, porque en definitiva pone al desnudo la posibilidad de una pluralidad de respuestas jurídicas frente al mismo caso según que el intérprete ponga el acento en uno u otro de los elementos axiológicos presentes en el Derecho. Es que la aplicación de estos últimos conlleva que el intérprete deba construir o reconstruir un juicio normativo que será la premisa mayor de su silogismo práctico en orden a la solución del caso, dado que solo a través de esa mediación normativa se puede re-

---

<sup>3</sup> Cfr., mi libro *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires y La Ley, Buenos Aires, 2004.

<sup>4</sup> Cfr. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1997; y Carbonell, M., *Neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2003.

solver o concluir una norma para ese particular caso en base a aquel principio o valor o Derecho natural. Así, por ejemplo, el principio de buena fe tiene muy variadas proyecciones posibles en las más diversas materias (laboral, procesal, contractual, relaciones internacionales, etc.), pero si el intérprete pretende resolver un caso concreto invocando dicho principio deberá construir una norma en donde pueda subsumirse dicho caso. Según las clásicas reglas del silogismo se requiere de tres términos: mayor, menor y medio, y así mientras en la premisa mayor se incluyen el mayor y el medio, en la premisa menor aparecerán el término menor y se repite el medio que es el que garantiza la conexión entre las premisas y la respectiva conclusión. Precisamente los principios, valores o derechos carecen de esa estructura propia de los juicios, por eso el intérprete debe explicitar o construir uno en base a algunos de aquellos y así habilitar la posibilidad de transitar un silogismo práctico (no teórico) en donde pueda subsumirse en la hipótesis fáctica de la premisa mayor el caso que debe resolver aplicándole las consecuencias respectivas. En definitiva, la presencia de esos elementos éticos pone en juego una teoría interpretativa que partiendo de la indeterminación del principio o valor apela a la formulación de una norma por parte del intérprete en donde resulte subsumible el caso, todo lo cual torna absolutamente inviable el objeto de la decimonónica teoría interpretativa (“desentrañar el sentido de la norma”) y los cuatro métodos interpretativos postulados por Savigny.

La referida indeterminación y moralización que conllevan valores, principios o eticidad y la consiguiente creación jurídica por parte del intérprete exige la superación del juridicismo y la ficción de que para cada caso había una solución proporcionada por el legislador. Más aún, esa crisis del juridicismo se acentúa cuando se advierte con la escuela hermenéutica que el enunciado normativo general sin el caso que regula está incompleto, por eso solo con éste puedo comprender el significado de aquel. El intérprete crea en base a los principios, valores o derechos fundamentales el enunciado normativo o la norma general o universal en donde se subsumirá el caso, precisamente ese precedente será objeto de vivo interés por parte de los operadores del Derecho a los fines de prever la solución que tendrán sus casos análogos, y por eso la necesidad de su publicidad o difusión de la jurisprudencia haciéndola conocer a los juristas fundamentalmente a través de las revistas especializadas. Pero ese protagonismo creativo

del intérprete se ve agravado si pensamos que habitualmente frente a un caso aparece la posibilidad de recurrir a más de un principio, valor o derecho humano, lo que supone enfrentar el problema del “conflictivismo de principios o derechos fundamentales”<sup>5</sup>. En torno a este problema interpretativo aparecen distintas propuestas<sup>6</sup>: básicamente aquella que plantea una jerarquización apriorística de los principios que guíe la opción del intérprete (Dworkin), la propuesta consolidada en la jurisprudencia norteamericana de “*check and balances*” que obliga al intérprete a ponderar los principios y las respectivas soluciones en tensión, y la propuesta de raigambre constitucional alemana que confía en la superación del conflicto a través de una apropiada definición del “contenido esencial” de cada uno de los derechos o de los valores o principios en juego que evita el “darwinismo” de principios<sup>7</sup>.

Más allá de propuestas teóricas, lo que queda consentido es la presencia normalmente de varias respuestas jurídicas que el intérprete puede encontrar en el Derecho vigente. En efecto, frente a la confianza decimonónica de “una” y “sólo una” respuesta jurídica para cada caso, se acepta la alternativa de más de una respuesta para el mismo caso como lo refleja la jurisprudencia contradictoria y los votos mayoritarios y minoritarios de los fallos. Seguramente resultaría disparatado, amén de improcedente, acusar del delito de prevaricato a alguno de los jueces responsables de esas diferentes respuestas jurisprudenciales, no obstante que en estricta lógica decimonónica habría que suponer que alguna de ellas se apartó del “sentido de la ley” porque de lo contrario entraría en crisis la “presunción del legislador racional”. Ejemplificando lo que llevamos dicho con el art. 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano que aprobaran las 22 Cortes Supremas de Iberoamérica en Canarias en 2001, puede constatarse que ahí se indica a los jueces fallar teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos “y procurando” atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables; pero

---

<sup>5</sup> Cfr. Clanciaro, J., *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, EUNSA, Pamplona, 2000, y Serna, P. y Toller, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires, 2000.

<sup>6</sup> Cfr., mi libro, *Los principios jurídicos*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

<sup>7</sup> Cfr., las obras citadas en la nota 5.

puede ocurrir que no resulten coincidentes las soluciones judiciales según se basen en una u otra de esas consecuencias, por lo que solo cabe el recurso a la discrecionalidad judicial que deberá optar por alguna de aquellas posibles derivadas todas ellas del Derecho vigente.

## 2. LA ÉTICA FRENTE A LA INELUDIBLE DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

El punto anterior ha permitido derivar en la hoy visible y creciente creación jurisprudencial, lo cual termina potenciando la importancia y trascendencia de la actividad judicial. Esa judicialización de la vida social genera inexorablemente un Poder Judicial muy activo y presente que incluso tiene encomendada la poderosa misión de hablar en última instancia en nombre del poder constituyente. Por ese camino se tensa la división de poderes, pero sobre todo se pone en riesgo la previsibilidad jurídica a la que aspiran legítimamente todos los destinatarios del Derecho vigente. No se trata de auspiciar una seguridad jurídica ficticia e imposible a tenor de la referida moralización o principialismo jurídico y la importancia que tienen los contingentes hechos. Pero tampoco se trata de renunciar a la previsibilidad posible y confiar dogmáticamente en la solución que solo conoce el juez que decidirá el caso. Precisamente frente a esa inevitable discrecionalidad uno de los remedios lo constituye la ética judicial. De esa derivación final en la ética del juzgador también se hace cargo Perfecto Andrés Ibáñez cuando afirma:

la legitimación del juez es legal, pero la forma necesariamente imperfecta en que se produce su sujeción a la ley, tiñe de cierta inevitable ilegitimidad las decisiones judiciales (Ferrajoli), en la medida en que el emisor pone en ellas siempre algo que excede del marco normativo y que es de su propio bagaje; creo que una última exigencia ética dirigida al juez de este modelo constitucional es que debe ser muy consciente de ese dato, para ponerse en condiciones de extremar el (auto) control de ese plus de potestad de decidir<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés, “Ética de la función de juzgar”, en Fernández Fernández, J. L. y Hortal Alonso, A., *Ética de las profesiones jurídicas*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2001, pp. 79-80.

Por supuesto que la ética judicial no es la única alternativa a la discrecionalidad (por ejemplo resultan importantes también las teorías que apelan a la argumentación jurídica), pero es a ella a la que queremos referirnos ahora.

Aunque resulte extraño o paradójico recordemos que la ética judicial como sucedáneo de la discrecionalidad judicial es una tesis que defendió Hart al afirmar:

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 a 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<sup>9</sup>.

También va a hablar de virtudes judiciales Manuel Atienza “como ciertos rasgos de carácter que deberían poseer —y quizá posean— los jueces” que posibilitan cierta anticipación o previsibilidad de las soluciones jurídicas para los casos concretos<sup>10</sup>. El catedrático de Alicante, apoyándose en MacIntyre, vincula el “buen juez” con esas virtudes judiciales en cuanto cualidades adquiridas cuya posesión y ejercicio posibilitan modelos de excelencia y la obtención de ciertos bienes internos para toda la comunidad que participa en la práctica del derecho. El núcleo de la tesis acerca de las virtudes judiciales es que hay ciertos rasgos adquiridos en el carácter o la personalidad de algunas personas que los hacen más idóneos para cumplir la función judicial; aunque aclara Atienza que “las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales [...] las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial”<sup>11</sup>. Esas personas que tienen un modo

---

<sup>9</sup> Hart, H., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 253.

<sup>10</sup> Cfr. Atienza, M., “Virtudes Judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de derecho”, en *Jueces y Derecho*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 17 y ss.

<sup>11</sup> Atienza, M., “Ética judicial”, en *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001, p. 153.

habitual de decidir, comportarse, de hablar, de pensar, de escuchar, de razonar, de conducir a otros, de enfrentar dificultades, etc., lo que constituye una especie de personalidad ética que permite suponer que van a cumplir la función del modo más perfecto posible o también permite suponer que los destinatarios de sus decisiones la aceptarán más fácilmente en razón de esas cualidades y calidades personales. Esas presunciones *juris tantum* tienen que ver con los requerimientos de la actividad judicial misma y con la visión de aquellos a los que se dirige dicha actividad judicial. Así por ejemplo si el juez debe “decir el Derecho” ello exige que lo conozca, por eso el hecho que ese juez efectivamente esté en posesión del conocimiento jurídico permite suponer que cuando hable dirá el derecho y los destinatarios confiarán que lo que le asignan jurídicamente es lo que corresponde según el derecho; si por el contrario es visible su ignorancia jurídica será prácticamente imposible que pueda decir el derecho y sus pronunciamientos padecerán de un rechazo o presunción en contrario de su validez. Dicho lo mismo aunque de manera más completa y categórica: la ética judicial y sus exigencias tienen que ver con ciertos bienes o intereses en juego en la tarea judicial, de manera que según la calidad con la que esta es prestada o ejercida aquellos bienes, intereses o perfecciones serán satisfechos o perjudicados en mayor o menor medida. Esos bienes y sus respectivos titulares reclaman ciertos comportamientos o hábitos para posibilitar o facilitar su cobertura o para aventar sospechas o para aceptarla discrecionalidad judicial. Los deberes negativos o positivos incluidos en la ética judicial son parasitarios de esos bienes, a punto que si uno no ve la relación entre aquellos y los bienes en juego en la tarea judicial puede concluirse que esos deberes no están justificados racionalmente. El criterio de justificación racional de los deberes o exigencias éticas lo marcan los bienes comprometidos en la actividad del juez, por eso resulta inapropiada la denominación “deontología judicial” en tanto ella apela etimológicamente a un catálogo de deberes (*deon* = deber), mientras que la ética remite a esos bienes que hay que procurar alcanzar<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> “La ética profesional se centra ante todo en el tema del bien. Sin la perspectiva ética, la deontología se queda sin horizonte de referencia”. (Fernández Fernández, L. y Hortal Alonso, A., *op. cit.*, p. 57).

Resumiendo, podemos decir que la ética judicial requiere de ciertos comportamientos, de una cierta personalidad o idoneidad ética; pues hablamos de comportamientos o hábitos que presumiblemente facilitan o se necesitan para la obtención de los bienes comprometidos en esa actividad o que favorecen la aceptación de las decisiones judiciales fruto de cierta discrecionalidad por parte de sus destinatarios. Para decirlo en negativo: la ausencia de esa personalidad o idoneidad ética, o sea, esos comportamientos o hábitos opuestos a aquellos comprometen *ab initio* esa posibilidad, presunción o aceptación de los destinatarios.

### 3. LOS BIENES QUE FUNDAN LAS EXIGENCIAS ÉTICAS JUDICIALES

Recordemos que en la época contemporánea el juez cumple un servicio remunerado que le ha encomendado la sociedad, la que además le ha otorgado un cierto poder o imperio y le ha puesto a su disposición el auxilio de ciertos colaboradores, pero todo ello para derivar racionalmente desde todo el derecho la solución justa que corresponde determinar para los casos que han sido asignados a su jurisdicción. Recalquemos algo ya dicho: derivación de la razón práctica que incluye cierta indeterminación o discrecionalidad judicial. Según esa tarea se cumpla bien o mal, mejor o peor, va a ver ciertos bienes satisfechos, insatisfechos o perjudicados. La noción de bien se asocia analógicamente a perfección, excelencia, completitud o acabamiento y, en consecuencia, podemos identificar diversos bienes o intereses o perfecciones implicados en la tarea judicial, a saber: el bien de los justiciables, el bien de la sociedad, de los abogados, el bien de los colegas, el bien de los auxiliares, el propio bien del juez implicado y el bien del Derecho. En definitiva, las consecuencias de un buen, mal o mediocre juez impactan directamente sobre algunos o todos esos bienes y, consecuentemente, resultarán beneficios o perjuicios. Esos resultados de la actividad judicial que se traducen en perfecciones o frustraciones generarán, consiguientemente, una mejor o peor situación, lo que conllevará felicidades o realizaciones, o frustraciones o infelicidades en relación directa a los mismos resultados. Por detrás de una exigencia ética hay siempre alguien que espera o algo que re-

sulta para “bien” o para “mal”, lo cual será fuente de felicidad, gozo o infelicidad o lamento<sup>13</sup>. Este resultado muchas veces es racional u objetivo pero, en otras, la certeza probable o excepcional que provoca se ve corroborada o puesta en duda, la que en buena medida se despeja o se agrava con base en la confianza o desconfianza que suscita el agente responsable de la decisión. Advirtamos que esa confianza o desconfianza de los destinatarios judiciales, si bien puede ser irrazonable o patológica, también puede ser razonable o justificada. Será razonable o justificada cuando se apoya en exigencias reclamadas al juez que tienen que ver con las características de esa función, y con la mejor o peor disposición para cumplirla del modo más completo posible aventando las dudas respectivas.

Ejemplificando lo dicho en el párrafo anterior con la exigencia ética del “conocimiento del derecho” podemos visualizarlos bienes comprometidos en la misma según el listado de bienes o destinatarios señalado arriba. Indiquemos en primer lugar el bien de las partes que pueden confiar o presumir que lo dicho por el juez es efectivamente el derecho dado que les consta su conocimiento aquilatado, e incluso esa autoridad académica que inviste el juez les hace aventar desconfianza o les facilita la aceptación de lo dicho como derecho. Pero además del bien de las partes, también el de los abogados está presente dado que argumentar jurídicamente frente a un juez ignorante o no actualizado sobre el derecho aplicable es casi una pérdida de tiempo o un esfuerzo inútil. El bien de la sociedad, en tanto sus miembros o las autoridades pueden esperar confiadamente si algún día les toca ir a los tribunales dado que los jueces conocen el derecho, y también porque se evitan gastos innecesarios o se genera la confianza indispensable como para que la economía funcione apropiadamente. El bien de los colegas, dado que el juez ignorante proyecta su descalificación o falta de confianza sobre los otros colegas atento a que los ámbitos profesionales generan un cierto bien corporativo o sectorial que se construye, protege o potencia entre sus integrantes y lo que hace uno repercute de alguna manera en los otros. El propio bien del juez, atento que al exigírsele conocimiento jurídico se está favoreciendo su autoestima,

---

<sup>13</sup> Resultan muy interesantes las explicaciones de Antonio Millán-Puelles en torno a lo que llama las tres condiciones una ética realista: el amor de sí mismo, la búsqueda de la felicidad y el placer (*Ética y realismo*, Rialp, Madrid, 1996, p. 32).

prestigio o reconocimiento que deriva de esa capacitación, amén de evitarle eventuales perjuicios, frustraciones o inquietudes por interrogantes sin respuestas. El bien de los auxiliares en tanto ellos también se benefician o perjudican según presten servicios a jueces ignorantes o capacitados en el derecho. Finalmente, el bien del derecho, dado que analógicamente también él resulta mejorado o empeorado según lo opere un juez capacitado o ignorante del derecho.

Esas exigencias éticas que apuntan a la persona del juez se determinan en orden a lograr el mejor o más excelente juez para esa sociedad de ese tiempo y lugar. Es esta la perspectiva formal de la ética judicial: el mejor juez históricamente determinado. En aquellas exigencias habrá algunas universales (por ejemplo: independencia) en tanto son constitutivas de la esencia misma de ser juez, aunque no se excluye el contenido histórico que ellas legítimamente asumen sin violentar los respectivos núcleos constitutivos o definicionales. Pero además de exigencias universales hay otras totalmente contingentes que se explican en función de tiempo y lugar, por ejemplo, establecer el requerimiento de una cierta “austeridad republicana” para los jueces argentinos de la actualidad replicando lo previsto en la ley de ética de la función pública. Remitirnos al “mejor juez” implica pensar en que lo que ellos hacen resulte ser lo más perfecto posible, por eso las exigencias éticas pretenden generar las condiciones para que se logre aquel completo resultado y se evite suscitar temores sobre la calidad del trabajo judicial. Logrando por el camino de la ética judicial el “mejor” juez posible, los bienes o intereses implicados quedarán cubiertos o satisfechos.

La ética judicial al pretender el mejor juez no solo rechaza el “mal juez” sino también el “juez mediocre”, o sea, no solo aquel que hace lo contrario de lo exigido sino aquel que lo cumple en menor medida de lo que él podría o se pretende. Siguiendo con el ejemplo del conocimiento del derecho, es obvio que el mismo se puede satisfacer de manera muy diferente, y así no solo encontraremos el que ignora el derecho sino también aquel que no se esfuerza en conocerlo y se limita a consultar solo a alguna fuente doctrinaria porque está a su fácil alcance. La ética reclama vocación de excelencia o magnanimidad, y por sobre la decisión personal del juez, ella está implícita o requerida en el mandato otorgado por la sociedad para cumplir con su importante tarea que la lleve a cabo del mejor modo. Seguramente la

sociedad no le brindaría ese poder a quien confiese inicialmente que lo cumplirá mal o mediocrementemente; por eso, no seguir la ética es un modo de defraudar aquella condición implícita que conlleva el privilegio de la función.

#### 4. UNA NORMA DE LAS EXIGENCIAS ÉTICAS JUDICIALES

Conforme a lo señalado, el objeto material de la ética judicial será el juez, y la definición de quién y cómo efectivamente se alcanza la función judicial es un tema que nos remite al derecho y a la cultura de cada sociedad (así por ejemplo: qué edad se exige, qué conocimientos, quién designa, etc.). El objeto formal de la ética judicial es qué le exigimos a ese juez para que llegue ser el “mejor”; se trata de exigencias que constituyen pre-requisitos o condiciones para esa excelencia y también exigencias que se vinculan a un modo apropiado de cumplir la actividad; el hecho de que el juez cuente o satisfaga esas exigencias genera presunciones de excelencia a favor de la actividad cumplida por el mismo, amén de ponerlo en posesión de aquella capacidad para cumplirla excelentemente, y así logra cierta “autoridad” que facilita la aceptación de sus decisiones. El justificativo principal de esas exigencias son los bienes o intereses implicados, aunque su racionalidad también descansa en cierta antropología o psicología apoyada en la experiencia humana consolidada. Son precisamente esos bienes los que se constituyen en los fines mismos de la actividad judicial, de donde su insatisfacción genera lo que en la terminología de Macyntire se llama “corrupción”, dado que se estaría prestando la función no buscando los fines que justificaron su creación legítima sino poniéndola al servicio de fines externos a la misma como el placer, el dinero o la fama<sup>14</sup>. De todas maneras, en la ética judicial, como en cualquier ética profesional, será inevitable el discurrir por exigencias muy generales cuya aplicación concreta puede generar mil particularidades, por eso, a los fines de cubrir esa distancia entre lo general y lo concreto y cubrir las inquietantes indeterminaciones de las exigencias en sus

---

<sup>14</sup> Cfr. Cortina, A., “La regeneración moral de la sociedad y de la vida política”, en *Corrupción y ética*, Cuadernos de Teología Deusto, Bilbao, 1996.

destinatarios, existe la posibilidad de establecer Comités u Órganos de consultas para las dudas éticas. Precisamente, los interesados, que nunca serán buenos jueces en propia causa ética, tienen la posibilidad de recurrir a ellos para plantear anónimamente sus incertidumbres en torno al comportamiento que corresponde adoptar éticamente, y así despejar dudas y cubrirse por eventuales futuros problemas.

#### ***4.1. Independencia***

Toda ética profesional requiere que el profesional preste su servicio según su ciencia y conciencia; en consecuencia, resulta incompatible la misma con un profesional que aparezca sometido a las directivas del cliente mientras presta su trabajo. No se trata del deber de informar lo que se va a hacer, sino que aceptado el servicio y sus características, estará en manos del profesional la prestación del mismo. En el caso del juez lo que se pretende es que él y solo él sea quien derive desde el derecho la solución justa para el caso, o sea, se reclama la autodeterminación judicial en cuanto no hay un tercero que le indique qué debe decir en el proceso o en su sentencia. Dado que estamos hablando de ética judicial, concentraremos nuestra atención en la independencia subjetiva o personal y, en consecuencia, no aludiremos a esa otra dimensión de la independencia que es la estructural, institucional u objetiva, o sea, a las definiciones en torno a las relaciones entre el poder judicial y los otros poderes; al modo en que se designa, sanciona o destituye al juez; al presupuesto judicial; al nivel remuneratorio; etc. En la conciencia social de nuestros días quizás el mayor riesgo para que la reclamada independencia se vincule al poder político, en tanto se puede suponer que el mismo ejerce una influencia decisiva sobre el juez atento a que lo ha constituido como tal, le permite mantenerse en la función o lo puede remover. Sin embargo, en ese terreno de la independencia subjetiva o personal hoy existe una difundida opinión entre los jueces de que uno de los mayores desafíos a su independencia es el poder de los medios de comunicación social capaces de generar en la población la convicción acerca de ciertas respuestas jurídicas, lo que luego torna tremendamente complicada la decisión judicial en tanto sea contraria a aquel prejuzgamiento periodístico.

En la presente exigencia ética como todas las restantes no solo se pretende que un juez efectivamente la cumpla sino que también gene-

re la impresión que ello es así; pues la ética judicial en función de los bienes o intereses comprometidos exige tanto el ser como el parecer. Entonces el juez, para decidir lo que éticamente le corresponde hacer, no solo debe atender a su conciencia sino también a las posibles lecturas que los otros harán de su comportamiento. Además también vale para esta y las restantes exigencias que cuando la ética judicial impone un deber está implícito el derecho de exigir la posibilidad de cumplir con el mismo, y es desde esta lógica bifronte que el Estatuto del Juez Iberoamericano contempla el derecho de un juez amenazado a pedir al Estado protección policial.

Considerando algunos problemas éticos específicos, mencionemos el de la relación de los jueces con los partidos políticos. En particular aparece la cuestión de la afiliación a los mismos, y la indicación ética al respecto es que el juez no solo suprima toda relación con los partidos, sino que suspenda su afiliación o, mejor aún, se desafilie como un gesto simbólico de compromiso público con la independencia. Esa des-vinculación es hacia las instituciones partidarias, pero también hacia las personas o dirigentes políticos que las representan.

#### ***4.2. Imparcialidad***

El juez por definición es un tercero equidistante respecto a las partes que traen su problema jurídico para que lo resuelva. Esta exigencia guarda relación con la anterior aunque apunta a una de las características de la función judicial en la que hay partes enfrentadas en su reclamo. La humanidad dio un gran salto civilizador o racional cuando abandonó la resolución de los problemas jurídicos a través de la fuerza, la astucia o el azar y los puso a tales fines en manos de un tercero imparcial. Es contraintuitivo suponer que alguien pueda consentir que su caso sea resuelto por un amigo de la contraparte, más bien lo evidente es que pretenda la intervención de un imparcial tanto en la realidad como en las apariencias. La respuesta jurídica a la reclamada imparcialidad transita por el camino de las excusaciones y recusaciones, aunque hay causales más vinculadas a la interioridad del juez (por ejemplo, la violencia moral) que resultan difíciles de ser controladas y que en consecuencia requieren de un manejo ético no abusivo por parte de quien la invoca.

Entre los problemas éticos que conlleva la imparcialidad está el modo éticamente tolerado o aconsejado de reunirse el juez con las partes y/o sus abogados. Al respecto son posibles distintas propuestas, por ejemplo las siguientes:

- A. Que se rechace la posibilidad de esas reuniones atento a que si alguna parte o abogado tiene algo para decir al juez lo debe hacer por medio de un escrito o a través de la secretaría.
- B. La reunión solo puede efectuarse en la medida que comparezcan ambas partes o abogados (solución adoptada por la Corte Suprema nacional).
- C. La parte interesada en la reunión efectúa el pedido por escrito, el que es resuelto por el juez, previa vista a la contraparte.
- D. El juez puede recibir a una de las partes pero luego debe notificar de tal entrevista a la contraparte ofreciéndole un trato equivalente.
- E. El juez recibe a quien lo solicita pero en su despacho y en presencia de un colega o el secretario. Nos parece éticamente desaconsejable que el juez reciba a la parte sin el abogado apoderado.

Otro problema es el de los regalos. En principio cabe una respuesta negativa en torno a la posibilidad de los mismos al juez por parte de los litigantes. Sin embargo, puede haber situaciones complicadas; como por ejemplo cierta costumbre de regalar comestibles o bebidas con motivo de las fiestas de fin de año; o también el regalo del libro escrito por el abogado que litiga en ese juzgado; o asimismo el regalo para el día del cumpleaños del juez; etc. De todas maneras, el establecimiento de una norma ética precisa al respecto brinda la posibilidad de saber qué conducta adoptar y con ese respaldo evitar las molestias de abogados o eventuales incomprensiones por cambiar criterios que se venían aplicando.

Aquí, y también en la exigencia anterior, entra la cuestión del comportamiento judicial respecto a los medios de comunicación social. Más allá de la necesidad de informar y del derecho de los medios a recabar esa información, el juez debe ponderar otros intereses y, además, no puede incurrir ni dar la impresión de que hay un tratamiento desigual a las partes o existe una intencionalidad respecto a la causa judicial en trámite. Los códigos de ética judicial se han detenido en es-

te punto dando algunas pautas específicas al respecto, así por ejemplo el de la provincia de Santa Fe en sus arts. 5.2 y 6.13, el de Costa Rica en los arts. 3 y 8 o el de Italia en el art. 6.

### **4.3. Conocimiento**

Cualquier profesión supone un cierto conocimiento vinculado al servicio que se presta, y esa indicación ética también abarca al juez. En este caso advertimos que no es solo el conocimiento de la rama jurídica implicada en la competencia jurisdiccional respectiva, sino también el conocimiento del sustantivo “Derecho” a secas y de aquel Derecho requerido para cualquier juez, por ejemplo el constitucional, el humanitario, el de los derechos humanos, el internacional, la teoría interpretativa, etc. Pero también el conocimiento judicial requerible es acerca de ciertos saberes no estrictamente jurídicos referidos a los hechos que necesitan ser conocidos para decir el Derecho al respecto.

Más allá de la materia del conocimiento, una de las discusiones éticas es acerca de la capacitación obligatoria u optativa, y pareciera consolidarse la alternativa de la obligatoria: así, el Estatuto del Juez Iberoamericano la impone en casos de “ascensos, traslado que implique cambio de jurisdicción, reformas legales importantes y otras circunstancias especialmente calificadas” (art. 28). Incluso ese Estatuto en el art. 23 avanza sobre la posibilidad de imponer la capacitación judicial como “medida correctiva o disciplinaria”. Por supuesto que aun cuando se establezca la capacitación como obligatoria siempre será razonable brindar la alternativa que se acredite estar capacitado como para evitar la asistencia innecesaria a los cursos correspondientes. Recordemos aquí que si existe el deber a la capacitación también cabe reconocer el derecho a reclamarla o recibirla, dado que la ética no puede exigir algo de imposible cumplimiento. Un juez que ignora el Derecho no tiene capacidad para decirlo, o sea, carece de una específica para ser juez, por lo que pesarán sobre él todas las dudas en torno a cada una de sus decisiones, especialmente aquellas difíciles.

### **4.4. Prudencia**

En una terminología clásica de ética profesional se habla de la ciencia y también de la conciencia, es decir, esta última apela a la

capacidad como para operar con aquella ciencia determinando racionalmente la conducta que ella exige para cada caso. Así no basta para el buen médico que sea capaz de dar una clase sobre apendicitis, sino que sea capaz de realizar la respectiva cirugía. En el caso del juez resulta particularmente visible su conexión con la prudencia en tanto su objeto coincide con el mismo objeto de la función judicial, es decir, determinar racionalmente la conducta justa debida o prohibida según el Derecho. Incluso esa conexión se revela en la misma terminología de la *iuris-prudentia* en tanto obra de los iuris prudentes.

La prudencia es mucho más que conocimiento, es —al decir de Cicerón— “el arte de vivir” y de vivir conforme al “bien” o lo mejor. En el campo de lo jurídico sería conocimiento en acción o proyectándolo en los casos concretos que requieren una respuesta jurídica. Pero a su vez desde la filosofía clásica esa capacidad racional acerca del bien en las cosas de la vida circunstanciada se la conecta con ciertas cualidades en el razonamiento o condiciones personales; así por ejemplo:

- A. Experiencia: decía Aristóteles que era posible encontrar un joven brillante en matemáticas pero era improbable que existiera en materia de prudencia, es que esta requiere de haber vivido y la memoria respectiva.
- B. Capacidad de diálogo: tratándose de conductas humanas donde la certeza no es absoluta, es importante contar con esa disposición a escuchar otros puntos de vista y poder ponderar razones.
- C. Humildad: como para cambiar posturas y acudir a aquellos que más saben; quien cree estar en posesión absoluta de la verdad y solo dispuesto a brindarla a los otros difícilmente llegará a ser prudente.
- D. Circunspección: o sea, preocupación por leer detenida y completamente las circunstancias en las que se desenvuelve la conducta objeto de la prudencia.
- E. Previsión: es que la prudencia requiere no solo el caso en el que corresponde pronunciarse sino también las consecuencias que a partir del mismo se pueden derivar más allá del mismo.
- F. Coherencia: la racionalidad está reñida con las incoherencias de toda índole, por ejemplo la lingüística, la lógica, la insinceridad, tratamiento desigual de lo igual.

- G. Tiempo: en tanto seguramente no habrá razonamiento prudencial si no estamos dispuestos a disponer de un tiempo necesario para ello, pues los apresurados difícilmente serán prudentes; etc. Quien carece de esas condiciones para ser prudente deberá procurarlas, porque de lo contrario sus decisiones judiciales difícilmente serán prudentes y, por ende, resultarán imposibles sus posibilidades de excelencia.

#### 4.5. *Justicia*

Al ser la medida de todos los actos buenos y de las virtudes respectivas, se requiere de la prudencia jurídica para discernir lo justo pero también se necesita el querer darlo. Conocida es la clasificación de las cuatro virtudes cardinales, y según ella la prudencia infiere en la razón práctica y la justicia en la voluntad. Desde esta perspectiva hubiese bastado exigir prudencia dado que el juez estrictamente cumple una función de discernimiento racional, pero la justicia apela a ese “apetito espiritual” cuyo objeto es lo suyo de cada uno y el querer que éste sea recibido por su titular. Quien es justo seguramente cuenta con la mejor matriz para que la razón prudencial logre determinar lo justo en cada caso, por eso Aristóteles llama al juez “justicia viviente o animada” (*dikasterion*) en tanto los hombres llevan a él sus diferencias porque están convencidos que “ir al juez es ir a la justicia” (en 1132 a: 19-22)<sup>15</sup>. Un juez prudente es capaz de decir lo justo, pero si además —precisa Tomás de Aquino— es justo lo dirá “con prontitud y agrado” (S. Th. I II, 107, 4); en definitiva, quien quiere y logra la justicia en sus actos vive en un compromiso verdadero con el otro<sup>16</sup>.

Quizás un modo apropiado de recuperar esa exigencia ética de justicia para el juez es recordarle que tome conciencia de su función y quiera “determinar lo justo desde el derecho”, por eso su preocupación para respetar y querer dar la justicia. Acertadamente insiste Gabaldón López: “no cabe, pues, en el juez una actitud de neutralidad moral, porque las normas éticas le exigen una actuación que tienda

<sup>15</sup> Cfr. García Maynez, E., “Imagen aristotélica del buen juez”, en *Ensayos Filosóficos-jurídicos*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pp. 389-398.

<sup>16</sup> Cfr. Pleper, J., *Las virtudes fundamentales*, Rialp, Madrid, pp. 99 y ss.

a conseguir la justicia como meta de sus actos”<sup>17</sup>. Desde Antígona aparece el riesgo de que lo dispuesto por la autoridad sea injusto, y lo sea de una manera extrema y evidente, por eso quien debe decir el Derecho necesita de ese propósito de justicia. Seguramente quien no quiere dar lo justo o carece del hábito respectivo le costará asumir la tarea de discernimiento atento a que la razón humana no es algo desencarnado o desvinculado del apetito. En la confianza del ciudadano que asiste a un despacho judicial pesará de manera significativa cuál es la imagen que el juez se ha forjado en torno a la justicia, y no solo mirada en términos jurídicos o judiciales, sino principalmente en cuanto a sus comportamientos como ciudadano respecto a lo que confiere o respeta de los demás.

No está de más recordar la dimensión analógica o los distintos modos de la justicia, por eso de ella se habla tanto en la distribución en beneficio de los particulares, en la conmutación que procura equivalencia en las contraprestaciones y en la imposición de débitos en beneficio del todo social, pero tratándose del juez sin olvidar que lo justo y lo equitativo son “ambos valiosos”, es la equidad preferible en cuanto perfección de la justicia en función del caso en que se pronuncia el juicio prudencial del juez.

