



¿Por qué los juristas deben estudiar filosofía del derecho?



Rodolfo L. Vigo

Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

SUMARIO: I. Propósito.— II. El cientificismo en tiempos del Estado de Derecho Legal.— III. La inevitable filosofía jurídica.— IV. El triunfo del Estado de Derecho Constitucional conlleva potenciar la filosofía jurídica.— V. Una cierta filosofía jurídica anclada en alguna filosofía.— VI. La agenda actual de los juristas cuyo conocimiento y operatividad requiere ir a la filosofía jurídica.— VII. Conclusión.

I. Propósito (*)

El presente artículo tiene un claro objetivo: intentar que los juristas adviertan que si pretenden comprender y operar de la mejor manera el derecho del Estado de Derecho Constitucional (EDC), requieren acudir a enseñanzas que brinden la filosofía jurídica. Partimos de que en nuestra cultura jurídica predominante en las Facultades de Derecho del ámbito del *civil law*, se verifica que son las ramas codificadas y sus respectivas ciencias jurídicas las que se visualizan claramente como aquellas que importan y que los futuros juristas deben interesarse, mientras que la asignatura “Filosofía del Derecho” (“Teoría del Derecho”, “Introducción al Derecho” o algún otro nombre análogo que tenga por objeto un estudio no científico del derecho) carece (mejor: debe carecer) de interés en la formación de los juristas, a lo que veces se le agrega un cierto temor, porque en esas cátedras, además de no estudiar el derecho estricto, se llega a acentuar peligrosas perspectivas que afectan centralmente a la seguridad jurídica y al valor de la ley.

Más allá de juicios críticos, hemos sido formados y estamos regulados por el derecho característico del *civil law*, por ende nuestras consideraciones se nutren de esa cultura, la que marca dificultades y posibilidades específicas. Del mismo modo, los destinatarios son los juristas de ese “paradigma” en general, aquellos que están abocados profesionalmente a “decir el derecho”: enseñándolo a alumnos, asesorando a clientes, abogando ante la autoridad o determinándolo autoritativamente en casos concretos. Aunque de manera privilegiada nos gustaría alcanzar a los que tienen competencia para definir planes de estudios de formación de juristas y también aquellos que los preparan profesionalmente desde algunas de las ramas de las consolidadas enciclopedias jurídicas promovidas en las facultades de Derecho, privilegiados dedicándose a las ciencias o dogmáticas jurídicas. Agreguemos que esa convocatoria renovadora alcanza a los filósofos del derecho, en orden a que sus reflexiones y enseñanzas se hagan cargo del derecho concreto, que sobre todo se plasma en la jurisprudencia. Asumimos que ningún cambio es fácil, especialmente para aquellos que van a verse desplazados desde posiciones destacadas o exigidos con nuevas obligaciones y cargas. Pero nuestra tarea doctrinaria no es concretar esos cambios, sino reclamarlos dando razones para ello.

Las consideraciones que el lector encontrará en el presente se respaldan en una vida universitaria de más de cincuenta años, por pertenecer a una familia que por cuatro generaciones se ha nutrido de profesionales del derecho, donde los debates y preguntas han resultado habituales, y por haber transitado, específicamente, la vida judicial por veintitrés años. Sintéticamente: el derecho ha estado presente indisoluble y fuertemente en nuestra vida personal, familiar y profesional, y es esa experiencia, junto a la dedicación como profesor e investigador en la filosofía jurídica, la que nutre y avala las líneas que siguen. No está de más insistir en el choque que experimenté cuando fui designado magistrado entre aquello que me habían enseñado en

la Facultad respecto a lo que hacía un juez y los márgenes de discrecionalidad que diariamente detectaba en el quehacer judicial, márgenes que se ampliaron cuando me convertí en juez constitucional, aunque siempre corroboré que en esas posibilidades estaba en juego una cierta filosofía jurídica, pues ella orientaba (o debía orientar) el razonamiento que se plasmaba en una sentencia.

II. El cientificismo en tiempos del Estado de Derecho Legal

En términos generales podemos sostener que hasta el siglo XIX en Europa continental nunca se dudó entre los juristas sobre la existencia y necesidad de lo que reconocemos centralmente como “filosofía jurídica”. Solo después de la Revolución Francesa, y del consiguiente proceso de codificación, se opta, sobre todo desde las universidades europeas continentales, por identificar el saber jurídico con aquel que proveía la ciencia jurídica, el que llega a llamarse con el elocuente y perturbador rótulo de “dogmática jurídica”. La cuna de ese cientificismo serán las facultades de derecho francesas alimentadas por la prestigiosa escuela exegética, pero voces alemanas igualmente importantes, como las de Savigny o el primer Ihering, se sumarán a ese coro que no dudaba en sostener que no había otro derecho que el establecido por la voluntad infalible del legislador y que el único camino que quedaba para los juristas era memorizar, glosar y repetir al derecho contenido en la ley. La consigna que se impone será que el único que contaba con competencia jurídica era el legislador, y luego vendría la “ejecución” de su voluntad a cargo del poder administrador, para finalmente su “aplicación” silogística a cada caso por el Poder Judicial.

Un instrumento decisivo de ese cambio cultural serán las nuevas facultades de Derecho cuya currícula reproduce exactamente a los códigos y sus libros respectivos. En efecto, el propósito será que los nuevos juristas se limiten a memorizar los textos legales, de modo que en el conocimiento jurídico se suprime cualquier atisbo crítico o generador de propuestas superadoras de lo establecido legislativamente como derecho y, consiguientemente, la idoneidad que se requería para ser magistrado coincidía con esa asimilación dogmática y completa de la ley. A partir de esa certera convicción acerca de donde estaba el derecho y su infalibilidad, no resultará procedente plantear interrogantes sobre qué es el derecho, su valor y sus fuentes, pues ese camino constituye un peligro respecto a la seguridad jurídica, que es el único objetivo axiológico que justifica el trabajo profesional de los juristas.

III. La inevitable filosofía jurídica

Más allá del éxito en el siglo XXI del iuspositivismo legalista en Europa continental, del consiguiente cientificismo y de su implantación posterior en América Latina, lo cierto es que cualquier preocupación seria, completa y coherente por conocer el derecho inevitablemente debía incluir respuestas que proveen un saber que vaya más allá de la mera descripción del

derecho puesto o su interpretación y explicación dogmática. Como el personaje de Molière que hablaba en prosa sin saberlo, todo jurista que pretende conocer y operar el derecho necesita contar con algunas claves cuya dilucidación históricamente fue asignada a un saber específico: la *filosofía jurídica* (1). En efecto, preguntas sobre qué es el derecho del que me voy a ocupar como profesional, qué certeza y qué método debo seguir para obtener un saber jurídico integral, cuánta razón o voluntad intervienen cuando se hace el derecho, quién tiene encomendada esa tarea, cuál es el valor de lo que se pretende imponer como derechos o deberes, etcétera, supone instalarme en un plano que va más allá de la mera aceptación dogmática de lo que la autoridad pretende que rija sin cuestionamientos como derecho.

El testimonio de Ross (2) es elocuente, en tanto que, a pesar de su empirismo extremo que lo lleva a acusar a Kelsen por alentar una teoría cuasi iusnaturalista apelando a conceptos de existencia ideal como el de “validez”, termina sucumbiendo al encanto de la filosofía. La filosofía para el profesor danés “es la lógica de la ciencia, y su objeto, el lenguaje científico” (3), y denuncia “la vacuidad de las especulaciones metafísicas en el campo del derecho y de la moral” (4), por eso coherentemente concluye: “la filosofía del derecho dirige su atención hacia el aparato lógico de la ciencia del derecho... El objeto de la filosofía del derecho no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de este, sino la ciencia del derecho” (5). A tenor de lo señalado, el jurista danés entiende que en lugar de insistir con la existencia de una disciplina autónoma llamada “filosofía del derecho”, sería más correcto hablar de “problemas iusfilosóficos” cuyo objeto será interpretar el significado representativo de conceptos empleados por el científico del derecho. Dichos problemas son: 1. “concepto o naturaleza del derecho”; 2. “propósito o idea del derecho”; y 3. “interacción del derecho y la sociedad”; y esos problemas pueden asimilarse respectivamente a los siguientes: 1. la definición del derecho, que en Ross se reduce a “conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado”; 2. la axiología jurídica, respecto de la cual no es posible conocimiento alguno atento al escepticismo ético radical que suscribe Ross; y 3. el tercer problema está remitido a la sociología jurídica.

En la teoría jurídica rossiana queda claro que más allá de las resistencias que suscitan los análisis no estrictamente fácticos o empíricos y el temor de inmiscuirse en discusiones ontológicas o metafísicas, encontramos respuestas que inequívocamente asume la filosofía jurídica en tanto exceden la descripción, interpretación o sistematización del derecho. En efecto y en particular, vemos la necesidad de esclarecer o identificar el objeto derecho y la preocupación por establecer su valor. Por ello, no obstante las prevenciones y retórica rossiana, aparecen en su teoría cuestiones que trascienden el método empírico escogido, y eso lo lleva a denunciar el mismo Kelsen cuando, comentando la idea de “vigencia” en Ross, afirma: “las ideas normativas, es decir las ideas del *deber ser*, no pueden ser interpretadas como hechos psicofísicos, es

decir, cómo *ser*” (6). Frente ese reduccionismo de lo real a lo científico-empírico, siguen teniendo valor las palabras de Kant, quien, no obstante su constructivismo gnoseológico, señaló: “Una teoría del derecho meramente empírica es como la cabeza de madera en la fábula de *Fedro*, una cabeza que puede ser muy hermosa, pero que no tiene seso” (7).

Hemos escogido el testimonio de Ross porque exhibe un cierto prejuicio o actitud vergonzante respecto a los riesgos gnoseológicos que asume quien deja el camino de la ciencia estricta y se compromete con discusiones que exceden el campo de los juicios apriorísticos o tautológicos (lógica o matemáticas) o el de los juicios *a posteriori* o verificables (física o química). Llama la atención Kalinowski que Ross, en definitiva, no resiste el encanto de la filosofía y termina cediendo frente al mismo (8). Y a pesar de que Ross se ve forzado a renunciar o a disimular el seguimiento ortodoxo de esas alternativas enseñadas por el Círculo de Viena, intenta al menos con retórica o palabras cubrir esa incoherencia o paradoja.

Por supuesto que podríamos escoger otros autores en donde también se asume esa superación de la ciencia y la apertura a un saber iusfilosófico, como el de Norberto Bobbio (9), cuando en la década del '70, al hilo de su “teoría funcionalista del derecho”, confiesa que había pensado que siguiendo a Kelsen era posible saber “qué” es el derecho limitándose a conocer “cómo es el derecho”, pero finalmente advirtió que en orden a esa pretensión cognoscitiva debía hacerse cargo de la pregunta por el *fin* o las funciones del derecho, es decir, la pregunta de “para qué sirve el derecho”, y consiguientemente concluye el profesor italiano: “...para el creador de la Teoría Pura, una teoría científica del derecho no debe ocuparse de la función de él, sino únicamente de sus elementos estructurales. El análisis funcional se encomienda a los sociólogos y quizás también a los filósofos” (10). En ese tránsito de Kelsen al *funcionalismo*, Bobbio en 1966 escribe la voz “Principi generali di diritto” para el *Novissimo Digesto Italiano* (vol. XIII) y ahí destaca la importancia del tema en la “conciencia jurídica universal, cada vez más orientada hacia la superación del positivismo jurídico de estricta observancia”. También en 1966, en ocasión de una “Tavola rotonda sul positivismo giuridico” celebrada en Pavía, confiesa Bobbio: “tomo nota de que el positivismo jurídico está en crisis, no solo como ideología y como teoría, como por lo demás yo mismo había ya admitido, sino también como modo de aproximación al estudio del derecho. He comenzado diciendo que el positivismo jurídico nació como elección científica, pero me sea permitido reconocer ahora que detrás de la elección científica había una exigencia política... ¿Queréis una conclusión? Habíamos venido con la idea de concluir: el positivismo ha muerto, viva el positivismo. Me parece en cambio, que nos iremos exclamando: El positivismo ha muerto, viva el iusnaturalismo” (11).

Más allá de las referencias autorales consignadas, es cierto que el iuspositivismo contemporáneo en general siempre fue acompañado

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 10 de noviembre de 2022.

(1) Cfr. HUSSON, L., “Nouvelles études sur la pensée juridique”, Dalloz, Paris, 1971, p. 36 y ss. A los fines del origen del nombre “filosofía del derecho” y de la formación de dicha disciplina remito a HERVADA, Javier, “Lecciones de Filosofía del

Derecho”, EUNSA, Pamplona, 1990, vol. I, ps. 11 a 100.

(2) Remito a mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, ps. 1 a 54.

(3) ROSS, Alf, “Sobre el derecho y la justicia”, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. XIV.

(4) *Ibidem*, p. 25.

(5) *Ibidem*.

(6) KELSEN, Hans, “Contribuciones a la teoría pura del dere-

cho”, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, p. 27.

(7) KANT, E., “Principios metafísicos de la doctrina del derecho”, UNAM, México, 1968, p. 31.

(8) KALINOWSKI, G., “Théorie, mathématique ou philosophie du droit”, *Archives de Philosophie du Droit*, 1970 (XV), p. 180.

(9) Remito a “La teoría funcional del derecho en Norberto Bobbio” en mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, ps. 91 a 123.

