

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Doctrina

Una respuesta jurídica dada y correcta para cada caso (*)



Rodolfo L. Vigo

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

SUMARIO: I. Iuspositivismo legalista. — II. Hans Kelsen. — III. Herbert Hart. — IV. Ronald Dworkin. — V. Robert Alexy. — VI. Duncan Kennedy. — VII. Luigi Ferrajoli. — VIII. Teoría jurídica aretaica o jurisprudencia de virtudes (aretaica por *aretaic*, en inglés, y *areté*, virtud). — IX. Michel Villey. — X. John Finnis. — XI. Balance conclusivo. — XII. Conclusiones personales.

La pregunta sobre si cada caso jurídico tiene una respuesta correcta remite en las últimas décadas a

Ronald Dworkin, y este la incorpora al campo de la *teoría del derecho* a partir de la distinción hartiana

entre casos difíciles y casos fáciles, en tanto postula que aún los difíciles cuentan con una respuesta correcta (*one right answer*) (1). Más allá del marco en el que habitualmente se estudia aquella cuestión, nos gustaría subrayar inicialmente algunos interrogantes implícitos que muchas veces quedan ocultos o silenciados. En tal sentido, (i) la distinción entre caso fácil y caso difícil no es algo sencillo de concretar,

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 28 de noviembre de 2024.

(1) Respecto al debate Hart-Dworkin remitimos a "Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence" Marshall Cohen (edit.), Rowman & Allanheld, New Jersey, 1982; y "La decisión judicial (El debate Hart-Dworkin)", Estudio preliminar César Rodríguez, Universidad de

Continúa en p. 2

Crítica a la voluntad procreacional como fuente de filiación



Eduardo A. Sambrizzi

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

SUMARIO: I. La voluntad procreacional como fuente de filiación. — II. La implementación del consentimiento para ser padre o también madre por parte de la persona no gestante. — III. Nuestra discrepancia con la voluntad procreacional como fuente de filiación. — IV. Conclusión.

I. La voluntad procreacional como fuente de filiación (*)

Además de la filiación por naturaleza y por adopción, la voluntad procreacional también constituye en el Código Civil y Comercial una fuente de filiación (art. 558, 1er párr.), habiéndose dispuesto al respecto en el art. 575 que *en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filia-*

ción se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial; y se agrega que cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena (1). A su vez, el art. 562 del Código establece que los nacidos por las

técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos (2). Por lo que ese consentimiento es en materia de procreación asistida atributivo de filiación

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 12 de septiembre de 2024.

(1) La norma no hace más que traducir lo que resulta de los Fundamentos del Anteproyecto del año 2012, donde se afirma lo si-

guiente: "La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajenos a ellos".

(2) Según afirma Ignacio González Magaña, el método establecido en el Código para la filiación en los supuestos de procreación asistida, ha tenido como fuente la ley 32/2006 de Portugal sobre Procreación médicamente asistida (*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirig. por RIVERA, Julio C., y coord. por MEDINA, Graciela y ESPER, Mariano, Bs. As., 2015, t. II, p. 351, n° 1.2.4.).

Continúa en p. 19

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

Rodolfo L. Vigo

Viene de p. 1

aunque podríamos acordar que el caso es fácil cuando juristas razonables y capacitados (2) no enfrentan demasiados problemas para identificar la respuesta jurídica correcta que corresponde brindar al mismo según el derecho vigente y válido. Por supuesto que en esa caracterización cabe advertir (ii) que tiene relevancia y significativas proyecciones en el objeto central a estudiar en este trabajo, la teoría del derecho que se suscriba (iuspositivista, no positivista, crítica, etc.). Otro interrogante (iii) que corresponde revelar es si el esfuerzo que hace el jurista en orden a la respuesta jurídica que propondrá o brindará es un esfuerzo creativo o simplemente identificatorio de la misma. Íntimamente conectado con este último punto aparece el tema (iv) respecto en cual “fuente del derecho” se encuentra aquella respuesta y que valores se priorizan. También aquí aparece la cuestión (v) en torno a si ese trabajo del jurista se circunscribe al campo estrictamente jurídico normativo o si corresponde asumirlo abriéndose a las demás dimensiones de la realidad social. Igualmente está incluida la pregunta (vi) respecto a qué facultad humana (razón, voluntad o emociones) recurre el jurista para reconocer la respuesta jurídica que escogerá. Por fin (vii), importa cuál será el método o las disciplinas a las que conviene acudir aquel que pronuncia o dice el derecho. Es importante reconocer las respuestas, al menos, a los siete interrogantes consignados en orden a perfilar con mayor nitidez la propuesta teórica que se estudie. Obviamente que el desagregado señalado no pretende ser exhaustivo, sino meramente indicativo de algunos problemas o interrogantes que están implícitos en el interrogante central del presente trabajo.

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

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

I. Iuspositivismo legalista

La Revolución francesa y el proceso de codificación que se inaugura en 1804 con el Código Civil supondrá el inicio de un nuevo modelo de Estado y de Derecho en Europa continental, el que vendrá a sustituir el Estado de Derecho premoderno. En términos jurídicos el derecho queda asimilado al contenido de la ley, de modo que el derecho existente con anterioridad a la misma queda oficialmente derogado o sustituido por el que corresponde al surgido a instancias del legislador en el prometedor período histórico *de las luces* y la ciencia. La sinonimia entre derecho y ley implica que ya no se admitirá ninguna fuente que la contradiga, con el aval de la confianza en el dogma rousseauiano de la *voluntad general* infalible canalizada por el Poder Legislativo. El profesor Proudhon, en sintonía con ese clima de euforia por el Código de Napoleón, aconsejaba desprenderse de prejuicios antiguos, como el recurrir al derecho romano o cualquier otro anterior, a la hora de interpretarlo (3). La soberanía entendida como la definió Jean Bodin rechaza cualquier pretensión de control o intromisión sobre el monopolio jurígeno del Estado, el que lo habilita a disponer sin restricciones el derecho para sus ciudadanos.