#### 4.6. *Fortaleza*

En la visión clásica también era esta una de las virtudes cardinales que tenía por objeto el “bien arduo” (*bonum arduum*) en tanto permite la adhesión al mismo resistiendo o asumiendo los riesgos respectivos. Hablando del juez aparece como evidente la exigencia de la fortaleza o valentía, en tanto un juez cobarde es susceptible de fácil pérdida de su independencia o imparcialidad. Por supuesto que no estamos hablando de temeridad, o sea, de alguien que busque o se deleite en el peligro, sino de aquel que es capaz de decir el Derecho que corresponde aun “con” miedo pero nunca “por” miedo.

Se trata de una exigencia ética íntimamente vinculada con un cierto talante psicológico frente a los riesgos y las incertidumbres, que

---

<sup>17</sup> Gabaldón López, J., “Reflexiones sobre la ética judicial”, en *Ética de las profesiones jurídicas*, t. II, Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2003, p. 795.

reclama el perseverar a pesar de los mismos y también el enfrentarlos. Si la ciudadanía percibe en un juez esas personalidades débiles, dubitativas o incapaces de hacerse respetar, asociará esas cualidades a la función profesional y sentirá temor de cómo será juzgada su causa si la contraparte es alguien poderoso. A la hora de los test psicológicos o entrevistas para candidatos a jueces aparece esta exigencia como una de aquellas que interesa vislumbrar en qué medida la pueden cubrir si llegan a estar como juez en situaciones riesgosas.

Una vez más recordemos la bifrontalidad de estas exigencias en tanto si bien existe el deber a ser fuerte o valiente (no temerario), también cuenta el destinatario con el derecho a que se le provea de medios razonables (como por ejemplo de protección policial) a los fines de facilitar o posibilitar el cumplimiento de la misma.

#### *4.7. Honestidad*

Contemporáneamente el profesional es alguien que cuenta con su profesión para obtener los recursos económicos que necesita para vivir, y la honestidad tiene que ver con esa legítima posibilidad que reciba lo que le corresponde como retribución de sus servicios. Yendo al juez, la honestidad consiste en que reciba lo que le corresponde, ni más ni menos; y ello no implica obviamente la alternativa grotesca y delictual de la coima o sus análogos, sino la más sutil que exige que use para la función judicial los bienes o recursos que el Estado o la sociedad han puesto a su disposición. Advertimos que en cuanto a la alternativa de una prohibición absoluta de utilizar bienes públicos en beneficio privado cualquier ciudadano espontáneamente puede verse inclinado a suscribirla; pero sometida a un control de razonabilidad tal opinión seguramente puede advertirse que resulta exagerada en tanto su seguimiento estricto corre el riesgo de ser más perjudicial que beneficiosa: así por ejemplo no parece inteligente que se prohíba a un juez llamar a su casa para ver cómo sigue su hijo enfermo o que se le impida usar un lápiz o papel para hacer anotaciones particulares. En sintonía con esta preocupación algunos códigos de ética judicial han optado por establecer restricciones de bienes públicos en la medida que resulten “abusivas”, “irrazonables” o “desproporcionadas”. De todas maneras la idea directriz es que aquellos medios han sido puestos en manos del juez para el cumplimiento de su función y cualquier

afectación distinta genera una presunción de falta ética que luego puede llegar a diluirse o justificarse.

En sintonía con el ser y el parecer, como así también con el legítimo control social sobre los funcionarios que la representan o que ejercen el poder que se les ha delegado, aparece la necesidad de efectuar “declaraciones juradas” de bienes que puedan evidenciar la evolución razonable o no sospechosa del patrimonio. No obstante las polémicas suscitadas en torno a dichas declaraciones en cuanto a la resistencia que ha generado en algunos jueces para efectuarla, lo cierto es que los fundamentos para ese rechazo lucen particularmente débiles y exclusivamente argumentados desde el interés personal del mismo juez, pero marginando totalmente los otros intereses o bienes comprometidos y aducidos por los destinatarios de su actividad.

Quizás sea la templanza la vía para vincular esta exigencia ética con el cuadro de virtudes cardinales. Recordemos que aquella tiene por objeto cierta moderación en la posesión y el uso de bienes externos o aquellos vinculados con el apetito concupiscible. Esa falta de medida propia del “destemplado” termina afectando —advierde Santo Tomás de Aquino— su “tranquilidad de espíritu” (*quies animi*) en tanto se compromete el autodomínio o deja de ser “dueño de sí mismo” (II-II, 157, 4).

#### 4.8. *Decoro*

Esta palabra se vincula a la arquitectura, más específicamente al ornato en tanto cada profesión tiene un modo de vestir, de hablar, de comportarse, de arreglar el espacio en donde se presta la profesión, etc., y, en consecuencia, también la actividad judicial tiene un decoro particular. Obviamente que es muy distinto el decoro de un arquitecto, de un encargado de un taller mecánico, de un médico o el del juez, por eso hay cosas que en relación con una de esas profesiones puede resultar decoroso mientras que para otra no lo sea (por ejemplo respecto a la limpieza de la ropa o de las manos, el decorado en las paredes o el estilo lingüístico).

Uno de los problemas implicados en torno al decoro es respecto a la vida privada o no profesional desplegada por el profesional en el espacio público, concretamente si la ética profesional avanza sobre

aquella. El problema, entonces, es si resulta legítimo pretender que el profesional conserve un cierto decoro cuando no presta sus servicios; así, por ejemplo, si la ética le prohíbe que se emborrache en algún bar de su ciudad, que concurra a ciertos lugares donde se practique la prostitución, que forme parte del elenco de un teatro de revistas, que como espectador de un partido de fútbol reaccione descontroladamente insultando o subiéndose al alambrado contra el árbitro o contra el equipo contrario, etc. Al respecto, la línea consolidada en los códigos de ética profesional es que no prescinden de ese espacio en donde no se presta la profesión, y más bien coinciden en avanzar también sobre la vida privada no profesional poniendo normalmente el límite de la “dignidad de la profesión”. Más aún, hay algunas prohibiciones tradicionales en las leyes orgánicas de tribunales que son ejemplo de ello, así la que prohíbe a los jueces a concurrir a salas de juego. Frente al eventual reparo que se puede hacer a esos avances éticos invocando el art. 19 de la Constitución nacional, se responde —entre otras razones— que ahí se habla del ciudadano común que no es asimilable sin más al profesional, dado que éste presta una función pública o un servicio contando para ello con cierto respaldo o monopolio otorgado por la ley, amén de la invocación al orden y a la moral pública.

De todas maneras, el problema más grave es quién fija el contenido del decoro, atento a que podemos encontrarnos con ciertas sociedades dominadas por tradiciones poco racionales que impongan exigencias éticas profesionales inequívocamente contrarias a los derechos naturales o fundamentales; por ejemplo, la prohibición de que las mujeres ejerzan ciertas profesiones con el pretendido fundamento de que no están acordes con su “dignidad”. Al respecto las soluciones que se ofrecen a ese problema serían tres:

- A. El decoro lo fijan ciertos ámbitos o sociedades ajenas al lugar donde se presta la profesión pero que se consideran más aptos para establecerlo, por ejemplo atenernos a lo que se piensa en París, la Universidad de Berkeley o San Francisco.
- B. El decoro lo establece la sociedad a la que se le presta el servicio y que ha brindado la posibilidad para ello.
- C. Se parte del decoro pretendido por la sociedad de ese profesional pero se someten esas exigencias a un control de racio-

nalidad, dado que si bien es legítima aquella primera aproximación, es peligroso un sometimiento dogmático a la misma (pensemos lo que pudo haber establecido respecto a los judíos la ética profesional de la Alemania nazi). Sin duda que esta última propuesta deja un cúmulo de dudas e incertidumbres, pero recordemos que atento a la materia en que estamos no hay posibilidad de encontrar una fórmula inequívoca que permita resolver todas las situaciones y evite la necesidad del juicio racional o prudente en concreto. Para esas inevitables indeterminaciones estarán —entre otros antídotos— un diálogo racional que brinde contenido más concreto al decoro y una apropiada integración y funcionamiento del Tribunal de Ética y de la Comisión de Consultas éticas.

#### *4.9. Secreto o confidencialidad*

El profesional, al hilo del servicio que presta, accede a un conocimiento de aspectos variados respecto a su cliente o usuario y, por supuesto, que éste parte de la base que esa información solo será usada a los fines del mejor trabajo profesional. La ética exige esa reserva y consiguientemente prohíbe que sea difundida deliberadamente o sin propósito alguno a terceros ajenos a la relación profesional; ello reclama del profesional una actitud positiva o activa como para evitar esas infidencias y reaccionar apropiadamente al detectarlas.

La función judicial es fuente de mucha e importante información respecto a las partes, y frecuentemente hay intereses comerciales o de otra índole ansiosos como para obtenerla; por eso la ética exige no solo que el juez esté consciente de este deber de confidencialidad sino que también lo asuma adoptando medidas eficaces para neutralizar eventuales fugas de información y para investigar o sancionar a los responsables en caso de producirse. Esa exigencia de reserva judicial se extiende a sus familiares, colegas, periodistas, alumnos, etc., o sea, respecto de todos aquellos que resultan terceros en la relación profesional. Los códigos de ética contemplan normalmente situaciones que eximen al profesional de mantener ese secreto profesional, así por ejemplo hablan a los fines de la propia defensa frente a un reclamo o demanda, y también para evitar la comisión de un delito o de un daño.

Para explicar la racionalidad de la presente exigencia hay que recurrir al objeto mismo de la función judicial, pues esta supone un servicio concreto que se presta a las partes en relación con el problema jurídico que las enfrenta y, en consecuencia, rechaza eventuales beneficios —importantes o casi intrascendentes— para el juez en base al uso que pueda hacer de la información obtenida en la tramitación de la causa.

#### *4.10. Cortesía o afabilidad*

El servicio profesional se presta a un semejante o prójimo, es decir, se canaliza a través de una relación humana en donde está comprometida recíprocamente la dignidad y el respeto de las partes. No hay sometimiento ni subordinación personal alguna, sino más bien una relación que transita en un plano de igualdad intrínseca. Consiguientemente el profesional debe estar dispuesto a brindarle al cliente o usuario las explicaciones o informaciones que oportuna y justificadamente le requiera, y debe hacerlo a través de un trato respetuoso y cortés.

Por supuesto que también sobre el juez pesa esta exigencia en sus relaciones con las partes, abogados, colegas y auxiliares, quien además debe recordar que la autoridad no se construye en base a desplantes, impuntualidades o gritos. Cualquier ciudadano en base a una experiencia humana consolidada puede legítimamente asociar esa beligerancia o indisposición para el trato respetuoso a cierta personalidad desequilibrada o descontrolada incapaz de analizar pausada, racional y dialógicamente los problemas complicados propios de la tarea judicial. La autoridad, preocupada por obtener el mejor premio al que puede aspirar —según Santo Tomás de Aquino—, que es el “afecto”, “amistad” o “amor” de los ciudadanos, debe tratarlos del modo idóneo a tales fines, pues solo un masoquista puede apreciar o respetar a aquel que lo maltrata.

#### *4.11. Diligencia*

Todo cliente o usuario pretende que el profesional le preste el servicio en tiempo y forma y que para ello debe poner los medios adecuados y procurar alcanzar el resultado que busca al recurrir a sus

servicios. Mirado desde el profesional esta exigencia implica evaluar los medios disponibles para el resultado pretendido, escoger el mejor y esforzarse para conseguirlo. Su obligación es poner los medios para el fin buscado por el cliente, pero no le es indiferente la obtención o no del mismo, pues ello repercutirá directamente a la hora de su responsabilidad.

En el caso del juez su función le impone resolver de la mejor manera y en el menor tiempo posible el problema bajo su jurisdicción, por eso aparece la exigencia de privilegiar el trabajo judicial frente a otros posibles servicios. Se inscribe aquí lo referente a las incompatibilidades laborales del juez, que entre otras razones se justifican para que el juez no distraiga su tiempo en aquello que le es lo más importante. Esas incompatibilidades, más allá de las previsiones legales, tienen esa razón de ser y en consecuencia se tornan plenamente justificadas desde un punto de vista ético cuando el juez no resuelve sus asuntos en tiempo y forma. También aparece aquí la obligación del juez de concurrir a su despacho, especialmente respecto de aquel que lleva el despacho diario, como un modo de “aparecer” o mostrar a los ojos de la sociedad su compromiso con la diligencia.

Es cierto que las leyes orgánicas y también la cultura forense han brindado contenido bastante concreto respecto a la presente exigencia de la diligencia. Así en la provincia de Santa Fe la Ley Orgánica exige a los jueces de primera instancia el concurrir diariamente a su despacho (sin fijarle horarios) y a los camaristas el concurrir el día del acuerdo aunque aquel que lleva el trámite deberá hacerlo diariamente. Seguramente el mejor modo de satisfacer esta exigencia, sin que provoque el reclamo pertinente de los usuarios del servicio, es que efectivamente las decisiones judiciales se produzcan en tiempo y forma oportuna.

#### *4.12. Transparencia, coherencia o buena fe*

Alguien que mantenga una doble vida, un doble discurso o falte a la correspondencia entre lo que dice y lo que hace, se torna una persona poco confiable con respecto a aquellos con los que trabaja o para aquellos a los que trabaja. Más allá del modo en que efectivamente se preste la profesión, el buen profesional supone y requiere que el cliente o usuario, como así también sus auxiliares y colegas, confíen en él

de manera que el trabajo, con toda la carga de conexiones, independencia y discreción que encierra inevitablemente, no quede sumido en un marco de desconfianza motivado en aquella falta de transparencia o incoherencia.

En el caso del juez en tanto cabeza de un grupo humano y una tarea que conlleva marcada discreción se torna importante esta exigencia. Para decirlo negativamente, si pensamos en un juez que conduce a sus empleados en base a la mentira, la sospecha, la palabra que no respeta, etc., seguramente le resultará más difícil imponer un espontáneo y confiable seguimiento. Cualquier elemental manual de *management* y básica experiencia humana confirma cuánto se facilita la dirección de otros en la medida que ellos vean coherencia y transparencia. Principalmente los abogados y colegas saben o tienen presente alguna opinión en torno a la presencia o ausencia de esta exigencia ética a la hora de entablar relaciones personales y profesionales, pues se trata de una nota que incide fuertemente en la visión ética de los otros y, por ende, resulta ser favorecedora o entorpecedora de esos contactos.

#### **4.13. Austeridad republicana**

Es esta una exigencia que tiene íntima conexión con las circunstancias de tiempo y lugar. Así en la Argentina, en el contexto de las serias dificultades económicas y sociales que ha vivido en estos últimos tiempos, resulta razonable la exigencia prevista en la ley de ética de la función pública de “austeridad republicana” para sus funcionarios. Se trata de que estos exhiban ciertos bienes externos que guarden correspondencia con el nivel de limitaciones que padece la ciudadanía en general al respecto. Parece poco razonable que haya funcionarios que aparezcan ricos en medio de ciudadanos pobres que, al mismo tiempo y paradójicamente, son los que le pagan mensualmente sus salarios.

Esa exigencia prevista para los funcionarios públicos en general se proyecta innegablemente para los jueces, más aún, la ciudadanía seguramente vería con malos ojos a aquel juez que se preocupa desmedidamente por los bienes externos procurando lucir aquellos que resulten ser los más onerosos. No se trata de deshonestidad dado que puede tratarse de un juez privadamente muy rico, pero lo que se le pide es que a la hora de adquirir bienes procure computar el nivel de problemas económicos y sociales que padece la sociedad a la que le

prestará sus servicios judiciales. Incluso puede resultar comprensible que alguien vea en esa restricción algo incompatible con sus gustos y por ende opte por renunciar o no aceptar el cargo de juez. El contenido de esta exigencia tiene esa dimensión histórica que remite a una sociedad particular, por eso no queda solo librada a la mera conciencia ética del juez implicado.

#### ***4.14. Responsabilidad***

En toda ética profesional se incluye esta exigencia, que implica que el profesional esté dispuesto a “responder” por lo que ha hecho respecto de todos aquellos interesados o implicados —directa o indirectamente— en el trabajo prestado. Es decir, que esta exigencia conlleva que el profesional no eluda, ni transfiera, ni entorpezca ese momento incluido en su servicio en el que deberá brindar explicaciones, pedir disculpas, otorgar reparaciones, aceptar reproches, etc. En el caso del juez es posible discernir distintos ámbitos de la responsabilidad profesional:

- Penal: frente al juez competente respecto a su conducta tipificada como delito.
- Civil: por los daños reclamados por alguna de las partes ante el juez competente.
- Administrativa o disciplinaria: que discernirá la autoridad administrativa por los incumplimientos a las reglamentaciones administrativas aplicables.
- Científica o académica: en tanto le corresponde al mundo académico juzgarlo principalmente por medio de críticas o elogios acerca del modo en que operó el Derecho y cómo ha quedado el mismo.
- Corporativa o colegiada: frente a sus colegas y miembros de un eventual Colegio o Asociación de acuerdo a los Estatutos respectivos.
- Social: respecto a la sociedad en la que presta servicios y la cual lo juzgará por medio de la opinión ciudadana en tanto comprenda y tenga presente sus características, necesidades y pretensiones.

- Política o constitucional: los otros poderes del Estado, según la distribución efectuada por la Carta Magna, velan por el buen cumplimiento de la función y tienen la competencia de remover al juez en casos graves de incumplimiento.
- Ética: su objeto es el mejor cumplimiento de la función, por eso, de algún modo, esta responsabilidad es un género en tanto al incurrir el juez en cualquiera de las responsabilidades arriba mencionadas esa falta tiene incidencia sobre esa pretensión del “mejor juez”, pero también es una especie de responsabilidad particular o remanente en tanto ante cualquier falta a ese propósito que no aparezca respondida en las anteriores será la responsabilidad ética la que la asuma (por ejemplo, el desorden en el juzgado o cierta descortesía para los abogados) y también puede asumirla si algunos de los interesados en la excelencia judicial encuentran insatisfecha su legítima pretensión al efectivizarse algunas de las otras responsabilidades (por ejemplo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal puede por el mismo comportamiento delictivo o dañoso exigírsele al juez una responsabilidad ética, pero si hay una remoción por vía de la responsabilidad política pareciera que se agota ya la responsabilidad ética dado que no quedaría remanente en tanto dejara de desempeñarse como juez).

## 5. ÉTICA DE COMPORTAMIENTOS O ÉTICA DE VIRTUDES

Las exigencias reseñadas reclaman ciertos comportamientos pero no llegan a pretender necesariamente virtudes. En definitiva, ellas quedan satisfechas si las cumplimos, no obstante que nos falte la intención, la habitualidad y cierto agrado y facilidad. Aunque también es cierto que es probable que a fuerza de reiterar los comportamientos respectivos se llegue a adquirir el hábito de los mismos y, en consecuencia, comiencen a realizarse con “agrado y facilidad”. Además, de alcanzarse la virtud, se fortalecen las posibilidades del “mejor” trabajo y las presunciones de que efectivamente se ha hecho “bien” el trabajo. Recordemos que virtud significa fuerza y ellas efectivamente pueden significar una “fuerza” especial que nos inclina al bien. Pre-

cisamente Aristóteles reconoce en la adquisición de los hábitos una especie de “segunda naturaleza” que sobreponemos a la dada a cada uno, pues a fuerza de repetir un acto se va arraigando una cierta inclinación y facilidad para hacerlo.

La obtención de la virtud avanza sobre actos ajenos a la vida profesional que tengan el mismo contenido u objeto, pues sería contradictorio con la afirmación de su existencia si al mismo tiempo decimos que ella se circunscribe a los actos profesionales pero está ausente en los actos no profesionales que también entran en la materia de esa virtud. Así sería casi violatorio del principio lógico de no contradicción afirmar de alguien que es “honesto” o “afable” dentro de tribunales pero al mismo tiempo es “deshonesto” o “descortés” fuera de ese ámbito, y de existir esa persona que “es” y “no es” al mismo tiempo en torno a esa particular virtud lo más probable es que oculte alguna enfermedad psicológica vinculada a personalidades esquizofrénicas o algo parecido. Exigir, en consecuencia, solo comportamientos buenos o excelentes y no virtudes es plantear exigencias mínimas realistas, aunque una ética de máximos o de virtudes será bienvenida y potenciadora de la confianza suscitada en torno a la tarea judicial. Pues la virtud —precisa Pieper siguiendo al Aquinate— es lo máximo a lo que puede aspirar el hombre (*ultimum potentiae*)<sup>18</sup>, pero más allá de aspiraciones que es auspicioso que el juez personalmente las asuma, lo que queremos insistir es en exigencias indisponibles para el juez.

Por sobre comportamientos y virtudes nos interesa llamar la atención en torno a que la vida humana no es una mera sumatoria desagregada de actos sino que ella reclama cierta unidad o coherencia. En efecto, la ética desde Aristóteles tiene como objeto material no solo actos y virtudes sino el *ethos*, carácter o personalidad moral, o sea aquello que —parafraseando a Aranguren— va quedando a medida que va pasando la vida. Por supuesto que mientras dura la vida ella permanece siempre abierta y modificable hasta el momento final o definitivo de la muerte; pero la sucesión de la vida tiende y es saludable que se asuma con un cierto sentido o unidad que permita identificarla con “esa” vida o modo de conducirla. Más correcta y sintéticamente, esos actos, virtudes, talante o *pathos* configuran una irrepetible

---

<sup>18</sup> Pieper, J., *op. cit.*, p. 15.

vida que asume, principalmente a la mirada de los otros, una cierta personalidad ética o *ethos* conforme al cual vivimos. En sintonía con Leclerq, Aranguren escribe: “la vida del hombre forma un todo, de tal modo que cada uno de nuestros actos lleva en sí el peso de la vida entera”<sup>19</sup>, y este carácter unitario —aunque siempre cambiante— que procura la vida humana corresponde a lo que los griegos llamaban “*bios*” que no era simplemente la sucesión de la vida sino ese proyecto vital en donde se insertaban los actos. En definitiva, el “*bios*” apela a la experiencia humana que nos confirma que la vida moral no es una mera sumatoria desagregada de actos, sino que —no obstante todas las modificaciones que en ella se suceden— ella reclama cierta unidad o coherencia.

Esa riqueza y variedad de la ética profesional en general es puesta de relieve inteligentemente por Andrés Ollero cuando al respecto distingue tres campos:

el de las exigencias éticas maximalistas destinadas a dar paso a una persona modelo, perfeccionada en el ejercicio de su profesión; el de las exigencias éticas capaces de preservar la confianza de los ciudadanos, mediante el respeto de sus justas expectativas sobre el desenvolvimiento de un razonable modelo profesional; el de las exigencias éticas que, por hallarse más directamente vinculadas a valores y derechos constitucionales, se verían llamadas a gozar de la protección de las normas jurídicas, o incluso la sanción penal<sup>20</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

La Comisión sobre el “Perfil del Juez” creada en el seno de la Mesa del Diálogo Argentino alcanzó importantes conclusiones<sup>21</sup>, y entre ellas cabe destacar la puntualización que para ser juez se requiere de cuatro idoneidades: la física-sicológica, la técnica-jurídica, la gerencial y la ética. Ese perfil supone una superación de la mirada tradicional centrada solo en el conocimiento y las habilidades jurídicas, y remite a un complejo de requerimientos para ejercer la función ju-

---

<sup>19</sup> Aranguren, J. L., “Ética”, *Revista de Occidente*.

<sup>20</sup> Ollero, A., “Deontología jurídica y derechos humanos”, en *Ética de las profesiones jurídicas*, t. I, Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2003, p. 65

<sup>21</sup> *Realidad Judicial*, Año III, núm. 2, La Ley, Madrid, 1958, p. 378.

dicial. Es que, en definitiva, a la sociedad lo que le interesa es contar con “buenos” o los “mejores” jueces, y esta es una definición que excede a lo jurídico e instala la consideración en el campo de la ética profesional o ética aplicada. Responder a esas exigencias supondrá inevitablemente determinar el fin específico o el bien interno por el que cobra sentido y legitimidad social la actividad judicial, averiguar cuáles son los medios adecuados para generar racionalmente ese bien en la sociedad respecto a la cual hablamos e indagar qué comportamientos, virtudes o personalidad ética se requiere para alcanzar ese bien interno<sup>22</sup>. Pretender sectorizar o reducir aquella preocupación a algunas de las actividades que cumple el juez, como por ejemplo la interpretación jurídica, es ir contra la realidad humana y siglos de experiencia en ese terreno.

---

<sup>22</sup> Cfr. Cortina, A. y Martínez, E., *Ética*, Akal, Madrid, 1998, pp. 165 y ss.



## XII. De los métodos interpretativos a los argumentos justificatorios

### 1. EL COLAPSO DE LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

Mientras se creyó que el derecho era lo contenido en la ley y que a esta la hacía la voluntad general infalible, resultaba coherente pedirles a los juristas que se limitaran a conocer la ley e identificar al prevaricador con apartarse del sentido de la ley. Esas enseñanzas incluían la confianza en los métodos interpretativos como “camino” para desentrañar aquel sentido prescriptivo del legislador. Sobre todo a través de los métodos gramatical (centrado en la palabra de la ley), el lógico o genético (remitía a lo que quiso decir el legislador) y el sistemático (auxiliarse por el lugar que ocupa la ley dentro del sistema jurídico) se garantizaba el objeto mismo de la tarea del jurista que no era otro que ser la “boca de la ley”. Es cierto que Savigny también apeló al método histórico pero ello sobre todo por esquemas epistemológicos más que por preocupaciones prácticas, y que Jhering propone tardíamente el método teleológico que alcanza limitada relevancia en la tarea interpretativa controlada por la matriz dogmática.

Pero ya en la segunda mitad del siglo XX (en el que se forja el Estado de Derecho Constitucional) cuando se reconoce que hay más derecho que el contenido en la ley y que el legislador podía equivocarse, el valor teórico y práctico de la interpretación y sus métodos se desvanecen. Por eso autores como Perelman que paradigmáticamente quedan vinculados a las nuevas teorías de la argumentación jurídica, se preocupan por los tipos y fuerza de los argumentos atento a que el interés reside en que la solución jurídica sea “equitativa, razonable y aceptable”. Por supuesto que la atención doctrinaria sobre el razonamiento judicial como modelo del razonamiento práctico se agiganta, incorporando cuestiones absolutas nuevas y rupturistas respecto al modelo exegético interpretativo, en particular se consolida la tesis que saber la ley no es saber el derecho y que éste aparece recubierto bajo los rótulos de principios, derechos humanos o tópicos jurídicos.

## 2. LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL

El colapso de la sinonimia entre derecho y ley implica que ya no puede limitarse la justificación de una decisión judicial a un análisis meramente formal o silogístico. Las teorías de la argumentación alentadas por autores como Wroblewski, Aarnio y Alexy identifican una doble exigencia en la justificación, por un lado la llamada “interna”, regulada por la lógica a la hora de conectar las premisas o enunciados que forman parte del razonamiento judicial, y por el otro, la justificación “externa” focalizada en los argumentos o razones utilizados para justificar aquellas premisas o enunciados. Nos parece que ese análisis debe incluir la dimensión retórica o persuasiva dado que no basta contar con buenos o pesados argumentos, sino que es importante acompañarlos con lo que puede aportar la retórica como ciencia o arte de la persuasión. Por supuesto que la capacidad del jurista a la hora de medir su rendimiento profesional seguramente está más conectada a la justificación externa o argumentativa que a la interna o lógica.

En buena medida lo que se le pide al jurista hoy es no solo que sepa el derecho sino que lo sepa decir (postular, enseñar, asesorar o decidir autoritativamente) por medio de un razonamiento en donde las premisas o enunciados cuenten con los argumentos o razones que los justifican. Pensamos que una síntesis apropiada de ese deber ético judicial de justificar, fundamentar o motivar adecuadamente consiste en “expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión” (art. 19 Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica), y esa obligación asegura “la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales” (art. 18 del mismo Código Modelo).

Como vemos el trabajo del jurista ha cambiado radicalmente y, en consecuencia, no resulta razonable seguir usando el mismo término para designar realidades distintas. En efecto, ahora se reconoce inicialmente las complejidades e importancia de conocer la verdad de los enunciados fácticos implicados en el caso, y en ese esfuerzo se destaca el papel crecientemente relevante de las ciencias no jurídicas. El segundo momento para el jurista es identificar las respuestas ju-

rídicas disponibles y válidas presentes en el derecho vigente, con la advertencia que habitualmente no hay una sino varias, incluso están aquellas inéditas en el sentido que aún no las descubrió. Pero luego el jurista tiene que escoger una y brindar persuasivamente las razones o argumentos que justifican dicha elección, conforme a una estructura en la que se respetan las exigencias lógicas y lingüísticas respectivas. En el caso del juez, pesa sobre el mismo el deber ético de elegir la mejor respuesta axiológicamente hablando, dado que “el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del derecho” (art. 35 del Código Modelo de Ética Judicial). En una palabra estamos hoy muy lejos del proceso centrado en encontrar la norma en donde el jurista subsumirá el caso individual, previo desentrañamiento por los métodos interpretativos del sentido prescripto en aquella. Más allá que algunos prefieran reconocer a la interpretación como parte de la argumentación jurídica, en la medida que aquella se requiere cuando tenemos un texto normativo, nos parece que lo decisivo es la lectura integral y diferenciadora en el trabajo profesional del jurista, y a partir de ahí la agenda de la reflexión teórica y los requerimientos planteados para el jurista resultarán muy distintos.

### 3. LA NÓMINA DE LOS ARGUMENTOS

Por supuesto que en la doctrina encontraremos diferentes nóminas de argumentos y clasificaciones, incluso se observan enormes coincidencias. De todas maneras, nosotros también hemos elaborado una, aunque sin ninguna pretensión de originalidad que exponemos en este punto.

Corresponde advertir inicialmente que en la nómina de los veintisiete “argumentos jurídicos” que siguen, es posible constatar que algunos de ellos lo son *proprio vigore o per se*, en tanto su objeto es regular directamente conductas y definir su estatus jurídico, pero por otro lado, están aquellos argumentos que son jurídicos *per accidens*, en tanto asumen tal carácter solo porque son usados por los juristas con una finalidad jurídica. Otra importante y obvia advertencia es la clasificación tiene la posibilidad de reformularse de manera que algunos de los argumentos termine absorbiendo a otro u otros de la nómina, aunque hemos omitido algunos dado su escaso uso o simplemente

porque son empleados dentro de aquellos que están incluidos en la nómina (por ejemplo, el argumento a rúbrica o el argumento *sedes materiae* quedan abarcados en el argumento genético o el sistemático). Por supuesto que la nómina y el peso de los argumentos dependerán de cada sistema jurídico y, por ende, el detalle que se consigna a continuación remite en buena medida o privilegiadamente —más allá de las posibilidades de generalización— al derecho argentino. El orden en la nómina de los argumentos que nos referimos a continuación no revela jerarquía o importancia entre ellos, y nos limitaremos a concretar una mínima consideración de los mismos con el único objeto de explicar su contenido esencial.

Una última e importante advertencia: es evidente que los argumentos tienen un uso positivo y otro negativo, pues se los puede usar para justificar o para descalificar un discurso en base a que los viola o los ignora. En la nómina siguiente de los argumentos, la doctrina ligada al Estado de derecho legal los invocaba pero fundamentalmente para cumplir la función interpretativa del texto legal, pero ello ha quedado totalmente desbordado en tiempos del Estado de derecho constitucional donde el derecho es centralmente una práctica argumentativa (Atienza).

### 3.1. *Autoritativo o normativo*

Es cuando el argumento se consume con la mera apelación de la misma autoridad que lo estableció en tanto cuenta con evidente competencia jurígena o poder normativo como para incorporar al derecho vigente a ese argumento. Así cuando se invoca una ley basta esa explícita referencia en la que está implícitamente presente de que ha sido una autoridad que la ha dictado en base a la competencia que tiene atribuida, y eso basta para justificar con la misma alguna de las premisas incluidas en el discurso judicial. En buena medida este argumento también puede llamarse normativo en función de que las normas se invocan habitualmente *per se*, sin ningún esfuerzo por justificar racionalmente lo que ellas disponen y limitándose a invocar la autoridad del que la dictó y su respectivo texto. No está de más recordar en este argumento la teoría de Raz en las que las normas se asimilan a razones para la acción.

### 3.2. *Principialista*

A partir de la distinción entre norma o regla y principio postulada en autores como Alexy o Dworkin, este argumento consiste en justificar invocando a un principio que forma parte del derecho vigente *per se* o *proprio vigore* —sin necesidad de test de origen o pedigrí— desde el cual se puede inferir la exigibilidad jurídica de una cierta conducta como la mejor según las posibilidades jurídicas o fácticas implicadas en el caso. El operador jurídico respalda su premisa o conclusión desde ese principio jurídico que tiene una dimensión regulatoria y que goza de capacidad justificatoria, como cuando por ejemplo se apela en la jurisprudencia argentina al principio de dignidad para justificar el otorgamiento del derecho de réplica.

### 3.3. *Axiológico o moral*

Recurriendo a la distinción entre principio jurídico y valor, éste se identifica desde saberes filosófico morales o prácticos que trascienden lo jurídico y, por ende, sus exigencias se proyectan sobre la totalidad de la ciudadanía y no solo sobre las relaciones estrictamente jurídicas. El “valor” explicitado moralmente, también cuenta con fuerza justificatoria en relación con las premisas de un discurso jurídico que resuelve un caso (por ejemplo: el valor de la igualdad entre los seres humanos se proyecta al campo del derecho como el principio de la igualdad jurídica o ante la ley o el derecho). Recordemos con Nino que la argumentación jurídica deviene —en última instancia— en justificación moral o axiológica, y en éste terreno que trasciende a lo jurídico es propicio para apelar —por ejemplo— a la igualdad o libertad a secas.