(10) BOBBIO, Norberto, “Hacia una teoría funcional del derecho” en *Derecho, filosofía y lenguaje*, Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 10.

(11) Ver Prólogo de RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Contribución a la teoría del derecho”, Fernández Torres Edit., Valencia, 1980, p. 35; y RUIZ MIGUEL, Alfonso, “Filosofía y derecho en Norberto Bobbio”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 213.

por una fuerte seducción epistemológica que lo forzaba a optar por la “ciencia objetiva y exacta”. Así lo precisó el mismo Kelsen en el prólogo de su “Teoría Pura del Derecho”: “Desde el comienzo mismo fue mi objetivo elevar la ciencia del derecho, que se agotaba casi completamente —abierta o disimuladamente— en una argumentación jurídico-política, al nivel de una auténtica ciencia, de una ciencia del espíritu. Correspondía desplegar sus tendencias orientadas, no a la función configuradora de su objeto, sino exclusivamente al conocimiento del derecho, para acercarla, en la medida en que fuera de alguna suerte posible, al ideal de todo ciencia, objetividad y exactitud” (12). Ese camino iuspositivista modélico de ciencia, marcado por Kelsen, conlleva rechazar o disimular el camino de la filosofía empecinada por discusiones ontológicas y axiológicas.

El recurso atribuido a Kelsen de llamar a la ciencia jurídica “teoría del derecho” permitió encubrir esas precisiones en torno al medio noético que se escogía doctrinariamente, pues con ese nombre se diluían los contornos y límites entre ciencia y filosofía habilitándose a preguntas y respuestas que en términos clásicos podía adscribirse a una u otra disciplina. Un ejemplo de esto último puede ser Luigi Ferrajoli (13) con su “modelo integrado de ciencia jurídica” que abarca: teoría del derecho, dogmática jurídica, filosofía de la justicia (filosofía política o filosofía del derecho) y sociología del derecho, aunque le corresponde a la teoría del derecho, por su carácter convencional y formal, ser el punto de las diferentes aproximaciones al estudio del derecho en cuanto les brinda “un aparato conceptual en buena medida común” (14). Gascón Abellán además de dudar acerca de la neutralidad de esa teoría del derecho, aprecia que la axiomatización hiperracionalista, de la monumental obra “Principia Iuris”, “refleja una aspiración de la filosofía de la ciencia del neopositivismo lógico presente aún en los años sesenta del pasado siglo” (15).

Lo que quisiéramos concluir en este punto es que no se puede asumir una pretensión cognoscitiva “fuerte”, coherente y completa sobre el derecho eludiendo preguntas que debe responder un saber que reconocemos académicamente con el nombre de *filosofía jurídica*, pues a ella corresponde ocuparse de identificar eso que llamaremos *derecho*, su valor y los caminos que corresponde transitar en orden a su conocimiento exhaustivo y consistente. Dice bien Dworkin cuando concluye que la “filosofía jurídica... es el nervio de la reflexión sobre el derecho” (16); o cuando Ollero sintéticamente asimila la actividad jurídica a filosofía o razón práctica (17). De ahí la insuficiencia que supone escoger una mirada reducida a la ciencia jurídica abocada —reiterémoslo— a la descripción, sistematización e interpretación del derecho, como si su concepto se nos brindara como algo claramente definido y sin preguntas implícitas. Por supuesto que las alternativas que corresponde por igual descartar es tanto la del “cientificismo” como la del “filosofismo”, aunque es cierto que mientras esta resulta bastante insólita en la historia del pensamiento, aquella otra es la que vemos muy visible en nuestro espacio cultural-académico y es la que con insistencias a partir del siglo XIX, y bajo el paraguas del iuspositivismo, se ha tratado de promover. Esa promoción ha ido habitualmente acompañada insistentemente de un ocultamiento de la presencia de cuestiones que excedían el mundo empírico y se conectaban con la axiología que según aquella mirada remitía al terreno de lo irracional o ideológico.

En conclusión, la ciencia jurídica promovida en Europa continental en el siglo XIX se con-

vierte —bajo el modelo de las ciencias empíricas o lógicas— en el único camino relevante en orden al conocimiento jurídico. Sin embargo, la silenciada filosofía jurídica aparece inevitablemente oculta o simulada en esas teorías reduccionistas. Cualquier jurista que se tome en serio su trabajo, y mucho más si se trata de un profesor abocado a estudiar científicamente una rama del derecho, requiere —explícita o implícitamente— contar con alguna filosofía jurídica que le provea un aparato conceptual que complete, confirme o corrija sus conocimientos y facilite su quehacer de jurista.

IV. El triunfo del Estado de Derecho Constitucional conlleva potenciar la filosofía jurídica

La experiencia del “mal radical” con el nazismo impacta también en el campo de la teoría jurídica. Después de Nuremberg ya resultará muy difícil —aunque no imposible— remitir totalmente en nombre de la ciencia a la irracionalidad o las emociones a las elecciones morales o axiológicas. El llamado movimiento de “rehabilitación de la razón práctica” en la década de 1970 implica una apuesta muy innovadora, donde desde distintas fuentes filosóficas se confía en la posibilidad de obtener respuestas racionales a preguntas de índole moral o axiológica. Se abre así un espacio en donde autores muy variados como por ejemplo Leo Strauss, Eric Voegelin, Hannah Arendt, Hans Albert, Paul Lorenzen, Hans George Gadamer, Jürgen Habermas o Karl Otto Apel, confluyen en interesarse por un saber capaz de dirigir las conductas humanas en orden al bien o lo correcto.

Por supuesto que esa recuperación y reconciliación de la razón práctica con el derecho tiene significativas repercusiones, quizás porque solo desde su admisión cabe afrontar problemas típicos del EDC, como veremos más adelante. En perspectiva histórica podemos asumir con Villey que el nacimiento de la reflexión iusfilosófica implica remontarnos a Aristóteles atento a que conectó el concepto del derecho al fin que lo explicaba y justificaba, y no dudó en identificar ese fin con la justicia (18). Reinvidicando el esfuerzo villeyano por recuperar un espacio académico para la filosofía jurídica en la universidad francesa, denuncia dicha disciplina en la enseñanza del derecho implica condenar a los estudiantes que ignoren el origen y finalidad de ese saber: “es como si se nos explicase una guía de ferrocarril sin decirnos nada sobre el destino del viaje ni la estación de partida” (19).

En el marco de esa tradición aristotélico-tomista, vale la pena aludir a sus renovados impulsos que implicaron la “nueva escuela anglosajona de derecho natural”, especialmente con el aporte de John Finnis. Un artículo del profesor oxoniense lleva por título “¿Qué es la filosofía del derecho?”, y ahí además de aclarar que “jurisprudence” puede usarse como sinónimo de “*philosophy of law*”, precisa que dicha disciplina pertenece a la filosofía de la razón práctica y, consiguientemente, tiene conexiones inescindibles con la ética y la filosofía política. Explícitamente le asigna una doble tarea hoy a la filosofía jurídica: “conservar claramente su relación intrínseca con, y su dependencia de, todas las verdades de la filosofía moral y política... Por su dominio y su comprensión explicativa fundacional del instrumental técnico del derecho, debe permanecer en posición de criticar y proponer —en la esperanza de evitar— toda manipulación de ella misma para propósitos destructivos del bien común, un bien que incluye, pero que no se agota por el sostenimiento de derechos jurídicamente cognoscibles” (20). En

otro artículo titulado “*Legal Philosophy: Roots and Recent Themes*” escrito como “filósofo y abogado” asume Finnis como posible la distinción de una filosofía jurídica analítica y otra crítica: “La jurisprudencia analítica se propone considerar la definición del derecho, la teoría del sistema jurídico, el análisis de conceptos jurídicos, tales como deber, transacción e intención, y la teoría del razonamiento jurídico, especialmente en la adjudicación. La filosofía del derecho crítica se propone evaluar el derecho y la obligación jurídica, el contenido sustantivo mínimo de los sistemas jurídicos, aquellas virtudes procedimentales interconectadas en la creación y aplicación del derecho que son llamadas Estado de derecho, etcétera” (21). Debemos recordar que en la cultura académica anglosajona no existe riesgo de cientificismo jurídico, pues en las facultades de Derecho la formación se inscribe fuertemente en reconocer lo que es el derecho y sus requerimientos para comprenderlo y operarlo, y esa capacitación se adquiere desde el derecho “vivo” que se refleja en casos y jurisprudencia.

También en el esfuerzo por reconciliar al derecho con la razón capaz de valorarlo sin resignarse a la mera descripción corresponde destacar el no positivismo jurídico de raíz kantiana o constructivista, expresado en autores como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Nino, Manuel Atienza y el último MacCormik, entre muchos otros. Precisamente esos nuevos aportes teóricos conllevan una agenda para los juristas muy renovada cuyo tratamiento exige la presencia de la filosofía jurídica. Ese *no positivismo* viene a coincidir con tesis que tradicionalmente suscribían solo autores iusnaturalistas; y una de ellas coincidirá en tomar distancia con el cientificismo reductivista que en alguna medida siempre alentaron los positivistas jurídicos. En efecto, propiciar una gnoseología jurídica plural que reivindique tanto la ciencia jurídica, como la filosofía jurídica y un saber aplicativo, resolutorio o concreto, era un postulado típico de buena parte de los adscriptos a las perspectivas del realismo jurídico clásico, pero en las últimas décadas del siglo XX aparecen artículos que con fundamentos alejados de planteos metafísicos tradicionales vienen a coincidir en la necesidad de la filosofía jurídica y que en el trabajo determinativo circunstanciado del derecho también cabe la presencia de la razón práctica.

En orden a ejemplificar lo consignado precedentemente, nos gustaría limitarnos a citar en primer lugar la propuesta de Ronald Dworkin (22) apelando a un juez que está en condiciones de descubrir la respuesta correcta para cada caso jurídico. Por supuesto que se trata de un juez que no es humano sino un semidiós, al que llama *Hércules*, y que siendo “filósofo del derecho” es capaz de alcanzar aquel propósito cognoscitivo, el que posibilita que triunfen los derechos humanos evitando que sean pulverizados en aras de objetivos comunitarios. Contra Hart el profesor americano rechaza que el derecho sea un “*sistem of rules*” atento a que en el derecho hay “*principles*” (en un sentido genérico ellos abarcan “directrices políticas” y “principios en sentido estricto”) cuya particularidad es que no son susceptibles de someterlos a un test de origen o *pedigree*, resultando prescindible su ratificación autoritativa. El contenido de esos principios es el de “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”; o también los derechos preexistentes que los jueces tienen la responsabilidad política de que “triunfen”. “Los problemas de jurisprudencia —afirma el profesor norteamericano— son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrate-

gia” (23); y en una carta del 28/12/1983 publicada en la revista *Doxa* de la Universidad de Alicante confiesa: “me he ido concienciando progresivamente de la importancia de considerar la filosofía jurídica como parte importante de la filosofía moral y política y por tanto de la filosofía”. Coincidimos con Calsamiglia que “Dworkin destruye el supuesto metodológico positivista de la separación absoluta entre la descripción y la prescripción” (24).

Y en segundo lugar, remitamos a la teoría de Alexy (25), la que está cargada de aportes iusfilosóficos que le permiten defender tesis como: la injusticia extrema no es derecho, el discurso jurídico como caso especial del discurso moral, los derechos humanos como presupuestos éticos del diálogo racional, los principios jurídicos con su contenido moral y forma jurídica, la ponderación de principios, el dialogo racional como matriz del mejor derecho, etc. Cabe aquí consignar específicamente un artículo del profesor alemán que lleva el elocuente título: “La naturaleza de la filosofía del derecho” (26), donde desde una matriz focalmente kantiana o constructivista comienza por precisar 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). La filosofía incluye tres dimensiones constitutivas: la crítica o normativa (la distinción argumentativa de lo verdadero y lo correcto); la analítica (identificar conceptos y principios fundamentales que permitan la comprensión) y la sintética u holística (unir en un todo coherente y fundado lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, y lo que podemos saber). En cuanto a la filosofía del derecho su especificidad reside en su objeto: el derecho, y en su propósito de responder sobre el concepto o su naturaleza del mismo. Esta última cuestión se desglosa en dos problemas centrales: 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 —reinvidicada 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.

La perspectiva teórica del derecho alentada desde los referidos autores no positivistas configura muchas tesis coincidentes, aunque con fundamentos diferentes. Un ejemplo revelador de ello puede ser que tanto Finnis como Alexy explícitamente reconocen en el derecho una doble dimensión (27): fáctico-social y autoritativo que se concreta en un sistema normativo positivo y en instituciones sociales que lo crean y aplican, y otro racional-valorativo, que determina el sentido ético-práctico del sistema normativo y de las realidades jurídicas a él vinculadas. Por supuesto que admitida esa “doble vida” (Finnis) del derecho, insistir en su conocimiento reducido a descripción o a la sistematización lógica no solo es decididamente pobre, sino que resigna el aporte relevante que pueden y deben hacer los juristas en orden a orientar los

(12) KELSEN, H., “Teoría Pura del Derecho”, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 7.

(13) Remitimos a nuestro libro “El neoconstitucionalismo iuspositivismo-crítico de Luigi Ferrajoli”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019.

(14) FERRAJOLI, Luigi, “Principia Iuris”, Madrid, Trotta, 2011, t. I, p. 39.