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

Las Facultades de Derecho serán las encargadas de proveer el aparato conceptual que les posibilitará a los juristas comprender y operar el derecho característico del EDL. En particular, la escuela de la exégesis francesa configurará la matriz en donde se gestarán a los nuevos profesionales del derecho guiados por profesores que, como Bugnet, confesaban que —en su caso— no enseñaban derecho civil, sino Código de Napoleón. Desde esta misma lógica se le atribuye a Napoleón que al enterarse de que había salido un comentario a su Código exclamó: “Mi código está perdido”, en tanto los riesgos que ello suponía de no limitarse a “repetir” la ley. Desde esa pretensión el Decano de Estrasburgo, el profesor Aubry, en 1857 advertía: “Los profesores, encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, medida, pero firmemente, contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña” (4). El llamado *Príncipe de la Exégesis*, Demolombe, definía: “Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, recono-



LA LEY A.I.
(Análisis Inteligente)
by TR + Microsoft Copilot

¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. Se examina la cuestión de si cada caso jurídico tiene una respuesta correcta, explorando diversas teorías del derecho a través de varios autores. También la discusión sobre la distinción entre casos *fáciles* y *difíciles*, enfatizando que incluso los casos difíciles pueden tener una respuesta correcta según la teoría de Ronald Dworkin.

2. La discusión se centra en el *iuspositivismo legalista*, que se establece a partir de la Revolución Francesa y el Código Civil de 1804. Este enfoque asimila el derecho con la *ley*, excluyendo cualquier fuente que la contradiga.

3. La interpretación de la ley se convierte en un proceso mecánico donde los jueces son vistos como sus meros repetidores, evitando cualquier creatividad legal. La *seguridad jurídica* se convierte en el valor primordial, ya que se busca claridad en las conductas permitidas o prohibidas por la ley.

4. No hay una respuesta única y correcta para cada caso jurídico, sino que la realidad es más compleja y depende de múltiples factores, incluyendo la ética del jurista y el contexto social.

5. Se aboga por un enfoque que integre las diversas teorías discutidas, reconociendo la importancia de la razón práctica y las virtudes en el ejercicio del derecho.

¿Dónde encontrar más información en línea sobre el tema?

[Adelanto de “La ley es ley” o en búsqueda del positivismo perdido](#)

Artículo de Infobae sobre la última obra del doctor en Derecho Andrés Rosler, en la que profundiza sobre las claves del razonamiento jurídico.

[Lo difícil de los casos difíciles](#)

Artículo de Guillermo G. Peñalva (Univ. Nacional de La Plata) sobre casos que un juez puede resolver fácilmente y aquellos que presentan obstáculos.

ban que —en su caso— no enseñaban derecho civil, sino Código de Napoleón. Desde esta misma lógica se le atribuye a Napoleón que al enterarse de que había salido un comentario a su Código exclamó: “Mi código está perdido”, en tanto los riesgos que ello suponía de no limitarse a “repetir” la ley. Desde esa pretensión el Decano de Estrasburgo, el profesor Aubry, en 1857 advertía: “Los profesores, encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, medida, pero firmemente, contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña” (4). El llamado *Príncipe de la Exégesis*, Demolombe, definía: “Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, recono-

los Andes, Bogotá, 1997.

(2) La fórmula a la que recurre Hart para hablar de *hard cases* es que ellos son “*controversial in the sense that reasonable and informed lawyers may disagree about which answer is legally correct*”, tPost-

cript, p. 252.

(3) BONNECASE, J. “La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil”, Ed. Cajica, Puebla (México), 1944, p. 142.

(4) *Ibidem*, p. 146.

cer” (5); y Mourlon prescribe a los jueces: “*Dura lex, sed lex*; un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella. Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley” (6). En definitiva, la tarea judicial que se pretendía era de enorme facilidad, estructurada a través de un silogismo de premisas verificables que permitían una conclusión necesaria, pero, al mismo tiempo, de escasa o nula relevancia fuera del proceso, en tanto consistía en la reiteración de la ley sin ningún aporte para el derecho vigente. Los casos que se ponían en manos del jurista eran casos fáciles, dado que eran instancias individuales de los casos genéricos previstos en las normas legales generales. El juicio de validez jurídica quedaba absorbido por el de vigencia o promulgación de la ley. El valor exclusivo y excluyente procurado por el derecho es la seguridad jurídica, en tanto era posible saber anticipada y claramente qué conductas estaban prohibidas, permitidas o exigidas por la ley, y las consecuencias que traerían aparejadas la violación de la misma.

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

II. Hans Kelsen

Recordemos algunas de sus tesis centrales: i) no hay más derecho que el puesto y reconocido como tal, de modo que cualquier contenido puede ser derecho; ii) el derecho esta puesto en distintas normas (no solo en la ley) que se van creando a instancias de otras normas superiores, desde la Constitución a las sentencias judiciales y resoluciones administrativas; iii) en el derecho solo hay normas, no hay principios ni derechos humanos; iv) escepticismo ético o axiológico: “la justicia es un ideal irracional”; v) las normas configuran un sistema “fuerte” que tiene unidad, completitud y jerarquía; vi) toda norma jurídica implica aplicación de la norma superior (salvo la *constitución*) y creación; vii) la existencia o validez de la *constitución* está posibilitada por un supuesto gnoseológico o una ficción que es la norma fundamental hipotética; viii) la teoría pura se propone elevar la ciencia jurídica al *status* de una verdadera ciencia objetiva y exacta cuyo objeto será describir (no valorar) el derecho puesto en las normas; ix) la juridicidad de una norma consiste en la coerción que ella contempla como consecuencia hipotética al supuesto fáctico genérico; y x) la teoría

jurídica focaliza su mirada en las normas sin recurrir a lo externo a las mismas.

Para el profesor vienés el derecho es una técnica social para dirigir conductas por medio de normas coercitivas o, dicho de otra manera, es un orden que se establece mediante normas positivas para promover la paz. “El elemento de ‘coerción’ esencial al derecho consiste, entonces, no en la llamada compulsión psíquica, sino en el hecho de que actos específicos de coerción, considerados como sanciones, son establecidos, para casos también específicos, por las reglas que forman el orden jurídico” (7); y “Una norma aislada solo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de esa validez” (8).

El capítulo VIII de la “Teoría Pura del Derecho” está dedicado al tema de la interpretación “efectuado por el órgano de aplicación del derecho” (9), y al respecto, Kelsen insiste que “el derecho por aplicar constituye solo un marco dentro del cual están dadas varias posibilidades de aplicación... Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales —en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse— tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación del derecho” (10).