### 3.4. *Consecuencialista*

Con este argumento se procura justificar la premisa discursiva en base a que la misma implica —directa o indirectamente— consecuencias o efectos que se aprecian buenos o mejores que otros. Estas consecuencias pueden ser de orden jurídico o de otra índole como social, económica, cultural, etc., y son ellas las que respaldan el enunciado que invoca el argumentador jurídico. Solo una visión juricista o in-

sular pudo prescindir de esta inevitable dimensión de toda decisión, atento a que un juez al decir prudentemente el derecho no debe dejar de apreciar todas las consecuencias que se derivan de su decisión. Así en la resolución de un caso el juez debe siempre considerar además de los intereses de las partes del proceso también los del todo social. El art. 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano impone que al decidir el juez debe procurar “atemperar las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables”.

### 3.5. *Genético*

El argumento consiste en apelar al origen o gestación de por ejemplo una cierta norma o acto, como cuando se traen a colación a favor de un determinado enunciado o premisa los trabajos preparatorios, la expresión de motivos o el modo en que se han comportado las partes en el proceso o en relación con un contrato, etc. Aquí el argumentador se remonta al origen del objeto jurídico a interpretar y procura formular una determinada interpretación o significado jurídico en base a ciertas expresiones, comportamientos o propósitos referidos a alguien que adquiere relevancia en el caso. Este argumento coincide con el decimonónico o “savigniano” método interpretativo “lógico” que mandaba someterse a la voluntad del legislador, y más allá de ese ámbito reducido de su postulación o de las dificultades que implica su uso, nos parece que sigue resultando útil en el terreno de la argumentación jurídica.

### 3.6. *Lingüístico*

Cuando argumentamos necesitamos respaldar un enunciado y a veces lo hacemos invocando el lenguaje en sus diferentes dimensiones: semántica, sintáctica o pragmática. El lenguaje que se pone en juego podrá ser el “ordinario” o “corriente”, el “científico jurídico” (aquel construido por juristas y que exige para el que lo emplee alguna analogía con su origen, por ej., hipoteca) o el lenguaje “juridizado” (aquel tomado del lenguaje corriente pero asignándole un significado jurídico, por ej., cosa) según el problema que se trate. Las eventuales dudas o el resultado interpretativo se justifica por medio de argumentos tomados del lenguaje o la ciencia que lo estudia. Este argumento

encuentra alguna resonancia con el viejo argumento lingüístico postulado por la exégesis francesa, aunque en este marco predominaba una matriz “mágica” del lenguaje, muy lejos de las complejidades destacadas por la semiótica o el giro lingüístico de la filosofía en el siglo XX.

### 3.7. *Doctrinario*

Aquí el respaldo o argumento es la opinión de algún o muchos doctrinarios. No hay aquí autoridad institucionalizada o explícitamente reconocida, sino que la fuerza justificatoria dependerá del reconocimiento que en esa sociedad se le brinda al que emite la doctrina o de la unanimidad de la misma. Precisamente como el problema supuesto en la argumentación no tiene una respuesta evidente, la apelación a la doctrina es un camino para sostener una determinada solución, aunque la frecuencia del uso de este argumento es muy variable según las diferentes culturas jurídicas. Recordemos que en Aristóteles los silogismos dialécticos recurren a premisas respaldadas por la opinión de los más experimentados o sabios.

### 3.8. *Jurisprudencial*

En este argumento contamos con una autoridad institucional — que es la de un juez o un tribunal— que por ello cuenta con una capacidad justificatoria superior a la doctrinaria. De todas maneras ella no constituye decisiones obligatorias genéricas porque en el supuesto que la tenga —por ejemplo en el caso de fallos plenarios, sentencias de casación, jurisprudencia constitucional, etc.,— quedaría asimilado al argumento autoritativo. Hay que advertir también que corresponde distinguir entre el “auto-precedente” del mismo tribunal que ya se pronunció en casos anteriores análogos; el “precedente vertical” proveniente de instancias judiciales superiores; y el “precedente horizontal” brindado por tribunales que se ubican en el mismo nivel que aquel que decide y argumenta.

### 3.9. *Lógicos*

Si la lógica es la ciencia y el arte del razonar que procura su corrección, puede concluirse que todo lo que ella enseña resulta operativo

o aplicable en el razonamiento o argumentación jurídica en general y judicial en especial, incluso para algunas visiones la argumentación se reduce a esta dimensión formal o lógica. Más allá de estos reduccionismos, no cabe duda que rigen por ejemplo para el razonamiento judicial el necesario respeto a los primeros principios de la lógica o las reglas que regulan la inducción, la deducción, etc. Un uso muy habitual de este argumento es negativo, en tanto normalmente se recurre al mismo para descalificar un discurso que no ha respetado las reglas de la lógica.

### 3.10. *Analógico*

El argumento remite a la semejanza de los casos o situaciones que cuentan con regulación o respuesta jurídica y el caso o situación que carece de ella, y por ende, se justifica proyectar el discurso o la solución ya empleada al nuevo problema (en la fórmula romana: “*Ubi eadem ratio, idem ius*”). También en el marco de la teoría decimonónica se auspició este razonamiento dado que se podía presumir que si el legislador había brindado una solución a un determinado caso ella era aplicable para un caso análogo que el legislador no había tratado específicamente. Por supuesto, que aquí también omitimos considerar una serie de dificultades que trae aparejado el argumento, así por ejemplo determinar aquellos elementos que permiten afirmar que se trata de casos análogos o semejantes.

### 3.11. *A fortiori*

El argumento apela a que si resulta autorizado o prohibido jurídicamente una cierta conducta o respuesta jurídica, corresponde una equivalente con “mayor razón” frente a una situación que es menos grave que la que está prohibida (*a minori ad maius*) o está ya incluida implícitamente entre lo autorizado dado que es menos relevante (*a maiori ad minus*). Si el derecho concede un beneficio o permite ciertas conductas a quien por ejemplo hizo algo muy grave corresponda que lo conceda a quien hizo algo menos grave; y si el derecho prohíbe o impone sanciones a ciertas conductas muy graves están igualmente prohibidas aquellas que son menos graves.

### 3.12. *Apagógico*

Este argumento se emplea principalmente para descartar alternativas en tanto ellas suponen admitir un absurdo o algo irracional por su disvaliosidad, su ineficacia o su imposibilidad. Claramente una vez más vemos por detrás de la justificación de los argumentos la visión del derecho como algo racional o razonable, y por ende incompatible con aceptar absurdos en su seno. En perspectiva kalinowskiana el rechazo lógico al absurdo descansa en la llamada ley de Duns Scoto: “Si: sí p, entonces no p, entonces no p”, aclarando el profesor polaco que si se demuestra la falsedad de unas consecuencias ello conlleva la falsedad de la hipótesis a las que ellas remiten.

### 3.13. *A contrario*

En Perelman-Olbrechts este argumento se utiliza para impedir que se aplique una regulación a una especie distinta del mismo género de aquella especie a la que se ha dirigido expresamente la regulación. Kalinowski precisa que el argumento a contrario hace explícito el sentido de la expresión cuantificadora “solamente”, “únicamente”, “exclusivamente”, etc., y de esa manera, queda abortada la alternativa de extender la solución jurídica a una situación diferente de aquella expresamente prevista por el derecho. Insistamos que en la visión de la teoría interpretativa decimonónica el presente argumento ha sido vinculado a la “letra de la ley”, pero sin embargo es posible una ampliación del mismo a todo el derecho, y no solo limitarlo a un empleo negativo o descalificador de alternativas sino como justificativo de una respuesta.

### 3.14. *Sistemáticos*

Los cuatro argumentos que siguen remiten a la visión que el derecho constituye o se pretende que sea un sistema —fuerte o débil—, y por ende, exige o supone que no tiene contradicciones (coherencia), que su contenido cuenta con diferente jerarquía, que en él se encuentran explícita o implícitamente todas las respuestas jurídicas requeridas (plenitud) y que evita innecesarias redundancias (economía). In-

dudablemente también encontramos aquí fuertemente la presunción y la pretensión de que el derecho resulte una obra racional.

### **3.14.1. Coherencia**

La presencia de un sistema supone que sus elementos no están en contradicción, y si el operador constata su existencia se impone resolverla eliminando una de las soluciones o contemplando alguna armonización. La visión sistemática del derecho impone que si el discurso denuncia o constata una antinomia se requiere necesariamente hacerse cargo de la misma y resolverla. En definitiva, el jurista puede apelar en su discurso a este argumento y en base al mismo realizar la opción o compatibilización que supere la antinomia.

### **3.14.2. Jerarquía**

También la visión sistemática del derecho supone que sus normas (reglas o principios) no están en el mismo plano y, por ende, existe entre ellas jerarquías, y consiguientemente, en el supuesto de constatarse una antinomia se necesita que la opción privilegie la más elevada o de mayor jerárquica. Sabido es que al respecto hay teorías que establecen a grandes rasgos las siguientes alternativas en materia constitucional (derechos humanos, principios o valores): una jerarquía rígida, otras que niegan la posibilidad de contradicciones, y también las que proponen una tarea de balanceo y jerarquización en cada caso.

### **3.14.3. Plenitud**

El sistema jurídico presupone que los jueces no pueden abstenerse de fallar por la ausencia de respuesta jurídica, y por ende, la presencia de un problema jurídico implica necesariamente que llegado el caso a los jueces, estos deben brindarle una solución sin poder apelar a que no existe ninguna. Se trata de un argumento que habitualmente funciona como exigiendo la respuesta o impidiendo la ausencia de la misma, y así en la nómima de Tarello se denomina argumento “a completitud”.

#### 3.14.4. Economía

Otra característica que se pretende de un sistema jurídico bien formado es que no incurra en redundancias o reiteraciones, de esa manera si hay dos normas que dicen lo mismo puede procurarse establecer que se trata de hipótesis o respuestas diferentes. El decimonónico “postulado del legislador racional” incluía la pretensión de que el legislador no se reiteraba, y así, estaba justificado buscar en cada norma el alcance jurídico que correspondía, sin poder ignorar alguna de ellas en base a que resultaba una reiteración de otra en tanto brinda la misma solución al mismo supuesto. Más allá de ese antecedente, hoy cabe justificar en este argumento la búsqueda del sentido jurídico de la totalidad de las reglas jurídicas incluidas en el mismo cuerpo o sistema regulatorio.

#### 3.15. Teleológico

Se invoca para justificar el discurso atento a que con el mismo o su solución se está sirviendo a un determinado fin, ya sea éste intrínseco al derecho o procurado por alguna norma jurídica. La capacidad justificatoria del argumento consiste en que se está avalando un discurso porque con el mismo se facilitará la obtención de un cierto fin. En dicho argumento se emplea una lógica propia de los razonamientos técnicos o pragmáticos en el sentido de que el medio en cuestión resulta elegible o defendible en razón de que se orienta a la obtención de un determinado fin, aunque habitualmente también se incluye una consideración ética del fin en tanto se lo considera bueno, correcto o justo. Aquí también comprobamos que este argumento desborda la visión reducida que lo asimilaba a la “*ratio legis*”.

#### 3.16. Sociológico

El argumento consiste en traer a colación un dato proporcionado por la vida social, como cuando se aduce a ciertos comportamientos extendidos, juicios de la moral positiva, relevancia de un problema a tenor de la mirada genérica de la sociedad, etc. Aquel dato en el que consiste el argumento puede ser de materia jurídica o extrajurídica, pero lo decisivo que es visible a los ojos de un observador o un

miembro de la sociedad en la que se está argumentando. A modo de ejemplo pensemos en la posibilidad de recurrir en un discurso jurídico para intentar justificar una solución a la crisis actual de la familia, a los problemas habitacionales que se viven en ciertas sociedades o a la inseguridad en las que padecen determinados barrios o sectores de la ciudad, etcétera.

### **3.17. *Comparativo***

Aquí el respaldo lo brinda algún derecho comparado o extranjero, pues se trata de apelar a otro derecho distinto del de la sociedad en la que se argumenta, para intentar traer una solución jurídica establecida en el mismo o respaldar la que se propone. En la cultura judicial argentina es muy común, especialmente a nivel de la Corte Suprema nacional, el apoyar el discurso en soluciones proporcionadas por el derecho extranjero de aquellas sociedades a las que se las considera más desarrolladas o que pueden ser ejemplos. El modo habitual de recurrir a este argumento es considerar que se torna conveniente importar una determinada solución que ya ha sido consagrada en otro derecho.

### **3.18. *Histórico***

También se encuentra entre los argumentos invocables el aducir a favor de un cierto resultado o premisa que lo posibilite la historia de la sociedad, de una institución o de una norma. Aquí también nos encontramos frente a la posibilidad de identificar este argumento con el sociológico, pero la diferencia puede apoyarse en que éste último remite a circunstancias de la vida social presente, mientras que el histórico se identifica con un tiempo pasado. No es extraño que los juristas al considerar una determinada regulación jurídica se remonten a sus orígenes y al modo en que fue desarrollándose a lo largo del tiempo, o también emplear en el discurso referencias al pasado no jurídico.

### **3.19. *Retórico***

Recordemos que en la enseñanza clásica la retórica era una ciencia y un arte cuyo objeto era persuadir, y a ella se recurría cuando la solu-

ción más que apodíctica o necesaria era meramente probable o verosímil. Precisamente en Aristóteles aparecen reconocidos argumentos retóricos como invocar un ejemplo, alguna inducción incompleta, el destinado a suscitar ciertas emociones, el que recurre a una premisa probable como si fuera necesaria, el argumento *córax*, el argumento retorsivo, etc. No es extraño en el discurso jurídico encontrar calificativos que son empleados por su fuerza emotiva dirigidos al “*pathos*” del auditorio o incluso encontrar sentencias judiciales donde el respaldo llega a ser una poesía.

### 3.20. Religioso

Hay derecho en ciertas sociedades que cuentan con elementos específicamente religiosos en tanto resultan asumibles desde una cierta fe o revelación. Más allá que en nuestro ámbito cultural no es común apelar a dogmas o consideraciones estrictamente religiosos, existen, sin embargo, ciertos problemas en los que inevitablemente aparece esa dimensión que se acepta como algo dado o creído sin sometérselo a un análisis racional, por ejemplo en los casos de testigos de Jehová que se niegan a recibir transfusión de sangre o cuando se ha invocado ciertas convicción religiosa para justificar la objeción de conciencia o para incumplir con cierta exigencia legalmente establecida.

### 3.21. Científico no-jurídico

No se trata estrictamente de un argumento jurídico dado que su objeto lo constituye información proporcionada desde afuera del derecho y con el aval que proporciona alguna disciplina científica, no obstante ello, su juridicidad es claramente accidental en función de que es usado por los juristas y a los fines de resolver un problema de esa índole. Pensemos en las demanda de filiación cuando se trae a colación el informe de compatibilidad aportado al proceso como justificativo de acoger dicha acción, en la pericia que determina una enfermedad o en la que establece el nivel de ruido ambiente en un establecimiento industrial.

### 3.22. *Empírico, Probatorio o Fáctico*

Aparece cuando se aduce como argumento el material probatorio acumulado, como por ejemplo testimonios, documentos, etc., y si bien en un sentido amplio tendríamos que incluir aquí las pericias, pensamos que cuando estas tienen un valor definitorio (por ejemplo pruebas de ADN) pasaría al tipo de argumento anterior. El discurso del abogado y del juez necesariamente se nutre de argumentos tomados de la prueba incorporada al proceso, pero también este argumento se hace presente cuando se apela a máximas de experiencias o presunciones *hominis*. En definitiva, este argumento resulta imprescindible para la justificación de las premisas o enunciados fácticos que forman parte del discurso jurídico.

### 3.23. *Conceptual o Definicional*

Es el argumento que consiste en definir un cierto término y a partir de esa definición se argumenta para establecer o proponer una determinada solución. Somos conscientes que hablando en un sentido estricto este argumento puede ser absorbido por el argumento lingüístico o el autoritativo, sin embargo, dado la relevancia que tienen las definiciones y los conceptos en el derecho nos parece que es conveniente su señalamiento separado. Recordemos que Alchourrón y Bulygin, entre los distintos elementos que reconocen en un sistema jurídico, están precisamente los “enunciados no normativos pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados”, y el ejemplo más importante lo constituyen las “definiciones o postulados de significación”.

### 3.24. *Pragmático*

Si quisiéramos vincularlo al modelo decimonónico este argumento se conecta con las tesis comprendidas dentro del postulado del legislador racional de que éste no hace regulaciones inútiles o ineficaces, por ende, debe favorecerse que lo dispuesto efectivamente rija o se aplique. Debemos confesar nuestras propias dudas al incluir expresamente este argumento dado que pensamos que fácilmente se puede considerar incluido en algunos de los ya considerados o funciona

subsidiariamente de otros, es que en definitiva, se privilegian las alternativas de facilitar la operatividad de la regulación en la medida que ella resulte valiosa (en Perelman aparece fuertemente conectado con el argumento consecuencialista).

#### 4. CONCLUSIÓN

El trabajo del jurista de hacer conocer la respuesta jurídica se pretendía que en el marco del Estado de Derecho Legal se prestara por medio de la interpretación jurídica (desentrañamiento del sentido por los métodos interpretativos y silogismo aplicativo), pero en el marco del Estado de Derecho Constitucional ese trabajo supone que habitualmente hay más de una respuesta jurídica válida y disponible en el derecho vigente, por lo que el jurista debe escoger una de ellas y argumentar en favor de la misma. De ahí la relevancia de estudiar los argumentos idóneos para ese esfuerzo justificatorio, pudiendo comprobarse que los viejos métodos interpretativos se han convertidos en argumentos, aunque ya no limitados a la letra de la ley, sino como avalando o justificando premisas o enunciados constitutivos del razonamiento jurídico.



# XIII. Un concepto de validez jurídica funcional para el *rule of law*

## 1. ANTECEDENTES E IMPORTANCIA

La teoría jurídica, en general, reconoce que el concepto de validez que usan los juristas es altamente ambiguo<sup>1</sup>, pero también ella destaca su relevancia y significación, atento a que el mismo concepto del derecho conlleva alguna explicación en relación con su validez. Es cierto que será con Kelsen cuando el tema adquiere importancia y decisividad, dado que “con la palabra ‘validez’ designamos la existencia específica de una norma”<sup>2</sup>. Más allá de aquella herencia iuspositivista recibida por los juristas en general al referirse a la validez, el término ha quedado incorporado al lenguaje de los mismos —teóricos y prácticos—, a punto, que cualquier teoría jurídica integral requiere afrontar la respuesta sobre la pregunta en torno a la validez e invalidez jurídica, la que en definitiva, en nuestra opinión coincide en responder si la norma existe y obliga.

Quizás, un modo elocuente de acreditar la relevancia actual del concepto de validez, es apelar a la autoridad de Robert Alexy cuando señala: “A los tres elementos del concepto de derecho: la eficacia social, la corrección material y la legalidad conforme con el ordenamiento corresponden tres conceptos de validez: el sociológico, el ético y el jurídico”<sup>3</sup>. Pero también la jurisprudencia es rica y variada en proyectar una noción de validez jurídica a las diferentes normas (estatales o particulares, individuales o generales) en orden a conservarlas o suprimirlas (más allá de denominaciones) del derecho vigente.

---

<sup>1</sup> De validez también se habla en otros campos, así, Ferrater Mora distingue a la validez como un vocablo epistemológico, lógico y metafísico; en *Diccionario de Filosofía*, Alianza, Madrid, 1981, pp. 3371 y 3372.

<sup>2</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, UNAM, México, 2000, p. 23.

<sup>3</sup> Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 87. Esa triple dimensión de la validez también se encuentra en Wroblewski, J., “Tre concetti di validita”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1982, 1, pp. 584-595.

## 2. UN CONCEPTO DE VALIDEZ JURÍDICA

Frente al panorama precedente y sucintamente descripto, se impone establecer el significado que le daremos en el campo del derecho al término “validez”. Para ello recurriremos a una noción que remite a la “justificación de las normas”, y que Nino reconoce como “prevaleciente en la filosofía jurídica tradicional”<sup>4</sup>. Más aún, el profesor argentino explicita e insiste:

predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma en particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar... Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o de una norma, esto equivale a negar su existencia [...] el significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas<sup>5</sup>.

Quizás lo notable es que Nino adscribe dicha noción de validez a Kelsen<sup>6</sup>, pero no es éste el problema que nos proponemos ahora tratar, pues nuestro propósito se dirigirá a avalar y desarrollar esa definición normativa de validez que se identifica con su justificación, y que sorprendentemente no parece que la doctrina jurídica le haya prestado toda la atención que se merece. Una excepción importante, aunque con escasa atención doctrinaria, es la de Sergio Cotta, quien en su libro *Justificación y obligatoriedad de las normas*, publicado a comienzos de la década de 1980, y en su prólogo a la edición española precisa:

Una obediencia consciente a la ley proviene del reconocimiento, no ya de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad y esta no puede imponerse

---

<sup>4</sup> Nino C.S., *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 7.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 8.

<sup>6</sup> Algo similar opina Raz cuando identifica a Kelsen con los iusnaturalistas al proclamar una “normatividad justificada”; en “Kelsen’s Theory of The Basic Norm” en *The authority of Law*, Oxford University Press, 1979, p. 137; y en “Social Rules and Legal Theory”, *Yale Law Journal*, 81, 1972. También Ross acusa a Kelsen de concluir en un deber moral de obedecer el derecho, en “El concepto de validez...”, *op. cit.*, Bulygin reconoce que la noción kelseniana de validez como fuerza obligatoria es incompatible con su programa positivista (cfr. “Validez y eficacia del derecho”, en H. Kelsen-E. y Bulygin-R. Walter, *La validez del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 110).

sino que se demuestra mediante un proceso riguroso de justificación. De ese modo, la ley vuelve a adquirir su carácter humano de acto de razón, pero de una razón cuyo criterio de verdad está en la naturaleza específica del hombre<sup>7</sup>.

### 3. RESPALDO DOCTRINARIO: EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO NO-POSITIVISTA

En orden a respaldar la íntima conexión entre un concepto de validez jurídica centrado en la normatividad justificada racionalmente, es evidente que podemos recurrir a la escuela del realismo jurídico clásico pero también a autores neoconstitucionalistas como la teoría discursiva no-positivista de Robert Alexy. Ambas reconocen que el derecho queda conectado esencial y necesariamente con la razón práctica, por lo que si junto a la pretensión de hacer nacer al derecho se incurre en una violación evidente de las exigencias puestas por aquella, se abortará ese propósito<sup>8</sup>.

En la visión aristotélica tomista la razón práctica es regla y medida del obrar, por eso “la moral es la ciencia que enseña a los hombres a guiarse por la razón”<sup>9</sup> y “los preceptos morales son conformes con la naturaleza humana porque son requerimientos de la razón natural”<sup>10</sup>, por eso “las virtudes [...] son conforme con la naturaleza humana en la medida en que están de acuerdo con la razón; los vicios son contrarios a la naturaleza humana en la medida en que son contra-

---

<sup>7</sup> Cotta, S., *Justificación y obligatoriedad de la norma*, trad. A. Fernández Galiano, Ceura, Madrid, 1987, p. XIV.

<sup>8</sup> Bernal Pulido, C., concluye: “las tesis de Alexy retoman las banderas de la teoría del derecho natural, tal como las postularan Tomás de Aquino o los clásicos de la Escuela de Salamanca, y en tiempos más recientes autores como John Finnis en Oxford”, en “Estudio Introductorio. La tesis de la doble naturaleza del derecho de Robert Alexy”, en *La doble dimensión del Derecho*, Palestra, Lima, 2011, p. 25.

<sup>9</sup> Tomás De Aquino “*Scientia moralis docet hominis sit bona ex hoc quod et secundum rationem ractam...*”: Comm. Eth. L. 2, lec. 2; y Lachance, L., *El concepto del derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, trad. de Fernando N. A., Cuevillas, Buenos Aires, 1953, p. 111.

<sup>10</sup> Aquino, Tomás de, *Scriptum Super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis*, IV, d.2, q.1, a.4, sol.1 ad 2.

rios al orden de lo razonable”<sup>11</sup>. La ley (o sea el derecho, o mejor, la norma jurídica) está indisolublemente asociada a la razón, así claramente lo dice Aquino: “la ley es algo propio de la razón”<sup>12</sup>, en tanto ella es “regla y medida de los actos humanos”, de ahí su conocida definición: “La ley no es más que una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”<sup>13</sup>. La norma jurídica en la visión tomista es “*rationis ordinatio*”, y ella remite a “la comunidad o a la persona pública que tiene el cuidado de la comunidad”, pues “la fuerza coactiva la tiene únicamente la comunidad o la persona pública a la que pertenece infringir penas”<sup>14</sup>. En plena sintonía con esas enseñanzas, Francesco Olgiatti concluye: “decir que el derecho debe tener una justificación, equivale a afirmar que la primera nota esencial de la juridicidad es la racionalidad (lo irracional —como una banda de malhechores— es antijurídico)”, y “El derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectam rationem*”<sup>15</sup>. Giuseppe Graneris, desde la misma escuela del realismo jurídico clásico, afirma de mil maneras la imposibilidad de que haya derecho donde no hay razón<sup>16</sup>.

La nueva escuela anglosajona de derecho natural, en autores como J. Finnis o R.P. George<sup>17</sup>, insiste que la actuación humana como natural o antinatural se deriva de su carácter razonable o irrazonable. Específicamente, el profesor de Oxford mencionado afirma:

El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad... El bien del ser humano consiste en estar

---

<sup>11</sup> Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, I-II, q.71, a.2.

<sup>12</sup> *Ibidem*, a.1.

<sup>13</sup> *Ibidem*, a.4.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> Olgiatti, F., *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, trad. de Dioriki, Eunsá, 1977, pp. 51 y 339.

<sup>16</sup> Cfr. Graneris G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. de Celina Ana Lértola Mendoza, Eudeba, Buenos Aires, 1973, p. 90. Otro testimonio de la intrínseca relación entre racionalidad y lo justo es Spaemann, R., *Lo natural y lo racional*, trad. de Daniel Innerarity y Javier Olmo, Rialp, Madrid, 1989.

<sup>17</sup> Cfr. Finnis J., *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1988, pp. 90-94 y George, R. P., “Kelsen y Santo Tomás sobre la doctrina de la ley natural”, trad. de Caridad Velarde, *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, t. 42 (2000), p. 67.

conforme con la razón, y el mal humano insiste 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<sup>18</sup>.

Dentro de los autores neoconstitucionales actuales, nos parece evidente que uno de los que más empeño y ambición ha puesto para reconciliar la razón con el derecho es Robert Alexy. Es tesis central del profesor de Kiel: “El discurso necesita del Derecho para alcanzar realidad, y el Derecho necesita del discurso para lograr legitimidad”, que incluye: “La teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia”<sup>19</sup>. El camino teórico para alcanzar aquellas conclusiones, parte de la “pretensión de corrección” de quienes formulan y actúan en el derecho, creándolo, interpretándolo, aplicándolo o ejecutándolo (paradigmáticamente el legislador y el juez), y así, incorporan afirmaciones que conllevan implícita y necesariamente que las mismas son material y procedimentalmente “correctas”. El segundo paso es que esa pretensión incluye una “pretensión de fundamentabilidad”, y aquí se cuenta con la “teoría del discurso práctico general” que posibilita por medio de un procedimiento de “argumentación práctica racional” alcanzar respuestas o normas correctas o verdaderas; en palabras del profesor alemán:

La teoría del discurso en una teoría procedimental de razón práctica. Conforme a ella, una proposición práctica o normativa es correcta (o verdadera) si y solo si ella es el resultado de un discurso práctico racional. Las condiciones de racionalidad discursiva pueden resumirse en un sistema de principios, reglas y formas del discurso práctico general. Este sistema comprende reglas que exigen la no-contradicción, claridad lingüística, fiabilidad de las premisas empíricas, ciertas consideraciones acerca de las consecuencias, la ponderación, la universalidad y la génesis de las convicciones normativas. Su núcleo procedimental está constituido por reglas que garantizan la libertad y la igualdad en el discurso. Estas reglas asegu-

---

<sup>18</sup> Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego Sanchez, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 69.

<sup>19</sup> Alexy, R., “La institucionalización de la razón”, trad. de José Antonio Seone, *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, núm. 43, 2000, pp. 237-238.

ran a cada individuo el derecho de participar en el discurso, así como el derecho a cuestionar o defender cualquiera de sus propias afirmaciones<sup>20</sup>.

El derecho creado desde el discurso práctico no puede pretender solo normas que permitan resolver todos los casos mediante subsunción, dado la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de antinomias, la ausencia de normas y normas que imponen soluciones absolutamente incorrectas o injustas; esos inconvenientes suscitan en la teoría no-positivista de Alexy “una apertura necesaria del derecho” que implica: el argumento de los principios y la tesis del caso especial. La pretensión de corrección conduce —según Alexy— a que los principios, que constituyen las razones para crear tanto las reglas antiguas como las nuevas, sean incorporados al concepto de Derecho,

la pretensión de corrección exige que los principios morales que han de ser tomados en consideración por el Derecho sean correctos. Así, la corrección jurídica incluye elementos de corrección moral [...] Si la pretensión de corrección debe ser satisfecha, tal satisfacción debe ser una argumentación moral racional<sup>21</sup>.

La tesis del “caso especial” dice que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, pues ambos tratan sobre lo que está ordenado, prohibido o permitido, pero el discurso jurídico no refiere a lo “absolutamente correcto sino a lo que es correcto en el marco de un sistema jurídico concreto”<sup>22</sup>, por ende, la argumentación jurídica está vinculada a la ley, al precedente y a la ciencia jurídica, y si en ellas está la respuesta fijada claramente y “no existen serias dudas en el aspecto de la corrección material, el caso será resuelto únicamente mediante lo autoritativo e institucional”<sup>23</sup>.

En síntesis, en la ambiciosa teoría alexyana el derecho es “institucionalización de la razón”, que implica para todas las normas jurídicas sujetarlas a la pretensión de corrección y auspiciar como matriz de las mismas el discurso práctico argumentativo (en el que caben

---

<sup>20</sup> Alexy, R., *La doble naturaleza del derecho*, trad. de Jorge Alexander Portocarre-ro, Palestra, Lima, 2011, p. 39.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 245 y ss.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 248.

<sup>23</sup> *Idem*.

argumentos morales, éticos y pragmáticos)<sup>24</sup>, este conlleva opciones discursivamente imposibles (por ej., la esclavitud) y opciones necesarias en el discurso (por ej. los derechos humanos). Concluyamos con Alexy que una norma o un sistema normativo que no formule explícita o implícitamente una pretensión de corrección no pertenecen al derecho.

#### 4. LAS TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Sin duda que las actuales teorías de la argumentación jurídica han contribuido a superar la noción de validez jurídica asimilada a corroborar las formas de la creación normativa sin introducirse en cuestiones valorativas. Esa recuperación de la razón práctica en la operatividad del derecho por parte de los juristas, no solo implica rehabilitar al realismo jurídico clásico, sino reconocer que habitualmente en los casos jurídicos a resolver, el operador del derecho encuentra más de una respuesta jurídica (explícita o implícita) y lo que debe hacer es elegir la mejor y dar razones o argumentos que la respalden. En definitiva, los juristas no se ocupan de “desentrañar el sentido de una norma jurídica” y aplicarla silogísticamente a un caso, más bien, su esfuerzo es brindar y ajustar la respuesta obtenida racionalmente, mostrando a los destinatarios esas razones que justifican a la misma.

Coincidimos con Alexy que una mirada sobre el derecho vigente reducida al derecho contenido en las reglas y los principios equivale a una visión estática o fotográfica, porque lo que se necesita es ver ese derecho en movimiento y éste coincide centralmente con la teoría de la interpretación, o mejor, argumentación jurídica. Por supuesto que en respaldo de esa razón práctica —prudencial o ponderativa— pueden venir Aristóteles (el realismo jurídico clásico) o Kant (Alexy y buena parte de los neoconstitucionalistas no-positivistas), pero lo decisivo es volver a confiar en la razón y no quedarnos con la voluntad.

Advierte Atienza que “la práctica del Derecho —especialmente en los Derechos del Estado Constitucional— parece consistir de manera relevante en argumentar”, y ello responde —entre otras causas— a

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 249.

que en “la sociedad contemporánea hemos asistido a una pérdida de importancia de la autoridad y de la tradición como fuentes de legitimación del poder; en su lugar se ha impuesto el consentimiento de los afectados, la democracia; pero la democracia —sobre todo, la democracia deliberativa, la que no se identifica simplemente con la ley de la mayoría— exige “ciudadanos capaces de argumentar racional y competente en relación con las acciones y las decisiones de la vida en común”<sup>25</sup>. El actual juez del Tribunal Constitucional y catedrático de Filosofía del Derecho, Andrés Ollero, concluye:

Se quiera o no, esta rehabilitación de la razón práctica lleva consigo una recuperación del clásico derecho natural. Por más que el dualismo derecho-ley resucitara en la posguerra mundial, no aportaba nada muy distinto de lo ya diagnosticado siglos antes por Tomás de Aquino: “que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho”. Se ha decidido pues abandonar el voluntarismo jurídico para reabrir paso a una clásica querencia cognoscitivista. Todas las normas que integran el ordenamiento han de ser razonablemente interpretadas del modo más favorable para unos derechos, que ellas no logran por sí solas explicitar pero que la Constitución ampara y garantiza<sup>26</sup>.

El campo de la argumentación constitucional ha sido un terreno muy fértil para asimilar nociones normativas de validez, en las que necesariamente aparece la exigencia de justificación racional. Al respecto, está fuera de discusión que los Tribunales Constitucionales europeos y latinoamericanos, como los Tribunales supranacionales de derechos humanos que fueron creándose a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, han encontrado en la jurisprudencia constitucional norteamericana una fuente importante de inspiración y seguimiento. Precisamente en este ámbito se generó, a través de autores como Thayer y Bickel la tesis de vincular constitucionalidad y racionalidad, por eso Enrique Alonso García señala:

Existen, sin embargo, determinados preceptos constitucionales en que la razonabilidad o racionalidad se convierte en el parámetro por excelencia del examen de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de actos o normas [...] El test de la razonabilidad se ha convertido, pues, en el instrumento interpretativo clásico de gran parte de los derechos funda-

<sup>25</sup> Atienza, M., *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 21.