(15) GASCÓN ABELLÁN, Marina, “¿Para qué sirve la teoría?” en M. CARBONELL (Coord.) *Para leer a Luigi Ferrajoli*,

Centro de Estudios Carbonell-Cevallos y Editora Jurídica, Quito, 2016, p. 61.

(16) DWORKIN, R., “La filosofía del derecho”, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, p. 8.

(17) OLLERO, A., “¿Tiene razón el derecho?”, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, p. 414 y ss.

(18) Remito a mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, ob. cit., ps. 159 a 226

(19) VILLEY, Michel, “Compendio de Filosofía del Derecho”,

EUUNSA, Pamplona, 1979, t. I, p. 25.

(20) FINNIS, John, “Estudios de Teoría del Derecho Natural”, UNAM, México, 2017, p. 15.

(21) FINNIS, John, “Legal Philosophy: Roots and Recent Themes” en *Collected Essays*, vol. IV “Philosophy of Law”, Oxford University Press, 2011, p. 163.

(22) Remito a mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, ob. cit., ps. 125 a 158.

(23) DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, Ariel, Barce-

lona, 1984, p. 51.

(24) CALSAMIGLIA, A., “Ensayo sobre Dworkin” en DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, ob. cit., p. 16.

(25) Remitimo a mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 227 a 280.

(26) ALEXY, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, *Doxa* 26, 2003.

(27) Cfr. MASSINI, C., “Estudio preliminar a John Finnis: Teoría del Derecho Natural”, p. XL en FINNIS J.,



cambios en el derecho para su consolidación y mejoramiento. El derecho y el trabajo propiamente dicho de los juristas en última instancia se traduce en una conducta que está exigida o permitida jurídicamente, de modo que cuando nos enfrentamos a una regla el camino de averiguar lo que quiso decir su autor o cómo lo dijo resultan preguntas subsidiarias o secundarias, en tanto lo que pretendemos saber es lo que ellas ordenan y si estrictamente nos obliga. De ahí las críticas de Nino a los modelos de ciencia jurídica de Kelsen, Ross o Alchourrón-Bulygin, en tanto en ellas no cabe la valoración ni propuestas “de lege ferenda que permitan justificar o enjuiciar regulaciones jurídicas positivas y orientar su eventual modificación” (28). Agreguemos, con Michael Moore, que una teoría completa (*full-fledged*) del razonamiento judicial exige: “Primero, un juez debe tener una teoría del derecho apropiada, que diga cómo extraer afirmaciones normativas para su uso en el razonamiento del juez. El juez necesita una regla de reconocimiento que explique un texto normativo jurídico. Segundo, el juez debe tener alguna teoría acerca de los hechos que determine... qué ha sucedido... Tercero, el juez necesita una teoría de la interpretación... Y cuarto, el juez necesita una teoría de la lógica y de su lugar en el razonamiento jurídico” (29). Algo análogo subraya Javier Hervada cuando precisa que la filosofía del derecho es “filosofía sobre la realidad jurídica desde la perspectiva del oficio del jurista. Cuando se filosofa sobre la realidad jurídica desde una perspectiva jurídica (en cuanto objeto del oficio del jurista), la filosofía se hace jurídica, esto es, filosofía del derecho” (30).

V. Una cierta filosofía jurídica anclada en alguna filosofía

A instancias de Bobbio mucho se ha difundido la diferencia entre una filosofía jurídica hecha por filósofos y otra hecha por juristas, en tanto aquella es una alejada del derecho real, mientras que la otra está determinada por el sistema filosófico que se escoja y será este el que define las notas características del derecho. Más allá de los interrogantes que genera aquella distinción, estimamos que ella tiene cierto valor pedagógico como para denunciar a algunas filosofías jurídicas que pecan por una significativa pérdida de realismo, dado que el derecho del que ellas hablan aparece como una exigencia predeterminada de la filosofía y método escogido, sin interesarse por ver al derecho en su especificidad y enclave en la vida social. El sistema hegeliano puede ser una muestra elocuente de ese distanciamiento con la realidad, en donde el derecho aparece como una necesidad impuesta por el desarrollo dialéctico de la “idea”. El resultado de esa filosofía jurídica es un

derecho absolutamente ajeno al interés de los juristas y al propósito de procurar el mejor derecho posible para esa concreta sociedad política. No cabe dudas que la gnoseología jurídica con sus diversos caminos noéticos, tiene un común objeto que es el derecho en tanto dimensión constitutiva de la vida social.

Aclarado en qué medida limitada se puede aceptar aquella distinción bobbian, insistamos que cualquier filosofía jurídica rigurosa o cognoscitivamente sería requiere apoyarse en alguna filosofía desde la cual reconocer y precisar lo que se entenderá por derecho. Al respecto pensamos que las cuatro principales perspectivas de filosofía en general que habilitan a su vez a cuatro amplias miradas iusfilosóficas remiten a Aristóteles, Tomás de Aquino, Hobbes (Hume), Kant y Nietzsche. Queda claro que por nuestra parte siempre hemos pensado en sintonía con aquella filosofía clásica que se generó en Grecia y que constituye la “tradición central” de Occidente. Dicha escuela, más allá de coincidencias básicas, no esconde debates y disidencias. En dicha iusfilosofía aristotélico-tomista hoy se reconocen al menos dos corrientes centrales que podemos denominar, a una, como la tradicional en tanto mantiene la exigencia de la prioridad de la metafísica o la antropología; mientras que la otra es la asumida por la “nueva escuela anglosajona de derecho natural”, que parte de la experiencia humana que posibilita el conocimiento de los bienes humanos básicos. Hay otros debates más puntuales como el referido al reconocimiento expreso del nivel gnoseológico propio de la ciencia jurídica o también el referido al papel de la ley y las demás fuentes del derecho.

La filosofía jurídica a la que adherimos suscribe una pluralidad gnoseológica; y este aval a perspectivas cognoscitivas diversificadas se comparte con las teorías no positivistas constructivistas en boga que remiten a Kant. De ese modo, el realismo jurídico clásico exige la tarea de la filosofía jurídica a la que le encomienda responder raigalmente cuatro problemas: i) ontológico, conceptual o definicional del derecho; ii) gnoseológico: características del saber jurídico y sus especies; iii) lógico y lingüístico: qué estructuras lógicas tiene el derecho, como también la semiótica jurídica; y iv) axiológico: la pregunta por el valor o la validez del derecho. El segundo plano gnoseológico corresponde a la ciencia jurídica; y más allá de discusiones que se han dado dentro de la escuela, pensamos que corresponde reconocerla y asignarle la tarea de describir, interpretar, sistematizar y valorar al derecho vigente y válido históricamente dado. El tercer plano es el del saber aplicativo o prudencial, que es donde desemboca finalmente

el saber jurídico, y cuyo objeto es determinar e imperar en concreto la conducta justa y obligatoria, prohibida o permitida por el derecho vigente y válido. La aludida distinción supone que la pretensión cognoscitiva exhaustiva requiere de la presencia de los tres tipos de saberes, posibilitando sus respectivas relaciones confirmaciones, enriquecimientos y correcciones. De ese modo, se excluye los reductivismos, o sea, ni filosofismos, ni cientificismo, ni casuismo. Una advertencia más: en cuanto a la opción de un saber jurídico meramente descriptivo, no cabe descartarlo, aunque haciendo la prevención que aquel sin valoraciones siempre será —como advierte Finnis— menos valioso en términos cognoscitivos.

VI. La agenda actual de los juristas cuyo conocimiento y operatividad requiere ir a la filosofía jurídica

Nos proponemos ahora consignar un listado de dieciséis temas cuya comprensión más o menos completa requiere remitirnos a la filosofía jurídica. No tenemos duda de que el lector puede constatar reiteraciones o solapamientos, sin embargo esas insistencias pueden justificarse por razones pedagógicas. Lo que puede ser interesante es ir comprobando que aun aquellas posiciones que declaran desinterés por esa disciplina terminan asumiendo definiciones que remiten a la misma. Ya había advertido Aristóteles que para negar la filosofía, se requiere hacer filosofía.

VI.1. La necesidad de un concepto del derecho: Ser jurista supone ocuparse profesionalmente del derecho a los fines de “decir el derecho” a los que quieren o necesitan conocerlo. Es ese el fin o “bien interno” de la profesión (MacIntyre) que justifica su existencia y el respectivo servicio que prestan los juristas; más allá de los cuatro paradigmáticos modos de hacerlo: asesorando, enseñando, abogando o declarándolo autoritativamente. El ámbito específico del derecho en el que actúe el profesional (civil, penal, administrativo, etc.) remite inevitablemente al sustantivo “derecho”, por ende, cabe advertir: “dime qué piensas del derecho, y yo te diré qué características y alcance tendrá la rama de la que te ocupas”. Por supuesto que no siempre se comprueba esa preocupación por la coherencia, y así registramos hasta destacados académicos que, sin perjuicio —por ejemplo— de declararse explícitamente iusnaturalistas, terminan explicando su materia como un estricto iuspositivista. Aquí podemos acudir al testimonio de Alexy cuando declara que en su carrera académica cometió el error de entrar científicamente al derecho por atajos, estudiando la argumentación jurídica y luego

los derechos fundamentales, dejando para después la problemática del “concepto y validez del derecho”, obra (31) esta que define como la de su madurez.

Simplificando las opciones teóricas de manera notable, cabe para cualquier jurista reclamarle que opte al menos entre una triple perspectiva teórica jurídica: positivista, no positivista o crítica. El iuspositivista identifica al derecho con aquel que se ha puesto y reconocido como tal, de manera que cualquier contenido puede ser derecho. Queda al margen quien ha puesto ese derecho, sea el legislativo (escuela exegética), el judicial (jurisprudencia sociológica norteamericana), la sociedad (escuela histórica), diversos órganos con competencia jurídica normativa (Kelsen o Ferrajoli), etc.

Los no positivistas rechazan aquella tesis de que cualquier contenido puede ser derecho y, por ende, postulan que hay un contenido necesario o incompatible con el mismo. A tenor del fundamento y el modo de acceder a esa juridicidad necesaria o indisponible reconocemos la distinción entre: i) el no positivismo realista o aristotélico tomista que parte de estructuras constitutivas de lo humano en donde la razón lee exigencias de *bien* y *justicia* (Villey, Kalinowski, Finnis, Viola, etc.); y ii) el no positivismo kantiano o constructivista que confía en matrices contrafácticas posibilitadoras de un *derecho correcto* (Dworkin, Alexy, Atienza, Nino, etc.).

Los críticos asumen el rechazo del proyecto de la *modernidad* con su confianza en la ciencia y en la razón, y reconocen en el derecho un instrumento de la lucha política que ponga fin a la dominación de los poderosos (Kennedy, Butler, Rodríguez, Dukelsky, etc.). Al margen de una alergia intrínseca a recurrir a conceptos que solo restringen maniobras y estrategias orientadas al triunfo político y liberador.

A partir de esos tres grandes marcos teóricos sobre la definición del derecho, avancemos en sus temas centrales analizando sintéticamente sus respectivas caracterizaciones, aunque en algunas cuestiones hablaremos genéricamente de los no positivismos jurídicos a tenor de ciertas coincidencias jurídicas entre kantianos y aristotélicos, dejando de lado que también se verifican diferencias entre ellos en materia de fundamentos y sobre todo en puntos de la agenda ética actual (aborto, eutanasia, matrimonio homosexual, etc.).

Continúa en el Diario LA LEY del 21/12/2022

Estudios de Teoría del Derecho Natural, UNAM, México, 2017.

(28) NINO, C.S., “Algunos modelos metodológicos de ciencia

jurídica”, Fontamara, México, 1993, p. 99.

(29) MOORE, M.S., “A Natural Law Theory of Interpretation”, *Southern California Law Review*, n° 52, San Diego,

1985, p. 283.

(30) HERVADA, Javier, “Lecciones de Filosofía del Derecho”, ob. cit., p. 60.

(31) ALEXY, Roberto, “El concepto y la validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1997.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8, secretaría N° 15, sito en Libertad 731 7° piso de esta ciudad, informa que ARTURO XAVIER MAYA NIETO de nacionalidad ecuatoriana con 95.709.519 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 19 de octubre de 2022
Juan Martín Gavalda, sec.

LA LEY: I. 20/12/22 V. 21/12/22

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 19, sito en Libertad 731, 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina del Sr. JHON ALEXANDER SILVA SÁNCHEZ de nacionalidad peruana con DNI N° 93.779.031 según Exp. N° 11986/2022 “SILVA SÁNCHEZ, JHON ALEXANDER s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA”. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, debe-

rá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 26 de septiembre de 2022
María Lucila Koon, sec.

LA LEY: I. 20/12/22 V. 21/12/22

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731, 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. LAURA JUDITH VIERA ZAVALA de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.809.039 según Exp. N° 12871/2022 “VIERA ZAVALA, LAU-

RA JUDITH s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA”. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 3 de octubre de 2022
Matías M. Abraham, sec.

LA LEY: I. 20/12/22 V. 21/12/22

El Juzgado Nacional de 1ª Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 22, sito en Libertad 731, 7° piso, de esta Capital, hace saber que la Sra. ZULESMY ANYELY NIETO SORIA

cuyo DNI es el N° 96.070.772, de nacionalidad venezolana, ha solicitado la ciudadanía argentina. Quien conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá comunicarlo a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días, en un lapso de quince días.