Acerca de la naturaleza del acto interpretativo Kelsen plantea explícitamente el interrogante de si es un “acto de conocimiento o de voluntad”, y advierte que confiar que la interpretación sea alguna especie de conocimiento del derecho ya existente “es un autoengaño lleno de contradicciones” y una “ficción” que sirve “para mantener el ideal de la seguridad jurídica” (11), dado que en definitiva se trata de “un problema político” ajeno al conocimiento y adscripto a la voluntad, o sea, “librado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas, como la moral, la justicia, etc.; pero de ese modo esas normas se transformarían en normas jurídicas positivas”. A la hora de cotejar la creación jurídica del legislador respecto a la creación jurídica del juez, Kelsen destaca: “La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta. Así como no se puede obtener, partiendo de la *constitución*, mediante interpretación, la única ley correcta, tampoco puede lograrse, a partir de la ley, por interpretación la única sentencia correcta. Por cierto, que se da una diferencia entre esos dos casos, pero la diferencia es de cantidad, no de calidad... la limitación impuesta al legislador en lo tocante a los contenidos de la ley es mucho menor que la limitación impuesta al juez; el legislador es relativamente mucho más libre en el acto de creación de derecho que el juez; pero este también es creador de dere-

cho y también es relativamente libre con respecto de esta función” (12).

Lo transcripto brinda la idea de una cierta coherencia dentro del orden jurídico, en tanto la nueva norma es creada sin contradecir la norma superior que posibilita su creación. Sin embargo, leemos en la obra principal de Kelsen que al crear derecho el órgano que aplica una norma “no solo puede llevarse a efecto una de las posibilidades mostradas en la interpretación cognoscitiva de la norma aplicable, sino que también puede producirse una norma que se encuentre enteramente fuera del marco que configura la norma aplicable” (13). En definitiva, el autor vienés, para explicar la existencia de normas jurídicas que contradicen a normas superiores, incluyó en su teoría la tesis de la “cláusula alternativa tácita”, que abre la posibilidad de que la norma inferior se cree violentando los márgenes que le prescribe la norma superior y, sin embargo, pueda seguir sosteniéndose que aquella sea válida o existente (14).

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

III. Herbert Hart

El derecho para el destacado iuspositivista analítico es un sistema de reglas, aunque, a diferencia de Kelsen, diversifica las diferentes clases de estas, de modo que el derecho resulta “de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación” (15). El objeto de las primarias son “las acciones que los individuos deben o no hacer”, mientras que las reglas jurídicas secundarias refieren a las primarias en orden a proporcionar “certeza” acerca de la existencia de estas (regla de reconocimiento), a posibilitar los cambios de las reglas (reglas de cambio) y a las adjudicaciones que corresponde adoptar por las transgresiones de las reglas primarias (reglas de adjudicación). Las reglas jurídicas en Hart no remiten a la “norma fundamental hipotética” como en la teoría pura del derecho, sino a la regla de reconocimiento (*rule of recognition*) que consiste en “una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencias a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho” (16). Esa regla se constituye en un remedio a los problemas suscitados por las primarias en cuanto —reiteremos— a saber, cuáles son las reglas que están vigentes, a posibilitar los cambios en las mismas y a determinar las consecuencias que suscita su violación.

(5) *Ibidem*, p. 150.

(6) *Ibidem*, p. 160.

(7) KELSEN, H. “Teoría general del Derecho y del Estado”, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 34.

(8) KELSEN, H., “Teoría pura del derecho”, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 45.

(9) *Ibidem*, p. 350.

(10) *Ibidem*, p. 352.

(11) *Ibidem*, p. 356.

(12) *Ibidem*, p. 353.

(13) *Ibidem*, p. 355.

(14) Cfr. el artículo de SCHIMILD, Ulises, “Contestación a la réplica de Juan Ruiz Manero”, en *Doxa*, n°33 (2010) quien es un seguidor y conocedor profundo de Kelsen, donde luego de reconocer

que la tesis de la cláusula alternativa tácita es “un golpe mortal” a la teoría pura, intenta brindar una interpretación conciliadora con los presupuestos centrales de la misma.

(15) HART, H. L. A., “El concepto del derecho”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 121.

(16) HART, H. L. A., *ibidem*, p. 137.

La presencia de las reglas jurídicas “exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos”, y aquí —advierte Hart— “la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa” (17). En esa tarea de concreción de las reglas jurídicas el jurista se enfrentará a casos fáciles y casos difíciles; respecto de aquellos no hay demasiado inconvenientes para resolver los mismos a tenor de lo previsto normativamente, pero los inconvenientes se generan con los difíciles, en virtud de la textura abierta del lenguaje de las reglas, que permiten finalmente la creación judicial del derecho con contenido deóntico potencialmente contradictorio. Frente a ese problema de los casos en donde estrictamente no tienen una respuesta jurídica, el juez queda habilitado para poner el derecho ausente con el contenido que considere procedente; y la alternativa que ofrece Hart a los riesgos que conlleva la discrecionalidad judicial es la siguiente: “En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica, y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten de calificar de legislativa a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la ponderación (*weighing*) y el balance (*balancing*) característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto” (18).

La posición de Hart pretende ubicarse en el ámbito de la teoría jurídica norteamericana entre los que ven el derecho como una pesadilla (realistas, como Holmes o Llewellyn), en tanto los jueces deciden las respuestas jurídicas de manera imprevisible, y los que lo asimilan a un noble sueño (Dworkin es el más soñador de todos), donde cada caso tiene la respuesta jurídica correcta que es identificable anticipadamente (19). Esa posición hartiana intermedia posibilita que, por un lado, el derecho sirva de guía para las conductas de los ciudadanos y, por el otro, habilita a que en los casos difíciles reciban la respuesta discrecional ajustada a las particularidades de estos.

Hart muere en 1992 y tenía avanzado un trabajo que intentaba responder a muchas críticas que le habían formulado a su principal obra, “The Concept of Law”, editada originariamente en 1961, especialmente aquellos cuestionamientos que le había dirigido su sucesor en Oxford, el profesor norteamericano Ronald Dworkin. Esas réplicas dan a luz “Postscript” en 1994, cuando se publica la segunda edición de aquel libro. Hart además de defender el propósito “descriptivo” de su teoría apoyado en el punto de vista interno asumido por los participantes del derecho que lo aceptan, explicita su convicción de adherir a un positivismo suave o *soft* que no es del hecho evidente

como denuncia Dworkin, “puesto que dentro de los criterios de validez admite valores y no solo hechos” [*“my theory is not a plain-fact theory of positivism since amongst the criteria of law it admits value, not only plain facts”* (20)], e insiste: “las reglas y principios identificados en términos generales con los criterios suministrados por la regla de reconocimiento poseen con frecuencia lo que he denominado textura abierta”, ello genera “casos difíciles, controvertibles en el sentido que abogados razonables e informados pueden estar en desacuerdo sobre cuál de las respuestas es jurídicamente correcta”; y en esos casos donde el derecho luce indeterminado o incompleto, “el juez debe ejercer aquella función restringida de creación jurídica que he llamado discrecionalidad” (21).