<sup>26</sup> Ollero, A., *El derecho en teoría*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007, p. 254.

mentales [...] Se trata ahora de la racionalidad no como equivalente a la ausencia de duda, sino como equivalente a la necesidad de que la ley sea razonable<sup>27</sup>.

Cualquier caso jurídico de relevancia encierra explícita o implícitamente un conflicto de valores, principios o derechos humanos, que requiere un discernimiento racional en respeto de los mismos derechos humanos.

En este esfuerzo contemporáneo y en sintonía con el Estado de Derecho Constitucional, nos parece interesante el trabajo de Atienza en relación con la racionalidad de la ley afirmando: “lo que parece indiscutible es que, en la actual cultura jurídica, la problemática de la racionalidad de la legislación no solo es una cuestión abordable, sino que podría decirse que constituye incluso uno de sus rasgos más típicos” y luego de reconocer que el interés por los estudios sobre la legislación se remontan a la década de 1970, destaca “que el actual auge de este tipo de estudios [...] se conecta sin duda con la crisis de la legislación que, a su vez, es un aspecto de la crisis del Estado de Bienestar y, más en general, de la crisis social y civilizatoria de este final del milenio”<sup>28</sup>. En definitiva, el catedrático de Alicante identifica cinco tipos o niveles de racionalidad: racionalidad comunicativa o lingüística, racionalidad jurídica-formal o sistémica, racionalidad pragmática (procura que los destinatarios cumplan la ley), racionalidad teleológica (que la ley alcance los fines) y racionalidad ética (las conductas y los fines presuponen valores susceptibles de justificación ética). En Alexy el derecho no solo puede ser visto como la institucionalización de la razón práctica<sup>29</sup>, sino que “el constitucionalismo democrático o discursivo es la forma política de la institucionalización de la razón”<sup>30</sup>. En el ámbito de la

---

<sup>27</sup> Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 204-205. También Aharon Barak ha destacado la decisividad que encierra en la actuación del control constitucional la “zona de razonabilidad”; cfr. “A judge on Judging: The Role of a Supreme Court in Democracy”, *Harvard Law Review*, 2002.

<sup>28</sup> Atienza, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 95.

<sup>29</sup> Cfr. Alexy, R., *La institucionalización de la razón*, *op. cit.*

<sup>30</sup> Alexy, R., “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años”, trad. de Jorge Alexander Portocarrero, en *La doble dimensión del Derecho*, *op. cit.*, p. 46.

teoría jurídica continental europea las teorías de la argumentación han contribuido decididamente a reclamar la racionalidad justificatoria en las decisiones judiciales, pero de lo que se trata es de extender aquella pretensión a todas las normas, especialmente a las legales, superando el decimonónico dogma del legislador racional”, lo que ahora nos interesa —digamos con Ezquiaga— “es la decisión productora del derecho propia del legislador ha de ser una decisión justificada, ya que la producción de derecho se concibe en nuestra cultura jurídica como una actividad racional orientada hacia objetivos”<sup>31</sup>.

En definitiva, esta recuperación de la razón al campo de la creación y aplicación del Derecho supone de algún modo reivindicar el viejo *Rule of Law* como gobierno de la ley o la razón frente al gobierno de los hombres (Aristóteles: “Es preferible que mande la ley antes que uno cualquiera de los ciudadanos... La ley es, por tanto, razón sin deseo”<sup>32</sup>). Se trata no solo de exigencias formales (al modo de Raz<sup>33</sup> o Fuller<sup>34</sup>), sino también sustanciales como lo subraya F. Viola: “los principios de justicia natural, la composición de, y la accesibilidad a, las cortes de justicia, la argumentación jurídica como forma de argumentación pública, los poderes de revisión del juez, son hoy elementos del *rule of law* bastante más importantes que las características generales de las leyes”<sup>35</sup>.

## 5. REQUISITOS DE LA VALIDEZ JURÍDICA O DE LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LA NORMA JURÍDICA

Insistamos que la “normatividad justificada” instala a la norma en el campo del derecho gracias a la racionalidad que exhiben los argumentos o razones que la respaldan o justifican. Ello guarda sintonía con el lenguaje filosófico en tanto —para W. Brugger— en ese terreno

<sup>31</sup> Ezquiaga, F. J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, *Isonomía*, núm. 1, 1994, p. 70.

<sup>32</sup> Aristóteles, *Política*, III, 16, 1287 a.

<sup>33</sup> Raz, J., “The Rule of Law and its Virtue”, en *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.

<sup>34</sup> Fuller, L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969.

<sup>35</sup> Viola, F., “Il Rule of Law e il concetto di diritto”, *Ragion Pratica*, núm. 30, p. 163.

la validez alude a una existencia justificada y no meramente existente de hecho<sup>36</sup>. Por supuesto, que el subsiguiente problema es especificar cuáles son esas exigencias racionales que debe satisfacer la norma como para concluir su validez o justificación. La aparición en el derecho de una norma requiere someterla a un test de validez variado que en nuestra propuesta transitará por diez ámbitos<sup>37</sup> específicos y uno más de carácter genérico, integral y final, por eso pasemos ahora a esos requisitos.

### 5.1. Racionalidad orgánica (RO)

En primer lugar, tenemos la racionalidad que conlleva que la norma sea dictada por el órgano que tiene competencia para ello. Desde una mirada gnoseológica clásica, se insiste que la razón práctica tiene por objeto las conductas humanas a los fines de dirigir las poniendo reglas y medidas en las mismas, lo cual implica imponerle un orden que necesariamente incluye en el campo del orden social-político asignar competencias a las diferentes autoridades, y entre ellas establecer aquellos que dictarán reglas jurídicas —generales e individuales— que definirán derechos y deberes. Precisamente, conspiraría contra el más elemental y racional orden jurídico que cualquiera pudiera dictar la regla que quisiera, sea en relación con destinatarios, a la materia, al espacio, al tiempo o a la jerarquía; pues en ese marco no hay ninguna posibilidad de saber qué es lo que puedo, debo o tengo prohibido hacer. Por supuesto que esta dimensión de la validez aparece también asumida ortodoxamente por la teoría pura en tanto dentro de la creación dinámica y escalonada del orden jurídico, la validez de cada norma se funda en la norma superior que determina la forma de producir a esa norma inferior: “una norma vale en tanto y en la medida en que ha sido producida en la forma determinada por otra norma, esta última configura el fundamento inmediato de validez de la primera”<sup>38</sup>. La

---

<sup>36</sup> Brugger, W., *Diccionario de Filosofía*, trad. de J. M. Vélez Cantarell, Herder, Barcelona, 1978, p. 523.

<sup>37</sup> Summers habla de “tests of validity”, identificando cinco tipos: 1. “source-oriented”; 2. “content-oriented”; 3. “process-oriented”; 4. “acceptance-oriented”; y 5. “effectiveness-oriented”, en “Towards a Better General Theory of Legal Validity”, *Rechtstheorie*, núm. 16, Band, Heft 1, 1985, pp. 65-83.

<sup>38</sup> Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, *op. cit.*, p. 232.

doctrina se ha encargado de reconocer que en el derecho hay normas de conductas, pero también normas organizativas (o constitutivas) que asignan poder (*power-conferring rules*). Esta racionalidad orgánica (RO) no ofrece mayores debates, e incluso en el esquema de las causales de la injusticia que por ejemplo nos propone Tomás de Aquino o Finnis<sup>39</sup> se incluye precisamente entre ellas, el supuesto que la norma haya sido dictada por quien no tenía competencia a esos fines. Un interesante problema vinculado con la competencia jurígena trata Aquino cuando luego de afirmar que “el poder de legislar es exclusivo de la comunidad o de quien la representa”<sup>40</sup>, se plantea la pregunta de si es posible que una costumbre tenga fuerza para “abolir” a una ley, y la respuesta positiva se justifica dado que “el consentimiento de todo el pueblo, expresado por una costumbre, vale más en lo que toca a la práctica de una cosa que la autoridad del soberano, que tiene facultad de dictar leyes solo en cuanto representante de la multitud”<sup>41</sup>, aunque esa conclusión no contradice la naturaleza racional del derecho porque “es manifiesto que, cuando se repite algo con mucha frecuencia, procede de un deliberado juicio de la razón”<sup>42</sup>. Es evidente, y por ello no es necesario más consideraciones, que es absolutamente irracional exigirle a alguien que cumpla la orden de alguien que carece de competencia para ello.

## 5.2. Racionalidad Procedimental (RP)

En segundo lugar, está la “racionalidad procedimental”(RP) que supone que la norma válida es aquella que surge al cabo del proceso que se ha previsto para su creación. Está claro que teorías como la de Alexy han subrayado la importancia decisiva en esa racionalidad: “una norma es correcta, y por lo tanto válida, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, a saber el de un discurso práctico racional”<sup>43</sup>, y si bien esa afirmación corresponde no

---

<sup>39</sup> Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 380.

<sup>40</sup> Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, I-II, q.90, a.3.

<sup>41</sup> *Ibidem*, S.T.I-II, q.97, a.3.

<sup>42</sup> *Idem*.

<sup>43</sup> Alexy, R., “Ley fundamental y teoría del discurso”, trad. de Daniel Oliver-Lalana, en Nancy Cardinaux, Laura Clérico y Aníbal D’Auria (coords.), *Las razones de la producción del derecho*, Facultad de Derecho-UBA, Buenos Aires, 2006, p. 19.

estrictamente al plano jurídico, recordemos que en la visión alexyana el discurso jurídico es “un caso especial” del discurso práctico, por ende, se hacen presente en el mismo las 28 reglas que garantizan la racionalidad del diálogo, aunque limitadas las exigencias contenidas en aquellas por la ley, la ciencia jurídica, la jurisprudencia y el derecho procesal. De todas maneras, también resulta claro que es posible juzgar acerca de la racionalidad de una norma en función del procedimiento que se ha seguido para su formulación, y ello resulta central en la filosofía del derecho de Michel Villey dado que ella se ocupa, por un lado, del problema ontológico o del fin del derecho, y por otro lado, de “los medios: de los caminos que se han de seguir para hallar el justo reparto, para inventar la solución de derecho”<sup>44</sup>. Este camino que posibilita que nazca el derecho es para Villey la dialéctica con sus reglas formales o procedimentales, las que sintéticamente incluyen: *ponere causam* (el caso en el que hay que decir el derecho), el diálogo en el que se confrontan las posiciones y las definiciones o conclusiones jurídicas. El derecho como resultado de la razón no puede establecerse de cualquier manera, por eso hay caminos fijados por la razón para alcanzarlo y caminos rechazados por su imposibilidad de respaldarse con razones justificatorias. La razón práctica no solo se ocupa de definiciones sustanciales, sino también define procedimientos o métodos, y ello claramente se visibiliza en la teoría de Finnis atento a que su razón práctica no solo tiene por objeto sustancial los bienes humanos básicos, también resulta procedente vincular dicha razón práctica a las nueve exigencias de la razonabilidad práctica previstas por Finnis, las que en definitiva “expresan ‘el método de la ley natural’ para elaborar la ‘ley natural’ (moral) a partir de los primeros principios ‘principios de la ley natural’ (premorales)... versan sobre los tipos de razones por las que (y de este modo las formas en que) hay cosas que moralmente (no) deben hacerse”<sup>45</sup>. En esta racionalidad está implícita que hay procedimientos o modos mejores y peores para elaborar una norma, y, por ende, también están aquellos que carecen de toda racionalidad, lo que afecta normalmente también a su resultado creativo.

---

<sup>44</sup> Villey, M., *Compendio de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 25.

<sup>45</sup> Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, op. cit., p. 134.

### 5.3. Racionalidad Sistémica (RSt)

En tercer lugar, el destino de la norma es integrarse junto a otras normas, de manera de componer un ordenamiento o sistema jurídico. Si bien esta “racionalidad sistémica” (RSt) nos instala en la teoría jurídica contemporánea, en tanto el antecedente puede ser la obra “Sistema de derecho romano actual” de Savigni, es cierto que el derecho actual presenta una amplitud y densidad que obliga a computar y reclamar desde la racionalidad su necesaria coherencia y consistencia. Tanto Raz, MacCormick o Alchourrón y Bulygin han desarrollado sendos aportes como para que el derecho se presente al jurista con la indispensable sistematicidad, con unidad, completitud, jerarquía, economía y coherencia. En definitiva, la pretensión del derecho de guiar racionalmente conductas se erosiona sensiblemente si el destinatario del mismo se enfrenta con normas que pretenden conductas contradictorias o que remiten a valores o fines igualmente contradictorios. De ese modo la teoría reconoce un problema racional cuando identifica antinomias, y consiguientemente, propone criterios diversos orientados a la solución racional de las mismas, vía la jerarquía, la temporalidad, la especialidad, la competencia, el valor, etc. En la propuesta post-positivista de MacCormick además de las razones sustantivas propias de la argumentación práctica, reconoce ya en el campo jurídico a los argumentos interpretativos, y entre estos se destacan los argumentos sistémicos:

En los dilemas interpretativos, recurrir a la argumentación sistémica muestra una consideración especial por esta cualidad general de coherencia racional e inteligibilidad en el derecho. Involucra la imposición de un principio superior de racionalidad en la realidad institucional del derecho<sup>46</sup>.

Es evidente que imaginarnos un ordenamiento normativo en donde se detecten contradicciones, ello resulta un obstáculo elemental a la comprensión racional. El análisis de Ezquiaga<sup>47</sup> en torno al argumen-

---

<sup>46</sup> MacCormick, N., “Argumentación e interpretación en el Derecho”, trad. de Jorge Luis Fabra Zamora y Laura Sofía Guevara, *DOXA*, núm. 33, 2010, p. 73.

<sup>47</sup> Ezquiaga, F.J., “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”, en Rodolfo Vázquez (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2003, pp. 178-181

to sistemático especialmente en torno a la ley, incluye los argumentos: *a cohaerentia* (enfrenta la incompatibilidad entre normas), *sedes materiae* (apela al contexto normativo o localización topográfica de la norma para clarificar su significado), *a rúbrica* (utiliza el título en el que está la norma en cuestión para precisar su significado) y el sistemático en sentido estricto (para la atribución de significado se tiene en cuenta el contenido de las otras normas). Si institucionalmente el derecho pretende ser un orden racional no puede tolerar mandatos contradictorios, y también debe definir modos de creación que reduzcan el margen para la existencias de dichas antinomias. Desde una perspectiva realista clásica Kalinowski en su *Introducción a la lógica jurídica* se ha encargado de escribir:

el derecho es (o por lo menos debe ser) una regla de conducta dictada por la razón. Toda norma jurídica exige por tanto, como toda proposición sostenida por un jurista, ser racionalmente justificada. Los medios de justificación racional de las normas son análogos a los que utilizan los juristas para justificar el carácter racional y el valor de verdad o probabilidad de sus enunciados teóricos. Existen, efectivamente, normas jurídicas evidentes y no-evidentes. Las primeras se justifican racionalmente por su evidencia analítica... Las normas jurídicas no evidentes tienen su justificación racional en una prueba. Existen dos categoría de pruebas de lo racionalmente bien fundado de las normas jurídicas no evidentes, así como hay dos grupos de pruebas jurídicas en materia de proposiciones no-normativas del jurista. Unas son proporcionadas por la lógica: son los racionios deductivos deónticos, regidos por las reglas lógicas que se fundan en las leyes de las normas. Las otras son propias del derecho. Una norma jurídica no-evidente puede ser válida no en virtud de su carácter de conclusión deductiva normativa, sino porque es dictada por aquel a quien una norma jurídica, racionalmente justificada y por este hecho en vigor, confiere un poder legislativo del que hace uso conforme al alcance de la delegación recibida<sup>48</sup>.

#### 5.4. Racionalidad Lógica-Lingüística (RLL)

En cuarto lugar, corresponde reclamar a la norma misma la posibilidad efectiva de su comprensión, de lo contrario resultaría irracional pretender que el destinatario la cumpla. Esta racionalidad básicamen-

---

<sup>48</sup> Kalinowski, G., *Introducción a la lógica jurídica*, trad. de J.A. Casaubón, Eudeba, Buenos Aires, 1973, p. 162.

te lógica-lingüística (RLL), se conecta al respeto de los principios y reglas de la lógica, como también al seguimiento de las convenciones lingüísticas a las que pertenece el destinatario, de manera que el mensaje normativo sea comprendido. Recordemos que las reglas alexyianas del discurso incluyen como reglas generales de la racionalidad: la ausencia de contradicción, la claridad lingüística y conceptual. Pero esta necesaria comprensión abarca claridad en la definición de la conducta prescripta, y a éste respecto, siguiendo a von Wright, recordemos algunos elementos constitutivos de las normas:

- A) carácter: si son de obligación, prohibición o permiso;
- B) contenido: qué comportamiento es el mandado, prohibido o permitido;
- C) condición de aplicación de la norma;
- D) sujeto destinatario; y
- E) ocasión espacial y temporal de aplicación, etc<sup>49</sup>.

Cualquier imprecisión u obscuridad relevante respecto a esos elementos impacta en la racionalidad de la norma y, consecuentemente, en su comprensión racional. Recordemos que Aquino se hace cargo de la definición de ley formulada por San Isidoro que entre otros requisitos incluye que debe ser “claramente expresada”, pero también subraya que “la promulgación es de la esencia de la ley” y consecuentemente concluye:

para que la ley adquiera fuerza obligatoria, que es lo propio de la ley, es necesaria su aplicación a los hombres que han de ser regulados conforme a ella. Tal aplicación se realiza cuando, mediante la promulgación, se pone en conocimiento de aquellos hombres... una vez promulgada, la conocen o pueden venir a conocimiento de ella por medio de otros<sup>50</sup>.

Sería absolutamente irracional exigirle a alguien que asuma las consecuencias del incumplimiento de una norma jurídica cuando ni siquiera se le brindó la posibilidad de conocerla o comprenderla dado que ella se expresa de manera ininteligible o en un lenguaje que igno-

---

<sup>49</sup> Cfr. Wright G., H. von, *Norm and Action (A Logical Enquiry)*, Routledge & Kegan Paul, Londres, pp. 70-92; y Laporta F. J., *El imperio de la ley*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 85-106.

<sup>50</sup> Aquino, Tomás de, *op. cit.*, I-II q. 90, a.4.

ra, o porque afirma y niega al mismo tiempo. Conforme a la referida racionalidad podemos leer en Atienza: "...una ley es irracional (o no es racional, o no plenamente racional) si y en la medida en que fracasa como acto de comunicación"<sup>51</sup>.

Este requisito de la racionalidad de la norma jurídica, como los anteriores, han recibido reiterada ratificación jurisprudencial, e incluso hay algunos ejemplos interesantes en relación con población indígena (por ejemplo en México) de invalidez por dictarse la norma en un lenguaje que no conocen los destinatarios.

### 5.5. Racionalidad Teleológica (RT)

En quinto lugar, la racionalidad se proyecta en el plano teleológico (RT) en tanto ella requiere que el fin procurado resulte avalado por el derecho en cuestión, y, sobre todo, que los medios contemplados en la norma resulten idóneos para alcanzar el fin propuesto. Esta RT también se hace presente cuando la norma pretende algún fin amparado por el derecho que se contrapone a otro fin igualmente protegido por el derecho. Pretender que se realice una cierta conducta porque ella promoverá o logrará cierto objetivo, pero si al mismo tiempo se constata que no existe conexión entre aquel medio y este fin, solo corresponde concluir que esa pretensión es irracional. También aquí podemos acudir a Alexy en relación con el subprincipio de "idoneidad" dentro del principio de "razonabilidad", y concluir con el profesor alemán que corresponde descalificar a la norma que escoge e impone un medio que no conduce al fin que se propone, más aún, uno de los ejemplos jurisprudenciales que trae en aval Alexy es la norma que requería de conocimientos comerciales especiales para instalar máquinas expendedoras de tabaco, la que es descalificada dado que ese requisito resulta irrelevante en orden al fin que dice proteger, o sea la salud de los consumidores. Aquino al avalar expresamente la definición de la ley tomada de San Isidoro, declara: "El fin de la ley humana es la utilidad de los hombres"<sup>52</sup>, por eso, un modo de la injusticia es cuando la ley no procura el bien común, como por ejemplo "cuando

---

<sup>51</sup> Atienza, M., *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 29.

<sup>52</sup> Aquino, Tomás de, *op. cit.*, I-II, q. 95, a.3.

un soberano impone leyes onerosas a sus súbditos mirando a la gloria y los interés propios más que la utilidad común”<sup>53</sup>. Pero además de esta finalidad intrínseca que tiene la norma jurídica, también puede concluirse en el esquema tomista acerca de cómo se interrelacionan razón y voluntad, que resultaría irracional la ley en donde los medios no guardan conexión con el fin valioso, es que:

la razón puede, ciertamente, ser movida por la voluntad, como queda dicho; pues, por lo mismo que la voluntad apetece el fin, la razón impera acerca de los medios que a él conducen. Sin embargo, para que la voluntad, al apeteer esos medios, tenga fuerza de ley, es necesario que ella misma sea regulada por la razón. Y así ha de entenderse que la voluntad del príncipe se constituye en ley. De otro modo, no sería ley, sino iniquidad<sup>54</sup>.

Al respecto, corresponde recordar que la prudencia en general, y la jurídica en particular, tiene por objeto establecer racionalmente, pero en concreto, los medios o la medida de las otras virtudes que deben ejecutarse. Es un principio metafísico que el fin tiene razón de principio, por ende, la actividad comienza racionalmente cuando se procura alcanzar un cierto objetivo, de modo que si se carece de finalidad propiamente no puede haber movimiento con sentido, y también se afecta la racionalidad cuando el movimiento no tiene posibilidad de alcanzar el fin declarado. En la causa “Dessy” la Corte Suprema argentina invalida un reglamento carcelario que facultaba a abrir las cartas enviadas por los reclusos, en base a que se intenta justificar el mismo apelando a que ese medio conducía a la re-socialización de los mismos.

### 5.6. *Racionalidad Científica (RC)*

En sexto lugar, la ley debe respetar y conformarse a aquellas verdades evidentes o que la ciencia tiene por acreditadas de manera categórica; pues, si se obliga o pretende situaciones o comportamientos reñidos con lo confirmado epistemológicamente en la realidad de las cosas, estará imponiéndose una exigencia irracional de imposible o muy oneroso e irracional cumplimiento. De algún modo, podríamos

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, q.96, a.4.

<sup>54</sup> *Ibidem*, q.90, a.1.

reconocer que esta validez o racionalidad científica (RC) aparece reconocido por Kelsen cuando afirma: “La norma que prescribiera algo que necesariamente, en razón de una ley natural, siempre y por doquier debe producirse, sería tan insensata como la norma que prescribiera algo que, en razón de una ley natural, de ninguna manera puede producirse”<sup>55</sup>. También aquí podemos recordar a Alexy dado que entre las veintiocho exigencias generales del argumentar práctico-racional se incluye “la verdad de las premisas empíricas utilizadas”<sup>56</sup>, pues en el terreno de la justificación externa del razonamiento jurídico está la necesidad de justificar premisas o enunciados empíricos recurriendo a las ciencias. Más allá de antecedentes y de los terrenos en donde funciona la justificación jurídica, no puede sostenerse la racionalidad de una norma cuando ella contradice verdades demostradas; es que en definitiva la racionalidad es una y, por ende cuando sabemos demostrativamente lo que son y no son las cosas, ello debe ser respetado por todo aquel que pretenda racionalidad en su discurso o mandato. La tesis pregonada por Taruffo específicamente desde el campo procesal que “la verdad es condición de la justicia” y que no hay dos verdades sino solo una (en base a la “teoría de la correspondencia”), puede extenderse para todo el campo del derecho. Desde los autismos epistemológicos y las voluntades configurativas podía negarse la obviedad que la verdad acreditada conlleva su respeto por la razón de todo jurista, pues el costo de su rechazo es caer en la irracionalidad. Por eso resulta criterio jurisprudencial consolidado, el invalidar una sentencia que decide apoyándose en falsedades o rechazando verdades acreditadas por la ciencia, así por ejemplo, cuando se decide una demanda de filiación en contradicción con la prueba del ADN.

### 5.7. Racionalidad Sociológica (RS)

En séptimo lugar, incluimos la exigencia para la ley que ella guarde relación con el *ethos* de la sociedad a la que regula. Esta validez o racionalidad sociológica (RS) la señala Tomás de Aquino cuando glosando la definición de la ley de San Isidoro destaca que la ley debe conformarse a las costumbres, porque de lo contrario ello no gene-

---

<sup>55</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 24.

<sup>56</sup> Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., p. 137.

rará los hábitos que pretende propios de un “buen ciudadano”, y lo que es peor, podría frustrar lo bueno posible o debilitar la autoridad *prima facie* que es conveniente que goce la ley. Aquí aparece la noción de “validez social” usada por Alexy, que a su criterio “es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia”<sup>57</sup>. Es funcional a la presente exigencia racional, apelar a la teoría de Aarnio de la “*rational acceptability of the audience*”<sup>58</sup> en tanto el discurso racional tiene los límites establecidos por la “forma de vida”. Vayamos una vez más a la palabra de Aquino, que siguiendo a San Isidoro ratifica que la ley debe ser “apropiada a las costumbres del país”, aclarando que la ley prevalece sobre la costumbre con la excepción de “aquellas leyes que no están en armonía con las tradiciones de la patria, porque esa armonía es una de las condiciones de la ley; es, en efecto, muy difícil desarraigat la costumbre de todo un pueblo”<sup>59</sup>. Esta correspondencia entre el mandato legal y la realidad social a la que se dirige, también queda reflejada cuando el Aquinate observa que así como un padre no manda a todos los hijos lo mismo, no resultaría racional que la norma jurídica exigiera lo mejor pero imposible, de ahí también que es doctrina tomista la “tolerancia al mal” desde la tesis que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno. Esta preocupación por ajustar el derecho a la sociedad y su *ethos* se hace presente en relación con el derecho indígena y sus complejas y dificultosas relaciones con el derecho estatal<sup>60</sup>. Es que el derecho procura cierta eficacia dado que resultaría irracional imponer conductas que en términos culturales se tornan impracticables o con un enorme costo personal. Por eso, una de las dimensiones de la validez o elemento del concepto de derecho reconocido por Alexy es la aludida eficacia social (con la salvedad que no adhiere a posiciones, como la de Ross, que reduce la validez a la vigencia social), y a ese respecto, se requiere el aporte de la sociología jurídica en orden a comprobar si la norma es obedecida o si se aplica

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>58</sup> Cfr. Aarnio, A., “On the validity, efficacy and acceptability of legal normas”, en *Objektivierung des Rechtsdenkens*, Duncker und Humblot, Berlín, 1984, pp. 427-438.

<sup>59</sup> Aquino, Tomás de, *op. cit.*, I-II, q.97, a.3.

<sup>60</sup> Cfr. Sagúes, N., *La interpretación judicial de la constitución*, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, México, 2013, cap. 13.

la sanción en caso de desobediencia. Por otro lado es claro que la desobediencia masiva de una norma terminará haciéndola desaparecer por vía del *desuetudo* o de la costumbre derogatoria o abrogatoria.

### 5.8. Racionalidad Axiológica (RA)

En octavo lugar, aparece la exigencia en relación con el contenido de la ley indicándole que no contradiga de modo grave la moral o la justicia. A esta racionalidad la podríamos llamar axiológica (RA) y ha sido defendida desde siempre por el realismo jurídico clásico, en tanto reclamar para el derecho que respete de algún modo la moral racional cuyo objeto son las conductas sociales, o más concretamente la justicia, dado que su fin es el bien común, y en aras de éste no prohíbe el derecho todas las conductas inmorales ni exige todas las morales (“La ley humana no prohíbe todos los vicios de los cuales se abstienen los virtuosos, sino solo los más graves, aquellos que la mayor parte de la multitud puede evitar; y sobre todo los que van en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría sostenerse”)<sup>61</sup>, y “la ley humana no prescribe lo concerniente a todos los actos de cada una de las virtudes, sino solamente aquellos que son referibles al bien común”<sup>62</sup>). Desde esa perspectiva puede suscribirse desde el realismo jurídico clásico la fórmula radbruchiana que ha defendido y divulgado Alexy que “la injusticia extrema no es derecho”, de ese modo no se exige una “correspondencia perfecta entre el derecho y la moral [...] solo cuando se traspasa el umbral de la injusticia intolerable cuando las normas, que han sido expedidas de manera apropiada y que son socialmente eficaces, pierden su validez”<sup>63</sup>. MacCormick en sintonía con las enseñanzas de Alexy admite que la creación del derecho conlleva implícitamente la pretensión de justicia o de corrección moral<sup>64</sup>. Aarnio comentando la tríada de la validez en Wroblewski, no duda en destacar como la más importante en orden

---

<sup>61</sup> Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, q.96, a.2.

<sup>62</sup> *Ibidem*, q.96, a.3

<sup>63</sup> Alexy, R., “En torno al concepto y la naturaleza del derecho” (2006), trad. de Carlos Bernal Pulido, en *El concepto y la naturaleza del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 75.

<sup>64</sup> Macormick N., *Institutions of Law*, Oxford University Press, 2007, 274 y ss.

a la justificación, precisamente a la “axiological validity” por sobre la “systemic validity” y la “factual validity”<sup>65</sup>. Manuel Atienza en su libro *El sentido del derecho* concluye: “Lo que da sentido al Derecho —y a ocuparse profesionalmente del Derecho— no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia”<sup>66</sup>. Esa racionalidad axiológica obliga a los operadores del derecho a escoger los mejores medios —axiológicamente hablando, y ello se refleja en la regla de necesidad de Alexy incluida en su regla de ponderación de principios que exige escoger la alternativa menos dañosa. En definitiva, el deber general e implícito que justifica a los juristas y a sus propuestas o mandatos es obtener la justicia por medio del derecho, y resulta absolutamente irracional ordenar o cumplir con aquello que es clara y gravemente injusto o disvalioso. Es doctrina pacífica de la Corte Suprema argentina que lo absurdo axiológicamente es inconstitucional (el Preámbulo incluye “afianzar la justicia”) y por esa vía se han abierto cuestionamientos procesales a la cosa juzgada (la llamada “irrita”) o se ha llegado habilitar un recurso extraordinario por “sentencia arbitraria”.

### 5.9. Racionalidad Fáctica (RF)

En noveno lugar, a los fines de la racionalidad de la norma y, por ende, de su justificación y obligatoriedad, corresponde incluir que lo exigido debe ser algo posible de cumplir por parte de sus destinatarios (RF: racionalidad fáctica). Aquino comentando la definición de ley de San Isidoro entre cuyos requisitos está que mande algo “posible”, agrega que la disciplina que impone la ley “depende en primer lugar, del orden de la razón —lo que se expresa por la palabra ‘justa’—; en segundo lugar, de las facultades de los que han de practicarla, porque la disciplina ha de ajustarse a cada uno según sus posibilidades, teniendo también en cuenta la posibilidad de la naturaleza, porque no han de imponerse a los niños las mismas obligaciones que los

---

<sup>65</sup> Aarnio, A., *The rational as reasonable. A treatise on legal justification*, Dordrecht, D. Reidel, Boston-Lancaster, 1987, p. 46.

<sup>66</sup> Atienza, M., *El sentido del derecho*, Ariel, Barcelona, p. 312.

adultos”<sup>67</sup>, y agrega: “a los niños se les permiten muchas cosas que las leyes de los adultos condenan y sancionan”<sup>68</sup>. Cotta explícitamente refiere a ese requisito:

la norma, al estar situada dentro del horizonte de la un comportamiento realmente posible, un comportamiento seriamente posible: para una pluralidad serial de personas y para una sucesión serial de tiempos. Lo cual implica que la norma: a) no contempla comportamientos de necesaria realización; b) no tiene la capacidad de hacer obligatorio un comportamiento imposible, como, por ejemplo, no respirar, caminar por el agua, etc. De donde se deduce con plena evidencia que toda justificación deberá demostrar antes que nada que: el comportamiento prescrito es realmente posible<sup>69</sup>.

Entre las ocho desideratas que prevé Lon Fuller para que sea posible o que no fracase la creación del derecho, está precisamente que las leyes no requieran lo imposible<sup>70</sup>. Parece obvio que sería absurdo o irracional imponerle una sanción a alguien porque no hizo aquello que le resultaba imposible de hacer, pues ello equivaldría a suponer legisladores que buscan siempre sancionar y que promulgan leyes sabiendo que inexorablemente serán sancionados sus destinatarios. Más allá del reproche moral que se puede hacer a ese tipo de normas jurídicas, dado que la moral nunca puede establecer obligaciones de imposible cumplimiento, ya en el terreno jurídico, o sea del bien común o interés general, la cuestión no es absolutamente clara dado que a veces se debilita la referida exigencia y llega el derecho a reclamar comportamientos muy exigentes y poco habituales, por ejemplo en materia de responsabilidad por daños, pero ello requiere de ponderaciones y justificaciones muy exigentes (de algún modo las presunciones o ficciones tienen esa cuota de irracionalidad o falta de realismo que se justifica a la hora de valorar desde el bien común otras alternativas). Está claro que racionalidad de una obligación incluye la posibilidad de su cumplimiento.

---

<sup>67</sup> Aquino, Tomás de, *op. cit.*, I-II, q.95, a.3.

<sup>68</sup> *Ibidem*, I-II, q.96, a.2.

<sup>69</sup> Cotta, S., *Justificación y obligatoriedad de las normas*, *op. cit.*, p. 64.