Buenos Aires, 22 de septiembre de 2022

Laura Gabriela Sendón, sec.

LA LEY: I. 20/12/22 V. 20/12/22

2491/2022. RIFARACHE FERREL, AIDEE s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional

de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, Secretaría Nro. 3 interinamente a mi cargo, de Capital Federal, informa que RIFARACHE FERREL, AIDEE, DNI N° 95032680, solicitó la declaración de Carta de Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión del beneficio, podrá hacerlo saber a través del Ministerio Público. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 29 de noviembre de 2022

Luciana Montorfano, sec.

LA LEY: I. 20/12/22 V. 20/12/22

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
Valderrama
Flores Candia

Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.

Thomsonreutersley

TRLaLey

[linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/](https://www.linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/)

thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html

Centro de atención al cliente:

0810-266-4444

Semana de la Academia Nacional de Derecho

Doctrina

¿Por qué los juristas deben estudiar filosofía del derecho?



Rodolfo L. Vigo

Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Continuación del Diario La Ley del 20/12/2022

VI.2. ¿Mediante qué estructuras se formula el derecho?: El derecho regula conductas prohibiéndolas, exigiéndolas o permitiéndolas, pero a veces lo hace de una manera explícita o clara, mientras que en otras circunstancias recurre a cierta imprecisión indicando valores a respetar o fines a conseguir. Obviamente estamos hablando centralmente de, por un lado, “normas” o respuestas jurídicas explícitas, formuladas por medio de la estructura típica de un juicio y, por otro lado, de “principios” (dignidad humana, equidad, *in dubio pro reo*, etc.) desde donde el jurista puede derivar diferentes respuestas jurídicas para los casos que atiende. Dejamos de lado discusiones terminológicas acerca de si el género puede llamarse “normas jurídicas” y las especies “reglas” y “principios” o si hablamos de “reglas” con las especies: “normas” y “principios”; lo importante es que el jurista se pregunte si en “su” derecho va encontrar una o las dos formas de formularse el derecho.

El iuspositivismo, en aras de la seguridad y el saber preciso, claramente privilegia a las normas o reglas, en tanto definen ellas por medio de un juicio un supuesto fáctico genérico al que le imputan como posible una cierta consecuencia jurídica. Los derechos humanos o principios con su contenido moral o axiológico conllevan dificultades insalvables en orden a un “saber científico objetivo y exacto” (Kelsen), por lo que corresponde alejarlos del derecho y guardar silencio en tanto remiten a un terreno irracional o emocional. Esa preferencia por las normas o reglas y rechazo de los principios es suscripta explícitamente por un iuspositivista actual como Ferrajoli. Respecto a los códigos que mencionaban expresamente los principios jurídicos (“principios generales del derecho”), la doctrina le presta una atención mínima y su relevancia quedaba fuertemente eclipsada, dado que su valor jurídico residía en la voluntad del codificador que los había puesto implícitamente en su ley, por lo que de ellos no era posible derivar respuestas *contra legem*.

Los no positivistas rechazan una visión normativista y defienden que el mejor derecho exige incluir a los “principios” con su “derecho concentrado” o sus respuestas jurídicas implícitas que permiten resolver: i) las indeterminaciones normativas; ii) las antinomias; iii) integrar lagunas; o iv) invalidar las respuestas normativas en ciertos casos dado su manifiesta y grave injusticia, irracionalidad o disvaliosidad. En esos principios los juristas encuentran los derechos humanos con los respectivos bienes o valores que protegen, aunque su fundamento varía según explicaciones constructivas kantianas (Alexy: presupuestos éticos del diálogo racional) o remisiones a la realidad propiamente humana (Finnis: bienes humanos básicos).

Los críticos, a tenor de su propuesta gnoseológicamente escéptica y centralmente política o conflictivista, asumen que el normativismo conlleva restricción de alternativas con relación a opciones idóneas para los propósitos en juego, aunque los beneficios o utilidad que al respecto favorecen los principios están condicionados a desprestigiar cualquier objetivismo y cognitivismo ético. En esa propuesta revolucionaria o posmoderna los principios y derechos humanos son un arma poderosa con su carga retórica aportando enorme flexibilidad al derecho, con la condición de que no queden limitados por conceptos fosilizantes.

VI.3. ¿Existe un saber práctico?: Reiteremos que el saber teórico tiene por objeto decir lo que son las cosas, mientras que el saber práctico se ocupa de dirigir conductas en orden al bien o la justicia (también a la belleza o lo útil). La moral ha emigrado al derecho bajo rótulos como los derechos humanos (*moral rights*), principios, valores, etc., lo que implica para el jurista la necesidad de pronunciarse si en torno a esa materia la razón puede conocer algo de ese contenido moral o se trata de “flatus vocis” cuyo contenido puede ser atribuido discrecionalmente.

La gnoseología que respalda al iuspositivismo solo avala saberes empíricamente demostrativos o tautológicos y, en consecuencia, descarta juicios cuyo objeto pretenda regular o dirigir conductas en orden al bien o la justicia. “La justicia es un ideal irracional” de Kelsen o “los valores se asumen, pero no se justifican racionalmente” de Ferrajoli, son expresiones de ese *escepticismo axiológico*. Los valores remiten a las definiciones o gustos

que cada uno o cada sociedad establezca, quedando inhabilitada racionalmente cualquier pretensión que impugne las opciones morales o éticas hechas por el otro. El conocimiento propiamente dicho se reduce a descripciones de lo que existe, sin juzgar su valor objetivo o cognoscible.

Los no positivistas coinciden en un cierto objetivismo y cognitivismo ético, de manera que hay la posibilidad de cuestionar racionalmente elecciones subjetivas o sociales concretadas en ese terreno. Los kantianos, desde el presupuesto de la imposibilidad de conocer las cosas como ellas son, optarán por modelos, formas o construcciones racionales que, sin comprometerse con contenidos, permiten acceder racionalmente a ciertas respuestas morales o éticas correctas. Esa matriz será el diálogo racional en Alexy en donde los actos de afirmación con pretensiones de corrección pueden lograr una cierta respuesta correcta universalizable respaldada en un consenso apoyado en el mejor argumento.

Los aristotélico-tomistas parten de la posibilidad de conocer las cosas como son y, desde el conocimiento de ciertas inclinaciones humanas o de ciertos bienes humanos básicos, la razón humana está en condiciones de definir genérica o circunstanciadamente las conductas a realizar que posibiliten una realización, planificación o florecimiento humano. La verdad práctica a la que accedemos cuenta con algo “dado”, pero incluye el momento inédito o “construido” correspondiente a que el comportamiento a concretar se ajuste a la misma. Por supuesto que, a medida que nos acercamos a lo circunstanciado o concreto, aumenta el riesgo de incurrir en un error; pero alcanzar esa verdad práctica requiere también de una voluntad “recta” y controlar las emociones.

La desconfianza de los críticos en cuanto al saber en general se potencia largamente cuando hablamos de moral, ética o valores, en tanto estiman que se propicia fácilmente la dominación de aquel al que se le enseña lo que está bien y lo que está mal. Sin perjuicio de ese escepticismo genéricamente gnoseológico, y específicamente ético, cabe en la lucha política acudir el recurso retórico de la moral o la ética. La posmodernidad exige tomar distancia de “grandes” e “importantes” relatos en nombre de la ciencia, la verdad o el amor, y auspiciar el momento lúdico o creativo no condicionado por el que se lucha. Por

supuesto que invocar deberes es manifestación del propósito de dominar; y ello mucho más, cuando se intenta definirlos con el respaldo de la coerción.

VI.4. ¿Cuáles son los saberes jurídicos?: Los juristas no desconocen que existen diversos caminos para conocer el derecho. En las Facultades de Derecho han estudiado las ciencias ocupadas de las diferentes ramas del derecho, y también cursaron o rindieron la asignatura de Filosofía del Derecho, aunque ella seguramente se visualizaba con una escasa importancia cognoscitiva, sobre todo en comparación con las dogmáticas. En cuanto al eventual saber aplicativo de él hablaremos en el punto 6.15, por lo que remitimos al mismo.

El iuspositivismo no solo se inclina por confiar en el saber que proporciona la ciencia limitada centralmente a describir el derecho, sino da la espalda a la posibilidad de un saber capaz de orientar el comportamiento humano conforme al bien o la justicia. Si el derecho estaba contenido en la ley, y a esta la hacía la voluntad “infalible” del legislador (Rousseau), lo único que quedaba es repetirla. Insistamos que Kelsen en el *Prólogo* de la “Teoría Pura del Derecho” confiesa que su propósito es elevar a la “ciencia jurídica” al rango de una verdadera ciencia “objetiva y exacta”. La gnoseología de Ferrajoli se sintetiza en su “modelo integrado de ciencia jurídica”, donde está privilegiadamente la “teoría del derecho” encargada de definir el aparato conceptual de aquella, y también subordinadamente la filosofía del derecho o filosofía política o de la justicia, junto a la dogmática o ciencia jurídica propiamente dicha y la sociología jurídica.

El no positivismo respalda un saber jurídico ampliado y diversificado en donde, además de la filosofía jurídica, hay espacio para la “ciencia jurídica” con capacidad de propuestas *de lege ferenda*, ello posibilitado por un saber práctico que permite acceder a valorar el derecho vigente y discernir aquel que corresponde ser invalidado o anulado. Aquí cabe volver sobre lo ya consignado respecto a la pluralidad gnoseológica jurídica de Nino, Alexy, Finnis o Hervada. Reiteremos la necesidad de la filosofía jurídica encargada de responder cuatro problemas que comprometen a todo jurista: el ontológico, el gnoseológico, el lógico y el axiológico. Pero el saber jurídico requiere del trabajo del científico abocado a algún sector del derecho vigente y válido al

Doctrina

[Principio de subsidiariedad y doctrina del margen nacional de apreciación](#)

Santiago Alfonso

6

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1



que trata de interpretar, sistematizar y valorar. Asimismo la respuesta jurídica dada a los casos particulares implica eventuales enriquecimientos en orden a conocer el derecho.

Los críticos con fidelidad a los “ideólogos de la sospecha” como Freud, Marx o Nietzsche asocian el saber a un propósito de dominación (Foucault) y, en la mejor hipótesis en ese terreno, cabe delinear caminos que resulten útiles para triunfar en la lucha política en la que estamos implicados los juristas. El irracionalismo de Kennedy, el feminismo radical de Butler o el alternativismo de Barcellona terminan proponiendo esfumados o hipotéticos saberes de valor pragmático sobre el derecho y remitiéndolos a un campo performativo que se pone al servicio de ciertos resultados que se confiesan de izquierda o revolucionarios.

VI.5. ¿Adónde vamos a buscar las respuestas jurídicas?: Esta pregunta se identifica con el tema de las fuentes del derecho; y de manera simplificada podemos entenderla como aquellos lugares donde los juristas vamos a buscar las respuestas jurídicas, pues se supone que ellos se ocupan de brindarlas a los que las requieren o las necesitan.

Para el iuspositivismo, las respuestas jurídicas deben buscarse en la ley o en las normas que dictan los órganos que tienen la competencia a esos fines, pero la clave habilitadora tradicional de la creación jurídica remite a la soberanía de los Estados. La nómina de las fuentes es muy reducida y es exhaustiva, confiándose en que ellas finalmente se publicarán en el órgano oficial previsto para ello, sin que nadie pueda invocar su ignorancia. El “dura lex, sed lex” sumado al delito de prevaricato, define esa jerarquía y monopolio jurígeno atribuido al Poder Legislativo. En la mejor hipótesis pueden llegar a reconocerse fuentes subsidiarias o supletorias de la ley, pero nunca *contra legem*.

Los principios jurídicos defendidos por el no positivismo generan campos de respuestas jurídicas que ponen en tensión y hasta en contradicción la vigencia del derecho formulado autoritativamente por el Estado, y así, en perspectiva realista, aparecen expresiones variadas del derecho vigente “puesto”, incluida su formulación por medio de normas, que “ponen”: las empresas, la sociedad, los tribunales supranacionales, organismos internacionales, los particulares, etc. Hay un reconocimiento de un “desbordamiento de las fuentes del derecho” (Perez Luño) y una crisis de la soberanía jurígena de los Estados con su pretensión de ser incontrolada. Por supuesto que respecto de los principios donde están los derechos humanos corresponde destacar, junto a los mismos Tratados, que ellos se reconocen y no se crean, que implican una vigencia universal y son inalienables; por ello resulta estrictamente innecesaria su consagración positiva.

Los críticos desconfían de las estructuras estatales disciplinadoras al servicio de los dominadores o explotadores, de ahí que el camino es confiar en la fuerza revolucionaria de los grupos que se oponen a ese *statu quo*. La desacralización del derecho y la ampliación de sus fuentes aporta a su cambio. Los derechos humanos se constituyen en una herramienta política de enorme importancia en la medida que conserven una indeterminación facilitadora de hacerles decir lo que conviene. La advertencia de Kennedy puede iluminar el punto: “al derecho se le puede hacer decir lo que uno quiere que diga, si lo sabe decir”.

VI.6. ¿Derecho puro o impuro?: En este punto nos preguntamos si para conocer el

derecho, debemos ir afuera del mismo, o sea a las otras dimensiones de la realidad social; o si, por el contrario, debemos ceñir nuestra mirada de jurista a lo que está contenido en las normas jurídicas.