Sin perjuicio de reconocer Hart en su póstumo escrito que se había ocupado poco de los principios jurídicos, admite que su diferencia con las reglas no es radical sino “una cuestión de grado”, en tanto ellos no cuentan con respuestas jurídicas concluyentes y son “parámetros jurídicos variables”. Esos principios no determinan alguna decisión específica y correcta, aunque habilitan a que el juez cree discrecionalmente derecho ejerciendo facultades intersticiales mucho más reducidas a las que le compete al legislador; de todas maneras insiste Hart que en tales casos el juez “debe tener razones generales (*general reasons*) que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso (*conscientious legislator*) lo haría al decidir según sus propias creencias y valores” (22).

Al margen de esas rectificaciones o agregados del *Postscript*, Hart no renuncia a la tesis central del iuspositivismo, en tanto confía que la existencia y contenido del derecho pueden identificarse por las fuentes sociales que lo generan “sin hacer referencia a la moral, excepto en aquellos casos en que el derecho así identificado ha incorporado en sí mismo criterios morales para la identificación del derecho” (23); pero esa admisión (iuspositivismo incluyente) no implica que existan contenidos necesarios o incompatibles con el derecho. Precisamente el “no positivismo jurídico” reconoce que hay exigencias que si aparecen en lo que se intenta que rijan como derecho, esa pretensión quedará abortada en Hart, dicho de otro modo: no cualquier contenido puede ser derecho.

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

IV. Ronald Dworkin

Sin perjuicio de advertir que el estilo de la obra del autor norteamericano ha dado pie a interpretaciones

contradictorias y que algunas de sus tesis principales han variado a lo largo de su vida académica, nos gustaría destacar la centralidad que ocupa la *teoría de la adjudicación* en su visión del derecho (24). Dworkin impugna “por insuficiente” la fórmula positivista hartiana de reducir el derecho a las normas; y así reivindica la presencia de “directrices políticas” (objetivos que han de procurarse en tanto importan “una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”) y “principios en sentido estricto” (estándares que han de ser observados “no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”) (25). La distinción entre normas y principios se apoya en diversos criterios (26), aunque destaquemos el vinculado al test de origen o *pedigree* susceptible de ser aplicado a las normas, pero no a los principios, dado que ellos “no se basan en una decisión de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo” (27).

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

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

Dworkin, desafiando el modelo de Hart, postula postula provocativamente su *“right thesis”*, que supone que aun en los casos difíciles el juez puede y debe encontrar la respuesta jurídica correcta para el caso que tiene bajo su jurisdicción (28). A esos fines y desde una matriz constructivista o kantiana y ultrarracionalista (denuncia MacCormick), propone constructivamente al juez semidiós y jusfilósofo *Hércules* que

(17) *Ibidem*, p. 252.

(18) *Ibidem*, p. 253.

(19) HART, H. L. A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream” en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, ps. 123-144.

(20) HART, H. L. A., “The Concept of Law”, Oxford University Press, 1994, second edition, p. 248.

(21) *Ibidem*, p. 252.

(22) *Ibidem*, p. 273.

(23) *Ibidem*, p. 269.

(24) DWORKIN, R., “Law as Interpretation”, 9 *Critical Inquiry*, 1982, ps. 179-200.

(25) DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72.

(26) Cfr. nuestro libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, tercera edición, ps. 127 y ss.

(27) DWORKIN, R., “Los derechos en serio”, ob. cit., p. 95.

(28) DWORKIN, R., “No Right Answer?” en *A Matter of Principle*, Cambridge; Harvard University Press, 1985, ps. 119-145.

puede descubrir en el derecho —compuesto por reglas jurídicas y principios morales— la respuesta correcta. Impugna Dworkin la creación jurídica judicial discrecional “fuerte” hartiana con base, al menos, en cuatro argumentos centrales que denominaremos: 1. *axiológico*: esa creación implica un derecho disvalioso, en tanto las preguntas jurídicas son respondidas retroactivamente o *ex post facto*; 2. *debido proceso*: nadie le pide al juez que le cree un derecho, sino que se lo reconozca; 3. la creación judicial del derecho importa una devaluación del trabajo jurígeno de los otros poderes del Estado, en tanto que el mismo solo será un derecho *prima facie*; y 4. *lógico*: admitir la alternativa de respuestas correctas contrarias que sean igualmente válidas jurídicamente importa un derecho incoherente (29). Los principios son la pieza decisiva de un derecho sin lagunas, en tanto “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral”, que posibilita el triunfo de los derechos preexistentes, con la salvedad que ellos están en el derecho, aunque no se conozca de dónde han salido (sin test de origen o *pedigree*), resultando irrelevante su reconocimiento autoritativo previo. La propuesta dworkiniana del derecho como integridad (30), diferenciada del convencionalismo (el derecho identificado con reglas existentes; por lo que no hay derecho cuando el caso no está previsto en ellas) y el pragmatismo (las reglas jurídicas se manejan por el juez, a los fines de obtener ciertos resultados sociales), termina diluyendo la distinción entre casos fáciles y difíciles, en tanto el trabajo judicial para ambos supuestos es el mismo (31), o sea, apelar a reglas, principios y antecedentes relevantes y escoger la mejor respuesta jurídica, coherente y ajustada a las prácticas jurídicas desplegadas en esa comunidad a lo largo del tiempo.