<sup>70</sup> Cfr. Fuller, L., *The Morality of Law*, Yale University, 1964.

### 5.10. *Racionalidad Intencional (RI)*

En décimo lugar, pretendemos defender, aun con algunas dudas o condicionamientos, que la justificación racional de la norma exige que la intención del autor resulte ajustada a las pretensiones elementales fijadas por la moral respecto a su comportamiento creativo de la norma. Resultará difícil pretender aquella justificación en el supuesto que se acreditó una intención deshonesto o inmoral grave del autor de la norma, aun cuando el contenido de la misma no ofrezca visibles cuestionamientos. En el pensamiento clásico la verdad práctica que la conducta procuraba plasmar en la realidad, se constituye desde la voluntad o “intención recta”, es decir, desde el querer o propósito de hacer algo bueno o justo. Finnis escribe: “el uso de la autoridad por un gobernante está radicalmente viciado si él explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos o de su partido o de su facción, o movido por malicia contra alguna persona o grupo”<sup>71</sup>. Recordemos que en aquella filosofía jurídica la justicia remite a la voluntad y al cumplir lo debido, más allá de la intención con la que se acompañe<sup>72</sup>, pero para conocer lo que se debe se requiere de la participación del juicio de la razón práctica prudencial que define la conducta justa concreta. Precisamente es en la prudencia donde aparece la necesidad del propósito recto para que ella pueda cumplir con su objeto, así lo afirma Aquino: “la prudencia que es verdadera y perfecta, es la que delibera, juzga y preceptúa con rectitud y en orden al fin bueno”<sup>73</sup>, recordando la enseñanza aristotélica que “es imposible ser bueno sin ser prudente”, y en esa perspectiva se entiende que la certeza que provee la prudencia es “intelectual-afectiva”<sup>74</sup>. Pero también en la ética del discurso dialógico se insiste en que la racionalidad (racionalidad intencional = RI) reclama un determinado compromiso con la sinceridad de las manifestaciones y la consiguiente responsabilidad o aceptación de las reglas del dialogo racional; recordemos específicamente

---

<sup>71</sup> Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, *op. cit.*, p. 380.

<sup>72</sup> Graneris, G., habla de la “amoralidad del derecho” o del acto justo carente de la intención justa; cfr. en “Contribución tomista a la filosofía del derecho”, *op. cit.*, p. 45

<sup>73</sup> Aquino, Tomás de, *op. cit.*, II-II, q.47, a.13.

<sup>74</sup> Ramirez, S., *La prudencia*, *op. cit.*, p. 46.

que Habermas<sup>75</sup> en su pragmática identifica cuatro pretensiones de validez en los actos de habla: inteligibilidad, verdad, corrección y veracidad, en esta precisamente comprobamos una dimensión ética que compromete al hablante a la hora de expresar sus actitudes, sentimientos y deseos. Recordemos que es tesis central alexyana que:

la pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de derecho [...] los participantes en un sistema jurídico formulan necesariamente en los niveles más diversos una pretensión de corrección. En la medida en que esta pretensión tiene implicancias morales, se pone de manifiesto una conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral<sup>76</sup>.

Desde esa óptica alexyana hasta el abogado de la parte argumenta con pretensiones de corrección que implica el pedido que se reconozca el derecho que objetivamente lo beneficia. La constitución de la autoridad con competencia para decidir jurídicamente, exige implícitamente que el ejercicio legítimo de la misma se realice buscando lo correcto o lo mejor, de modo que sería muy difícil pedir al subordinado que respete la autoridad cuando queda acreditado que buscaba alcanzar un beneficio personal, al margen de cuál fue finalmente el resultado. Cristina Redondo advierte que “Las normas que regulan la toma de decisiones —a diferencia de las que regulan comportamientos, en general— son un ejemplo claro de normas que pretenden constituir razones por las cuales actuar: requieren que sus destinatarios las tomen en cuenta en su razonamiento”, de ese modo se requiere una “acción intencional” del destinatario de aquellas y en la medida que no exista “una prueba explícita de lo contrario, se considerará que ha actuado en virtud de las razones jurídicas mencionadas, y que ha hecho todo lo que las reglas le requieren”<sup>77</sup>, pero el problema es —de eso estamos hablando— cuando existe esa prueba que revela una actitud distinta a la exigida. Cuando se dicta una norma en la que se acredita una intención deshonesta, ello trae dudas racionales sobre la validez de la misma, incluso aunque su contenido no sea discutible,

---

<sup>75</sup> Cfr. Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1987.

<sup>76</sup> Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, op. cit., pp. 40 y 44.

<sup>77</sup> Redondo, M.C., “Sobre la justificación de la sentencia judicial” en *Estado de Derecho y decisiones judiciales*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid, 2012, pp. 98-99

pues su eventual invalidez no impedirá volver a dictar la misma norma pero sin aquel vicio que compromete su justificación. Un modo de evitar esos inconvenientes en un terreno donde se dan incertidumbres o dudas, es apelar a autoridades que tengan los hábitos buenos o las virtudes que requieran el ejercicio de la función<sup>78</sup>.

### 5.11. *Racionalidad Prudencial o Ponderativa (RP)*

El órgano encomendado de pronunciarse sobre el reclamo de invalidez de una norma jurídica no tiene más que dos alternativas excluyentes: validez o invalidez, y a tales fines, le corresponderá concretar prudencial o ponderativamente un balance del nivel de irracionalidad o falta de justificación por violación de las diez exigencias analizadas y las ventajas y perjuicios que generará su declaración según adopte una u otra alternativa. De ese modo, en el análisis de la validez de la norma jurídica corresponde incluir el momento decisivo en el que se juzga la misma, en tanto ese es el campo de la racionalidad práctica (prudencial o ponderativa), pues es evidente que si la preocupación prescindiera de ese pronunciamiento todo el esfuerzo por instalar la racionalidad en el derecho podría abortarse y triunfar la irracionalidad. Vale aquí la advertencia popular que el remedio puede ser peor que la enfermedad, la que es refrendada en el plano de la razonabilidad práctica cuando recordamos que la prudencia incluye la previsión<sup>79</sup>, en tanto procura ordenar los medios para alcanzar al fin, y tratándose de la prudencia jurídica ese fin no es otro que el bien o la utilidad común. El prudente —al decir de San Isidoro en sus Etimologías 1,10— es “*porro videns*”, o sea sujeto capaz de ver lejos, y en el mundo del derecho la clásica fórmula que del sumo derecho (*summum jus*) puede resultar la suma injusticia (*summa injuria*) alude a una decisión concreta que se ajusta a una norma jurídica, pero que finalmente aborta el fin que en última instancia busca y justifica a todo el derecho. Recordemos que el fin tiene razón de principio, y por ello a la hora de iniciarse el comportamiento resulta decisivo su orientación,

---

<sup>78</sup> Cfr. Atienza, M., “Virtudes Judiciales”, en M. Carbonell, H. Fix-Fierro, R. Vázquez (comps.), *Jueces y Derecho*, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pp. 3-30.

<sup>79</sup> Aquino, Tomás de, *op. cit.*, II-II, q. 49, a. 6.

así el jurista que tiene la competencia para definir la validez de una norma, debe tener presente el “sentido del derecho” atento a que ello resultará decisivo para su pronunciamiento. Desde la teoría jurídica clásica, frente a esa eventual tensión entre la aplicación estricta de la norma y las consecuencias que se derivarían, se apelaba al correctivo para el caso por vía de la equidad.

A las diez exigencias de racionalidad analizadas arriba, corresponde sumarle esta undécima racionalidad que tiene por objeto definir en concreto la validez o invalidez de la norma jurídica en cuestión. En orden a explicarla a esta nueva exigencia la remitiremos en primer lugar a la filosofía jurídica clásica, y luego a la teoría jurídica alexyana, de ahí la doble adjetivación de “prudencial” y “ponderativa”, respectivamente. Es que a partir de Kant la prudencia queda marginada o ignorada para la moral, y remitida al terreno del egoísmo o de las ventajas individuales, por ende, muy distante del papel rector que tenía para la vida moral en la perspectiva aristotélica-tomista. Así lo subraya categóricamente Aranguren: “La prudencia nada tendrá que ver con la moral, que dependerá pura y exclusivamente de la buena voluntad. Se dibujan así tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la prudencia (Sócrates), ética de la buena voluntad (Kant) y ética de la prudencia y la buena voluntad (Aristóteles)”<sup>80</sup>.

A los fines de completar el presente trabajo deberíamos introducirnos en el análisis de la prudencia clásica y de la ponderación alexyana, porque constituyen ellas la matriz en donde se definirá la validez o invalidez de una norma jurídica. Pero tal deuda excede nuestras pretensiones centradas en el concepto bajo estudio, y, por otro lado, existe abundante y conocida bibliografía respecto de ambos temas.

## 6. CONCLUSIÓN

Frente a la matriz típicamente positivista de la validez jurídica reducida a la instauración autoritativa en el marco del sistema jurídico o la vigencia social, en tiempos del Estado de Derecho Constitucional y democrático se impone reclamar racionalidad a la norma jurídica,

---

<sup>80</sup> Aranguren, J.L., “Ética”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1958, p. 327.

para por esa vía concluir recién en su obligatoriedad. Tal racionalidad incluye diversas exigencias a tenor: del órgano (RO), del procedimiento (RP), del sistema (RSt), de la lógica y el lenguaje (RLL), de los fines o teleología (RT), de las verdades científicas (RC), de la sociedad y su cultura (RS), de los valores (RA), de las posibilidades de su cumplimiento (RF) y de la intencionalidad (RI), pero a la hora de definir la validez o invalidez de la norma la racionalidad se hace presente juzgando lo mejor en el caso a tenor de un juicio prudencial y persuasivo (RPr) o de un juicio ponderativo (RPa). Más allá de ese marco teórico, necesariamente está siempre el enclave institucional en donde se define la cuestión de la validez jurídica, que, a su vez, implica una serie de definiciones en torno a las variables comprometidas.

Instalar la validez y existencia de la normas jurídica en el terreno de su justificación racional supone que el destinatario la puede comprender y cumplir o resistir racionalmente, pero en definitiva, instala el conflicto en un plano donde corresponderá valorar el peso de los argumentos a favor y en contra. Aquella exigencia de dar razones de lo ordenado, impone a la autoridad dificultades para las arbitrariedades, pero también la moraliza al reclamarle un ejercicio del poder racional y, por ende, respetuoso de aquel del que dispone su libertad. Asimismo la defendida definición de validez es plenamente funcional a los derechos humanos y al imperio de la ley, del derecho y la Constitución.

Confiar en la fundante razón práctica implica aceptar la verdad práctica, pero también admitir que las premisas de los razonamientos prácticos habitualmente no gozan de carácter necesario o apodíctico.

Ya reflexionando sobre el tema considerado desde la mirada propia del realismo jurídico clásico, nos parece que también puede concluirse que un modo posible de hablar del “derecho natural”, es asimilándolo con el “derecho plenamente válido”, o sea, con aquel derecho que se pone prudencial o ponderativamente respetando la totalidad de las diez exigencias indicadas arriba. En definitiva, entrar en un juego de paralelismo jurídico (derecho natural vs. derecho positivo) suena kantiano pero poco armónico con el realismo filosófico, pues, desde ésa escuela lo justo siempre es lo mejor posible definido racionalmente para el caso que se trate.

Reivindicar la justificación racional para la validez y obligatoriedad de la norma jurídica supone apelar a un derecho que puede ser comprendido y aceptado por los destinatarios del mismo. Ello en buena medida remite a tesis centrales del *Rule of Law* que reclaman un derecho no como mero fruto de decisiones y mandatos de la autoridad, sino que esta asume que los ciudadanos le exigen una racionalidad integral, o sea “*Veritas, non auctoritas facit legem*”.



# XIV. Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones

## 1. INTRODUCCIÓN

Nos proponemos en el presente trabajo analizar críticamente el proceso desencadenado en Europa a partir de la última guerra mundial, especialmente por la presencia gravitante que han tenido las nuevas Constituciones en el terreno jurídico y también político-institucional. Al mismo tiempo, resulta forzoso vincular esa inquietante y actual realidad con la llamada teoría neoconstitucionalista que le sirve de respaldo y desarrollo. Si bien apuntamos centralmente a Europa, lo hacemos pensando en la tradicional y siempre fuerte influencia que despierta el viejo continente en el nuestro. Somos herederos de aquella cultura y los cambios que ella vive no nos pueden resultar indiferentes.

## 2. LOS CAMBIOS EN LA EUROPA DEL SIGLO XX

La segunda mitad del siglo XX en Europa marca el tránsito del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional, o sea el paso —al decir de Ferrajoli— del Estado de derecho “débil” al Estado de derecho “fuerte”. Así, la realidad jurídica europea se transforma en sus líneas fundamentales, pero sintéticamente esos cambios suponen superar la sinonimia entre ley y derecho que había impulsado el siglo XIX a partir de la Revolución francesa, lo cual queda receptado por primera vez en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 cuando se refiere a aquellas realidades (“ley” y “derecho”) como distintas. Precisamente ese derecho que antecede, excede y controla a la ley, es el que las nuevas Constituciones reconocen bajo el rótulo —explícito o implícito— de valores, principios, fines o derechos humanos, y consecuentemente se encomienda a tribunales constitucionales que velen por que aquel *higher law* prevalezca sobre todos los intentos de su violación a través del resto de las normas infraconstitucionales. Así, Europa deja

de lado la matriz político-jurídica revolucionaria que se respaldaba en la confianza absoluta de la “soberanía popular”<sup>1</sup> canalizada a través de sus representantes legislativos, y se arrima a la matriz inventada del otro lado del Atlántico que imponía a esa soberanía ciertos límites consagrados en la Constitución. En ese nuevo marco ya los jueces no pueden quedar reducidos a ser la “boca inanimada de la ley”, sino que se les reclamará que al decir el derecho (iurisdicchio) digan también el derecho constitucional y no solo el legal, aunque para esa función, en lugar de encomendársela a los jueces ordinarios, se crean o “inventan” jueces especiales o constitucionales cuya tarea específica será que la Constitución sea un límite a toda decisión y producción normativa. Ese control constitucional jurisdiccional no coincide con el que había auspiciado y protagonizado Kelsen en la primera parte del siglo XX, dado que no se reduce a ser un legislador negativo que solo controla formas y procedimientos, sino que avanza sobre el contenido material o sustancial de las leyes, todo lo que resulta potenciado a tenor de que los textos constitucionales —a pesar de las advertencias kelsenianas— se cargan de referencias axiológicas.

Así, aquel escenario jurídico e institucional europeo en las décadas siguientes a Núremberg termina transformado, por lo que aquella exitosa teoría iuspositivista normativista que se había forjado al hilo de la escuela exegetica, la escuela histórica, el primer Ihering y culminado con Kelsen y que había logrado controlar la formación de los juristas y la cultura jurídica, entra en desorientación y comienza a padecer crecientes conversiones y críticas desde las más prestigiosas cátedras europeas. En ese proceso de cambio de la teoría jurídica, los iuspositivistas comienzan a calificar sus miradas con adjetivos o prefijos que suavicen sus convicciones, se habla de iuspositivismos críticos, soft, inclusivos, post o neo, y algunos testimonios resultan de gran impacto para el mundo académico general, así el de Radbruch en Alemania denunciando la complicidad teórica del iuspositivismo frente al nazismo; el de Bobbio con su teoría funcional en la década de los años setenta, dejando atrás las visiones estructurales del derecho que

---

<sup>1</sup> Acerca de la importancia de la “soberanía” en la configuración de la “Constitución de los modernos” y la tensión respectiva entre soberanía y Constitución, puede consultarse: Fioravanti, Mauricio, *Constitución (de la antigüedad a nuestros días)*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 71 y ss.

simbolizaba Kelsen; el de Dworkin cuando sucede a Hart en Oxford y declara su combate al normativismo en nombre del principialismo; el de Perelman atreviéndose a incorporar la razón en los problemas valorativos y decisionales; el de Nino criticando los modelos epistemológicos de Kelsen, Ross y Bulygin-Alchourron en tanto silencian la dimensión valorativa del derecho; el de Atienza afirmando su confianza en un cierto objetivismo y cognitivismo ético, y el de muchos otros.

Pero en esa quiebra de convicciones iuspositivistas, la constitucionalización del derecho vigente brinda la oportunidad para generar nuevas propuestas en la teoría jurídica que resulten idóneas para explicar los cambios producidos y también para respaldarlos y potenciarlos. Muchos iusfilósofos comienzan a prestar atención y a reflexionar sobre esa constitucionalización, generando un aparato conceptual y crítico que se aparta del iuspositivismo. También algunos constitucionalistas sensibilizados por los cambios recurren a nuevas visiones iusfilosóficas que les permitan leer con mayor realismo, coherencia y consistencia su propia materia. La Constitución desborda a los constitucionalistas e impregna de inquietudes y sugerencias a todos los juristas, pero es en buena medida la iusfilosofía o la teoría del derecho la perspectiva más idónea para comprenderla y operarla. De ese modo es posible identificar una lista de juristas que hacen filosofía o teoría jurídica con la Constitución, convirtiéndose esta en el disparador de sus tesis y el banco de pruebas de las mismas. Por sobre diferencias, especialmente de presupuestos, esos autores comienzan a ser adscritos al “neoconstitucionalismo” como una nueva teoría del derecho que coinciden en respaldar la “constitucionalización” del derecho vigente y las consiguientes derivaciones que conlleva la misma, criticando las limitaciones, riesgos y errores que suponía el Estado de derecho legal o “débil”, como su rígida teoría iuspositivista que le servía de soporte y difusión teórica.

### 3. LA TEORÍA Y LOS AUTORES NEOCONSTITUCIONALISTAS

Por supuesto que sería muy difícil y de escaso interés elaborar una lista muy completa de autores neoconstitucionalistas; sin embargo, la doctrina especializada ha configurado una nómina de autores re-

presentativos de la misma. Así, en esa lista pacíficamente se incluyen a Alexy, Ferrajoli, Dworkin, Nino y Zagrebelsky, pero también pensamos que puede ampliarse en el ámbito español con autores como Pérez Luño, Prieto Sanchís, Peces Barba u Ollero. De todas maneras repasemos con la autoridad de aquellos juristas algunas de esas típicas tesis neoconstitucionalistas.

Por ejemplo, Robert Alexy<sup>2</sup> ha planteado: a) que frente a la alternativa entre el constitucionalismo y el legalismo (esta rechaza valores y principios y solo apela a normas, descarta la ponderación y recurre a la subsunción en la aplicación del derecho, reivindica la autonomía del legislador democrático y no acepta la omnipresencia de la Constitución sino la independencia del derecho ordinario) corresponde optar por un “constitucionalismo moderado”; b) la presencia de “principios” en el derecho junto a las “reglas” (ambas especies de las “nomas”), asimilando aquellos con los valores en tanto su contenido es moral y su forma jurídica; c) que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico o moral; d) que la aplicación del derecho debe estar guiada por la respuesta correcta para cada caso como “idea regulativa”; e) el límite de la injusticia extrema para que exista el derecho, etcétera.

Entre las afirmaciones de Luigi Ferrajoli dignas de ser subrayadas nos parece que pueden mencionarse: a) el renunciamiento a la epistemología kelseniana y a la iusfilosofía analítica italiana de la posguerra, proponiendo una ciencia jurídica funcional al paradigma constitucional con un “papel crítico y constructivo” y “descriptiva del ser del derecho y prescriptiva de su deber ser jurídico”<sup>3</sup>, comprometiendo a los juristas a asumir la responsabilidad cívica y política de superar las antinomias y lagunas; b) una nueva noción de validez de las normas no circunscrito a análisis meramente formales, sino interesado por “la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales [...] como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales”<sup>4</sup>; c) su definición de los derechos funda-

<sup>2</sup> Cfr., mi libro *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Universidad de Buenos Aires y La Ley, Buenos Aires, 2004, pp. 25-73.

<sup>3</sup> Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia.

<sup>4</sup> Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, España, 2003, p. 18.

mentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”<sup>5</sup> que las normas de un determinado ordenamiento jurídico reconocen, indicando entre los rasgos estructurales de aquellos la forma universal de imputación y el carácter indisponible e inalienable; d) su “teoría de la justicia” de los derechos fundamentales avocada —“entre iuspositivismo e iusnaturalismo”—<sup>6</sup> al fundamento axiológico de los mismos e identificando “cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al valor de la persona humana entendida como fin y nunca como medio [...] igualdad, democracia, paz y ley del más débil”<sup>7</sup>, y e) la dimensión sustancial de la democracia superadora de la “dimensión política o formal “en donde los derechos fundamentales ponen límite a lo decidable por la mayoría y hasta por la unanimidad”<sup>8</sup>.

Recuperemos de la teoría de Ronald Dworkin<sup>9</sup> lo siguiente: a) el reconocimiento que en el derecho están los “principios” dado su contenido, y que por ende exceden al *test* de *pedigree* u origen al que pueden someterse a las normas; b) esos principios son definidos como “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral” y también pueden ser asimilados a los derechos individuales; c) el juez Hércules que está en posibilidades de descubrir racionalmente la única respuesta correcta que tiene cada caso jurídico; d) son los jueces a los que corresponde apelar a “argumentos de principios” posibilitando que se tomen en serio los derechos individuales y que ellos triunfen contra el Estado y los objetivos comunitarios, y e) promover una imprescindible “lectura moral de la Constitución”.

En Gustavo Zagrebelsky encontramos: a) que la distinción entre regla y principios puede ser identificada con la ley y la Constitución, respectivamente; b) que el iuspositivismo es incompatible con visiones o comprensiones de principios, en tanto “no sería posible pen-

---

<sup>5</sup> Cfr. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 19 y ss.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 314.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 315.

<sup>8</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, 1995, pp. 864 y ss.

<sup>9</sup> Cfr., en mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

sar en una ‘recuperación’ positivista de la temática de los principios mediante el paso de un positivismo de las reglas a un positivismo de los principios”<sup>10</sup>; c) que en tiempos de constitucionalismo como los actuales, es propicio volver a auspiciar la *juris prudentia* en lugar de la *scientia juris* (“en términos aristotélicos, *episteme* frente a *aphronesis*; en términos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio practica*”<sup>11</sup>); d) el reclamar para las sociedades pluralistas “valores que no tienen precios”<sup>12</sup>, y e) el auspicio para que el Estado recupere competencias de protección activa en orden a determinados principios de justicia.

Del pensamiento de Carlos Nino recuperemos: a) sus críticas a los modelos epistemológicos prescindentes de valores y contrarios a concretar propuestas superadoras de *lege ferenda*, como los de Kelsen, Ross y Bulygin-Alchourron<sup>13</sup>; b) el reconocimiento de que la justificación jurídica no es autosuficiente por lo que requiere abrirse a la justificación moral; c) que los derechos humanos como derechos morales remiten en su justificación a los principios morales de autonomía de la persona, de la inviolabilidad de la persona y de la dignidad de la persona; d) el poner distancia entre el escepticismo ético y la democracia (“que no haya una verdad moral objetiva [...] excluye la justificación de la democracia, o de cualquier otro arreglo social”)<sup>14</sup>; y e) haber puesto en dudas el control judicial de constitucionalidad de leyes originadas a través de un proceso democrático excepto cuando su objeto es la determinación de si la ley respeta los presupuestos de la democracia, cuando las leyes se fundan en razones perfeccionistas o cuando la ley afecta negativamente la preservación de la práctica jurídica moralmente aceptable<sup>15</sup>.

Las tesis reseñadas dan pie para reconocer algunos rasgos centrales del “neoconstitucionalismo” que terminan impactando en diferentes problemas: a) el derecho deja de ser un conjunto sistemático de nor-

<sup>10</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>13</sup> Nino, Carlos, *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, México, Fontamara, 1993.

<sup>14</sup> Nino, Carlos, “La concepción de Alf Ross sobre los juicios de justicia”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, núm. 3, 1983, p. 174.

<sup>15</sup> Cfr. Nino, Carlos, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 292.

mas autoritativas para comprender valores y principios disponibles para las respuestas jurídicas de los operadores; b) en la epistemología jurídica, en tanto ya no se defiende un saber meramente descriptivo y sistematizador, sino que se reclama prescripción y valoración; c) la aplicación deja de asimilarse a decisión irracional o volitiva como en Kelsen, o de fácil y silogístico desentrañamiento de la solución contenida en la norma, para requerir de la razón práctica ponderaciones y argumentos que la validen o justifiquen; d) el derecho en mayor o en menor medida se judicializa, superando la distinción entre creación y aplicación; e) la validez de las normas, incluidas las legales, se amplía a los contenidos, especialmente constitucionales, que potencian el papel del Poder Judicial; f) se reconoce una juridicidad indisponible o limitadora del derecho que ponen las autoridades; y g) la distinción tajante entre derecho y moral se fractura, y el jurista debe enfrentar exigencias de moral crítica o racional.

#### 4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Valiéndonos con libertad de un influyente artículo de Riccardo Guastini<sup>16</sup>, nos proponemos identificar algunas características que serían las que permiten reconocer en la actualidad cuándo un ordenamiento jurídico se encuentra efectivamente “constitucionalizado”, o sea, cuando el derecho vigente en esa sociedad ha reconocido a la Constitución una función jurídica peculiar que lo torna peculiar y distintivo, lo que a su vez impone que solo aquellas teorías que aceptan ciertas tesis estarán en posibilidad de comprender a ese nuevo derecho constitucionalizado. Si bien Guastini reconoce siete requisitos para ese test de la “constitucionalización”, nos parece que son centralmente cuatro:

- A. La Constitución como “norma jurídica superior”, o sea *higher law*: ella no se reduce a ser un programa político que limite y estructure el poder del Estado, sino que tiene todas las características de una regla jurídica, aunque cuantitativamente superior, que por estar en ese lugar jerárquicamente superior, logra

---

<sup>16</sup> Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., nota 4.

imponerse a cualquier otra norma del derecho vigente que preside. Siendo la Constitución la “norma fundamental”, ella prevalece sobre cualquier otra, por eso coherentemente es “rígida” dado que no puede ser cambiada por ningún otro poder constituido a través de las normas que tienen competencia ordinaria para dictarlas. La Constitución pretende una permanencia prolongada, y sus cambios suponen una justificación especial como un tratamiento particular. Ese lugar superior impone de todos los operadores y creadores del derecho un conocimiento y respeto apropiado para con la Constitución, que por eso deja de ser materia exclusiva de “constitucionalistas” y se convierte en campo de atención de todos los juristas.

- B. La Constitución cargada de valores o principios: las Constituciones contemporáneas han dejado atrás aquel modelo llamado por Loewenstein “utilitario”<sup>17</sup> que auspiciaba Kelsen, y han optado por cargarse de exigencias que remiten a la moral en tanto suponen preferencias sobre lo “bueno” o lo valioso que merecen o exigen ser consagradas jurídicamente. Por supuesto, que esas apelaciones constitucionales a lo que “debe ser” no siempre se rotulan de la misma manera, e incluso pareciera prevalecer contemporáneamente el lenguaje de los derechos humanos en tanto “reconocidos”, “inalienables” y “universales”. El lugar tradicional en donde se encuentra la “moralidad constitucional” es en la parte dogmática, pero ella también abunda en los Preámbulos, y recordemos que en Francia —quizás el país europeo menos generoso con la constitucionalización— el Consejo Constitucional en 1971 reconoció la operatividad del contenido en la Constitución francesa con su invocación a las declaraciones de derechos.
- C. La Constitución como norma jurídica eficaz: aunque puede comprenderse esta característica en la primera, pensamos que conviene distinguirla dado que es posible admitir aquel lugar jurídico privilegiado para la Constitución, pero recortarle operatividad directa. Con esta característica apuntamos a que toda la Constitución cuenta con eficacia, más allá de los distintos

---

<sup>17</sup> Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, p. 211.

modos en que ella puede entenderse (directa o indirecta), pero lo decisivo es que no hay normas constitucionales estrictamente programáticas, si con este calificativo se quiere hablar de normas que no rigen jurídicamente mientras no lo haya así dispuesto algún otro poder constituido. Manifestaciones de esta eficacia directa son las “omisiones constitucionales”<sup>18</sup> o el cuestionamiento a que se han sometido las “cuestiones políticas” en tanto se pretendían ajenas al control de la Constitución, y también el reconocimiento creciente de que todos los jueces son de la Constitución y no solo de la ley, por lo que están obligados a aplicarla sin obstáculos formales.

D. La Constitución con garantía de control jurisdiccional: quizás sea este rasgo el que más acerca el sistema europeo al modelo norteamericano, en tanto son jueces los encomendados para velar por la prevalencia sustancial y formal de la Constitución. El tribunal que asume esa trascendente función no es un mero legislador negativo según el modelo kelseniano, sino que despliega un creciente abanico de soluciones orientadas no solo a hacer triunfar a la Constitución, sino también a procurar mantener la norma infraconstitucional: así, los jueces constitucionales consagran “una” interpretación de la ley que permite conservar su validez (sentencias interpretativas); le agregan o le suprimen algo a la ley, de manera tal de salvarla de la invalidez (sentencias aditivas o abrogatorias parciales); invalidan la ley pero sin que ello implique automáticamente que se produzcan los efectos consiguientes de manera inmediata; peticionan al legislador para que reaccione modificando la ley cuestionada (sentencias admonitorias); etcétera. De todas maneras, el Tribunal Constitucional es el poder constituido que tiene la última palabra en nombre del Poder Constituyente.

Es importante destacar que las notas señaladas que caracterizan la “constitucionalización” de un ordenamiento jurídico, se dan con intensidad variable, por lo que podríamos decir que es un concepto analógico en tanto admite mayor o menor claridad o perfección de su

---

<sup>18</sup> Cfr. Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes (ensayo sobre la inconstitucionalidad por omisión)*, UNAM, México, 2003.

presencia. Incluso si bien hay una cierta conexidad entre ellas de manera que se alimentan y reclaman recíprocamente, también se advierte una creciente acentuación o profundización de esos rasgos, a punto tal que podría constatarse una cierta regla a tenor de la cual una vez que se inicia el proceso de constitucionalización pareciera desatarse una cierta lógica que conduce a un reforzamiento del mismo con cierto automatismo difícil de controlar o limitar. Como lo reconocen los mismos autores neoconstitucionalistas, esa constitucionalización lleva implícita una cierta “política constitucional” que les corresponde desplegar a todas las autoridades y responsables institucionales. Así, Ferrajoli no duda en concluir que el “constitucionalismo es un programa para el futuro” que debe avanzar en el sentido de abarcar todos los derechos y no solamente los derechos de libertad, sino también los derechos sociales, controlar tanto a los poderes públicos como a los poderes privados, así como traspasar el ámbito del derecho estatal al derecho internacional. Zagrebelsky convoca a su vez a la construcción del constitucionalismo: “el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de materiales”<sup>19</sup>.

## 5. ALGUNOS RIESGOS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Compartimos muchas de las tesis neoconstitucionalistas; sin embargo, no podemos dejar de coincidir con autores que alertan sobre la existencia en ellas de una serie de peligros potenciales o ya actuales, que incluso llegar a ser visualizados como preocupantes por los mismos impulsores de aquel proceso. Dicho de otra manera, hay un riesgo en la constitucionalización y en los teóricos neoconstitucionalistas de promover una especie de inercia o ritmo difícilmente controlable que termine convirtiendo a muchos de sus aspectos ventajosos característicos, en signos fuertemente negativos o criticables. No se trata de descartar irracional o nostálgicamente la constitucionalización o el

---

<sup>19</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, cit., nota 10, p. 13.

neoconstitucionalismo, sino de mantener una actitud crítica para que el remedio no resulte peor que la enfermedad.

Como se comprobará, la nómina que sigue de las consecuencias riesgosas o peligrosas que puede traer aparejada la constitucionalización y el neoconstitucionalismo, se podrían reducir y elaborar una lista menos extensa dado que podrían muchas ellas fundirse entre sí o extender algunos de los riesgos de manera que absorba a algún otro; sin embargo, preferimos mantener esa cierta redundancia no solo por razones pedagógicas, sino también por los matices que puede señalar o sugerir la detallada nómina que sigue.

### *5.1. Sobreinterpretación de la Constitución o “sobreconstitucionalización”*

Ya hemos señalado que una de las tesis propias de la constitucionalización es la eficacia jurídica de la totalidad de las normas constitucionales que presiden el ordenamiento jurídico en orden a la resolución de los concretos problemas jurídicos que en la vida social van surgiendo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico implica reconocer ese “efecto de irradiación” (*Ausstrahlungswirkung*) que produce la Constitución, y por ende todo el derecho queda teñido por el color de la misma, pero la “sobreinterpretación” consistiría en pretender que en la Constitución están todas las soluciones jurídicas y, por ende, se impone su aplicación, sin que queden margen para la creación discrecional de otras normas. El mismo Alexy no solo opta por un “constitucionalismo moderado”, sino que incluso se hace cargo tanto del peligro de una “infraconstitucionalización” como de la “sobreconstitucionalización”, e intenta elaborar una respuesta a ambos errores. Advirtamos que ese reconocimiento a la posibilidad de inferir todas las respuestas jurídicas desde el texto constitucional se amplía notablemente si la apelación a este último incluye el preámbulo constitucional con sus típicas apelaciones a valores y fines, de ahí la comprensible resistencia entre los mismos juristas y los tribunales a reconocerle una eficacia jurídica directa. Los temores a que todas las soluciones jurídicas estén en la Constitución se refleja en la irónica acusación que formula Forsthoff de que ella sería “un huevo jurídico originario” y también en la advertencia que plantea Böckenforde de convertir al Estado en jurisdicción constitucional si la Constitución

deja de ser un “marco fundamental” y se convierte en “un orden jurídico fundamental del ente social”<sup>20</sup>. Recordemos asimismo que el temor no solo se puede incrementar desde la amplitud de la materia constitucional a interpretar, sino también cuando vemos un notable enriquecimiento de sentencias atípicas que transitan lejos de la rígida alternativa clásica de admisión o rechazo de la inconstitucionalidad, ejemplifiquemos este punto con la posibilidad del dictado de sentencias que declaran la “mera inconstitucionalidad” de una ley, pero que no importa su automática nulidad, y con las sentencias que suplen las omisiones constitucionales en las que incurre el legislador. Un ejemplo de estas últimas en la jurisprudencia constitucional argentina puede ser Ekmekdjíán, donde la mayoría la Corte reconoce la vigencia del derecho de réplica, no obstante que el Pacto de San José de Costa Rica disponía que él regiría en los casos y modos que estableciera la ley, y precisamente uno de los argumentos fue que se había esperado más de siete años al legislador.