Claramente el iuspositivismo cultiva ese *juridicismo* y considera que el derecho tiene contornos precisos que dejan por fuera la moral y la política, entre otras realidades. En la peor hipótesis (iuspositivismo incluyente) habrá que asumir la moral, en tanto está autoritativamente dispuesta, aunque no se admitan relaciones necesarias o constitutivas. La teoría “pura” reclama quedarse con la nota de coercitividad como la que basta para reconocer el derecho y todos los conceptos jurídicos, con la advertencia de la irracionalidad que conlleva la moral. Ferrajoli condena por falaz ir afuera del derecho, para luego cuestionarlo o reclamarle algún otro contenido. La figura mitológica del *Rey Midas* cubre esa perspectiva que define el derecho con lo que disponga la autoridad, sin importarle de donde lo sacó o su contenido.

El *no positivismo*, tanto en su versión kantiana o constructivista como en la realista o aristotélica, coincide en que la razón práctica referida en 6.3. es inescindiblemente jurídica, moral y política. Por supuesto que es posible distinguir esas materias, pero no separarlas, por el riesgo de distorsionar los respectivos conocimientos. Los principios y derechos humanos remiten necesariamente a exigencias morales concretas de ese tiempo y espacio, por eso se propone la técnica de la ponderación computando las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas en los casos. La vieja enseñanza que viene del derecho romano: *summum ius, summa iniuria*, confirma que *lo mejor puede ser enemigo de lo bueno* y que la determinación de lo justo concreto tiene que computar el caso y la totalidad de sus circunstancias en el que se pretende conocer o decir el derecho.

En los críticos no existe ninguna posibilidad de *juridicismo*; más bien, el riesgo es el inverso, o sea que el derecho sea absorbido por la economía, la política, el género, etc. Reiteremos esa lectura desconfiada de los críticos sobre las pretensiones del derecho y los juristas en tanto se los asocia a un propósito disciplinador y al servicio de los poderosos bajo los reverenciados nombres de la ciencia o la justicia. Por el camino de la *deconstrucción* (Derrida) o la *genealogía* (Nietzsche) el derecho o los valores se licúan y se reducen a instrumentos meramente útiles, sin significados determinados ni precisos, que pueden usarse con propósitos políticos diferentes.

VI.7. ¿Cabe distinguir la creación y/o aplicación del derecho?: El problema vinculado acerca de esas dos operaciones y la posibilidad de su distinción o asimilación es algo que a cualquier jurista debe interesar por su impacto y consecuencias en el trabajo que le es propio.

Será precisamente el iuspositivismo legalista decimonónico el que apela a diferenciar tajantemente la actividad destinada a crear el derecho respecto de aquella cuyo objeto es aplicarlo. En ese marco, el monopolio para crearlo quedaba en manos del legislador y, luego, el Poder Administrador ejecutaba la ley y el Poder Judicial la aplicaba a los casos. La formación del jurista reproducía ese esquema en tanto el objetivo era que memorizara la ley, porque luego correspondía su repetición en los casos regulados por la misma. El juez nada creaba para el derecho en tanto se reducía en ser la *boca de la ley*. Luego en Kelsen a lo largo de la pirámide hay creación y aplicación, salvo en la cúspide de la Constitución, donde solo hay creación; y, luego en su base, después de la norma judicial individual, solo aplicación.

En el no positivismo jurídico de raigambre aristotélico-tomista todo acto creativo

de derecho suponía algo de creación y algo de adaptación. En definitiva, los procesos racionales prudenciales de conclusión o determinación conllevan una tarea de ajuste de la solución a casos generales o casos particulares. Incluso cabe recordar la preferencia del Aquinate de la ley respecto a la jurisprudencia en tanto la elaboración de aquella dispone de mayor tiempo, una posibilidad de un análisis más extendido de casos y permanece ajena a las emociones que pueden generar las partes de un proceso judicial. Sin embargo, el principio de equidad habilitaba al juez a hacer una excepción a la ley que fracasaba en un caso particular; y ello fundado en la voluntad y racionalidad presunta del legislador, dado que, de haber tomado conocimiento anticipado de ese caso, su razón lo hubiese llevado a consagrar aquella excepción.

El no positivismo kantiano mantiene en general la distinción entre creación y aplicación (Alexy) e incluso hay bastante prevención con reconocer la creación judicial de derecho (Atienza). De todas maneras la presencia de los principios en el derecho con su reclamo a la ponderación y la apertura a la fórmula de Radbruch de la “injusticia extrema no es derecho” importa necesariamente algún poder jurígeno en manos del aplicador. Más aún, ello se torna manifiesto cuando vamos a la jurisprudencia constitucional en donde termina de dilucidarse el derecho vigente y válido. En definitiva, la matriz generadora del derecho, como el diálogo racional y la pretensión de corrección en Alexy, funciona con sus exigencias para toda creación jurídica; e igualmente el límite de la fórmula de Radbruch controla hasta la Constitución.

En las teorías críticas hay plena conciencia de que el momento judicial es un momento crucial y definitivo en la lucha política donde está el derecho. Kennedy mismo ha insistido en ese poder que tiene el juez para hacerle decir al derecho lo que él quiere que diga; y en la experiencia judicial latinoamericana se corrobora que el camino de la jurisprudencia termina siendo uno políticamente más fácil en orden a posibilitar cambios jurídicos muy relevantes, incluso de índole constitucional. Por supuesto que a esos fines importa potenciar la indeterminación del derecho, su desacralización, el recurso a la retórica, la politización de la justicia, etc.

VI.8. ¿Existe el sistema jurídico?: La respuesta que se brinde a esta pregunta tiene significativa importancia para el jurista, dado que las dificultades y el esfuerzo que exija su trabajo dependerá en buena medida del orden anticipado que exista en el material jurídico al que recurrirá.

El iuspositivismo puso siempre un empeño central en lograr un sistema jurídico lo más perfecto posible. El iuspositivismo decimonónico viendo el sistema en los códigos; y en la actualidad Ferrajoli, procurando la eliminación del derecho ilegítimo (antinomias y lagunas). Pero ese propósito alcanza cierta plenitud con Kelsen y su pirámide, ella luce “unidad” (con su momento y punto inicial—la Constitución—, que permite reconocer cuáles son las normas que lo componen en tanto derivan del mismo), “jerarquía” (la cadena de validez o creación de las normas establece la jerarquía que coincidirá con la mayor o menor generalidad), “completitud” (la norma de clausura al contemplar que todo lo que no está prohibido está permitido y garantiza la ausencia de lagunas en el derecho), y “coherencia” (al margen de Kelsen, con su cláusula alternativa tácita, la pretensión típicamente sistémica incluye la presencia de criterios que permiten resolver esos problemas de antinomias y garantizar la coherencia).

El *no positivismo* no participa de la referida obsesión sistémica. Es que la sola admisión de los principios y la exigencia de racionalidad

práctica o axiológica implica renunciar a un sistema “fuerte” del tipo kelseniano. Alexy se aparta de la *Grundnorm* kelseniana y la descalifica por incurrir en “falacia naturalista” a aquellos que admiten la validez jurídica de la Constitución, porque ha sido promulgada por la autoridad y es socialmente eficaz, y a esos fines recurre a Kant cuando fundamenta la competencia del legislador para dictar leyes positivas en una ley natural o en una norma del derecho racional cuya “obligatoriedad puede ser reconocida a priori por la razón, también sin una legislación externa” (32). A la Constitución le sucede una segunda grada de las normas promulgadas conforme a la misma; y luego una tercera grada en la que están las normas que resultan de la aplicación de las anteriores. Alexy ha escrito sobre el sistema jurídico como un modelo procedimental de cuatro niveles (33): 1. el procedimiento del discurso práctico general; 2. el procedimiento de creación estatal del derecho; 3. el procedimiento del discurso jurídico; y 4. el procedimiento del discurso judicial.

El *no positivismo aristotélico-tomista*, aún más claramente que el anterior, rechaza propuestas sistémicas “fuertes”. La convincente obra “Tópica y Jurisprudencia” de Viehweg en la década del ‘50 contra las visiones sistémicas, respaldándose en la tópica ciceroniana y aristotélica, refuerza esa despreocupación e impugna la visión de la verdad sistémica asociada a la filosofía moderna. Por supuesto que no adherir a la pirámide kelseniana no significa renunciar al ordenamiento racional posible del material jurídico, pero alerta sobre la necesidad de no perder de vista nunca el fin que busca y procura el derecho, el que está dilucidado en la matriz de la razón práctica prudencial. El derecho es “*ordinatio rationis*”, y la autoridad al “ponerlo” positivamente lo deriva prudencialmente de la ley natural en aras del buen vivir en la sociedad, exigiendo o prohibiendo aquellas conductas más relevantes a ese fin, pero adecuándose en todo lo posible a las costumbres de la sociedad y quedando abierta la posibilidad de la respuesta judicial equitativa diferente a la prevista en la ley.

Los críticos por supuesto que resultan claramente hostiles a pretensiones sistémicas, dado que ello finalmente obstaculizará el uso político eficaz del derecho. El recurso a la sociología sirve para mostrar la presencia beligerante de supuestos ordenamientos compitiendo por prevalecer en el mismo ámbito de validez personal, temporal y espacial. La realidad de pueblos indígenas, *favelas* o *villas de emergencia* en nuestro continente pone de relieve la ficción que supone hablar de “un” sistema jurídico oficial y esconde la lucha que en ese terreno se da cotidianamente. Quizás conviene insistir en el escepticismo gnoseológico o directamente en la opción por el irracionalismo de autores posmodernos, para entender la hostilidad que asumen respecto de estructuras sistémicas favorecedoras de la rigidez y el ocultamiento.

VI.9. ¿El derecho es fruto de la Razón y/o Voluntad en el derecho?: Si bien entre los juristas predomina una escasa atención a precisiones antropológicas, optar por atribuir la creación y/o aplicación del derecho a una u otra facultad humana no es irrelevante. Recordemos en una cierta clave antropológica que la *razón teórica* tiene por objeto hacernos conocer las cosas como son, mientras que la *razón práctica* se ocupa de dirigir nuestros comportamientos en orden al bien o valores. La *voluntad* es el querer que moviliza al ser humano tras aquello que se le presenta como algo objetivamente beneficioso para el hombre. Esquemáticamente las propuestas filosóficas simplificadas al respecto han sido: i) complementariedad de ambas facultades en Aristóteles; ii) la razón absorbiendo a la voluntad en Kant; iii) la voluntad absorbiendo a la razón en Hobbes; y iv) la disolución del sujeto creado en la modernidad en Foucault.

(32) *Ibidem*, p. 96.

(33) ALEXY, Robert, “Idée et structure d’un système du droit rationnel” en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 33, Sirey, 1988.

El iuspositivismo decimonónico se nutrió de voluntarismo, así con relación a la ley creada por la “voluntad general infalible” pergeñada por Rousseau, y en el *Código Civil* la voluntad contractual generaba una especie de ley para las partes. Es cierto que esa voluntad podía llegar a asimilarse a la “voluntad pura” kantiana, que quería el deber por el deber mismo, la que se remitía al *imperativo categórico* a cuyo tenor nuestras máximas podían convertirse en *ley universal de libertad*. Si bien la creación se conectaba solo con la voluntad, la aplicación del derecho era fruto de la razón teórica o lógica o formal en donde no cabía la injerencia de la voluntad. En el iuspositivismo kelseniano, que dejará atrás el decimonónico, la propuesta será que tanto la creación como la aplicación del derecho se confían a la voluntad del legislador y del juez; y no al conocimiento.

En el *no positivismo kantiano* hay una fuerte rehabilitación de la razón práctica formal o procedimental en tanto se asocia la corrección de todo derecho a la matriz del diálogo racional. Dicha tesis, más allá de algunas precisiones, vale tanto para la legislación como para la jurisprudencia. Es cierto que la matriz kantiana que inspira a esa teoría dificulta la intervención de la voluntad, en tanto termina sometida al esquema diseñado detalladamente por la razón. Es oportuno traer a colación la queja de una representante destacada de esa ética discursiva, Adela Cortina cuando afirma: “Creo que a lo largo de la polémica entre neoaristotélicos y neokantianos se ha ido configurando un concepto excesivamente pobre de ética procedimental, un concepto que puede ampliarse reconstruyéndolo desde las ideas de valor y *télos*, hasta dar lugar incluso a una ética de virtudes o actitudes” (34).

Sin duda que es en la tradición aristotélico-tomista donde mejor se comprueba que el comportamiento humano bueno o justo requiere de la intervención armónica de todas las facultades humanas. Es que la razón se encargará de mostrarle a la voluntad los bienes concretos que están a su disposición, pero ella debe libremente escoger una de esas opciones; y en ese juego importan los hábitos con los que cuentan ambas facultades. En efecto, es evidente que es probable el error moral en nuestra elección si tenemos —por ejemplo— una razón apresurada, soberbia o poco atenta a las circunstancias, o una voluntad poco dispuesta al esfuerzo, muy temerosa o destemplada. Si queremos una buena ley, una buena sentencia o un buen contrato, ello dependerá del referido y apropiado juego complementario de la razón y la voluntad, manteniendo las emociones sin desborde alguno.