Sintéticamente Dworkin en “Imperio de la Justicia” señala: “Según el derecho como integridad, las propuestas de ley son verdades si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad o debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad” (32). De ese modo la práctica jurídica interpretativa transita por tres etapas: la pre-interpretativa (se identifica el material jurídico acumulado a lo largo del tiempo con sus conexiones morales y políticas), la interpretativa (se procura la justificación consistente de dicho material y práctica jurídica) y la post-interpretativa (orientada a que en la práctica jurídica triunfen los derechos apelando a principios). La metáfora dworkiniana del novelista en cadena intenta igualmente reflejar la tarea judicial. Según ella el derecho es como una novela que se viene escribiendo desde hace mucho tiempo, pero cuando aparece un caso difícil (*hard case*), corresponde convocar a un nuevo novelista para que escriba un nuevo capítulo. Las posibilidades creativas del convocado se reducen prácticamente a nada, dado que la novela ya tiene sus personajes y una particular trama configurada en tiempo y espacio, pero, además, lo que se busca es una novela que satisfaga de la

mejor manera las propiedades típicas que se pretenden del género artístico en cuestión. Desde esa lógica, cabe la mentira por parte de aquel que se suma a la cadena, en orden a ocultar o disimular los errores detectados en los capítulos anteriores, en tanto ellos pueden conspirar contra el logro de una buena novela [“hipótesis estética” (33)].

Dworkin ha insistido contra el positivismo en que los desacuerdos relevantes en el derecho son los teóricos y no los empíricos, o sea disputas sobre la respuesta jurídica que corresponde pronunciar en los casos. Más aún, frente a las acusaciones de ser iusnaturalista, el profesor americano precisa: “...si toda teoría que determina que el contenido del derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría iusnaturalista, entonces soy culpable de iusnaturalismo” (34). No parece discutible concluir que la teoría dworkiniana es no positivista, en tanto —al decir de Hart— sus “principios no deben su *status* de derecho a ninguna forma de incorporación o a ninguna decisión normativa ni práctica judicial, o a ningún consenso. De forma que son derecho incluso si no están identificados como tales por referencia a las fuentes sociales del derecho” (35). Sin embargo, esa juridicidad necesaria exigible por la moral remite a una moral alejada de pretensiones metafísicas y, más bien, se trata de una moral social o, como lo sostiene Peter Gabel, “un intento de legitimar nuestro momento histórico apelando a la ley natural” (36).

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

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

V. Robert Alexy

Este profesor alemán concluye que “el problema central de la polémica acerca del concepto del derecho es la relación entre el derecho y la moral”, preci-

sando que no obstante que esa discusión lleva “más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista” (37). Frente a esa alternativa, la opción de Alexy es en favor de una teoría no positivista que avalará conexiones conceptuales y normativamente necesarias (se excluye las conexiones meramente contingentes, como pretende el iuspositivismo incluyente) entre derecho y moral, afirmando que “lo legal y lo eficaz constituyen el aspecto real o institucional del derecho; lo correcto, su dimensión ideal o discursiva. Mi tesis es que únicamente puede formarse un adecuado concepto del derecho si se combinan ambos aspectos. Esta combinación solo puede lograrse en una teoría general del sistema jurídico” (38). En este punto, la propuesta alexyana es un sistema jurídico compuesto por tres elementos: reglas (*Regeln*), principios (*Prinzipien*) y procedimientos (*Verfahren*), y así el derecho formulado por reglas y principios supone el costado pasivo o fotográfico del sistema, y el costado activo o dinámico remite al procedimiento que busca la racionalidad al momento de la formulación o la aplicación del derecho.

El derecho formula necesariamente (y no solo contingentemente) una pretensión de corrección, de modo que implícitamente el derecho afirma corrección y es posible fundamentar esa corrección, además de esperar que cualquiera que sea razonable reconozca la misma calidad moral. Aquí la matriz es el discurso jurídico como caso especial del discurso práctico general (*Sonderfallthese*), lo que implica que el discurso jurídico a diferencia del discurso práctico general no refiere a lo absolutamente correcto, sino a lo que es correcto en el marco de un sistema jurídico concreto, aunque se afirma una “coincidencia estructural entre ambos discursos” y “la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica” (39). De ese modo el discurso jurídico se nutre de una doble vertiente: por un lado, su carácter autoritativo, institucional o real, y por el otro, su dimensión libre, discursiva o ideal. Las reglas propias de la *teoría del discurso* no solo complementan las reglas específicas del discurso jurídico, sino que constituyen la base para su justificación y crítica, en el marco de una justificación y crítica del sistema jurídico en su conjunto. La pieza nuclear de la *teoría del discurso* alexyano está formada por un sistema de veintiocho reglas que constituye una especie de “código de la razón práctica” (40), en tanto su observancia asegura la racionalidad de la argumentación y de sus resultados. La teoría del discurso contrafáctico confía en la posibilidad de discutir racionalmente y alcanzar juicios prácticos en la medida en que se sigan aquellas reglas, por eso es una teoría procedimental de la corrección de los juicios prácticos referidos a lo bueno o lo malo, lo prohibido, obligatorio o permitido. Las reglas de aquella racionalidad discursiva incluyen: ausencia de contradicción; universalidad; claridad conceptual-lingüística; verdad empírica; consideración de las consecuen-

(29) Cfr. DWORKIN, R., “Is There Really no Right Answer in Hard Cases”, en *Matter of Principle*, Harvard UP, Cambridge - Massachusetts, 1985, p. 119 y ss.

(30) Cfr. DWORKIN, R., “Law’s Empire”, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

(31) “La decisión judicial - el debate Hart-Dworkin”, Estudio preliminar César Rodríguez, Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997, p. 81.

(32) DWORKIN, R., “El imperio de la Justicia”, Barcelona, Gedisa, 1988, p. 164.

(33) DWORKIN, R., “How Law is Like Literature” en *A Matter of Principle*, Harvard University Press, 1985.

(34) DWORKIN, R., “Natural Law Revisited”, *University of Florida Law Review*, 1982, vol. XXXIV, p. 165.

(35) HART, H. L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, en *Sistema* n° 36, mayo 1980, p. 13. En el mismo sentido Nino, C.S., afirma que la validez jurídica de los principios dworkinianos no depende de su reconocimiento autoritativo (“La validez del derecho”, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 153).

(36) GABEL, Peter, reseña a “Taking Rights Seriously” de Ro-

nald Dworkin, en *Critical Legal Studies*, The Harvard Law Review Association, Cambridge, Massachusetts, 1986, p. 135.

(37) ALEXY, R., “La institucionalización de la razón”, en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, 2000, vol. 43, p. 217.

(38) *Ibidem*, p. 43.

(39) ALEXY, R., “Teoría de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 273.