### *5.2. La irrelevancia o debilitamiento del Poder Legislativo y de la ley*

La Revolución francesa acuñó un modelo de Estado y de derecho absolutamente original e inédito, y a tales fines le reconoció un papel central y configurador al Poder Legislativo. La obra de Rousseau expresa con elocuencia ese papel de la ley que “reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto”; su creencia en la “voluntad general” le permite afirmar: “Es sólo a la Ley a quien los hombres deben la justicia y la libertad. Es este órgano salvífico de la voluntad de todos el que restablece en el derecho la igualdad natural”. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 seguirá aquella enseñanza y el único límite a la libertad solo se puede establecer por la ley; por eso el artículo 5o. reza: “Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que la ley no ordena”. En 1790 se instaura en Francia el *référé* législatif como mecanismo que impedía a los jueces la osadía de interpretar a la ley. Napoleón no cejará en ese entusiasmo por crear el nuevo dere-

---

<sup>20</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 50 y 51.

cho y a tales fines de 1804 a 1810 se promulgarán los códigos: civil, comercio, penal, procesal civil y procesal penal. Beccaria proyecta con fidelidad esas ideas al delicado campo del derecho penal, por eso no solo rechaza el “peligroso” recurso al espíritu de la ley sino que concluye sin ambages: “solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”<sup>21</sup>.

En síntesis, el derecho era lo contenido en la ley y esta era el resultado libérrimo e infalible de la voluntad general. En América Latina los grandes profesores y académicos que se habían formado en Europa no se hicieron cargo de la juridicidad de la Constitución que los constituyentes habían traído del país del norte, sino que optaron por silenciar o disimular su esquizofrenia y repetir el sistema jurídico legalista y no constitucional aprendido en el viejo continente y consagrado en nuestros códigos. Es obvio que en el marco de un Estado de derecho constitucional entran en crisis aquellas tesis acerca del papel de la ley y de su órgano productor, y a ese respecto es de justicia reconocer que fue Kelsen uno de los que no se entusiasmaban de las Constituciones cargadas de valores indeterminados, dado que generaría el riesgo de desbalancear el juego de poderes en favor del Tribunal Constitucional; por eso, coherentemente proponía un tribunal constitucional en el ámbito del Poder Legislativo y como un mero legislador negativo. La constitucionalización puede derivar en un nuevo tipo de Estado que es el “jurisdiccional”, donde los nuevos señores del derecho ya no sean los legisladores sino los jueces constitucionales. Ya Bachof a finales de la década de los cincuenta hablará de la superioridad jurídica del juez sobre el legislador al momento de la realización del derecho, y en la actualidad Alexy plantea igualmente la preferencia por la capacidad argumentativa dialógica judicial frente a la alternativa de la generada en el ámbito legislativo. Esa crisis de la ley sobre la que la Europa académica reflexiona, tiene diversas y amplias expresiones, que incluso impactan en el derecho penal donde las exigencias típicas del principio de legalidad (*lex praevia, scripta, certa y stricta*) encuentran excepciones que pueden reflejarse en la sentencia condenatoria de la

---

<sup>21</sup> Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, citado por Clavero, Bartolomé, “Imperio de la ley, regla del derecho y tópica de constitución”, *La vinculación del juez a la ley*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1997, p. 48.

Corte Constitucional alemana de los “guardianes del Muro de Berlín” y en la tesis radbruchiana en la que se apoya: “la injusticia extrema no es derecho”. En la Argentina el fallo Priebke de la Corte Suprema donde la mayoría amplía los tipos penales recurriendo al *ius cogens*, o la sentencia en la causa “Simón” donde se declaran inconstitucionales las leyes de obediencia debida y punto final, son apropiados ejemplos de aquel debilitamiento de la ley penal.

### 5.3. *El debilitamiento de la democracia*

La democracia, por encima de precisiones conceptuales e históricas, remite al gobierno del pueblo que elige a través del sufragio a quienes serán sus gobernantes, los que quedan sujetos a la periódica revisión popular. No hay duda de que el poder más inequívoco y directamente democrático es el legislativo, y que el Poder Judicial es el menos democrático en tanto que en su elección no interviene directamente el pueblo, que ella se concreta entre los que cuentan con un título profesional específico y que tales designaciones son vitalicias. Precisamente en tomo a esta debilidad democrática de los jueces encontramos en la doctrina constitucional norteamericana el difundido tópico de la “dificultad o argumento contramayoritario” (Bickel). La experiencia norteamericana del gobierno de Roosevelt con su enfrentamiento con la Corte Suprema de su país por el New Deal y su resolución final, es buena expresión de las implicancias democráticas de la tarea judicial en temas constitucionales, que algunos identifican con los políticos. La obra de Paul Berger de 1977, *Government by Judiciary*, refleja contundentemente el perfil desequilibrante que pueden asumir los jueces ejerciendo el *judicial review*. Nino, además de recordar que no es forzoso que el control de constitucionalidad se asigne a jueces, denuncia el carácter “misterioso” que inviste el control judicial de constitucionalidad. Gargarella<sup>22</sup> ha denunciado con insistencia la usurpación judicial de la voluntad popular bajo el ropaje de la interpretación constitucional. Desde la lógica del constitucionalismo, la voluntad popular y las mayorías circunstanciales que se van configurando electoralmente quedan condicionadas a la acepta-

---

<sup>22</sup> Cfr. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Ariel, Barcelona, 1996.

ción y voluntad de los tribunales constitucionales, que incluso están autorizados para respaldarse con la voluntad originaria de los padres de la Constitución por sobre los cambios históricos. Ferrajoli, desde el neoconstitucionalismo, ha elaborado su teoría del “garantismo jurídico” que incluye un límite para la regla de la mayoría, en tanto hay cosas que ella no puede decidir. Esos nuevos “señores del derecho”, que son los jueces con su impronta profesionalizante e inamovilidad en sus cargos, pueden llegar a imponer una prevalencia aristocrática en los gobiernos estatales. Por supuesto que la orientación que imponga finalmente la jurisprudencia constitucional puede ser tanto de sesgo conservador como progresista, pero en todo caso quedará determinada por los propios talentos e inspiraciones ideológicas de los jueces y no por las decisiones populares. Advierte Aragón que en el Estado constitucional “la democracia de la ley estaría templada (corregida) por la aristocracia de los jueces [...] nueva *noblesse de robe*”<sup>23</sup>. En definitiva, al hilo de la constitucionalización importa más lo que piensan y deciden los jueces, que lo que piensa y decide el pueblo, y ello implica forzosamente poner en interrogantes a la democracia misma.

#### 5.4. *Un nuevo iuspositivismo ideológico constitucional*

En la clasificación de Bobbio se incluía al iuspositivismo ideológico como aquella versión que postulaba sin discusión el juicio axiológico favorable de toda norma jurídica positiva, y consecuentemente la actitud exigible al operador o destinatario del derecho debía ser la “dogmática” en cuanto inhibición de toda capacidad crítica respecto al valor implicado infaliblemente en aquella. El neoconstitucionalismo encierra el riesgo de un nuevo dogmatismo en tanto afirma —explícita o implícitamente— que todo lo dispuesto por el constituyente es intrínseca y necesariamente bueno o justo, o mejor aún, replica las exigencias incluidas en la exegética “presunción del legislador racional” pero ahora respecto al texto constitucional, y en consecuencia concluye en que todo lo dispuesto por el constituyente es claro, coherente, justo, útil, completo, etcétera.

---

<sup>23</sup> Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en M. Carbonell, H. Fix Fierro y R. Vázquez (comps.), *Jueces y derecho*, Porrúa-UNAM, México, 2004, p. 158.

No parece demasiado difícil y extraño que la matriz exegética con la que se interpretaron los códigos, se proyecte a la Constitución, y que así se hable de que los métodos para ello son los típicos enseñados por Savigny: el literal, el lógico, el sistemático y el histórico. Precisamente Forsthoff insistirá en esa visión formalista de la Constitución y Chierchia privilegiará el método sistemático en la interpretación de la misma. Manifestación de ese dogmatismo constitucional puede ser la resistencia a reconocer lagunas, jerarquías o contradicciones en la Constitución, y a postular que ella constituye un “sistema fuerte”. Aragón habla de “fetichismo constitucional”<sup>24</sup>, y ello puede ser una realidad si la palabra del constituyente se asimila a una palabra jurídicamente “revelada”. En esa religión por supuesto que serían los constitucionalistas, y más específicamente los jueces constitucionales, los encargados de administrar la palabra y oficiar el culto en el que deben creer todos los juristas, cualquiera sea la especialidad que tengan. La jurisprudencia o doctrina constitucional muchas veces auspicia esa mirada ficticia o irreal sobre la Constitución que no deja margen para detectar insuficiencia alguna, e incluso, el “originalismo” norteamericano en materia de interpretación constitucional<sup>25</sup> o el “patriotismo constitucional” de Habermas<sup>26</sup> pueden dar pie a ese nuevo dogmatismo irracional. Zagrebelsky —aludiendo a la sugerencia de la “soberanía de la Constitución” en remplazo de la “soberanía de los Estados” como pieza central del derecho público europeo— manifiesta que “puede ser [...] una importante novedad, siempre que no se espere que el resultado haya de ser el mismo de otro tiempo, es decir, la creación de un nuevo centro de emanación de fuerza concreta que asegure la unidad política estatal”<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>25</sup> Cfr. Scalia, A., *A matter of interpretation*, Princeton, University Press, Nueva Jersey, 1997.

<sup>26</sup> Cfr. Habermas, J., *La necesidad de la revisión de la izquierda*, Tecnos, Madrid, 1991, y *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Paidós, Barcelona, 1999.

<sup>27</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, *cit.*, nota 10, p. 13.

### 5.5. *La desnormativización del derecho*

El neoconstitucionalismo ha insistido y potenciado con provecho teórico toda la carga “principalista” que caracteriza a las Constituciones contemporáneas. La alternativa que propone Dworkin al “modelo de reglas” hartiano, será precisamente un sistema centralmente constituido por “principios”. Alexy, cuando contrapone el “legalismo” al “constitucionalismo”, reconocerá que aquel —a diferencia de éste— enarbola las normas y rechaza principios y valores. Zagrebelsky, en la misma sintonía, concluye que “distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”. Las normas, con su previsión de la hipótesis fáctica y la consecuencia jurídica respectiva, son devaluadas como recurso para el intérprete constitucional frente a las posibilidades que conllevan los principios en tanto derecho concentrado y necesitados de explicitación por medio del juicio creado por el operador en donde se subsuma el hecho que se resuelve apelando al principio en cuestión. Los principios definitivamente amplían la capacidad de respuesta jurídica y permiten no solo entender mejor lo que las normas con su tipicidad disponen, sino incluso ordenarlas y hasta invalidarlas en tanto incurran en contradicción con los principios de donde derivan. La presencia de “principios fuertes”<sup>28</sup> remitidos a los derechos fundamentales, implica debilitar o poner en interrogantes a las normas, dado que en definitiva ellas se visualizan como medios para satisfacer a aquellos, y coherentemente se sostiene que en caso de contradicción deberán prevalecer los principios. El entusiasmo por los principios pregonado por el neoconstitucionalismo puede llevar a marginar a las normas, en tanto que si el jurista se limita a ella sabrá menos derecho y tendrá menos capacidad crítica respecto a las mismas. El proceso de desnormativización se revela junto al de descodificación o al de principalización del derecho, y todo el texto constitucional es un buen ejemplo de las posibilidades que ofrece un derecho que se formula a través de principios. Es evidente que el principalismo implica un cambio radical o revolucionario en nuestros sistemas jurídicos de raigambre europea.

---

<sup>28</sup> Cfr., mi libro *Los principios jurídicos*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

### 5.6. *La hipermoralización del derecho*

La teoría jurídica decimonónica proclamaba un rígido juridicismo en tanto pretendía que el derecho solo se explicaba desde el derecho, y consecuentemente, el jurista no necesitaba para cumplir su oficio de moral, economía o política. En particular, esa mirada alentadora de autonomía científica se obsesionaba con separarse de la moral, y bastaba el cuadro clásico tripartito de distinciones (autonomía-heteronomía, unilateral-bilateralidad, incoercibilidad-coercibilidad) para lograr ese objetivo. La pureza juricista alcanzará un punto culminante con la propuesta científica de Kelsen. Es indiscutible que las Constituciones contemporáneas se cargan de principios y valores, y cuando ellos se juridizan, una avalancha de moral se introduce al derecho. Recordemos una vez más que para Dworkin los principios son “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral” y ellos están en el derecho porque cuentan con una validez *per se* o *proprio vigore*, resultando innecesario —como concluye Nino—<sup>29</sup> que alguna fuente de autoridad lo consagre explícitamente. Coherentemente Dworkin propone leer la Constitución moralmente. Alexy no solo asimila principios a valores, sino que reconoce que en aquellos hay contenido moral y forma jurídica, y esa dimensión moral juega cotidianamente en el derecho, amén de reconocer el límite excepcional de “la injusticia extrema” dentro del requerimiento de validez jurídica. El profesor de Kiel no duda en reconocerse no-positivista defendiendo una conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, proponiendo en el campo de la operatividad del derecho la tesis de que el discurso jurídico es un “caso especial” del discurso práctico general. Nino ha rechazado aquella “insularidad” del derecho, y en su última obra procura mostrar el

vínculo justificatorio que el derecho tiene ineludiblemente con la moral, el derecho no puede ser interpretado si no se recurre, en momentos cruciales de esa tarea interpretativa, a consideraciones de índole moral. El reconocimiento de esta última conexión interpretativa entre el derecho y la moral implica descalificar el encubrimiento que la dogmática jurídica

---

<sup>29</sup> Cfr. Nino, Carlos Santiago, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 153.

y otras alternativas de reconstrucción teórica [...] hacen de la dimensión valorativa de su empresa teórica<sup>30</sup>.

A la luz de estas propuestas típicas del neoconstitucionalismo que se complacen en reconocer cuánta moral hay en el derecho, el alerta que se formula es en torno al riesgo que la moral fagocite al derecho o que los juristas se conviertan en moralistas si pretenden entender y operar el derecho conforme a la Constitución, dado que en la moral está el núcleo del derecho. Más allá del espacio institucional que supone el derecho, el mismo a la hora de su aplicación se toma irrelevante o termina de explicitarse a tenor de la moral. Del imposible sueño de la pureza kelseniana y los distingos tajantes entre derecho y moral, se corre el riesgo de terminar sin distingio ninguno.

### 5.7. *La prescindencia del silogismo deductivo judicial*

La principalización del derecho ha conllevado una fuerte crítica a las visiones logicistas formales, desde autores como Perelman que reducen la interpretación jurídica a una lógica no formal o material, o simplemente retórica, o también las nuevas teorías argumentativas en la operatividad del derecho —tan apreciadas por los neoconstitucionalistas— que sustituyen al silogismo por la ponderación racional. Enseña Dworkin que cuando dos normas entran en contradicción, la elección por una de ellas supone la extinción o invalidación jurídica de la otra, pero cuando el intérprete opta por uno de los principios que están en tensión procurando su aplicación, el principio desplazado para la resolución del caso no queda afectado en su vigencia jurídica y puede el intérprete recurrir a él en otro caso; pero precisamente el intérprete para poder concretar su opción debe “pesar” a los principios dado que ellos cuentan con la “dimensión de peso” (“*the dimension of weight or importance*”).

La peculiaridad clásica de la teoría dworkiniana se apoya en el mandato al intérprete para que descubra la “única respuesta correcta” que tiene el caso y que está presente en el derecho vigente. Expresamente Alexy se ha ocupado del modelo de deducción al que descarta por negar el carácter creativo del que aplica la norma y porque

---

<sup>30</sup> Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 128.

esta muchas veces no existe para el caso, en otros casos existe más de una norma, a veces la que está disponible resulta vaga y otras el resultado al que llevaría la norma resulta axiológicamente deficitario. Por eso, en el campo de la interpretación la propuesta de Alexy es “argumentación”, pero no se trata de una teoría “analítica” que intente clasificar los argumentos y analizar su estructura, sino de una “teoría normativa que permita por lo menos una cierta valoración de la fuerza o peso de los distintos argumentos y de la racionalidad de la argumentación jurídica”<sup>31</sup>. Esa teoría del discurso conduce a la institucionalización del sistema jurídico y a la autoridad del derecho positivo que exige “que se dé prioridad a las razones constitucionales sobre las sustanciales. Sin embargo, solo se trata de una prioridad prima facie. Las razones sustanciales pueden tener tal peso en las causas individuales que prevalecen sobre las constitucionales”. Los principios alexyanos son “mandatos de optimización” en tanto exigen una realización lo más completa posible, según “posibilidades fácticas y jurídicas”, por eso en su aplicación se requiere apelar al principio de proporcionalidad y a sus tres subprincipios: de adecuación y de necesidad referidos a las posibilidades fácticas y el de proporcionalidad en sentido estricto proyectable al campo de las posibilidades jurídicas. Es cierto que la conversión del derecho en una práctica argumentativa no implica forzosamente expulsar del derecho a la lógica formal y sus silogismos, pero la importancia de ellos se reduce significativamente, pues la atención se desplaza desde la “justificación interna” a la “justificación externa”, y lo decisivo es encontrar soluciones correctas. Los neoconstitucionalistas —como Zagrebelsky— retoman las enseñanzas clásicas de la prudencia y promueven una fuerte desconfianza a la formalización del derecho apegada a los silogismos, dado que el derecho debe ajustarse a las peculiaridades del caso y ello supone la presencia de valoraciones. El entusiasmo argumentativo extendido entre los neoconstitucionalistas puede llevar al olvido del silogismo y sus reglas, lo cual supone un marginamiento injustificado de estructuras que controlan formalmente al razonamiento, incluido el prudencial o el retórico.

---

<sup>31</sup> Alexy, Robert, “La argumentación jurídica como discurso racional”, *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 231.

### 5.8. *La prescindencia de la ciencia jurídica*

El modelo de ciencia jurídica que se promovió en el siglo XIX y que encontrará su matriz definitiva en las enseñanzas del Círculo de Viena, precisó como su objeto describir y sistematizar al derecho positivo vigente, excluyendo las tentaciones no científicas de valorar o proponer soluciones jurídicas de *lege ferenda*. Ya hemos recordado que Nino ha denunciado con fuerza la esterilidad de ese modelo científico que siguieron Kelsen, Ross o Alchourrón-Bulygin, y propone admitir en la mirada epistemológica las dimensiones axiológicas o críticas. El saber jurídico consistente con las tesis neoconstitucionales encuentra su mejor lugar en la perspectiva iusfilosófica o en el ámbito de la aplicación o determinación racional del derecho para los casos concretos. El juez y filósofo Hércules propuesto por Dworkin se constituye en el mejor paradigma para conocer el derecho, y los restantes neoconstitucionalistas también privilegian el punto de vista interno a la hora del conocimiento integral y correcto del derecho. Un propósito cognoscitivo reducido a describir “objetiva y exactamente” al derecho positivo como pretendió la teoría pura kelseniana, no dejaba lugar para miradas propiamente iusfilosóficas, o tampoco le quedaba mucho espacio a esta disciplina en la teoría científica de Ross reducida a “precisar el lenguaje de la ciencia jurídica”<sup>32</sup>. El momento aplicador o interpretativo del derecho entendido como mero acto de voluntad —según Kelsen— o fruto de la ideología irracional —en Ross— es otro de los tópicos que combatirán los neoconstitucionalistas enarbolando la bandera de la razón práctica argumentativa capaz de encontrar la “única respuesta correcta” (Dworkin) o apostar a la “única respuesta correcta como idea regulativa” (Alexy). Zagrebelsky —como vimos— plantea explícitamente la contraposición de la *scientia juris* con la *juris prudentia*,

la primera como racionalidad formal, la segunda como racionalidad material, es decir, orientada a los contenidos. En términos aristotélicos, *episteme* frente a *phronesis*; en términos escolásticos, *ratio speculativa* frente a *ratio práctica*. Mientras el criterio que preside las primeras es la oposición cualitativa verdadero-falso, todo-nada, el que preside las se-

---

<sup>32</sup> Cfr., mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. (Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey), 2a. ed., Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006.

gundas es un progresión cuantitativa que va desde lo menos a lo más apropiado, desde lo menos a lo más oportuno, desde lo menos a lo más adecuado y productivo”<sup>33</sup>

También Ferrajoli se ha ensañado con aquel tipo de ciencia jurídica neutral y descriptiva, y promueve una ciencia activa, crítica y promotora de cambios. Desde la perspectiva epistemológica auspiciada por el neoconstitucionalismo ha quedado muy poco de aquel modelo de saber definido en el Círculo de Viena, y consiguientemente se impone al jurista un trabajo de dilucidación de valores, funciones o finalidades que requiere el tránsito por la filosofía jurídica que se toma inescindible y genéricamente práctica, pero además exige del jurista propuestas de cambio y reforma que implican instalarlo racionalmente en el ámbito de la creación del derecho. El riesgo es que todo el empeñoso esfuerzo por sistematizar y describir al derecho positivo vigente que caracterizó a nuestros grandes maestros universitarios, quede arrumbado como un saber carente de interés cognoscitivo jurídico. Aunque no se adhiera al reductivismo cientificista, no caben dudas de que la ciencia jurídica es un abordaje necesario y posible para conocer el derecho, y precisamente el neoconstitucionalismo con su preocupación principialista y por la equidad o justicia del caso puede generar rechazo o distanciamiento a ese nivel no ético.

### *5.9. La pérdida de la seguridad jurídica*

La seguridad jurídica, este valor tan típicamente decimonónico, desaparece o se diluye fuertemente en las teorías neoconstitucionalistas en tanto optan privilegiadamente por la equidad o la justicia. Es cierto que Kelsen también había despotricado contra la seguridad jurídica, pero el fundamento era el decisionismo volitivo o irracional por el que transitaba la resolución judicial. En el neoconstitucionalismo hay una apuesta muy confiada en la razón práctica del operador del derecho capaz de actuar con los principios y valores en tensión y buscar la correcta solución que exige cada caso. Alex, más allá de que rechaza en nombre de la seguridad jurídica un eventual derecho constituido solo por principios y promueve la presencia también de reglas,

---

<sup>33</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, cit., nota 10, p. 123.

no se amilana en suscribir la fórmula radbruchiana de la “injusticia extrema no es derecho”, y consiguientemente, se adhiere a la posibilidad de que ciertas normas —incluidas las constitucionales— que han cumplido todas las exigencias formales previstas en el sistema jurídico vigente no logren nacer al derecho. La presencia necesaria en el derecho de este límite para el derecho positivo explica que no haya problemas de retroactividad de las leyes en el caso de la legislación nazi o de las que autorizaban a matar a los guardianes del Muro de Berlín, dado que estas reglas por su “injusticia extrema” no habían llegado a nacer al derecho no obstante su consagración formal. La razón práctica “neoconstitucionalista” está en condiciones de ponderar o valorar y encontrar o confiar en lograr la mejor respuesta para cada caso, y por eso la posibilidad de regular anticipadamente la solución que tiene cada caso es olvidarse de la presencia de los principios indeterminados y lo que aportan los casos al contenido de las normas. A la pretensión propia de la seguridad jurídica de conocer anticipadamente las consecuencias que pueden derivarse de los comportamientos que realicemos al tenor de las normas vigentes, se la condiciona a que ellas no superen el umbral de la injusticia extrema porque en tal supuesto aplicarlas implica asumir un “riesgo” (Alexy) que consiste en la posibilidad de que los hagan responsables jurídicamente con posterioridad, y también a la posibilidad de obtener plurales y diversas respuestas a partir de distintos principios jurídicos. Una buena prueba de hasta dónde impera hoy en la cultura judicial la necesidad de buscar soluciones justas en cada caso, puede ser el artículo 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano aprobado por las 22 cortes supremas de Iberoamérica, en tanto ahí se dice que los jueces “sin perjuicio del respeto a la legalidad estricta deberán resolver los casos con equidad procurando atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables”. Podemos coincidir en no reducir la axiología jurídica a la seguridad jurídica<sup>34</sup>, pero nos parece casi una renuncia a las conquistas de la modernidad suprimir directamente ese valor y confiar dogmáticamente en la razón justa del juzgador, aunque éste sea el constitucional.

---

<sup>34</sup> Cfr., mi artículo “Aproximaciones a la seguridad jurídica”, *Derechos y Libertades*, Madrid, año III, núm. 6, febrero de 1998.

### 5.10. *La jurisprudencia como única fuente del derecho*

El “desbordamiento de las fuentes del derecho” denunciado por Pérez Luño<sup>35</sup> es puesto de relieve y también promovido en la jurisprudencia constitucional. Si en la Constitución está todo el derecho, el mejor “boletín oficial” que garantice la publicidad del derecho y su prohibición de alegar la ignorancia, se convierte en esa jurisprudencia constitucional; de ese modo, las restantes fuentes son apenas proyectos de derecho vigente condicionado a la confirmación o corrección que le formulen los jueces constitucionales. En sintonía con las tesis de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, las sentencias constitucionales han ido creciendo en variedad y audacia dejando muy atrás la propuesta kelseniana del “legislador negativo”. Así —recordemos una vez más— que es posible encontrar sentencias que dan la única interpretación constitucional posible para la impugnada ley, que le agregan o suprimen texto a la ley, que le reclaman al legislador cambios en contenido o directamente su derogación, que distinguen entre declaración de inconstitucionalidad y nulidad, que confieren plazos para la vigencia de una ley luego de haber sido declarada inconstitucional, que no declara la inconstitucionalidad sino solo atento a las consecuencias económicas o sociales que puede acarrear esa declaración, etcétera. La conclusión de la escuela de la jurisprudencia sociológica norteamericana de que el derecho es lo que los jueces dicen que es, ya no está tan lejos del derecho europeo continental. Incluso autores como Aarnio reformula la definición de fuentes del derecho como “toda razón que puede ser usada como base justificatoria de la interpretación”<sup>36</sup>, lo que refuerza el riesgo de reductivismo jurisprudencial en tanto el derecho o sus fuentes se asimilan a los argumentos que justifican las decisiones judiciales válidas. La doctrina constitucional norteamericana que postula una “constitución viviente” (*living constitution*) implica ir a reconocer en la jurisprudencia constitucional lo que ella va siendo al ritmo de los tiempos y cambios generacionales. “Si aplicar el derecho es descubrirlo” en la perspectiva

---

<sup>35</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993.

<sup>36</sup> Aarnio, Aulis, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 123.

hermenéutica de Kaufmann, suena coherente la visión lagunosa que Larenz tiene del sistema jurídico en tanto cada caso cuenta con una especificidad que descarta la ilusión de una previa respuesta completa y claramente dada. La tarea del jurista se sintetiza en encontrar respuestas correctas justificadas argumentativamente, con la advertencia que fuera de aquellas soluciones necesarias o las racionalmente imposibles, queda un amplio espacio para aquellas simplemente posibles.

Desde esa perspectiva, Andrés Ollero preocupado por los iusnaturalistas que piensan con un modelo que pone en paralelo al derecho natural, los convoca a “desdramatizar el positivismo jurídico” e incluso se atreve a postular cierto “iusnaturalismo inclusivo” porque en definitiva el derecho sin más, es algo concreto e histórico mientras que la ley es una medida abstracta y suprahistórica<sup>37</sup>. En ese marco teórico parece ausplicable que los juristas se dediquen solo a estudiar el derecho jurisprudencial y constatar en qué medida el caso que los convoca guarda analogía con algunos de los casos ya resueltos. También aquí podemos advertir que por el camino de la constitucionalización podemos estar produciendo subrepticamente una verdadera revolución jurídica y política en el Estado de derecho que Europa ha construido y nosotros heredado.

### 5.11. *La supresión o el debilitamiento del Estado*

El iuspositivismo decimonónico encontró en el Estado soberano un apoyo decisivo para su teoría, y en particular las Constituciones nacionales fueron la piedra basal por excelencia desde la cual se forjaron y se expresaban los Estados. La asimilación kelseniana del Estado al orden jurídico total, viene a inscribirse en sintonía con aquella visión de los derechos positivos adscritos a determinados Estados nacionales. Sin embargo, es evidente el proceso creciente de globalización o fortalecimiento del derecho que surge más allá de sus fronteras y que no pide autorización expresa a ningún órgano para su entrada en vigencia, o que incluso corrige a las decisiones jurídicas generadas en el

---

<sup>37</sup> Ollero Tassara, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 306, y *Derechos humanos (entre la moral y el derecho)*, UNAM, México, 2007, pp. 315 y ss.

intérprete final de la Constitución nacional. Ferrajoli, preguntándose por el futuro del Estado de derecho, entiende que uno de los desafíos

es el dirigido a la dimensión constitucional del Estado de derecho por la pérdida de soberanía de los Estados por el desplazamiento de las fuentes del derecho fuera de sus confines y por el consiguiente debilitamiento del papel garantista de las Constituciones nacionales. Frente a estos procesos, la única alternativa al ocaso del Estado de derecho es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política, hoy ya irreversible, y por tanto el desarrollo de un constitucionalismo sin Estado, a la altura de los nuevos espacios, ya no estatales sino supraestatales, a los que se ha desplazado el poder y las decisiones: por un lado, un constitucionalismo europeo y, por el otro, un constitucionalismo internacional, idóneos para limitar el absolutismo de los nuevos poderes<sup>38</sup>

El “derecho constitucional común europeo” integrado por “un conjunto de principios constitucionales particulares que resultan comunes a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivizados como si no”, tiene en Peter Haberle un decidido impulsor, complementándolo con su método interpretativo “comparativo” orientado a descubrir la matriz común europea<sup>39</sup>. Esa quiebra tan visible de los Estados al ritmo de globalización e integración, se refleja en el elocuente dato que el 80% del derecho vigente en los Estados europeos proviene de órganos comunitarios, y en nuestro continente, al menos en materia de derechos humanos, es claro que la última palabra jurídica ya no la tienen nuestras cortes supremas sino la Corte Interamericana de Derechos Humanos y desde esa jurisprudencia cabe interpretar los textos constitucionales en esa materia. La idea de la soberanía centrada en Bodin en la potestas legibus solutus resulta resistida claramente por el neoconstitucionalismo; por eso Ferrajoli impugna la noción de soberanía y plantea tres cuestiones a su propuesta de un “constitucionalismo global”:

1. La ausencia de garantías judiciales en el nivel internacional;
2. El cambio de lugar de las respectivas garantías constitucionales como consecuencia del debilitamiento de la soberanía estatal, y

---

<sup>38</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, cit., nota 4, p. 24.

<sup>39</sup> Cfr. Haberle, Peter, *El Estado constitucional*, UNAM, México, 2003.

3. La posibilidad de un derecho de asilo como contrapeso de la concepción estatista de los derechos humanos derivada de la ciudadanía.

Zagrebelsky plantea que en los Estados pluralistas actuales “antes que de soberanía de la Constitución sería más adecuado hablar de Constitución sin soberano”. Han ido apareciendo como una consecuencia lógica del constitucionalismo, Constituciones supranacionales o transnacionales con tribunales respectivos con competencia para decir la última palabra jurídica. La crisis de la supremacía de la Constitución es el fortalecimiento de las Constituciones regionales o comunitarias, pero esto puede ser peligroso en las relaciones internacionales en tanto posibilite la prevalencia de los Estados poderosos.

### *5.12. La absorción por el derecho de toda la ética social*

El pluralismo es un dato de las sociedades contemporáneas, y ello conlleva un politeísmo axiológico o la pérdida de valores comunes. El riesgo es que se avale que no hay espacio para otra ética social que la consagrada por el derecho, y en especial aquella consagrada por la Constitución. Ese juridicismo ético implica pedirle demasiado al derecho y a los juristas, pues la experiencia confirma que para que funcione el derecho y se logre el “buen vivir social” es necesario consolidar en los comportamientos sociales voluntarios, valores que se orienten al más integral respeto y cooperación. Es ingenuo pretender que las normas jurídicas se van a respetar solo por la amenaza de la coerción, por eso, incluso para la mayor eficacia jurídica se requiere una educación ciudadana que aporte consenso al mismo derecho. Pero además, si bien el derecho es un instrumento poderoso para la vida social, se requiere la colaboración de la ética social o aplicada a punto tal de que si se logra que esta sea aceptada seguramente se tomará menos importante el papel del derecho. Este es un mínimo ético y tiene básicamente por objeto las conductas más trascendentes para la vida social posibles de ser impuestas coercitivamente, pero la ética al buscar excelencia o máximos reclama no solo que cumplamos las conductas jurídicas con intención acorde sino que además pretende otras conductas más exigentes que al derecho no le corresponde ni puede prescribir.