Si partimos de las enseñanzas antropológicas hobbesianas que hablan de una voluntad inclinada a someter o eliminar a cualquier otro; o de la necesidad de denunciar, con Foucault, que el saber proyecta la voluntad de dominar; o que la cultura está configurada al servicio del patriarcado según el feminismo radical, es obvio que queda descartado el interés por identificar el objeto de la razón y la voluntad en orden a la creación y aplicación. De lo que se trata es de algo mucho más raigal y auténticamente revolucionario que apunta a una nueva humanidad cuyos contornos y características no son claros, aunque lo que resulta decisivo es un proyecto que renuncie sin tapujos al de la *modernidad*. La *muerte de Dios* proclamada por Nietzsche o Sartre conlleva el señorío de la libertad y la superación del deber y la culpa, y en ese marco no tiene cabida el derecho y sus deberes que nos han enseñado e impuesto coercitivamente.

VI.10. ¿Que son los Derechos humanos o Derechos fundamentales?: Ningún jurista de nuestro tiempo ignora su existencia más allá de su denominación, aunque es probable que escasa atención y estudio le haya prestado a su detallada nómina, fundamentos, alcances y requerimientos en su operatividad. Es claro que poco avanzamos acordando una lista de esos derechos, si no afrontamos los problemas subsiguientes en orden a conocer sus respectivos contenidos y alcances; recordemos la advertencia de Maritain cuando estaban redactando la *Declaración Universal* de 1948 acerca de lo fácil que resultaba establecer la nómina respectiva, pero los debates que se generaban a la hora de discutir contenidos.

Reiteremos que el iuspositivismo auspició un derecho contenido en normas con sus respuestas explícitas. Los derechos humanos y los principios son una fuente de inseguridad jurídica, potencian la judicialización y obstaculiza un saber objetivo y sistémico del derecho; y todos esos efectos perturban al positivismo jurídico, sea el legalista, el kelseniano o el ferrajoliano. Precisamente este último opta por hablar de “derechos fundamentales” y su definición se encomienda a la “teoría del derecho”, que forma parte del “modelo integrado de ciencia jurídica”, aunque finalmente su nómina será la definida en la Constitución, pretendiendo Ferrajoli que ellos se formulen con la estructura típica de las reglas y no por medio de principios. Recordemos que incluso Ferrajoli coherentemente como iuspositivista rechaza la tesis de que “la injusticia extrema no es derecho” y no cabe ir afuera del derecho para juzgarlo en orden a su validez.

El *no positivismo* asigna en el derecho un lugar privilegiado para los derechos humanos. Dworkin los incluye en sus principios como “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad” y reclama que se los “tome en serio”, evitando que objetivos sociales terminen fagocitándolos. Los derechos humanos están operativos en el derecho, aunque no estén positivizados, y nada le agrega el hecho de que ello se logre (Nino). Alexy concluye que si se quiere un derecho legítimo, hay que confiar en la matriz del diálogo racional, pero este exige como presupuesto ético a los derechos humanos; lo que se refuerza con la tesis de que para lograr una Constitución legítima, ella debe positivizar o convertir en “fundamentales” a los derechos humanos. La fórmula de Radbruch, estudiada y defendida por Alexy, puede sintetizarse en la identidad de la injusticia extrema con la violación grave y evidente de los derechos humanos.

En cuanto al *no positivismo aristotélico tomista* corresponde partir reconociendo que la terminología de los “derechos humanos” es desconocida en la antigüedad y en la edad media, pero sin embargo autores de la escuela, como Finnis, admiten que en Aquino encontramos con otro nombre lo que en nuestro tiempo llamamos *derechos humanos*. Incluso para el profesor de Oxford hay una especie de cierta coincidencia cuando se habla de “derechos humanos”, “justicia” o bien común. Otros autores de la misma escuela llegan a reconocer que el nuevo nombre de los derechos naturales son los derechos humanos; es que en definitiva hay cosas que le pertenecen a los miembros de la especie humana debido exclusivamente a tal condición, por ende, el personalismo biológico funda la titularidad de ciertos derechos indisponibles o necesarios.

Por supuesto que a los críticos no les gusta el recurso a “conceptos fosilizados”, que contribuyen al inmovilismo y a ilusiones funcionales al poder dominador. De todas maneras, siendo el derecho un lugar para la lucha política, el recurso retórico de los derechos humanos se constituye en un arma importante a la que cabe recurrir. Más aún, desde la fuerza expansiva, indeterminada y privilegiada de esos derechos, se habilita la alternativa

de hacerle decir al derecho lo que se quiere que diga. En ese marco caben explicaciones historicistas y relativistas para potenciar factores emocionales que alienen compromisos y comportamientos consiguientes. Está presente la prevención de no comprometerse, al hilo de los derechos humanos, en discusiones metafísicas que se instalen en el pernicioso y fracasado proyecto de la *modernidad*.

VI.11. ¿El trabajo del jurista consiste en interpretación y/o argumentación jurídica?: Por supuesto que los juristas sabemos que nuestro trabajo consiste en “decir el derecho” o brindar la respuesta jurídica que nos solicita el cliente, la parte de un proceso o que reclamaremos al juez para que la confirme autoritativamente. En relación con ese trabajo las alternativas de que hoy disponemos en la teoría es llevarlo a cabo por medio de la interpretación o de la argumentación; con esos nombres aludimos al camino que transitamos los juristas cuando prestamos nuestro servicio.

Fue en el iuspositivismo decimonónico cuando se consagra la diferencia tajante entre creación y aplicación, y este último trabajo se encomienda a los juristas, que, una vez que reciben el caso, deben localizar la norma donde aquel está previsto aunque de manera genérica, y proceden a interpretarla, o sea, a desentrañar el sentido previsto en ella. A esos fines, Savigny enseñó cuatro métodos: gramatical (recurrir al lenguaje de la ley), lógico (su objeto es la voluntad del legislador), sistemático (acudir al lugar dentro del sistema donde se ubica la norma a interpretar), e histórico (comparar el viejo derecho con el nuevo); Ihering le sumó el método teleológico (no quedarse con la voluntad del legislador, sino ir a la finalidad de la ley, aunque sin “crear” nada). Lo que sigue es puro silogismo deductivo en donde la premisa mayor es el “sentido” desentrañado; la premisa menor es la fáctica y la conclusión la sentencia. De modo que el trabajo resulta fácil, previsible y nada creativo jurídicamente, todo ello bajo la amenaza de incurrir en el delito de prevaricato. Ferrajoli se aparta de las propuestas argumentativistas por asimilarlas a las iusnaturalistas que confían en algún objetivismo y cognitivismo ético, e identifica la función judicial con “saber-poder” (35), aunque este es algo patológico y deslegitimador, por lo que insiste en el silogismo judicial con premisas verificables.

El *no positivismo kantiano*, particularmente a instancias de Alexy y Atienza, han construido sofisticadas y difundidas teorías argumentativas que intentan guiar el trabajo propio del jurista, que consiste en decirle el derecho al que lo necesita saber o pretende que se le reconozca. A esos fines se enseña que quien aspira decir el derecho —paradigmáticamente el juez— construye un razonamiento en donde corresponde exigirle, por un lado, justificación interna (la que se logra respetando la lógica a la hora de conectar sus premisas o juicios); y, por el otro, la justificación externa (apelando a argumentos o razones con los que se justifique o fundamente cada premisa de ese razonamiento). Destaquemos que la presencia de los principios como “mandatos de optimización”, y pretendiendo “lo mejor posible”, reclaman su ponderación racional práctica o valorativa con relación al caso. En definitiva, los viejos métodos interpretativos se convierten en argumentos, aunque se amplían y diversifican. Se encuentran en las diferentes teorías argumentativas varias nóminas de argumentos; recordemos simplemente la elaborada por Perelman con trece argumentos.

El *no positivismo realista clásico* que nunca había suscripto el logicismo decimonónico, por supuesto que coincide en cuanto a la exigencia de que el razonamiento judicial debe respetar la lógica y que la autoridad debe dar razones que respalden los juicios o premisas a los que apele en su decisión.

Es que los reclamos de argumentación en ejercicio de una racionalidad práctica, también sustancial, remite en la escuela al saber prudencial cuyo objeto es dilucidar e mejorar lo justo concreto. Más aún, recordemos el valor decisivo que tuvo la dialéctica en el nacimiento del mismo derecho en Roma, atento a que los razonamientos jurídicos a los que se apelaba, partían no de premisas apodícticas o necesarias sino plausibles o probables, y era en ese diálogo de los iurisprudentes atentos a la realidad de las cosas implicadas que se definía la iurisprudencia. Asimismo, y en sintonía con Aristóteles, el recurso a argumentos reclama que ellos se invoquen persuasivamente, dado que en la aceptación de la verdad y la justicia importa el uso adecuado de la retórica. Este último aporte de la filosofía clásica no es receptado por los planteos más rigurosamente kantianos que se mantienen anclados en la razón y rechazan apelaciones a emociones.

En cuanto a los planteos críticos respecto del trabajo de los juristas hay que recordar sus conclusiones escépticas en materia del conocimiento y la verdad, y esa disposición humana característica a dominar al otro de la que hablaron Hobbes y Foucault. Por otro lado, en cuanto al derecho, es un espacio de lucha y ejercicio del poder, donde lo decisivo es el triunfo político liberador, por eso, y en orden a ese fin, el trabajo de los juristas debe recurrir a cálculos y estrategias pragmáticas que favorezcan los propósitos a conseguir. A este respecto adquiere relevancia la retórica, en tanto no habiendo verdad lo acordado adquiere una fuerza constitutiva en un terreno análogo. En ese esfuerzo persuasivo el recurso a las emociones tiene mucha importancia, sobre todo si se logran diluir los propósitos semánticos fosilizados. No habiendo verdad, lo que cabe es construirla y convencer acerca de cuál es la misma.

VI.12. ¿Cuál es la relevancia de los casos jurídicos?: La cultura académica predominante de nuestras facultades de Derecho funcional al Estado de Derecho Legal focalizaba la formación en memorizar normas jurídicas, a cargo de profesores que eran científicos; y respecto de los “casos”, con suerte se hablaba de ellos en las materias donde se estudiaba el proceso. En esa matriz decimonónica tampoco se prestaba demasiada atención a la jurisprudencia, atento a que ella reproducía a la ley sin “crear” derecho. Pero hoy la teoría jurídica ha desarrollado una compleja, amplia y detallada atención sobre la premisa fáctica del razonamiento judicial, al punto de que se ofrecen *maestrías* cuyo objeto es solo su estudio. El mundo de la prueba científica, cada vez más decisiva en orden al resultado del juicio, incluye una serie de problemas que escasa atención se le presta en la formación del grado, pero donde la práctica profesional exhibe su relevancia decisiva.

Sin perjuicio de lo adelantado en el párrafo anterior y en 6.10, la visión que se tenía en el iuspositivismo legalista sobre los “casos” a considerar profesionalmente por el jurista era que ellos resultaban “fáciles”, en tanto había una clara norma donde se los subsumiría y cuya solución era prevista. Más aún, autores de la exégesis francesa llegaron a sostener que si aparecía un caso que no estaba contemplado en ninguna ley, debía considerárselo no jurídico, sobre la base de que *el derecho era lo contenido en la ley*. Agreguemos que el tribunal de casación, creado en el marco revolucionario del codificador francés, se apoyaba en la tajante separación entre la *quaestio facti* y *quaestio iuris*, y su tarea se limitaba a controlar esta última con el propósito de unificar la “doctrina legal”. Las pruebas posibles de ser ofrecidas en el proceso eran las previstas en la ley y el juez era un árbitro pasivo que estaba para declarar a una de las partes vencedoras. Enseñanzas como: “el derecho no protege a tontos”, “lo que no está en el expediente no está en el mundo”, “en el proceso no hay mo-

(34) CORTINA, Adela, “La ética discursiva” en Camps, Victoria (ed.), *Historia de la ética*, Crítica, Barcelona, 1989, p. 564.

(35) FERRAJOLI, Luigi, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-positivista y neo-iusnaturalismo” en *Doxa* 34 (2011), Alicante, p. 356.



ral”, “la cosa juzgada constituye una verdad inmodificable”, “el proceso es un instrumento creado para las partes en donde el triunfo corresponde al más habilidoso”, “lo que no es negado expresamente genera presunción de verdad”, etc., reflejan una visión formalista, amoral, iusprivatista y jurídicista del proceso. Ya con Kelsen y su voluntarismo, deriva en un poder para el juez cuya sentencia ya no es el resultado del conocimiento, sino de la voluntad o factores de índole irracional. Reiteremos que Ferrajoli al explicar el trabajo judicial como un “saber” insiste en un silogismo donde se reclama que la premisa jurídica o normativa y la fáctica sean verificables; esta última en virtud de la evidencia que aporta la prueba producida.

El *no positivismo* funcional al Estado de Derecho Constitucional llama la atención sobre los “casos difíciles” y finalmente la creación del derecho en manos de los jueces, advirtiendo la importancia que tiene la premisa fáctica en el razonamiento judicial. Recordemos que, según Alexy, a la hora de ponderar principios deben considerarse las “posibilidades fácticas” a los que remiten los principios en juego. Procesalistas como Michele Taruffo, respaldado por importante doctrina filosófica, introducen en la agenda de los juristas tesis muy importantes, como, por ejemplo: i) “la verdad es condición de la justicia”, de manera que si el juez quiere ser justo, debe interesarse primero por la verdad de los enunciados fácticos; ii) frente a los negadores de la verdad, el profesor italiano afirma con insistencia que es posible conocerla; iii) rechaza la *teoría de la doble verdad* (formal o procesal, frente a la real), y defiende que la verdad es una; iv) la verdad se define con el respaldo de Tarski, con base en la teoría de la correspondencia; v) es ingenuo suponer la tajante distinción entre la premisa jurídica y la premisa fáctica; vi) no es posible una definición del supuesto fáctico normativo que cubra clara y anticipadamente todos los casos individuales subsumibles en el mismo; vii) el juez civil cuenta con capacidad instructiva autónoma en materia probatoria; viii) la finalidad del proceso no es ejecutar la ley ni la paz, sino la justicia; etc.