(40) ALEXY, R., “Derecho y razón práctica”, Fontamara, México, 1993, p. 21.

cias; ponderación; intercambio de roles; génesis convenciones morales; habilitación a quien pueda hablar para formular aseveraciones; expresar criterios, deseos y necesidades; etc. En definitiva, esas reglas expresan al nivel de la argumentación las ideas de libertad e igualdad, y apoyan la tesis que “son correctas y por tanto válidas aquellas normas que, en un discurso ideal, serían estimadas correctas por todos” (41).

El derecho viene a cubrir debilidades que genera el discurso, pero es este el que posibilita su corrección, y así lo afirma Alexy: “El discurso necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad” (42). Ese mejor derecho además de reglas incluye principios que posibilitan resolver problemas suscitados por aquellas, a saber: I) indeterminaciones, ii) eventuales contradicciones, iii) lagunas, e iv) injusticia extrema de aplicarse la norma a ese caso. Resolver un caso por medio de la norma que lo regula, exige la construcción de un silogismo, pero la solución recurriendo a principios, requiere la ponderación de los implicados. Es que mientras las normas son “mandatos definitivos”, los principios son “mandatos de optimización” en tanto ordenan algo pretendiendo que se realicen los mismos, en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Sintetiza Bernal Pulido: “De acuerdo con Alexy, para establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación” (43), a lo que cabe alertar siguiendo al profesor colombiano, que a los fines de determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador cabe recurrir al principio de proporcionalidad y a sus tres subprincipios: idoneidad (toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para obtener un fin constitucionalmente legítimo), necesidad (la intervención a un derecho fundamental debe ser la más benigna de entre las medidas igualmente idóneas para el fin buscado) y proporcionalidad en sentido estricto (las ventajas que se obtienen mediante la intervención en un derecho fundamental deben compensar los sacrificios que conlleva la misma para sus titulares y para la sociedad en general) (44).

Alexy distingue derechos definitivos que se basan en reglas, y derechos *prima facie* que se basan en principios, y aquí juega la ponderación de esos principios en tensión. El argumento de la corrección implica la conexión entre la moral y el derecho, aunque cuando las normas o los sistemas jurídicos no satisfacen esa pretensión no pierden su carácter jurídico, aunque en ese caso serán jurídicamente deficientes; sin embargo, Alexy defiende el umbral de la injusticia extrema, y en tal supuesto de vulneración de exigencias morales mínimas, ya no hay derecho [la injusticia extrema no es derecho (45)]. Todo aquel que opta por el discurso y el consenso para resolver racionalmente los problemas prácticos debe aceptar los derechos

fundamentales, y “una Constitución solo puede justificarse cuando contiene los derechos humanos absolutos y relativos como derechos fundamentales o positivizados”; concluyendo Alexy que ellos “no podrían ser derogados por normas de derecho positivo, sino que además son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado” (46).

El profesor alemán parte de la propuesta dworkiniana de la respuesta correcta para cada caso, a la que critica en tanto que para sostenerla se requeriría identificar a todos los principios jurídicos presentes en el sistema jurídico, y asimismo contar con el conocimiento de todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos. En la mejor hipótesis, según Alexy, cabe un orden débil de principios basado en tres elementos: 1. un sistema de condiciones de prioridad; 2. un sistema de estructuras de ponderación; y 3. un sistema de prioridades *prima facie*. A dicha dificultad Alexy le suma desde su propia teoría del diálogo racional, que la tesis de la única respuesta correcta para cada caso solo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles, y 5) carencia de prejuicios ilimitada. La obvia conclusión alexyana frente a los obstáculos consignados es: “está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria, llegar en cada caso a una única respuesta correcta”, la alternativa que encuentra el profesor alemán es “la única respuesta correcta como idea regulativa”, que “presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta. Las respuestas que se encuentren, en el marco de este intento, sobre la base del nivel de las reglas y de los principios, de acuerdo con los criterios de la argumentación jurídica racional, que incluyen los de la argumentación práctica general, también responden entonces, aunque no sean las únicas respuestas correctas, a las exigencias de la razón práctica y, en este sentido, son al menos relativamente correctas” (47).

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

VI. Duncan Kennedy

En la década de 1970 aparece en el mundo académico norteamericano una perspectiva teórica poco orgánica que se la reconoce con el nombre de *Critical Legal Studies Movement*. Un antecedente de estos estudios críticos lo constituye el Realismo norteamericano (48) que promovió el célebre juez O. W. Holmes de la Corte Suprema de Estados Unidos a finales del XIX y que contó con aportes de autores como Félix Cohen, Karl Lewelyn, Jerome Frank o Roscoe Pound. Estos teóricos jurídicos tuvieron destacada presencia en los tribunales norteamericanos y en las más importantes universidades de ese país. Más allá de variantes dentro del realismo norteamericano, algunas de sus tesis importantes reivindicaron: la importancia de los jueces en la creación del derecho, cierto escepticismo sobre las normas jurídicas y una crítica al formalismo en la jurisprudencia. Estas notas se mantendrán y profundizarán con los “críticos”, pero estos recurrirán al apoyo de filósofos como Freud, Nietzsche o Marx, y muchos de sus seguidores relevantes: Gramsci, Foucault, Marcuse, Sartre, Derrida, Vattimo, entre otros. La *teoría crítica*, a diferencia del realismo norteamericano referido, no se limita a debatir cuestiones estrictamente jurídicas, sino que afronta polémicas en temas raigales sobre el derecho que implica abrirse a preguntas más filosóficas, y así la opinión confrontativa de los críticos se torna necesaria a la hora de estudiar integralmente a Hart, Dworkin o Finnis, porque hay debates entre ellos.

Es el profesor norteamericano Duncan Kennedy, de Harvard, el representante más importante o más difundido de la llamada *Critical Legal Studies*, y apelando a su propia definición dice: “Propongo ubicar mis preguntas —hechas desde una perspectiva de izquierda a la vez modernista y posmoderna, y que permanecen en la marginalidad mientras que nuestra preocupación principal sea defender la posibilidad de la neutralidad— en el centro de la discusión. Se trata, entonces, no de preguntarse cómo los jueces pueden ser neutrales, sino cómo pueden ser actores ideológicos” (49), y en términos metafóricos entiende que los críticos son el “virus” (50) teórico que ataca la salud de las propuestas anglosajonas que defienden la coherencia del derecho y la neutralidad judicial. Lejos están los críticos de conformar una escuela iusfilosófica uniforme; y entre los debates que se dan entre ellos interesa poner de relieve aquellos que, como Roberto Unger, confían en propuestas racionales que articulen proyectos de transformación política a gran escala, mientras que Kennedy se inscribe entre los escépticos respecto de la razón y sus posibilidades de conocimiento objetivo y reformas sustanciales de la sociedad (51). En sintonía con ese irracionalismo se encarga Kennedy de denunciar las contradicciones insalvables que se detectan en el derecho, así, por ejemplo, en el derecho privado entre principios individualistas apoyados en la autonomía de la voluntad, por un lado, y por el otro, principios que reclaman solidaridad; o en el campo de los derechos que re-

(41) ALEXY, R., “La institucionalización de la razón”, art. cit., p. 228.