La tarea central del derecho es procurar “buenos ciudadanos”, mientras que la moral busca “buenas personas”. Dice Habermas peligrosamente que la moral ya no flota fuera del derecho sino “emigra al interior del derecho positivo”<sup>40</sup>, y entonces el riesgo es que la moral permitida sea aquella consagrada por la Constitución, o sea una especie de juridicismo ético donde los problemas éticos se resuelven a través de normas jurídicas u órganos con competencia jurígena. Prieto Sanchís se hace cargo de que algunos neoconstitucionalistas ven en la Constitución “el compendio de la moral pública de la modernidad”<sup>41</sup>. Así, bastaría que se dicte una norma constitucional que fije una opinión ética para que esta y solo esta quede respetada jurídicamente, y por ende quien opine lo contrario asume el riesgo de la ilegalidad o, mejor dicho, de la antijuridicidad. Las opciones morales pueden quedar en manos del derecho, o de la Constitución y sus intérpretes, lo cual corre el riesgo de implicar una grave afectación a la libertad ciudadana en aras de la uniformidad axiológica constitucional o del “nacionalismo cívico” (Rawls).

### 5.13. *El hiperrealismo jurídico*

A la constitucionalización, cuando “re-materializa” el derecho impregnándolo de valores y moral, le cuesta digerir aquellas respuestas jurídicas que solo se apoyen en valores formales y que son fuente muchas veces de injusticia o incomprensión para el ciudadano común, ajeno a las formas pero preocupado por respuestas justas sustancialmente. En sintonía con el neoconstitucionalismo es probable que los juristas busquen debilitar o superar todo el capítulo de ficciones o presunciones en tanto creaciones o mentiras consagradas por el derecho pero carentes de apoyo en la realidad. Un ejemplo paradigmático de lo que decimos es la presunción *jure et jure* que el derecho es conocido luego de ser publicado, respecto de la cual se levantan críticas muy fuertes reclamando un derecho más humano y realista. Seguramente la Constitución posibilita variedad de argumentos para poner

---

<sup>40</sup> Habermas, J., “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Paidós, Barcelona, 1991, p. 168.

<sup>41</sup> Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 105.

en crisis aquella presunción y otras consagradas en nuestros clásicos códigos que se orientan a brindar respuestas generales y previsibles, evitando que el derecho caiga en un casuismo judicial. La ley con su propósito generalizador impone soluciones que llegan a ser irracionales o dogmáticas en ciertos casos, y precisamente, el neoconstitucionalismo puede convertirse en un llamado inflexible e intransigente con respuestas que no superen el test de realismo o de razonabilidad intrínseco a toda Constitución axiologizada. Mientras que nuestros Estados de derecho legal se forjaron y consolidaron con presunciones como la del conocimiento de la ley publicada, a lo que los respectivos jueces ordinarios aplicaban sin demasiados reparos teóricos, los jueces constitucionales movilizados por la equidad y la justicia, tan íntimamente impulsados por las Constituciones, fueron sensibles a ese llamado de la realidad. Buen ejemplo de lo que decimos puede ser el de la Corte Constitucional Italiana cuando por sentencia 364/1988 archivó la ignorancia legis en materia penal.

#### *5.14. El derecho a-sistemático o aporético*

La ciencia jurídica moderna propuesta por Savigny reclamó centralmente un derecho normativo fuertemente sistémico, capaz de: a) definir con claridad sus límites o unidad; b) en el que la jerarquía normativa esté consagrada; c) que incluya todas las respuestas jurídicas necesarias para la resolución de los casos a presentarse; d) sin antinomias o fácilmente solucionabas aquellas que eventualmente pudieran aparecer, y e) que luciera económico o sin redundancias normativas. Ese sueño sistémico alcanzó una notable perfección teórica con Kelsen y su exitosa pirámide. El neoconstitucionalismo se preocupa por encontrar la mejor respuesta jurídica para cada caso apelando para ello a los indeterminados valores, principios o derechos fundamentales y, por ende, no suscribe los intentos de sistemas apriorísticos o fuertes que supongan respuestas no ajustadas al problema jurídico. En definitiva es una teoría que tiene fácil sintonía con las visiones débiles o abiertas de los sistemas (Canaris), en tanto lo que se privilegia es el problema y su solución, a partir del cual es posible que quede delineada una perspectiva sistémica modesta de todo el derecho, pero que sin embargo sufrirá todas las modificaciones que impongan los otros casos. El juez Hércules dworkiniano cuando se enfrenta al

problema debe enfrentar la sobrehumana tarea de reconstrucción ordenadora del derecho generado a lo largo del tiempo en su sociedad procurando que triunfen los principios y ocultando (“mintiendo”) aquellas soluciones que resulten incoherentes. Los principios alexyanos resisten un orden apriorístico y requieren ser ponderados en cada caso. Los principios están en colisiones y no hay solución fijas ni puntos de equilibrio (Zagrebelsky), porque lo decisivo será el caso. Así, a fuerza de neoconstitucionalismo y consiguientemente de prudencia, principios y equidad, puede diluirse totalmente aquella visión ordenada del derecho vigente alentada desde nuestros ámbitos académicos y profesionales, quedando el derecho vigente peligrosamente reducido a una sumatoria de soluciones jurisprudenciales paralelas idóneas para resolver casos análogos.

### *5.15. La concreción inconstitucional de “reformas” constitucionales*

Las Constituciones rígidas contemporáneas incluyen formas o procedimientos preestablecidos especiales que las resguardan de “reformas” diseñadas por los poderes constituidos pero contrarios o no aceptados por el Poder Constituyente. Es indudable que el camino de la interpretación constitucional es muy apto y fácil para su desborde e introducir cambios en la Constitución marginando el procedimiento previsto a tales fines. Incluso la línea interpretativa del “no originalismo” norteamericano auspicia aquel derecho que tiene cada generación de darse su propia Constitución, lo que se facilita si es que “la Constitución es lo que los jueces dicen que es”. La distinción dworkiniana entre concepto y concepciones por supuesto que es muy difícil de proyectar en concreto y ofrece la alternativa de posibilitar que el intérprete no solo imponga su concepción sino que esta impacte en el mismo concepto en juego. Las teorías procedimentalistas al contemplar exigencias formales que preserven la racionalidad de los resultados interpretativos, brindan un camino generoso para los cambios sustanciales en la Constitución. Es muy peligrosa la idea auspiciada por cierta doctrina norteamericana de que la Corte es una especie de Poder Constituyente permanente, lo que posibilita que la Constitución se tome algo viviente y que cada generación tenga la mejor Constitución. Por supuesto que el intérprete conoce y recurre

a un gran repertorio de medios para que su tarea quede cubierta bajo el legítimo manto de la interpretación, pero que a poco se profundice la mirada sutil o no dogmática, podrán descubrirse frecuentes alteraciones creativas y no meramente interpretativas. Esas posibilidades se incrementan si el intérprete constitucional queda habilitado para suplir lagunas constitucionales o declarar inconstitucionales ciertas normas constitucionales.

### *5.16. La politización del Poder Judicial*

Los poderes judiciales establecidos en el marco del Estado de derecho legal se integran por profesionales del derecho a los que se les reclama conocer el derecho, estableciendo, además, diferentes y terminantes incompatibilidades con la actividad política. Si es cierto que la Constitución encierra “mundos constitucionalmente posibles” como señala Zagrebelsky, es muy importante quien tiene el poder de elegir e imponer entre esas alternativas. De ahí que se ha señalado que una corte constitucional es algo demasiado trascendente como para dejarla en manos de “burócratas forenses” (Vanossi) y se pretende que sus miembros tengan visión de Estado. Las interferencias y criterios de afinidad políticas en la elección de los jueces constitucionales se toleran y justifican, incluso se llega a auspiciar que se hagan explícitas esas orientaciones políticas de los jueces como para que en el tribunal quede reflejado el pluralismo de la vida social y política. Ese marco encuentra sintonía con un proceso creciente y cada vez más visible de la llamada judicialización de la política que torna más sospechoso o desembozado las lealtades o simpatías políticas. Si es verdad entonces que jueces y política se encuentran por lo querido por la Constitución, el modelo del juez aséptico y profesional se debilita y deja de ser atractivo por la constitucionalización del derecho vigente. Algunos doctrinarios llegan a reclamar que el juez sincere sus forzosas afinidades políticas para de ese modo evitar sorpresas y garantizar limpieza en los procesos de selección. Por sobre miradas académicas, lo que cabe preguntarse es qué piensa el ciudadano común respecto de jueces que hacen explícitas sus preferencias políticas.

El protagonismo judicial no solo puede afectar al Poder Legislativo sino también alcanzar al otro poder del Estado, o sea al Poder Ejecutivo. He leído en algún autor una conclusión que en parte se

pretendía descriptiva pero que al mismo tiempo traducía cierto auspicio; ella expresaba que el siglo XIX fue el del Poder Legislativo, el siglo XX el del Poder Ejecutivo, pero el XXI sería el del Poder Judicial. Por sobre pronósticos, es evidente que es posible leer en la Constitución requerimientos o modos de actuación del Poder Ejecutivo, y consecuentemente, no es ilógico que se impongan al mismo ciertos deberes o prohibiciones. Ello mucho más cuando se advierte la crisis de las llamadas “cuestiones políticas” exentas del control jurisdiccional, y aumenta la presión para que se satisfagan los llamados derechos humanos económicos, sociales y culturales. Cada vez más se deciden judicialmente problemas que tienen que ver con el manejo del presupuesto o con lo propio del poder administrador, y el ciudadano o el empleado público sabe que a los fines de lograr que se respeten sus derechos o se satisfagan sus pretensiones cuenta con instancias judiciales cada vez más independientes. Incluso en muchos países de nuestra región existe una opinión pública que supone que los mejores jueces son aquellos que dictan sentencias contra el Ejecutivo, lo cual puede generar una tentación de protagonismo judicial a fuerza de condenar a los gobernantes de turno aunque tengan razón. En definitiva, el neoconstitucionalismo puede promover jueces que en nombre de la Constitución sustituyan o impongan al administrador criterios que propiamente no son los aconsejables desde el punto de vista del bien común, y terminen definiendo el modo y el fin al que debe orientarse la administración.

### ***5.17. Etnocentrismo cultural***

La Constitución se ha erigido en Occidente en un signo de civilización, incluso la misma fórmula del Estado de derecho constitucional o Estado de derecho “fuerte” encierra un evidente juicio de valor en tanto el gobierno del derecho es muy superior o preferible al gobierno de los hombres (*Rule of law not of men*). Y si la Constitución contiene los valores básicos de la vida social, no caben dudas que ella no solo transmite una forma de gobierno sino y especialmente una cierta cultura (Carbonell). El mensaje que la opinión pública comparte es que un Estado sin Constitución al modo de las vigentes en Europa o Estados Unidos, es un Estado marginado del progreso y del futuro. El riesgo evidente de esa expansión de un cierto tipo de Constitución

y constitucionalización es el de suprimir otras culturas ajenas a la tradición occidental, o sea el peligro de que aquella se convierta en el arma predilecta para practicar —consciente o inconsciente— un inequívoco etnocentrismo cultural. La Constitución que se difunde es la inventada por Occidente y por ende Occidente pretende imponerse por sobre cualquier otra variante de organización social y política. Así, el neoconstitucionalismo no obstante ser una teoría que responde a un cierto contexto histórico y geográfico, puede llegar a enarbolarse como el modelo imperial a seguir por todos los pueblos que busquen la civilización y no la barbarie. Los constitucionalistas promueven como método interpretativo de sus Constituciones el “comparativo”, de manera que deben alentarse las opciones que mejor se conciben con el derecho constitucional de los pueblos con mejor calidad constitucional. También los constitucionalistas al auspiciar procesos regionales o mundiales de constitucionalización, obviamente que tienen presente sus modelos constitucionales y culturales.

## 6. ALGUNAS PREVENCIÓNES FRENTE A LOS RIESGOS SEÑALADOS

Ya hemos adelantado que la precedente nómina de riesgos implícitos en la lógica de la constitucionalización y del neoconstitucionalismo no tiene el propósito de alentar la vuelta al Estado de derecho legal; por el contrario, creemos en aquel proceso “descubierto” por Europa en la segunda mitad del siglo, e incluso nuestra propia práctica profesional como jueces constitucionales conlleva el firme propósito de que prevalezca la Constitución. Pero de todas maneras nos interesa preservar el diseño democrático constitucional, y estamos convencidos que no es bueno para la sociedad ni para el derecho que algún poder prevalezca descontroladamente sobre los otros, por eso es que nuestra intención es simplemente subrayar algunos potenciales riesgos que pueden concretarse si nos dejamos arrastrar irracionalmente en una lógica inercial desplegada en nombre de la Constitución. Es que nuestros ámbitos académicos se mantienen en sus prácticas habituales y no resulta fácil lograr que las alteren prestando atención a nuevas realidades que exigen otras miradas y lugares. Se toma urgente que en primer lugar nuestros profesores —

aunque también todos los actores sociales— reaccionen frente a la realidad a los fines de describirla pero también valorarla y procurar orientar su mejor desarrollo. Parte de la responsabilidad académica incluye esa tarea previsoras y orientativa, y para eso no podemos descuidar al derecho vivo y seguir enseñando que el derecho se reduce a normas que se explican con las mismas teorías que se usaron en el XIX. Desde esa perspectiva nos proponemos a continuación indicar algunos remedios o terapias que pueden y deben asumir todos los que tienen responsabilidad social en orden a controlar o superar los riesgos señalados. Se trata asimismo de una lista que podríamos haber simplificado pero que mantenemos en una versión algo redundante en razón de la variedad de destinatarios y la importancia de la cuestión. Por supuesto que aquí, como en el punto anterior, el orden indicado de los ítems no implica importancia, aunque ellos tengan distinta relevancia.

### 6.1. *Mejor técnica legislativa*

García de Enterría constata que “la legislación actual tiende a la ocasionalidad y la confusión”<sup>42</sup>, y Díez-Picazo además de la inflación legislativa denuncia:

Son, además, como todos sabemos muy bien, leyes dictadas en ocasiones muy concretas para responder a estímulos y problemas cotidianos [...] Son leyes hechas de prisa, con escasa técnica legislativa, de las que puede decirse que no tienen ayer y que no tienen mañana<sup>43</sup>.

Zagrebelsky no duda en concluir: “la época actual viene marcada por la ‘pulverización’ del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal”<sup>44</sup>.

En 1984 Manuel Atienza, un tanto categóricamente concluía que había que ayudar a construir “una teoría y técnica de la legislación de

---

<sup>42</sup> García de Enterría, Eduardo, “La democracia y el lugar de la ley”, *La vinculación del juez a la ley*, *op. cit.*, p. 91.

<sup>43</sup> Díez-Picazo, Luis, “La justicia y el sistema de fuentes del derecho”, *La vinculación...*, *op. cit.*, p. 216.

<sup>44</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 37.

la que, hoy por hoy, se carece”<sup>45</sup>; la racionalidad integral del legislador seguramente restringirá los márgenes del intérprete, pero para ello se torna urgente trabajarla y ordenarla en sus dimensiones: lingüística, jurídico-formal, pragmática, teleológica y ética... En definitiva hay absoluta coincidencia sobre la “crisis de la ley”<sup>46</sup> que genéricamente tiene que ver con el traslado de poder que supuso el nuevo paradigma del Estado social y que puntualmente abarca: la falta de funcionalidad de la ley procesal, leyes que no procuran fines generales sino concretos; leyes con “objetos múltiples”, leyes de “partidos políticos”, leyes inestables, leyes contradictorias, etcétera.

El constitucionalismo impone adoptar una racionalidad que compartan legisladores, jueces, doctrinarios y gobernantes en general. El modelo de ley que surge de Francia y que tan paradigmática y extremadamente expusiera Rousseau es una ficción que se apoyaba en el dogma de un legislador racional que no necesitaba justificarse dado que no tenía posibilidad de equivocarse, pero precisamente la presencia de la Constitución rematerializada como la de la jurisprudencia constitucional requiere de una mejor técnica legislativa. El simple y conocido ejemplo antes aludido de la evidente despreocupación por la técnica legislativa lo constituye el recurso de “derogar toda disposición que se oponga” a la ley sancionada, lo cual más que resolver el problema lo transfiere a otro momento y a otros responsables.

## 6.2. *Leyes más modestas*

Desde la perspectiva del dogmatismo exigido al jurista y la prohibición de discrecionalidad para el juez, la ley garantizadora de la seguridad jurídica debía estar constituida por reglas que sirvieran de premisa mayor para el juicio subsuntivo judicial. Sin embargo, la riqueza de los casos y la presencia de principios y valores constitucionales que no cuentan con supuestos de hechos ni jerarquías apriorísticas, destruye por inviable aquella pretensión de automatismo judicial.

---

<sup>45</sup> Atienza, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1984, p. 9.

<sup>46</sup> Para un panorama amplio y actualizado puede consultarse con provecho Marcilla Córdoba, Gema, *Racionalidad legislativa (crisis de la ley y una nueva ciencia de la legislación)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Por eso, para proporcionar una seguridad jurídica posible y evitar soluciones que en ciertos casos se tornen groseramente disvaliosas, se requiere de leyes más modestas que no dejen librado a los criterios del juzgador la solución que se le ocurra, sino que establezcan márgenes para la misma, de modo de no perturbar que el derecho responda efectivamente al bien o interés de todo hombre. Resulta así irreal y axiológicamente peligrosa, la sanción de códigos con más de cuatro mil artículos que pretendían contener la totalidad de las soluciones a todos los casos a presentarse, e incluso la paradoja inexorable de esas leyes tan “seguras” era que finalmente aparecía un caso que racionalmente exigía su apartamiento, y era principalmente una Corte Suprema la encargada de “violarla” en nombre de valores o principios que fácilmente despertaban adhesión ciudadana. Por eso se requiere de leyes principialistas que de algún modo completen la indeterminación del Constituyente, pero no con la intención de cerrar toda determinación judicial, sino de fijarle límites a la misma.

A manera de ejemplo recurramos a uno de la jurisprudencia argentino en torno al trasplante de órganos entre hermanos que según la ley exigía los 18 años en el donante, pero llegó un caso en el que solo restaban dos o tres meses para cubrir ese requisito legal, y entonces la alternativa absurda era decirle a la donante que soportara la pérdida del hermano en nombre de la salvación del rigor legal, por lo que la Corte Suprema luego de constatar la libertad psicológica del donante autorizó la donación. Pues entonces lo mejor no era una ley que diera una solución inequívoca anticipada para todos los casos o que autorizara al juez hacer lo que quisiera, sino aquella que convalidara los pedidos de donación de órgano una vez que se haya acreditado la libertad real del donante. Es decir, una ley “principialista” en lugar de una ley “normativista”.

### *6.3. Más argumentación justificatoria en la producción autoritativa de las normas*

La cultura jurídica decimonónica prescribió en sus códigos civiles el modo en que debía proceder el juez cuando aplicaba una ley, y concretamente establecía ciertos métodos interpretativos —gramatical, lógico, histórico y sistemático— que garantizarían el “desentrañamiento del sentido de las normas”. Dichas técnicas eran instrumentos

para hacer prevalecer la voluntad del legislador por parte del juez que nada creaba para el derecho. Así, la teoría interpretativa vigente lucía de una aparente simplicidad y facilidad pero pecaba de una gran dosis de ingenuidad e irrealdad. Precisamente en la segunda mitad del siglo XX y sobre todo en las tres últimas décadas, uno de los capítulos de la iusfilosofía que más ha crecido en cantidad y calidad ha sido todo el tema de la argumentación, que en buena medida coincide con el viejo tema de la interpretación. Recordemos que Tarello elabora una lista de argumentos que alcanza a los quince, mientras que Perelman los reduce a trece. Más aún, algunos autores (Dworkin, Atienza, etcétera) llegan a proponer un concepto interpretativo del derecho o a reducir el derecho a una “práctica argumentativa”; es que en buena medida el derecho ha sido inventado para resolver problemas jurídicos y lo decisivo es la justificación racional que lucen esas soluciones. Validez jurídica remite en última instancia a justificación racional, o sea a requerir de la respuesta jurídica que cuente con los argumentos suficientes que la respalden (recordemos una vez más a Aamio cuando propone un nuevo concepto de “fuentes del derecho” que se asimila a esos argumentos justificatorios utilizados por los jueces). Alexy propone una “teoría de la argumentación jurídica” que contiene veintiocho exigencias orientadas a asegurar procedimentalmente la racionalidad de la respuesta. En este marco de preocupación por la justificación racional de las decisiones judiciales cabe destacar el esfuerzo volcado en tomo a la “epistemología judicial fáctica” (Taruffo, Gascón Abellán, etcétera), un tema que a fuerza de normativismo la teoría interpretativa tradicional había ignorado.

Todos esos aportes destinados a dotar de racionalidad a la decisión jurídica autoritativa no se reducen al juez, sino que pretenden extenderse a toda autoridad, incluso la legal porque de ese modo lo ordenado ganará en firmeza y podrá pretender aceptación racional voluntaria. Es oportuno destacar que la invocación de principios no es sinónimo de arbitrariedad ni de imprevisibilidad; por el contrario, un trabajo apropiado de esclarecimiento y uso de los mismos puede brindar apropiada y anticipada determinación (Prieto Sanchís, Moreso, Ollero, García de Enterría, etcétera). En síntesis: se requiere que la cultura jurídica —especialmente la académica y la judicial— asuma con seriedad el tema de la argumentación y le preste la atención que se merece, pero no repitiendo enseñanzas superadas, sino enrique-

ciéndola con la variedad de propuestas que la doctrina ofrece en la actualidad.

#### 6.4. Más estudio y control sobre la jurisprudencia

Si los jueces crean derecho es evidente que cuando pretendo conocer el derecho debo conocer el derecho que sigue después de la ley. El derecho es una obra colectiva que positivamente origina el Constituyente pero concluyen los jueces, por eso una cultura jurídica asimilada a cultura de la ley ignorará al derecho integral. Esta exigencia impone que nuestras universidades establezcan las currícula en donde se estudie no solo la ley sino la jurisprudencia, que es otro modo —mucho más realista— de estudiar a la misma ley en cuanto se la ve en movimiento o en su compleja capacidad resolutoria. Este análisis o estudio de la jurisprudencia apela no solo a la nacional sino también a la supranacional o comunitaria. Recordemos que según las enseñanzas de la hermenéutica, la norma sin el caso está incompleta y los hechos que son resueltos por esa norma son integrativos de la misma, a punto que para conocerla totalmente resulta necesario apelar a su texto normativo y a los casos. Por ejemplo, si me limito a conocer el texto de la ley que reglamenta la caducidad de instancia e ignoro cuáles son los actos a los que les reconoce o no capacidad impulsoria del proceso, puedo concluir que aún no conozco a toda la ley. Esa atención que pretendemos especialmente de nuestras universidades en torno a la jurisprudencia, permitirá no solo conocer a todo el derecho, sino también posibilitará valorarla y reclamar la responsabilidad a los jueces por lo que “hacen” con el derecho al declararlo. Es un hecho evidente que encontramos distintas líneas jurisprudenciales o votos en mayoría o minoría dentro del mismo tribunal, por lo que se toma urgente que se estudien críticamente esas decisiones como para enriquecerlas y auspiciar rectificaciones o seguimientos justificados. Con el solo propósito de rechazar la ya inconcebible tesis que la jurisprudencia nada crea de derecho, traigamos a colación una aproximación interesante a la jurisprudencia que sugiere Laporta<sup>47</sup> —valiéndose de enseñanzas del *common law*— a tenor de la cual distingue entre *ratio*

---

<sup>47</sup> Laporta, Francisco J., “Vinculación del precedente judicial en España”, *La vinculación...*, *op. cit.*, p. 274.

*decidendi* y los *obiter dicta* exigiéndose la reiteración no como requisito para la fuerza normativa del precedente sino como medio para identificar la norma creada por el mismo.

### 6.5. *Sistemas jurídicos flexibles*

La idea de sistemas jurídicos fuertes en donde era posible establecer la unidad, completitud, jerarquía, coherencia y economía de cada uno de ellos de una manera clara y definitiva es, a la luz de la realidad jurídica, una ficción manifiesta. El ordenamiento jurídico —denuncia Zagrebelsky— se ha tomado un “problema” dado que “son el resultado de una multiplicidad de fuentes que es, a su vez, expresión de una pluralidad de ordenamientos menores que viven a la sombra del estatal y no siempre aceptan pacíficamente una posición de segundo plano”<sup>48</sup>. Un modo de reflejar esa crisis de los sistemas “fuertes” es apelar a la presencia de “principios” en tanto estos resisten por ejemplo a la pretensión de jerarquías apriorísticas o están disponibles para los operadores en una indeterminada y gran variedad de casos. A pesar de esta conclusión, no parece apropiado que renunciemos a esa alternativa en favor del sistema, más bien lo que se impone es procurar el más completo sistema jurídico posible con la conciencia que aquel “fuerte” no es alcanzable. Parece innecesario detenemos a justificar la pretensión de ordenar el material jurídico atento a los evidentes beneficios que traería, sobre todo en comparación con la alternativa del “des-orden” de dicho material. De todas maneras, ese objetivo en aras del sistema debe ser planteado de manera modesta en el sentido de que solo será posible un sistema “débil”, “poroso” o “abierto” en tanto necesariamente no impedirá que ingrese al mismo directamente material jurídico proveniente desde afuera del mismo. Incluso, ese sistema ausplicable solo podría elaborarse desde el momento final del derecho, o sea desde la jurisprudencia en donde se podrán leer los criterios de ordenación del material que se van confirmando o rectificando. Es en buena medida responsabilidad de doctrinarios y operadores del derecho no seguir proponiendo sistemas irreconocibles en la realidad, sino procurar elaborar los mejores ordenamientos posibles

---

<sup>48</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, op. cit., p. 38.

del material jurídico, atento a que ello redundará en el mejor y más correcto uso del mismo. Jueces sin la guía de ningún sistema son fuente de mayor discrecionalidad y más difícil control.

## 6.6. *Más cultura constitucional*

El derecho constitucional en la formación tradicional de nuestros estudiantes de abogacía es una rama más, incluso no es de aquellas de las que goza del mayor prestigio, pues entre estas habitualmente se cuenta el derecho privado. Por otra parte, aquellos cursos generalmente privilegian la parte orgánica de la Constitución y le prestan escasa atención a la parte dogmática. Además, a los fines de completar la visión académica devaluada del derecho constitucional habría que recordar los golpes militares que pulularon por Latinoamérica y que implicaron un obstáculo central en orden a forjar conciencia constitucional. Es que en definitiva y como lo destacáramos arriba predominaba un cultura jurídica esquizofrénica que si bien no podía negar el papel que la misma Constitución se había asignado siguiendo el modelo norteamericano, en la práctica la vida académica y la cultura jurídica viviente se inspiraba en el Estado de derecho legal. Un ejemplo de esa desatención a la Constitución podría ser el escaso interés que despertaba la interpretación constitucional, respecto de la cual se intentaba reproducir lo que se enseñaba en materia de interpretación de la ley. En definitiva, nuestras sociedades, pero principalmente nuestros profesionales del derecho, carecían de una verdadera cultura constitucional que advirtiera la especificidad, la trascendencia y la complejidad de la carta magna. Puntualmente Zaffaroni constata en Latinoamérica un “tremendo descuido de la teoría política y constitucional del Poder Judicial”<sup>49</sup>, no obstante la decisividad política y constitucional del problema. Es obvio que el tránsito del Estado de derecho legal al Estado de derecho constitucional supone una nueva cultura jurídica, y para ello se torna imprescindible romper inercias y encontrar nuevos referentes. Esa nueva cultura jurídica debe hacerse cargo de problemas inéditos o escasamente estudiados como: a) el referente a determinar el contenido de valores, principios o derechos

---

<sup>49</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Dimensión política de un Poder Judicial democrático”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho*, *op. cit.*, p. 114.

humanos; b) reconocer los distintos tipos de reglas o normas contenidas en la Constitución y cómo se opera cada una de ellas; c) identificar los distintos tipos de sentencias constitucionales y la estructura de las mismas; d) establecer con alguna claridad la zona de reserva de los diferentes poderes del Estado; e) reconocer la finalidad y límites del control constitucional, etcétera.

### *6.7. Más filosofía jurídica*

El modelo dogmático de cultura jurídica redujo la gnoseología jurídica a ciencia y esta se limitaba a describir, sistematizar e interpretar el derecho positivo según los métodos clásicos. El jurista por excelencia era aquel que se limitaba a memorizar o repetir la ley sin introducir perspectivas críticas o valorativas. De algún modo lo que se alentaba, era que se dominara con ese alcance alguna de las ramas del derecho, es decir, se hiciera un especialista en lo civil, lo penal, lo laboral, lo administrativo, etcétera, pero lo que corresponde advertir es que no puede dominar un adjetivo ignorando al sustantivo, o sea, antes de llegar a ser un especialista se requiere apropiarse de alguna noción del derecho, porque es evidente que la caracterización que uno haga del derecho a secas determinará el alcance que luego tendrá esa especialización. Sin embargo, nuestras universidades en aras de la ciencia descriptiva y aséptica condenaron a la filosofía del derecho a un papel absolutamente marginal e intrascendente. De ahí las esquizofrenias extendidas de autores que se declaraban iusnaturalistas pero luego explicaban su disciplina codificada de manera absolutamente iuspositivista. Lo que se requiere es volver a la filosofía jurídica como un saber necesario a los fines de comprender a todo el derecho y operarLo con coherencia, integralidad y racionalidad. Precisamente Ferrajoli le asigna a la ciencia jurídica un papel crítico y normativo en tanto debe procurar completar las lagunas y resolver antinomias; para ello debe superarse la visión descriptivista de la típica ciencia jurídica que predominó en nuestras facultades de Derecho. Es evidente que algunos sectores y preguntas claramente hoy suscitadas por el derecho vigente requieren respuestas de la filosofía jurídica, pensemos por ejemplo: a) el campo objetivo o relativo, racional o irracional de los valores, la injusticia extrema o la equidad; b) sobre si el saber jurídico es teórico o práctico y, por ende, el método que hay que seguir

para alcanzarlo; c) en qué consiste interpretar o aplicar el derecho; d) la nómina exhaustiva o enunciativa de las fuentes del derecho; e) si hay o no un sistema jurídico; f) el concepto sistémico o metasistémico de la validez jurídica de una norma; g) las reglas que regulan el silogismo deductivo, etcétera.

Ya advertía Nino sobre la escasa relevancia de ese modelo iuspositivista de ciencia jurídica privada que se limitaba a indicar el derecho vigente pero que debía abstenerse de hacer valoraciones o propuestas de *lege ferenda*. Esas respuestas y muchas otras que requiere de la iusfilosofía son decisivas a la hora de interpretar y aplicar el derecho en general y la Constitución en particular. No se trata de renunciar a la ciencia sino de completarla e integrarla a los demás tipos de saberes jurídicos, especialmente aquel encargado de explicar qué es el derecho y cuáles son sus funciones o fines.

### **6.8. Reformulación de los poderes del Estado**

El modelo de Estado heredado del siglo XIX partía de la base de los tres poderes que centralmente se definía en tomo a la ley, dado que el Legislativo la hacía, el Ejecutivo la ejecutaba o ponía en marcha y el Judicial la aplicaba a los casos. Sin embargo, ha pasado demasiada agua bajo el puente no solo porque desde siempre cada uno cumple funciones que por definición son de otro Poder (por ejemplo el Judicial y el Legislativo es obvio que administran, o el Ejecutivo y el Legislativo cumplen algunas tareas típicamente jurisdiccionales, y también tanto el Ejecutivo como el Judicial dictan normas de alcance general que no ejecutan leyes), sino porque algunos de esos poderes han crecido notablemente (por ejemplo el Ejecutivo durante el siglo XX) generando administraciones indirectas, descentralizadas o mixtas y porque además han ido apareciendo órganos o poderes que extraña o paradójicamente se los llama extra poderes (por ejemplo consejos de la magistratura, procuradores generales, defensores del pueblo, tribunales constitucionales, etcétera) a lo que hay que sumar los órganos o poderes comunitarios, regionales, supranacionales o internacionales a partir de la crisis de la noción tradicional de soberanía. El inquietante y distorsionado panorama actual del Estado revela una realidad que poca relación guarda con la de los clásicos manuales de derecho o ciencia política con los que todavía se enseña en nuestras facultades.

Yendo específicamente al tema que nos convoca, pensamos que hay muchas preguntas que deben incorporarse a la agenda política y que resultan de enorme importancia, al solo efecto de mencionar algunas recordemos: a) ¿es posible —como ya se ha establecido en algunos Estados o Constituciones— que luego de la declaración de inconstitucionalidad de una ley pueda el Poder Legislativo insistir en su constitucionalidad a través de una mayoría calificada, o cinco jueces sobre cuatro pueden hablar en nombre de la Constitución con más autoridad que 2/3 o 3/4 de un parlamento?; b) ¿cabe insistir en declaraciones de inconstitucionalidad para el caso o hay que reconocerle siempre efecto erga omnes?; c) ¿debe confeccionarse una lista de actos o decisiones de los otros poderes que están sustraídas del control constitucional?; d) ¿es mejor en términos de equilibrio institucional un control de constitucionalidad en abstracto y a priori?; e) ¿debe suprimirse el recurso de amparo (Habermas) o restringirse sustancialmente?; f) ¿cabe mantener el Poder Judicial con su Corte Suprema y por otro lado el Tribunal Constitucional?; g) ¿control constitucional difuso o concentrado?; h) ¿es posible mantener la existencia de jueces que no pueden aplicar la Constitución?; i) ¿es real la distinción entre ley y Constitución?; j) ¿frente a la crisis actual del recurso de casación cómo hay que reformarlo?; k) ¿cabe mantener los consejos de la magistratura con las funciones actuales?; l) ¿la posibilidad que la Corte se pueda dirigir a las Comisiones parlamentarias requiriéndole que expliquen las razones de la falta de legislación? (Nino); ll) ¿control democrático —referendum— de declaraciones de inconstitucionalidad de una ley? (Carrió); etcétera.