El *no positivismo de raíz aristotélica-tomista* no tiene reparos en suscribir las tesis taruffianas consignadas, pues muchas se ajustan a enseñanzas del realismo jurídico clásico. Precisamente la prudencia opera como una especie de puente entre la norma jurídica general y el caso concreto, y este es tan importante en orden a ese respectivo ajuste, que tanto Aristóteles como Aquino reconocen que hay más riesgo de errar en el juicio práctico cuando se ignoran las circunstancias del caso que cuando se ignora la norma que lo regula. Es que en el conocimiento de los hechos podemos ir ya captando la respuesta jurídica que corresponde brindarles, de modo que si uno de los que interviene en el accidente de tránsito venía ebrio, su auto circulaba a 200km por hora y no le funcionaban bien los frenos, es casi seguro que él será quien tenga que asumir la mayor responsabilidad. Recordemos que con base en la equidad, el juez puede apartarse de la solución legal para ese caso, dado que de concretarse, se estará generando una injusticia grave y evidente. El proceso de determinación racional implicado en el derecho va de lo general a lo concreto; y es en ese último momento donde se juega el triunfo o fracaso de la justicia, aunque también hay más riesgo de error.

Los críticos no solo critican fuertemente el modelo de juez configurado y pretendido por el iuspositivismo legalista, sino que alienan un activismo judicial amplio y creativo en donde no caben los ocultamientos de los compromisos políticos explícitos. Insistamos con Kennedy en que el juez puede hacer-

le decir al derecho lo que quiere que diga, pero a esos fines debe asumir que su trabajo requiere habilidades que exceden el conocimiento jurídico y se conectan directamente con la política. Subrayar las particularidades y dificultades de los casos es habitualmente un camino muy facilitador para apartarse de la ley, sobre todo por el camino retórico de invocar que se busca que no se afecte algún derecho humano cuyo contenido y alcance se reconoce flexible e indeterminado. Frente a la visión determinista del marxismo clásico que remitía el derecho a la propiedad de los medios de producción, los críticos alienan y valoran —invocando a referentes como Gramsci— el efecto transformador o revolucionario que puede alcanzar la cultura y con ella también el derecho.

VI.13. ¿Cuándo una regla jurídica es válida jurídicamente?: Los juristas sabemos la relevancia que tiene el juicio de validez sobre una norma jurídica, con el mismo queda definida su existencia o extinción del ordenamiento jurídico. En ese ámbito se abren muchas discusiones que tienen significativa importancia, como, por ejemplo: causales de invalidación, efectos de su declaración, órgano con competencia para pronunciarla, normas eventualmente excluidas de ese juicio, etc. Conocer los requisitos a considerar para concluir la validez o invalidez de una norma jurídica resulta una cuestión clave para el jurista.

En el *iuspositivismo legalista* quedaba claro que la ley (donde estaba todo el derecho), una vez promulgada, había sido hecha por la “voluntad infalible” del legislador, de modo que nadie podía controlar su validez; pues *vigencia equivalía a validez*. De la teoría pura ha derivado la definición de *validez* más difundida: una norma lo es en tanto la dictó el órgano competente, conforme al procedimiento establecido y sin contradecir la norma superior (dejamos de lado la polémica “cláusula alternativa tácita”). El *iuspositivismo-crítico ferrajoliano* parte de la caracterización kelseniana, aunque precisa: i) el poder constituyente es un poder formal y, por ende, no corresponde cuestionar el contenido de la *Constitución*, que es por definición siempre válido; ii) el derecho ilegítimo se manifiesta en las antinomias (norma infraconstitucional que contradice la Constitución) o en las lagunas (falta la norma que garantice lo reconocido en la Constitución), el legislador debe resolver esos problemas del sistema jurídico y solo el juez constitucional (no el resto de los jueces) puede abocarse a las antinomias; iii) la validez no se reduce a un análisis meramente formal, como lo había planteado Kelsen, sino que incluye el contenido de la norma; y iv) no cabe ir afuera del derecho para decretar una invalidez de una norma jurídica.

El *no positivismo alexyano* se ha encargado de reconocer que la validez o existencia del derecho depende de tres elementos: i) un elemento sistémico ya planteado por Kelsen, de legalidad conforme con el ordenamiento, que se apoya en las exigencias formales o sustanciales contempladas en las normas vigentes; ii) un elemento sociológico —aquí remite a Alf Ross— que apunta a la eficacia de la norma, en tanto que si nadie la cumple ni ninguna consecuencia suscita su violación, no puede admitirse su validez; y iii) el tercer elemento es el propiamente no positivista en tanto remite a la moral, pues esa validez se introduce con la pretensión de corrección, dado que si no hay inclusión de tal pretensión, el sistema de normas no será jurídico, como ocurre cuando las normas superan el umbral de la injusticia extrema; esa ausencia relevante de corrección moral conlleva la pérdida del carácter jurídico. Ese análisis alexyano coincide con lo que ha llamado también la “doble naturaleza” del derecho: el “ser” y el “deber ser” o “ideal” del derecho. Respecto de la validez de la Constitución ya hablamos de la fundamentación iusracional kantiana a la que apela Alexy, aunque con

la restricción de la fórmula radbruchiana. Las normas que se dictan de acuerdo con la Constitución pierden validez jurídica cuando no poseen un mínimo de eficacia social y/o cuando son extremadamente injustas. Luego sucede la aplicación de las normas; y ahí, de vuelta, juega la pretensión de corrección, el diálogo racional y sus límites.

El *no positivismo realista clásico* asocia de manera más directa la validez de una norma jurídica a su justificación, sin recurrir —como en el caso de Alexy— a construcciones racionales que pretenden ajustar la realidad. En efecto, Sergio Cotta escribe: “Una obediencia consciente a la ley proviene del reconocimiento, no ya de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad; y esta no puede imponerse, 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”. De ese modo, a partir de entender el derecho como “ordenación racional” se requiere constatar que la norma en cuestión cubre diversos requisitos que se ajustan a la racionalidad (36): i) orgánica (supone irracionalidad, cuando se dicta la norma por quien carece de competencia para ello); ii) procedimental (el dictado se ajusta al procedimiento previsto); iii) sistémica (la norma no contradice valores o normas fundantes del sistema); iv) teleológica (el medio debe ser idóneo para el fin procurado); v) lógica-lingüística (violenta la racionalidad sancionar a alguien que no pudo comprender lo prescripto); vi) axiológica (lo manifiestamente disvalioso no es racional); vii) científica (sería irracional la norma que prescribe falsedades demostradas científicamente); viii) sociológica (lo prescripto no violenta las costumbres arraigadas); ix) fáctica (la racional supone que lo prescripto es posible de cumplir); x) intencional (la validez se juega en la intención del que hace la norma y hay un derecho a que la autoridad no genere desconfianza); y xi) prudencial o ponderativa (se requiere medir la magnitud de lo irracional y los perjuicios implicados en la opción por declarar la validez o la invalidez).

Es bastante obvio que los críticos no van a favorecer conceptos que impidan el uso político del derecho y las normas. La metodología auspiciada por Kennedy del “trashing” es funcional a un manejo lo más libre y discrecional posible del derecho por parte de los juristas. Es el juego político o la necesidad de hacerle decir al derecho lo conveniente, el que finalmente determinará la conveniencia de esgrimir este o aquel concepto de validez jurídica. En definitiva, el recurso a impugnar o defender la existencia jurídica de una norma se agota en la retórica y en la conveniencia política de uno u otro resultado.

VI.14. ¿Relevancia y complicaciones del lenguaje jurídico?: el jurista realiza su trabajo comunicando la respuesta jurídica por medio del lenguaje; y a ese respecto aparecen cuestiones que se requiere reconocer y estar prevenido. Así por ejemplo: qué lenguaje debe privilegiar, qué posibilidades comunicativas ciertas tiene el lenguaje; qué puede aportar la semiótica jurídica; etc. Que el jurista conozca los problemas y dificultades del instrumento al que recurre, para proporcionar el resultado de su trabajo, es una exigencia difícil de soslayar.

En el siglo XIX, donde predominó el *iuspositivismo legalista*, prevaleció una visión del lenguaje ingenua o mágica, de manera que no puede sorprender la confianza que se le asignó al método gramatical o lingüístico en aras de confiar en la posibilidad de conocer exactamente lo que decía el legislador. En la enciclopedia jurídica cada ciencia jurídica autónoma construía un lenguaje propio que procuraba certeza y previsibilidad, por lo que se desalentaba el lenguaje corriente. La teoría pura con su voluntarismo extendido no dejó

mucho margen para confiar en dilucidar con precisión lo prescripto por la norma. Ferrajoli rechaza el recurso de los principios no solo por sus implicancias iusnaturalistas, sino también por habilitar el discrecionalismo judicial con base en su escepticismo valorativo, y reclama que los derechos fundamentales se incluyan en el derecho por medio de reglas bien redactadas que posibiliten el recurso a premisas verificadas por parte del juez.

Más allá que en la filosofía clásica, alguna atención se le brindó al lenguaje; por supuesto que esas preocupaciones estuvieron muy lejos del “giro lingüístico” que experimentó claramente la filosofía a mediados del siglo XX. Aun cuando estemos prevenidos respecto de los excesos que acompañan en algunos autores la atención del lenguaje, no caben dudas que los juristas debemos tomar conciencia de que se trata de un instrumento delicado, complicado y que requiere mucha atención. Si la comprensibilidad de la norma jurídica es un requisito de su justificación racional o validez, cabe auspiciar el recurso al lenguaje corriente. Autores de la escuela como Mauricio Beuchot han aportado mucho a una semiótica que no renuncia a la metafísica y que trabajó apropiadamente en los campos de la semántica, la sintáctica y la pragmática. Destaquemos las resonancias que vienen de siglos atrás entre *nominalistas* y *universalistas*, precisamente estos últimos reivindicando la posibilidad metafísica de la razón humana de abstraer de las cosas sus esencias y que el lenguaje las exprese, al margen de la convencionalidad que acompaña la elección de los términos respectivos.

El *no positivismo kantiano* de Alexy se vale de la teoría pragmática trascendental de Habermas y la pragmática universal de Apel; y entre las exigencias incluidas en el diálogo racional está la claridad conceptual lingüística. Asimismo la filosofía jurídica alexyana asume explícitamente un triple carácter: normativa, crítica y analítica; y esta última mención conlleva precisión en los conceptos empleados. La dimensión pragmática señalada remite a las cosas que hacemos con palabras y, en ese campo, Alexy denuncia *contradicción normativa* cuando se pretende explícitamente derecho, pero se violenta lo que implícitamente suponemos al afirmarlo, y los ejemplos que incluye el profesor alemán son: “Una Constitución que en su artículo primero declara que se constituye la República X que se propone violar los derechos humanos”, “Un juez que declara que se ha demostrado la inocencia del imputado, y que por eso lo declara culpable”. Esa pretensión de verdad o corrección vinculada necesariamente a las aserciones implica una pretensión de fundamentalidad, de manera que “quien presenta algo como aseveración y al mismo tiempo dice que no existe ninguna razón para lo que asevera, quizás ni siquiera formula una auténtica aseveración o, en todo caso, su aseveración es defectuosa”.

En los críticos, sin perjuicio de su escepticismo gnoseológico y reclamar un lenguaje líquido, puede ser funcional apelar al *deconstructivismo* que habilita a muchas lecturas del mismo texto desnudando falacias, metáforas, ambigüedades o contradicciones. Ese camino conlleva a la centralidad del “texto” en donde caben diferentes lecturas orientadas a descubrir lo oculto en tantas apariencias, pero siempre abierto a nuevas e innovadoras interpretaciones. Las oposiciones conceptuales de Derrida y la tensión entre el *significante* y el *significado* de Saussure encuentran —sin perjuicio de otros autores inspiradores, que van de Nietzsche a Heidegger o Foucault— enorme aprovechamiento en el campo del derecho, y por medio del mismo se afirma la necesidad de dejar atrás a la modernidad con todas sus pretensiones teóricas y prácticas, funcionales a la conservación del poder de los explotadores.

VI.15. ¿Qué es la jurisprudencia y cuál su relevancia?: El triunfo de la Revolución

(36) Cfr. mi artículo “Una teoría de la validez jurídica” en *Doxa* 39 (2016), ps. 99-125.

Francesa significó un modelo de Estado para Europa continental donde el monopolio jurídico habrá de tenerlo el Poder Legislativo, sumado a una enorme desconfianza respecto de los jueces a los que les pretendió negar toda capacidad creadora para el derecho. El listado de las fuentes del derecho que consagra el *Code* y se enseñará en las facultades de Derecho no incluye a la jurisprudencia. Mucha de esa inercia sigue presente en nuestros juristas académicos, pero seguramente los que están en la práctica profesional advierten todo el derecho que crean los jueces. Lamentablemente hay una escasa atención doctrinaria al precedente y también una zigzagueante respuesta institucional al respecto.