(42) *Ibidem*, p. 237.

(43) BERNAL PULIDO, Carlos, “El derecho de los derechos”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 99.

(44) Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

(45) Cfr. el libro que coordiné “La injusticia extrema no es derecho

(de Radbruch a Alexy)”, La Ley-Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2004.

(46) ALEXY, R., “Derechos humanos sin metafísica”, *Anuario de la Asociación Argentina de la Filosofía del Derecho*, “Ideas y Derecho”, Buenos Aires, 2008, p. 20.

(47) ALEXY, R., “Derecho y razón práctica”, ob. cit., p. 22.

(48) Cfr. TUSHNET, Mark, “Critical Legal Studies. A Political History”, *The Yale Law Journal*, mayo 1991, vol. 100, nº 5, ps. 1530-1534; PÉREZ LLEDÓ, J. A., “Teorías críticas del derecho” en “El Derecho y

la Justicia”, Ed. E. Garzón Valdés & Laporta F. J., Trotta, Madrid, 1996 y “El movimiento Critical Legal Studies”, Tecnos, Madrid, 1996.

(49) KENNEDY, Duncan, “A Critique of Adjudication”, Cambridge, Harvard University Press, 1997, p. 130.

(50) *Ibidem*, p. 73.

(51) KENNEDY, Duncan, “Libertad y Restricción en la decisión judicial”, Estudio Preliminar César Rodríguez, Universidad de los Andes, Bogotá, 1999, p. 48.

claman atender a los trabajadores y al mismo tiempo atender a los intereses de los empresarios. César Rodríguez explica que “Desde el punto de vista filosófico, el proyecto crítico de la adjudicación de Kennedy está ubicado en la confluencia de la posmodernidad y el modernismo. El proyecto es posmoderno en cuanto apunta a la deconstrucción de las teorías existentes y desconfía claramente de las posibilidades de construir teorías alternas. En este sentido, el trabajo se inscribe dentro de la corriente irracionalista de los estudios críticos...” (52). Por otra parte, precisa el profesor colombiano, que el proyecto de Kennedy es modernista a tenor de su misma confesión: “en lugar de edificar una nueva teoría (que reemplace a la deconstruida), busca inducir... las emociones modernistas asociadas con la muerte de la razón —éxtasis, ironía, depresión, etc.—” (53), y concluye que el autor norteamericano “defiende una posición inspirada en la sensación de ruptura e innovación propias del modernismo artístico. En su trabajo, así, la teoría jurídica se asocia a la estética” (54).

El reclamo central kennediano de “tomarse la ideología en serio”, supone advertir qué lejos está de la realidad la creencia extendida de que el juez dice el derecho que alcanza por procedimientos interpretativos neutrales. La ideología es definida como “un proyecto de una *intelligentzia* que se entiende a sí misma como actuando por un grupo con intereses en conflicto con los de otros grupos” (55), y, en definitiva, ella está presente al momento de la creación jurídica por lo que esta termina siendo una acción estratégica (56). Consigna el profesor norteamericano: “En todos los sistemas occidentales el discurso que usan los jueces, las autoridades jurídicas y los teóricos políticos para legitimar la aplicación del poder estatal niega (suprime, mistifica, distorsiona, esconde, evade) dos fenómenos claves: a) el grado en el que las reglas establecidas (contenidas en un código o en el derecho común) estructuran la vida pública y privada de tal forma que otorgan poder a unos grupos en detrimento de otros, y en general funcionan para reproducir los sistemas jerárquicos que caracterizan a la sociedad en cuestión; y b) el grado en el que el sistema de reglas jurídicas contiene lagunas, conflictos y ambigüedades que son resueltas por jueces que persiguen —de manera consciente, semi-consciente o inconsciente— proyectos ideológicos relativos a dichas cuestiones de jerarquía social” (57).

En sintonía con un explícito escepticismo epistemológico de raigambre nietszschiana, no duda Kennedy en rechazar conceptos fosilizantes que perturben el trabajo político emancipador de los juristas. El derecho es político y lucha contra los dominadores, pero habilita muchas posibilidades como para que se le pueda hacer decir lo que queramos. En esta tarea no cabe confiar en la razón, sino en tácticas y estrategias eficaces que lleven al triunfo en la disputa asumida. Apelar a la corrección, solo puede entenderse en términos retóricos, en tanto esconde un propósito de dominación en nombre del saber. En ese marco, no cabe aceptar el juego de la filosofía jurídica exigien-

do que se opte por positivismo o no positivismo o por reglas y principios, pues la superación del Estado de Derecho conocido importa un desafío constructivo orientado por criterios de liberación y dejando atrás modelos que están al servicio de intereses de dominación.