A pesar de la relevancia de las preguntas indicadas y de muchas otras, es visible la escasa atención que se le presta por parte de aquellas autoridades y académicos que deben enfrascarse en el debate para terminar formulando las reformas que sean necesarias a los fines de configurar instituciones que favorezcan el funcionamiento apropiado del Estado. Nuestro tiempo es de aquellos que requieren audacia, imaginación y realismo; sin embargo, y desgraciadamente, predomina la inercia, la comodidad y la ficción.

### *6.9. Más ética profesional en la función pública*

La discrecionalidad es constitutiva de la tarea del gobernante y el poder con el que cuenta es una fuerte tentación si no es acompañada

de una cierta conciencia ética. Por eso, desde campos muy diversos, hoy se vuelve a insistir en la ética aplicada y profesional; es que si como dice la sabiduría popular “hecha la ley, hecha la trampa”, cabe apostar no tanto o solo al derecho sino procurar elegir autoridades que además de tener temor al derecho procuren la excelencia permanente en sus funciones. La propuesta o imagen montesquiana del juez como “ser inanimado” es elocuente de lo que se pretendía de los jueces, pero la realidad de la jurisprudencia revela la discrecionalidad que acompañan a todos los jueces, y especialmente a aquellos que son la última palabra. Por eso hoy se ha reflexionado en particular sobre el perfil del juez, o sea qué idoneidades le exigimos, y está claro que no basta exigirle que sepa el derecho porque si tiene hábitos propios de corrupto o irresponsable es casi más peligroso, dado que va a contar con más alternativas para elegir. Entre las nuevas idoneidades judiciales se insiste con la “ética”, o sea, se procura elegir a aquellos que tienen visibles estándares habituales de conductas que son los propios de un juez. Por supuesto que son los otros los que pueden juzgar sobre nuestra “calidad ética” en tanto constatan en nuestros comportamientos las notas de responsable, razonable, sincero, valiente, transparente, esforzado, etcétera, o por el contrario advierten que somos irresponsables, irrazonables, prepotentes, cobardes, tortuosos, acomodaticios, etcétera.

Autores como Atienza<sup>50</sup> hablan explícitamente de virtudes judiciales, o el garantismo de Ferrajoli<sup>51</sup> depende en última instancia de la “deontología judicial”. Desde esa lógica han ido apareciendo en nuestras sociedades códigos de ética judicial, que más allá de las exigencias jurídicas, pretenden convencer íntimamente al juez para que no solo sea de un cierto modo, sino que esfuerce por aparecer así a los ojos de la sociedad, la que no tiene por qué soportar a alguien a quien le ha dado poder y le paga un sueldo pero no le inspira confianza. También comienzan a delinearse para aquellos que son candidatos a jueces, procedimientos destinados a corroborar hábitos o actitudes éticas asumidas en los espacios sociales a los que concurren, y entonces, por ejemplo, se procura saber cómo trata a aquellos que trabajan para él,

---

<sup>50</sup> Cfr. Atienza, Manuel, *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México, 2001.

<sup>51</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.

cómo se comporta con sus colegas en la Facultad o en el Colegio de Abogados, cuánto respeto a la ley ha observado habitualmente en la vía pública o en materia de impuestos, qué opinan sus vecinos o las autoridades del colegio al que asisten sus hijos, cuánto compromiso en asociaciones intermedias ha tenido, cómo respeta las reglas que regulan las actividades en el club al que asiste, quiénes están dispuestos a avalarlo éticamente en una audiencia pública, etcétera.

Esos códigos que resultan ajenos a nuestra tradición legalista, pretenden ser un llamado al compromiso íntimo de los jueces para que en estos tiempos de crisis de autoridad, procuren ganar la confianza ciudadana no haciendo nada de aquello que la puede perturbar o suprimir. Es obvio que nadie está obligado para ser juez, pero si acepta debe asumirlo con sus beneficios y restricciones. Donde hay poder y discrecionalidad importa la opinión de aquellos que quedarán sometidos a esas decisiones, y en especial que tengan confianza en la eticidad de sus conductas. Recordemos que la Cumbre Judicial Iberoamericana, que integran las 23 cortes supremas de Iberoamérica, en el 2006 ha aprobado el Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica que tuve el honor de redactar junto a Manuel Atienza, y ahí en 13 principios éticos se ha intentado delinear aquel compromiso con la excelencia o con máximos que hoy pretende la sociedad de sus jueces.

### ***6.10. Más y mejor capacitación judicial***

En la visión decimonónica para ser juez solo se requería de una determinada edad y ciertos años de ejercicio de la profesión de abogado. Con el título se acreditaba que sabía el derecho, y esto era lo único que debía buscarse en un juez. Así fue nuestro caso cuando a los 38 años de edad nos convertimos en jueces, simplemente porque teníamos la edad y los años de ejercicio, y al otro día teníamos que empezar a dictar sentencias sin que nadie nos explicara absolutamente nada de la tarea judicial. Es obvio que la licenciatura en derecho se puede ejercer de distintas maneras, y una de ellas es precisamente la judicial, o sea alguien que es puesto por la sociedad con autoridad para que como tercero imparcial y en actitud dialógica, diga racionalmente desde todo el derecho vigente la solución justa para el caso. Este oficio, como cualquier otro requiere de hábitos y métodos propios, que genéricamente podríamos reconocer como “prudencial-retórico”

en tanto debe contar el juez con capacidad racional y razonable que le permita argumentar y contra-argumentar, a partir de los pedidos de las partes y sus respectivas razones, y debe hacerlo persuasivamente en orden al caso que debe resolver. La importancia y especificidad de la capacitación judicial ha quedado receptada en el Estatuto del Juez Iberoamericano aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana en 2001, y ahí se contempla la “obligatoriedad” y “permanencia” de la misma, además de preverse la posibilidad de imponerla como una especie de sanción.

Es indudable que no necesitamos convertir al juez en profesor; tampoco debemos reproducir en la capacitación judicial lo que se enseña en nuestras facultades de Derecho ni cómo se lo hace, pues lo que se pretende es que alguien adquiera los modos de operar con el derecho en orden a casos concretos. Esa lógica academicista promueve explícita o implícitamente un tipo de sentencias “eruditas” y “kilométricas” en donde abundan citas y desarrollos que intentan poner de manifiesto cuánta información tiene el juez, aunque muchas veces ella resulta oscura, redundante, incoherente o irrelevante para el caso. Pero no solo debe enseñarse al juez a cumplir su oficio decisonal sino que también debe proveérsele de conocimientos vinculados con su función “gerencial”, pues es claro que el juez administrará de algún modo ciertos recursos materiales y humanos, debe organizar el tiempo y el trabajo, asignar las funciones con base en posibilidades personales que ofrecen sus empleados, saber cómo debe ejercer su poder disciplinario, etcétera. Por otro lado, es importante como herramienta de “política judicial” que los poderes judiciales tenga el control — aunque se puedan sumar otros sectores de la vida profesional— sobre los centros de capacitación judicial, y que los cursos que se brinden en los mismos respondan a las necesidades efectivas de sus integrantes.

### ***6.11. Mejor publicación del derecho vigente***

Casi todos los códigos civiles heredados de Francia contemplan en sus títulos preliminares una norma que establece dónde se publicarán las leyes y desde cuándo regirán, sin que pueda admitirse como excusa para su incumplimiento la ignorancia de las mismas. Esa presunción *jure et jure* no solo enfrenta problemas muy serios en sí misma, sino que además encubre grandes dificultades, pero sobre todo nos parece

que ha contribuido a no tomar conciencia de la importancia y complejidad que encierra la indispensable publicidad de todo el derecho si pretende obligar al destinatario. Por supuesto que es el ámbito de los poderes Ejecutivo y Judicial donde se hace más patente aquella despreocupación por brindar la posibilidad del conocimiento oportuno y fácil de las normas que imponen deberes o prohibiciones; así, resoluciones provenientes de la administración central o descentralizada de enorme importancia cuentan con un más que deficitario canal de publicidad; la jurisprudencia muchas veces se deja librada al esfuerzo comercial privado en cuanto a su efectiva difusión; el ámbito del derecho internacional o supranacional es casi esotérico al que acceden ciertos privilegiados; no queda claro doctrinariamente cómo se acredita el conocimiento de una costumbre jurídica; los municipios y comunas no revelan gran preocupación por la publicidad de sus ordenanzas o normas jurídicas; etcétera. Una sociedad cada vez más madura y democrática, será menos tolerante con el ocultamiento o dificultades que se le ponen a la hora de pretender conocer sus derechos y deberes. Ya la filosofía jurídica clásica reconocía cómo la causa formal de la ley su promulgación, dado que no se puede pretender que obligue y acarree sanciones el incumplimiento de aquello que los destinatarios no pueden conocer o solamente lo consiguen superando grandes dificultades u obstáculos. Los medios informáticos brindan hoy un medio poderoso y fácil para hacer circular información, y por eso es imprescindible que el tema de la publicidad de todo el derecho vigente —y no solo la ley— sea asumido con la importancia que se merece.

### 6.12. *Una cultura jurídica premial*

Ha llamado la atención Bobbio<sup>52</sup> que el derecho tradicional recurre exclusivamente a la sanción negativa que le hace padecer un daño al que incumplió la norma jurídica. Así, los juristas se acostumbran a una mirada hacia atrás a los fines de descubrir cuáles conductas han infringido la ley para así imponerle al infractor la pena respectiva. Por eso el maestro italiano ha propuesto recuperar para el derecho

---

<sup>52</sup> Cfr., mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. (Ross-Hart-Bobbio-Dwokin-Villey), *op. cit.*

una función “preventiva” y “premio” que aliente el cumplimiento voluntario a través de beneficios o premios. Una sociedad no solo debe contar con cárceles o sanciones para los que conspiran contra la convivencia y armonía social, sino que debe alentar las buenas conductas sociales a través de modelos o paradigmas que se constituyen en dignos de reconocimiento social. Es importante promover esta pedagogía que recurre a poner de relieve o destacar a aquellos que en sus respectivos ámbitos profesionales han encarnado la excelencia en el servicio. La filosofía política clásica enseñaba que el premio para el buen gobernante era la amistad (el respeto o reconocimiento) de los ciudadanos, por eso nos parece también importante para el campo de las profesiones jurídicas comenzar con esa galería de los que merecen el aprecio ciudadano por lo que han hecho a lo largo de su vida. En el mundo anglosajón, siempre más cercano al pensamiento clásico o pre-revolucionario, está más extendido poner de relieve mediante reconocimientos ad hoc a aquellos que en los diversos ámbitos de la vida social o profesional se han destacado y que pueden ser ejemplos a imitar; así se atreven a proponer la nómina de los diez mejores jueces en la historia de Estados Unidos. En síntesis, en nuestras sociedades descreídas de la autoridad y atentas a todo lo que merece reproche y crítica, es importante que recupere la confianza en la misma, y a ese respecto la técnica premial es apropiada, por supuesto en la medida que ella se instrumente de manera transparente y participativa.

### 6.13. *Self-restraint judicial*

De mil maneras los teóricos en general y los constitucionalistas en particular, especialmente del mundo anglosajón, insisten sobre la importancia del autocontrol de aquellos que ejercen el control jurisdiccional de constitucionalidad. Se trata de un concepto eminente operativo aunque difícil de precisar, pero que ha generado una gran cantidad de reflexión y debate, sobre el cual es de todas maneras importante que los jueces lo tengan en cuenta como una pieza clave de su función. Así, elementos importantes en este terreno del *self restraint* son por ejemplo: a) ¿qué valor tiene el precedente por sobre opiniones personales y cuándo procede su cambio?; b) la distinción entre argumento obiter dicta y considerando propiamente dicho o ratio decidendi; c) ¿cuándo el legislador ha optado por una interpretación

tolerada por la Constitución aunque no sea la mejor ajuicio del controlador?; d) ¿qué significa que la declaración de inconstitucionalidad es la ultima ratio?, etcétera.

Somos conscientes que muchas de estas preguntas están implícitas en otras de las prevenciones ya dadas, pero dado que el *self-restraint* tiene una entidad propia en la interpretación constitucional optamos por este tratamiento diferenciado. En definitiva, una conciencia del autocontrol es muy importante y trascendente para la tarea jurisprudencial, por ello los jueces deben tener la oportunidad de reflexionar y discutir al respecto confrontando opiniones a partir—especialmente— de la jurisprudencia constitucional nacional y comparada.

#### 6.14. *El pluralismo y sus límites*

En el marco de una sociedad democrática y pluralista por supuesto que caben distintas cosmovisiones; más aún, es un signo de vitalidad y riqueza la existencia de esa variedad de perspectivas. En este punto importa promover políticas que promuevan espacios de diálogo racional donde las posibilidades que ofrecen los medios de comunicación social resultan de enorme importancia. Enseñan al respecto las éticas del diálogo que debe darse no solo libertad, sinceridad y pretensión de veracidad entre los interlocutores, sino especialmente igualdad, y la experiencia confirma que donde se clausura irracionalmente la puerta a la racionalidad se abre una ventana para que entre la reacción irracional. Pero el problema es acerca de los límites de ese pluralismo, o sea si hay algunos puntos de vista que resultan intolerables. Precisamente Ernesto Garzón Valdés ha reflexionado sobre esos límites llegando a sostener:

La tolerancia indiscriminada, la tolerancia pura, sin limitaciones, la tolerancia de toda forma de vida, termina negándose a sí misma y, en su versión más radical, equivale a la eliminación de toda regulación del comportamiento humano. Por ello conviene distinguir entre la tolerancia sensata y la insensata<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Garzón Valdés, Ernesto, *Cinco confusiones acerca de la relevancia moral de la diversidad cultural*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2001, p. 16.

Una de las claves de tal distinción que permite reconocer la legitimidad moral de una forma de vida es que ella respete y garantice a todos los individuos que la practiquen la posibilidad de satisfacer sus intereses primarios, o sea los que están vinculados con sus necesidades primarias básicas, pues el problema en términos de la estructura jurídica es encontrar formas de participación e interrelación abierta que permita a cada comunidad el acceso a los beneficios de la sociedad nacional, y para ello el punto de partida es el reconocimiento de los derechos fundamentales. El problema del pluralismo y la tolerancia es de una importancia creciente, y atento al papel que desempeña los tribunales constitucionales en esa materia resulta imprescindible incorporarlo a su agenda, incluso resultando procedente la vinculación de la integración de los mismos en relación con ese pluralismo social.

### *6.15. La recuperación del Estado y sus competencias*

En los ritmos cambiantes del tiempo hemos vivido en nuestro continente en la década de los noventa una asimilación del Estado a corrupción, ineficiencia, totalitarismo e innecesaridad; incluso existen usinas que por motivos de intereses y no íntimo convencimiento racional, mantienen aquella propuesta con pretensiones de una verdad revelada apelando a las “manos invisibles” del mercado capaces de generar el más perfecto orden. Por supuesto que es legítima la opción de alentar un Estado mínimo y procurar con las armas de la democracia la instalación del mismo con el respectivo desguace del anterior. Más allá de que la experiencia latinoamericana confirma muchos de los vicios que ideológicamente se le atribuyen al Estado, ello se explica por razones contingentes culturales o personales pero no resulta algo necesario ni forzoso como lo demuestran otras experiencias comparadas. En sintonía con la filosofía clásica, John Finnis<sup>54</sup> no duda en insistir que “el caso central de derecho y de sistema jurídico es el derecho y el sistema jurídico de una comunidad completa”, o sea, de lo que llamamos Estado en tanto comunidad política que pretende ser completa y autosuficiente procurando “asegurar el conjunto total de condiciones materiales y de otro tipo, incluyendo formas de colabora-

---

<sup>54</sup> Cfr., mi libro *El iusnaturalismo actual* (de M. Villey a J. Finnis), Fontamara, México, 2003.

ción, que tiendan a favorecer, facilitar y fomentar que cada individuo haga realidad su desarrollo personal”.

El antiguo profesor de Oxford incluye entre las exigencias de la razonabilidad práctica a las exigencias del bien común, y precisamente para resolver los problemas de interacción y coordinación en una comunidad, no hay más que dos alternativas: unanimidad o autoridad (el intercambio de promesas es una variante de la unanimidad), por eso la perspectiva finnisiana reivindica a la autoridad como “un bien”, en tanto que ella se requiere no solo por egoísmo, malicia o incompetencia, sino incluso cuando “mayor es la inteligencia y la habilidad de los miembros de un grupo”. Insiste Nino en identificar al derecho con una práctica colectiva destinada a cumplir “dos funciones sociales primarias: superar conflictos y facilitar la cooperación”<sup>55</sup>. Alexy, luego de reconocer una preferencia *prima facie* de los derechos individuales sobre los bienes colectivos, abre la posibilidad de una conclusión inversa frente al supuesto de mayores razones a favor de esos últimos. “Ni Estado abstencionista ni mera subsidiariedad del Estado” —concluye Zagrebelsky—<sup>56</sup> para proponer el compromiso del Estado en la realización de los principios de justicia ante la capacidad agresiva de los derechos-voluntad, especialmente en el campo de los derechos económicos y bienes sociales como la vida, la salud y el medio ambiente. En definitiva, un Estado que se niega a ser mero espectador en la distribución de bienes sociales y defina una estrategia política-institucional, nos remite también a una discusión que debe encuadrarse en el ámbito de la misma Constitución como decisión fundamental. La aludida experiencia norteamericana entre Roosevelt y la Corte Suprema con motivo del New Deal es un buen antecedente de esa dimensión ineludiblemente política que tiene el control jurisdiccional de constitucionalidad.

## 7. CONCLUSIÓN

Nos interesa insistir en que estamos decididamente a favor del Estado de derecho constitucional, pero no podemos silenciar que el proceso desencadenado por el mismo nos genera diversas inquietudes,

---

<sup>55</sup> Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>56</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, *op. cit.*, p. 99.

que pensamos resulta imprescindible prestarles atención en orden a procurar su control, introduciendo los cambios o rectificaciones que estimemos apropiadas. Coincidimos con aquellos que hablan de una profunda crisis y, por ende, de una etapa fundacional en muchas instituciones, aunque rechazamos dogmáticas cronofobias o cronolatrías, y sospechamos de los rótulos fáciles. Nos parece advertir por momentos una inercia cargada de automatismo e irracionalidad que nunca será buena consejera, además de implicar una falta de responsabilidad profesional de aquellos que tienen el compromiso social de velar por las mejores instituciones. La experiencia europea y la nuestra en Latinoamérica puede ser una fuente muy importante para ese análisis crítico y comprometido. Los autores neoconstitucionalistas son una cita forzosa en aquel debate, más allá de coincidencias o disidencias. En todos los casos el camino será el debate racional pensando con la mayor sinceridad posible en lo mejor para la sociedad a las que nos debemos los que tenemos responsabilidad académica y judicial.

## XV. Distintas concepciones de la equidad

La presencia de la equidad (*aequitas* en latín, *epieikeia* o *epiichia* en griego) acompaña al origen del derecho en relación a la tensión entre la generalidad de la ley y la solución judicial de los casos. Su etimología remite a *aequus* como lo igual y también lo justo. No obstante su enclave iusfilosófico, tiene rica y abundante presencia en la ciencia jurídica, los códigos y la jurisprudencia; un buen ejemplo de ello puede ser la nota que Velez incluye al artículo 2567 del viejo Código Civil argentino donde ratifica que “la equidad debe dirigir la resolución de los jueces”. Al hilo de esta consideración queda confirmado que el recurso a la equidad es competencia de los jueces a la hora de resolver los casos que tienen bajo su jurisdicción. De todas maneras, el propósito modesto de esta columna es limitarnos a recordar algunas definiciones o caracterizaciones teóricas jurídicas de ese importante y tradicional concepto de la equidad.

1. La equidad como mera rectificación de lo justo legal (T. Casares): La equidad mereció expreso tratamiento de Aristóteles en el libro V de su *Ética a Nicómaco* conectándola con la justicia, pero precisando que ella se asimila a lo justo concreto cuando se torna necesario rectificar lo contemplado en la norma legal que en un caso yerra dado su generalidad e imposibilidad de contemplar anticipadamente todos los casos. Por eso la equidad no merecerá la reprobación del legislador, dado que hubiese brindado la respuesta equitativa de haber tenido presente el caso en el que se la consagra judicialmente. La injusticia rectificada no está en la ley, sino se genera en la naturaleza particular del caso resuelto por equidad, así lo explica Aquino: “...es la materia de las cosas operables humanas, que no guardan universalmente el mismo modo, sino que en algunos pocos casos cambian; como devolver lo depositado en sí es justo y bueno la mayoría de los casos; con todo, en algún caso puede ser malo, por ejemplo, si devuelve la espada a un loco”<sup>1</sup>. En la obra “La justicia y el derecho” de Tomás Casares encontramos reproducida exactamente esta noción aristotélica de equidad, sin otras proyecciones o ampliaciones.

---

<sup>1</sup> Cfr. *Comentario a la Ética a Nicómaco*.

2. La equidad como algo ajeno al derecho (Kant): En *Los principios metafísicos del derecho*, Kant se ocupa de la equidad dentro del llamado derecho equívoco (*jus aequivocum*) o derecho en un sentido lato (*jus latum*), dado que aquella carece de la facultad de obligar; pues el que pide en nombre de ese principio de la equidad “le faltan las condiciones que son necesarias al juez para decidir cuánto se le debe y de qué manera se puede satisfacer su petición”. De ese modo hablar de “tribunal de equidad” es “una verdadera contradicción...la reclamación que se funda en la equidad no tiene más fuerza que en el tribunal de la conciencia (*fórum coeli*), al paso que la cuestión de derecho se discute en el tribunal civil”. Recordemos que la moral kantiana es autónoma, a priorística y formalista en tanto lo que califica en ese terreno es la ejecución de acciones por el mero cumplimiento del deber y prescindiendo de cualquier motivo o interés material o concreto. En el derecho kantiano los deberes son heterónomos y exigen el cumplimiento estricto bajo la fuerza coactiva de la ley. En una buena síntesis de los revolucionarios cambios que introduce el filósofo de Königsberg en materia ética, escribe Aranguren: “ética de la prudencia (Sócrates), ética de la buena voluntad (Kant) y ética de la prudencia y la buena voluntad (Aristóteles)”; como vemos ha desaparecido la prudencia como responsable de la vida buena y ella se reduce a sagacidad y habilidad para beneficiarse.

3. La equidad como atemperación del derecho (J. Hervada): La idea de la equidad como vinculada a la indulgencia, misericordia o benevolencia se remonta a Platón, pero ha tenido fuerte presencia en los ámbitos eclesiales a punto que se la ha llamado “*aequitas* canónica”. En la actualidad tenemos a Javier Hervada suscribiendo esta perspectiva: “...en las relaciones humanas no todo es justicia; hay también otros deberes, que son propios de otras virtudes. La solidaridad y la caridad, la misericordia y la moderación y otras tantas virtudes suponen también deberes que han de armonizarse con los de la justicia... La equidad atempera el deber y acomoda el derecho... La atemperación de lo debido consiste en rebajar, disminuir o dulcificar la deuda o en dilatar la perentoriedad de los plazos en los que la obligación debería ser cumplida... Otra forma de equidad es la acomodación del derecho. Si en la atemperación de lo debido la equidad mira a la deuda o deber, buscando el bien del obligado, en la acomodación del derecho la equidad se fija en el derecho, buscando su satisfacción en lo

posible por el bien del titular del derecho... Interviene aquí la equidad sustituyendo lo debido en justicia por una compensación equitativa, que disminuye y atempera el perjuicio del titular del derecho”<sup>2</sup>.

4. La equidad como igualdad (García Máynez): Más allá de la referencia etimológica que conecta lo equitativo a lo igual, García Máynez, aludiendo al derecho mexicano escribe: “Decir que un conflicto de derechos debe resolverse observando la mayor igualdad posible entre los interesados, y afirmar que debe solucionarse acatando los dictados de la equidad, es lo mismo”<sup>3</sup>. También el iusfilósofo mexicano se encarga de rechazar la equidad como correctivo de las leyes por lo que el juez debe aplicarlas siempre estrictamente, aunque aclara que “tendrá que aceptarse, en cambio, que hay varias disposiciones que de manera expresa o tácita, directa o indirecta, refiéranse a la equidad, haciendo de ella un expediente al cual puede el juez recurrir cuando no hay norma aplicable y las reglas de la interpretación jurídica han resultado impotentes para ofrecer la solución”. De todas maneras en esta perspectiva lo constitutivo de la equidad coincide con el tratamiento igualitario de los casos iguales y no con apelaciones a la justicia, por lo que no cabe hacer distinciones en el tratamiento jurídico por parte del juez invocando mejores respuestas axiológicamente hablando.

5. La equidad como irrelevante (exégesis): En el marco de la exégesis francesa decimonónica resulta innecesaria cualquier apelación a la equidad dado que —en clave rousseauiana— se confiaba que el legislador no sólo contemplaba todos los casos (no había lagunas en la ley), sino que el mismo era intrínsecamente justo. Algunos testimonios de esos juristas franceses no dejan lugar a dudas: Laurent: “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, éste no tiene ya por misión hacer el derecho, el derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el derecho está escrito en textos auténticos”; Demolombe: “Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer”; y Mourlon: “*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

---

<sup>2</sup> *Lecciones de filosofía del derecho*, EUNSA, vol. I, pp. 260-261.

<sup>3</sup> *Introducción al estudio del derecho*, Porrúa, México, p. 386.

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”.

6. La equidad como irracionalismo judicial (H. Kelsen): El autor de la Teoría Pura del Derecho escribe “este problema (de los valores) no puede ser resuelto por medio del conocimiento racional. La respuesta al problema aquí planteado es siempre un juicio que, a última hora, está determinado por factores emocionales y, por consiguiente, tiene un carácter eminentemente subjetivo”<sup>4</sup>; así, coherente con ese emotivismo ético, Kelsen concluye: “la justicia es un ideal irracional”<sup>5</sup>. De esa manera, que un juez apele a la equidad para corregir un defecto legal, no es más que recurrir a su irracionalidad o emociones con la pretensión que triunfe frente a la irracionalidad del legislador. En la matriz kelseniana no han ninguna posibilidad de razón práctica — aristotélica o kantiana— a la que estima contradictoria y de origen religioso y teológico: “Llamamos razón a la función del conocimiento del hombre. Pero crear normas, legislar, no es una función de conocimiento. Crear una norma no significa conocer cómo es un objeto ya dado, sino exigir algo que debe ser. En este sentido, crear normas es una función de la voluntad, no del conocimiento”<sup>6</sup>.

7. La equidad dentro de la legalidad y fuente de ilegitimidad (L. Ferrajoli): Distintos autores han denunciado que el juez ferrajoliano resulta demasiado decimonónico (entre otros: Guastini, Moreso y Taruffo); es que al rechazo de los principios y de la argumentación, se le suma su escepticismo ético o de la razón práctica que se condensa en la tesis que “los valores se asumen pero no se justifican”. En definitiva, el poder del juez es fisiológicamente cognitivo en tanto se apoya en la proposición fáctica comprobable en su verdad por medio de la prueba y en la proposición jurídica también verificable a través del significado de los enunciados normativos. Pero junto a ese “saber” o “*veritas*”, está el “poder” de disposición judicial que es “el producto

---

<sup>4</sup> ¿Qué es la justicia?, Ariel, Barcelona, 1991, p. 19.

<sup>5</sup> *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, 1995, p. 15.

<sup>6</sup> “Justicia y Derecho Natural”, en *Crítica del derecho natural*, Taurus, Madrid, p. 119.

patológico de desviaciones y disfunciones políticas injustificadas”<sup>7</sup>, por lo que se le exige al juez la “aplicación sustancial” de las normas legislativas y constitucionales mediante la subsunción. En consonancia con Kelsen conecta a la equidad al “juicio de legalidad” centrado en las características accidentales y particulares del caso individual, aunque frente a las reivindicaciones de la razón práctica idónea para ponderar en cada caso; Ferrajoli acusa de promover con esa propuesta, un “retorno al Derecho premoderno, jurisprudencial y sapiencial, desvinculado a la ley de la voluntad e íntegramente confiado a la ‘razón práctica’, es decir, a la ley de la razón: de una razón, sin embargo, que no es más la del legislador ordinario o constitucional, sino la de los jueces y de los juristas teóricos”, y en su respaldo cita a Hobbes: “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 manda”.

8. La equidad como justo concreto (C. Massini): El profesor mendocino es un caracterizado representante del realismo jurídico clásico, y respaldándose en los textos de Aristóteles y Aquino amplía la noción de equidad más allá de la rectificación legal para el caso. En efecto, en el marco del derecho argentino considera que por medio de los siguientes tres institutos: “la interpretación realista de la ley”, “la doctrina de las lagunas de la ley” y “la declaración de inconstitucionalidad de la norma”, es posible “al juez argentino encarnar en los hechos soluciones justas, soluciones que, cuando no resulten de la estricta aplicación al caso de la ley bajo cuyo supuesto cae el hecho en juicio, no serán sino de equidad”. En el ámbito de aquella escuela iusfilosófica nos interesa subrayar otras posiciones diferentes a la de Massini, por ejemplo la de Abelardo F. Rossi que aludiendo a la equidad precisa que ella: “No es una regla de interpretación de la ley positiva, no suple las lagunas de la ley, no implica amenguar la obligación que surge de una ley muy rigurosa...no es un manipuleo indulgente y benigno de la ley basado en la piedad con respecto al deudor o al delincuente... Lo que la equidad corrige no es la ley positiva de por sí, sino el seguimiento externo de su texto y de sus fórmulas cuando

---

<sup>7</sup> *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995, p. 40.

la justicia clama el cielo...La equidad no asimila la función judicial a la legislativa”<sup>8</sup>.

9. Nuestra posición: La equidad se inscribe intrínseca y necesariamente en la función judicial que consiste en derivar racional o prudencialmente desde el derecho válido y vigente la mejor o más justa solución para cada caso. Esta caracterización supone que la equidad es algo propiamente jurídico, en tanto completa el esfuerzo por la justicia que justifica la existencia del mismo derecho; pues éste recurre no solo a normas generales justas sino a determinación jurídica concreta igualmente justa. La equidad no tiene por objeto atemperar al derecho, más bien lo perfecciona proyectándolo con justicia en los casos particulares. Tampoco la equidad puede ser asimilada al requisito formal de lo igual, dado que éste quedaría cubierto también con un tratamiento injusto pero igualitario a casos semejantes. Dado que el derecho se formula a través de respuestas generales, resulta imposible suponer que puedan contemplarse la totalidad de los casos futuros, de ahí el carácter complementario y necesario de la equidad. Por supuesto que si no hay razón práctica el juicio axiológico de la equidad queda remitido al plano de lo irracional o emocional, por ende, resultaría extraño, casi patológico, auspiciar o reclamar por las partes de un proceso una solución equitativa. Finalmente, la equidad no sólo es algo racional sino necesario y conveniente en la tarea judicial, de manera que su legitimidad se juega en el acierto de ese juicio de justicia para el caso.

Descartadas las visiones precedentes, concluimos adhiriendo a las propuestas del realismo jurídico clásico que conecta la equidad a lo justo concreto determinado por la razón práctica prudencial. Pero nos parece apropiado hablar de “equidad en un sentido estricto”, asimilándola a la caracterización aristotélica como rectificación de lo justo legal, y “equidad en un sentido amplio” como lo justo concreto. Precizando este último significado vemos que la equidad se amplía abarcando diferentes supuestos judiciales: a) cuando se aclara el sentido prescriptivo de la norma aplicable (por ejemplo una sentencia constitucional interpretativa o cuando se clarifica una duda semiótica); b) cuando se opta por la mejor solución para el caso dentro de los már-

---

<sup>8</sup> *Aproximación a la justicia y a la equidad*, Educa, 2000, p. 145.

genes de la norma aplicable (por ejemplo una condena de homicidio dentro de los márgenes legales); c) cuando se escoge la mejor de entre las respuestas jurídicas disponibles (por ejemplo cuando el mismo resultado puede obtenerse por diferentes medios jurídicos); d) cuando se deja de lado en ese caso la norma aplicable dado su disvaliosidad o irracionalidad (no estamos hablando de una declaración con efecto erga omnes, dado que aquí la función judicial queda asimilada estrictamente a la legislativa, sino aludimos a la mera inaplicación para un caso de una norma que lo regula), y e) cuando se suple la ausencia de respuesta jurídica para el caso sin afectar exigencias jurídicas indisponibles (o sea el supuesto llamado tradicionalmente de integración de lagunas de la ley).

El *Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica* incluye en el capítulo V a los principios “Justicia y Equidad” y su art. 36 señala: “La exigencia de equidad deriva de la necesidad de atemperar con criterios de justicia, las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables surgidas por la inevitable abstracción y generalidad de las leyes”. Por todo lo expresado, no nos queda sino lamentar el silencio sobre la equidad en el Título Preliminar del nuevo Código Civil y Comercial, ello a pesar de que la aplicación del mismo requerirá abundantemente de juicios equitativos por parte de los jueces, conforme a lo que esperarán las partes de esos respectivos procesos.



## Nota curricular del autor

Abogado. Licenciado en Ciencias Políticas. Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Juez de Cámara de Apelaciones (1984-1988) y Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe (1988-2007). Presidente de la Junta Federal de Cortes Supremas y Superiores Tribunales de las provincias argentinas (1994-1997). Premio Konex en el rubro “Jueces” (1998). Profesor y conferencista en distintas Universidades de América y Europa. Redactor del Código Modelo de Ética Judicial de Iberoamérica. Primer Secretario Ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (2006-2010). Presidente de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (2006-2010). Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Argentina) y de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España. Cátedra “Rodolfo Luis Vigo” creada en 2010 por el Poder Judicial de Tabasco, México. Ha recibido varios Doctorados Honoris Causa.

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



**[www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)**

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 [www.tirantonline.com.mx](http://www.tirantonline.com.mx)

 [atencion.tolmex@tirantonline.com.mx](mailto:atencion.tolmex@tirantonline.com.mx)