Reiteremos del *iuspositivismo legalista* la sinonimia entre *derecho* y *ley*, como que el trabajo del juez consistía en repetir la ley para el caso, sin crear nada para el derecho, bajo la amenaza del delito de prevaricato. Desde esa matriz resultaba lógico no estudiar jurisprudencia, dado que ella coincidía con la ley. Kelsen no obstante que niega la existencia del *poder judicial*, en tanto forma parte del *poder administrador*, admite que los jueces crean una norma individual que se ubica en la base de su pirámide, y que la diferencia entre la creación legislativa y aquella en manos de los jueces solo era cuantitativa pero no cualitativa. Ferrajoli tampoco adhiere a una tesis de un *poder judicial* con competencia para crear derecho, más bien la función que legitima a los jueces es el “saber” pero el “poder”, que los deslegitima, de modo que Guastini (37) termina reconociendo que el juez ferrajoliano se parece demasiado al de Montesquieu. Los jueces constitucionales en Ferrajoli cuentan con poder para resolver las antinomias, lo que no incluye el superar las lagunas del sistema; para ello están los legisladores. Como vemos, el *iuspositivismo tradicional* siempre se mantuvo lejos de favorecer la jurisprudencia; y es obvio que reconocer dicha creación impacta desfavorablemente en la formación del sistema y en la seguridad jurídica, además de favorecer la irracionalidad axiológica en el derecho.

Por el contrario, en los *no positivismo*s la función judicial es una pieza clave en orden a lograr finalmente el mejor derecho. Recordemos que la *teoría de la argumentación* alexyana incluye en el trabajo judicial la ponderación de principios a tenor de sus posibilidades fácticas y jurídicas; y obviamente ello supone la creación de precedentes que se incorporan al derecho vigente y válido. Precisamente Alexy, a modo de ejemplo, destaca que para conocer el contenido y derivaciones jurídicas del principio sobre la inviolabilidad de la dignidad humana consagrada en el art. 1º de la Ley fundamental de Bonn, corresponde consultar la variada y amplia jurisprudencia que sobre el punto ha dictado la Corte Constitucional alemana. Siguiendo con el profesor alemán, recordemos su polémica tesis de que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico o moral, aunque limitado por la ciencia, la ley y la jurisprudencia. En ese marco, dentro de las reglas de la argumentación jurídica elaboradas por Alexy, hay al menos dos específicas vinculadas por el uso de precedentes: i) cuando se pudiera citar un precedente a favor o en contra de una decisión, se debe hacer; y ii) quien quisiera apartarse de un precedente asume una carga de argumentación.

También en el *no positivismo* clásico se considera fundamental la función judicial, en orden sobre todo a excepcionar equitativamente la aplicación de una ley en un caso,

atento a que se generaría una respuesta absurda, irracional o injusta. Ello no niega el papel principal que tiene la ley por sobre los jueces aportando una solución racional general para algún caso, atento —reiteremos— a que los legisladores disponen de más tiempo en orden a encontrar la mejor solución, visualizan muchos casos semejantes y no están sujetos a los factores emocionales que movilizan las partes en los jueces. Insistamos que el derecho, en cuanto obra racional reguladora de la práctica social para la mejor obtención y conservación de la buena vida en común, supone un proceso de determinación espacio-temporal creciente; y así, a los fines del mejor derecho vigente y válido, se necesita la tarea iurisprudencial final en manos del juez. Más aún, por sobre definiciones institucionales corresponde exigir el respeto del *autoprecedente*, atento a que la razón reclama que a lo igual se le brinde la misma respuesta jurídica; y en dicha exigencia aparecen otras razones que igualmente avalan el seguimiento del precedente.

Las teorías críticas no dudan en reconocerle a los jueces un papel muy destacado en la lucha política y de clases que se da en el ámbito del derecho. Es obvio que controlar un tribunal es una tarea mucho más sencilla y posible que ganar elecciones para dirigir el Ejecutivo o tener mayorías en el Legislativo; y, a esos fines, el eficaz papel de la cultura, los medios de comunicación social y el mundo académico. El llamado “alternativismo” ha sido un movimiento muy importante en varios *poderes judiciales* iberoamericanos, incluso generando asociaciones de jueces que asumen explícitamente opciones políticas y partidarias concretas. Según ese marco teórico, los jueces pueden y deben confesar sus inclinaciones políticas; y en esa sintonía pueden ejercer sus competencias jurisdiccionales. Lo referido a los *tribunales constitucionales*, en especial, con las discusiones y mecanismos para escoger sus integrantes, como sus sentencias en temas de la agenda social y política, hacen visible —según los críticos— el perfil nada aséptico ni neutral de los jueces. Desde esa matriz no hay ninguna restricción para que los jueces asuman públicamente un compromiso político partidario y utilicen recursos propios de ese ámbito.

VI.16. ¿Ética profesional?: en las facultades de Derecho inspiradas en el modelo decimonónico europeo continental se asume un fuerte y explícito *juridicismo* que implica marginar en los planes de estudio la temática moral o ética. Se trata de un silencio difícil de justificar, en tanto es posible que los futuros abogados en el ejercicio de la matrícula o los que lleguen a desempeñarse en tribunales lleguen a recibir sanciones muy graves —como el cese de la habilitación para el ejercicio profesional o la destitución como juez— por violaciones a la ética profesional abogadil o judicial. Pues no solo existen *códigos de ética* en esos terrenos, sino la inclusión de dicha problemática en el art. 36 de la Constitución argentina, reformada en 1994, que respaldó la sanción de la Ley de Ética Pública, como la adhesión de nuestro país a convenciones internacionales propias de esa materia, que suponen problemáticas que hoy están en la agenda del jurista, aunque la gran mayoría de las facultades de Derecho lo ignoren.

El *iuspositivismo legalista* con su tesis de la sinonimia entre *derecho* y *ley* no tuvo inconvenientes teóricos para prescindir totalmente en la formación de los juristas de la ética o la moral, pues nada tenía que ver el derecho con esas dimensiones de la vida social. Más aún,

la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 se encargó de clarificar que la única restricción de la libertad era la establecida por la ley, por ende, los deberes morales —individuales o sociales— quedaban librados a la voluntad de cada uno y nada correspondía que disponga el derecho al respecto. Esa confianza en la ley suponía que ella bastaba para que la sociedad cuente con los jueces que se esperan, ya que si ellos se apartaban del deber jurídico de ser “boca de la ley”, cometían el delito de prevaricato y dejarían de cumplir ese servicio. Para atender las faltas que cometía el juez, estaban los tribunales competentes para aplicar las consecuencias jurídicas correspondientes. El dogma de la “voluntad infalible” del legislador respaldaba ese modelo. La posición de Ferrajoli, en tanto *iuspositivista*, es algo paradójica, porque, no obstante su escepticismo ético, su rechazo de la razón en el campo axiológico y su pesimismo antropológico, se atreve a respaldar una “deontología judicial” (38) en donde explícitamente se indican exigencias supuestamente indisponibles para los jueces.

Ya señalamos que el *no positivismo* defiende que el derecho está inescindiblemente conectado con la moral: y recordemos que el mismo Alexy destaca al menos tres conexiones: i) la moral racional como límite a la validez o existencia del derecho (la injusticia extrema no es derecho); ii) los principios con su contenido moral y forma jurídica forman parte del derecho vigente y válido, reclamando que se escoja la mejor respuesta de las disponibles en el derecho; y iii) la moral racional del destinatario de la norma puede justificar el derecho de objeción de conciencia para no cumplirla. Asimismo recordemos del profesor alemán que el diálogo racional, donde se gestará el mejor derecho, requiere que los que allí intervienen asuman el principio de sinceridad que exige que lo afirmado por ellos, desde su convencimiento, deba ser correcto o verdadero. Dicho esto último de manera contundente: no hay diálogo racional con los mentirosos, pues lo que se busca por ese camino es encontrar la respuesta correcta, y afirmar algo con la conciencia de que es falso es violentar la finalidad de esa matriz. De ese modo, el juez debe procurar que el proceso jurídico respete de la mejor manera las exigencias de aquel diálogo. Al margen de esas consideraciones genéricas sobre la moral en clave kantiana, hay autores en la misma sintonía, como Atienza, que son mucho más contundentes en la defensa de una ética profesional objetiva y cognitiva; y desde esa lógica promueve el catedrático de Alicante “las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griega) que reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial” (39).

En la antropología clásica se sostiene la unidad del ser humano, de manera que se habla de un cierto circuito virtuoso entre las distintas facultades humanas, y la razón práctica en donde inhiere la prudencia requiere de la voluntad recta animada por la justicia, también del funcionamiento medido y potenciador de los apetitos sensibles. La mejor respuesta jurídica es el resultado del saber jurídico concreto o prudencial, y se supone especialmente una voluntad que quiere dar lo justo a las partes. La teoría llamada de “jurisprudencia de virtudes” (Solum, Solomon, etc.) concluye que si se pretende un buen derecho, hay que confiarlo a personas virtuosas, sin que importe demasiado lo que han estudiado al respecto. Es obvio que resulta una absoluta ingenuidad suponer que la imparcialidad judicial está garantizada con las causales de recusación y excusación, pues lo concluyente es tener presente que la idoneidad científica de un candidato a juez no es incompatible con su condición de corrupto o falto de ética en general. Ello habla de la necesidad de computar en la designación de los jueces la idoneidad ética, además de otras idoneidades como el conocimiento del derecho.

La opinión de los críticos en torno a la cuestión de la ética profesional fácil resultará derivarla de todo lo dicho sobre esa teoría en los puntos anteriores. El juez es un operador “privilegiado” en la lucha política que se despliega en el derecho y los que lo operan; y es de esa conciencia política desde donde se ejerce el trabajo profesional. Por supuesto que se rechaza la reclamada asepsia del jurista y se defiende el compromiso político explícito, que incluye el trabajo asociativo entre jueces como una herramienta importante en la disputa por el poder. Seguramente se denuncia un *Código de Ética Judicial* como una maniobra destinada a controlar y disciplinar al colectivo, evitando de ese modo comportamientos incompatibles con el sistema de poder instalado. En coherencia con posturas escépticas en materia axiológica o ética no caben los cuestionamientos correspondientes, aunque implícita y paradójicamente se termine proponiendo un “buen” juez definido desde la lucha política.

VII. Conclusión

Al margen de redundancias, reiteremos que el propósito central de este artículo es mostrar diversos temas que hoy forman parte de la tarea propia del jurista en tiempos del EDC, pero que, a los fines de su comprensión, ellos requerirán ir a un saber que no es el científico jurídico, sino un saber que lo excede en tanto incluye preguntas vinculadas con el origen del derecho, los caminos para su conocimiento, las estructuras por medio de las cuales se da a conocer a sus destinatarios y —fundamentalmente— la necesidad de criticarlo y orientarlo, para que sea racionalmente el mejor derecho posible. Este saber lo reconocemos con el nombre de *filosofía jurídica* o algún otro nombre equivalente avalado convencionalmente.

El reconocimiento de esa necesidad cognoscitiva para los juristas importa un reclamo dirigido a las facultades donde ellos se forman para que se concreten los cambios en las currículas respectivas. Pero al mismo tiempo supone que los filósofos jurídicos no propongan opciones simplemente deducidas de algún sistema filosófico escogido apriorísticamente, por ende, una disciplina alejada del derecho real. Los juristas requieren de un saber iusfilosófico que les aporte un mejor conocimiento del derecho y que redunde en un mejor servicio profesional.

En una palabra, se reclama una filosofía jurídica construida que tenga como objeto al derecho real y que promueva una cierta orientación valiosa discernida racional y argumentativamente. Al mismo tiempo se torna necesaria una mayor apertura e inquietud cognoscitiva de los científicos jurídicos que los disponga a aceptar reformas profundas en los planes de estudios. El costo de seguir dando la espalda a esos reclamos es formar juristas que encuentren serias dificultades para comprender y operar el derecho característico del EDC.

Por el lado de nuestra disciplina, es alentador ver una creciente preocupación por superar el aislamiento respecto de las otras disciplinas jurídicas (40) y por prestar atención iusfilosófica al derecho básicamente jurisprudencial y a sus problemas concretos. Acordamos con Atienza en que “una buena formación iusfilosófica ayuda sobremanera a aprender el Derecho, los contenidos jurídicos de una determinada rama jurídica. La teoría del derecho ofrece algo así como una red que permite apresar ordenadamente el material jurídico... lo verdaderamente crucial, será el manejo de esos materiales para resolver problemas jurídicos. O sea, el tipo de conocimiento que es, precisamente, el que provee la Filosofía del Derecho” (41).

(37) GUASTINI, Ricardo, “I fondamenti teorici e filosofici del garantismo” en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 53.

(38) FERRAJOLI, Luigi, “Deontología jurídica”, en *Derechos fundamentales, Democracia y Garantismo*, Universidad Libre, Bogotá, 2016.

(39) ATIENZA, Manuel, “Ética judicial” en “Cuestiones ju-

diciales”, Fontamara, México, 2001, p. 153.

(40) Un ejemplo reciente puede ser “Filosofía, una introducción para juristas”, edición de G. Larriguat y D. González Lagier, Madrid, 2022.

(41) ATIENZA, M., “Una visión iusfilosófica del derecho” en “Filosofía, una introducción para juristas”, ob. cit., ps. 260 y 261.