Owen Fiss ha definido que la posición típica de aquella escuela de los críticos “consiste en negar la pretensión característica de que el derecho es una forma de racionalidad. El derecho no es (para los críticos) lo que parece: objetivo y capaz de conducir a respuestas correctas. Es simplemente política vestida de otros ropajes. Los jueces hablan como lo hacen, porque así lo determinan las convenciones de su profesión y ello es necesario para mantener el poder, pero su retórica es una completa farsa” (58). Kennedy explícitamente se reconoce “irracionalista” y “decisionista”, consecuentemente no duda en asumir una posición relativista: “el relativismo se ve impedido de universalizar sus juicios y obstruye el discurso moral en orden a su consistencia y a su valor intersubjetivo, facilitando el irracionalismo o el escepticismo ético”. El profesor Javier Podres sintetiza que para Kennedy el derecho es mero instrumento del poder o la resultante de pujas de intereses, y respecto al trabajo judicial, lo reconoce como un “trabajo estratégico” desarrollado a los fines de “moldear” los “materiales” disponibles para la resolución del caso en función de una determinada tendencia ideológica” (59), concluyendo que “el derecho para Kennedy no encuentra sustento ni límite en la razón práctica” (60) y “los textos legales están allí, esperando el trabajo ideológicamente orientado del juez” (61). Todos los casos son difíciles en tanto carecen de una respuesta, pues esa respuesta finalmente responderá a la ideología del jurista. En la mejor hipótesis, la única racionalidad que opera es la técnica o pragmática orientada a conseguir el resultado que se pretende; y ella se canaliza judicialmente por medio de los llamados por Kennedy *argumentos no deductivos* que explícita o implícitamente remiten a la ineludible ideología judicial. En “*Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology*” (62) describe la situación en la que se encuentra el juez entre lo que le indica el derecho, por un lado, y, por el otro, la sentencia a la que él quiere llegar, y así el juez queda asimilado a un artesano en donde se le proveen de ciertos materiales que estratégica y creativamente debe utilizar. En ese marco el derecho, más que una guía de conducta, se convierte en una restricción, y consiguientemente desaparece la distinción entre casos fáciles y casos difíciles, atento a que la mayor o menor dificultad que encuentra el juez está directamente conectada con su capacidad y experiencia como artesano jurídico, aunque de manera cínica recurrirá a la retórica de la neutralidad. Se atreve Kennedy a construir una tipología de los jueces: i) activista, procura una sentencia funcional a la ideología que asume; ii) mediador, intenta mantenerse equidistante de las alternativas ideológicas que reconoce; y iii) bipolar, altera en sus opciones ideológicas (63).

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

VII. Luigi Ferrajoli

La teoría jurídica del profesor italiano ha recibido distintas denominaciones; sin embargo, me parece que la más apropiada es llamarla “iuspositivismo crítico” (64). Es claramente iuspositivista, porque suscribe sin tapujos la tesis de que no hay más derecho que el que se pone y se reconoce como tal, más allá de cuál sea el contenido de este, incluso oponiéndose explícitamente a Alexy en relación con la fórmula de Radbruch de que no es derecho lo “extremamente injusto”. Esa convicción teórica gusta Ferrajoli respaldarla con las palabras de Hobbes: “*auctoritas, non veritas, facit legem*”. Pero precisa Ferrajoli que el derecho de nuestros actuales Estados constitucionales de Derecho comienza o se originan en una *constitución*, y a esta la redacta un poder constituyente que es meramente formal y que, como tal, puede definir su contenido con total libertad. La remisión a la figura mitológica del *Rey Midas* parece forzosa, aunque muy procedente, sin perjuicio de que Ferrajoli se encarga de indicar cuál es el contenido constitucional que le “gusta”, mencionando al respecto las *constituciones* europeas de posguerra; aunque aquí cabe consignar su escepticismo gnoseológico en materia axiológica, dado su aval a que “los valores se asumen, pero no se justifican racionalmente”. La *constitución* pone lo que se torna “la esfera de lo no decidible” para los poderes del Estado y define el programa que ellos deben ejecutar. En cuanto al Estado, el profesor italiano precisa que “Las funciones públicas son esencialmente dos, reconducibles *grosso modo* a las dos grandes dimensiones de la experiencia: voluntad y conocimiento, poder y saber, disposición y decisión; consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, *legis-latio* y *juris-dictio*...” (65).

Coherentemente Ferrajoli no se ha ocupado de la argumentación jurídica, dado su escepticismo respecto a la razón práctica. Peor aún, explícitamente toma distancia con los que llama iusnaturalistas, entre los que incluye a Alexy, Nino, Dworkin y Atienza, porque estos se manifiestan a favor de la argumentación y los principios jurídicos, asumiendo cierto objetivismo y cognitivismo moral, lo que en opinión del profesor italiano “lleva inevitablemente al dog-

(52) *Ibidem*, p. 55.

(53) *Ibidem*, p. 55.

(54) *Ibidem*.

(55) KENNEDY, “A Critique of Adjudication”, p. 39.

(56) KENNEDY, “Izquierda y Derecha. Ensayos de teoría jurídica crítica”, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2010, p. 28.

(57) KENNEDY, “A Critique of Adjudication”, p. 14.

(58) FISS, O., “El derecho como razón pública”, ob. cit. por

MASSINI CORREAS, Carlos I. en “Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica”; *Prudentia Iuris* n° 71, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, 2011, p. 101.

(59) PODRES YANIS, Javier A., “Derecho y política (La obra de Duncan Kennedy desde una perspectiva iusnaturalista)”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2020, p. 284.

(60) *Ibidem*, p. 279.

(61) *Ibidem*, p. 171.

(62) KENNEDY, D., “Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, *Journal of Legal Education*, 36 (1986).

(63) KENNEDY, “Izquierda y Derecha...”, ob. cit., ps. 38-43.

(64) Cfr. mi libro “El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019.

(65) FERRAJOLI, L., “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción”, en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 170.

matismo y al absolutismo moral” (66). La propuesta ferrajoliana se mantiene en adjudicar a la autoridad la creación volitiva del derecho, y luego la aplicación judicial al caso; y aquí se distingue en el juez lo fisiológico que es el “saber” y lo patológico que es el “poder”. Para Ferrajoli el poder judicial abarca: 1. el poder de denotación o de interpretación o verificación jurídica; 2. el poder de comprobación probatoria o de verificación fáctica; 3. el poder de connotación o de comprobación equitativa; y 4. el poder de disposición o de valoración ética—política. De ese modo, el profesor italiano llama a la suma de los tres primeros poderes “poder de cognición”, el que constituye un poder fisiológico y de legitimación judicial, pero el poder de disposición en manos del juez “es el producto patológico de desviaciones y disfunciones políticas injustificadas de los tres primeros tipos de poder” y, consiguientemente, fuente de deslegitimación judicial. Guastini a tenor de esa caracterización ferrajoliana del juez, concluye que “tácitamente, hace suya la tesis ilustrada (de Montesquieu y Beccaria) según la cual el poder jurisdiccional solo puede funcionar como garantía o barrera frente al poder ejecutivo a condición de ser un poder en cierto modo nulo” (67). Sintéticamente Ferrajoli asimila la función judicial a un “saber-poder” donde —reiteremos— lo fisiológico es el saber y lo patológico el poder, por eso describe lógicamente la sentencia compuesta de tres inferencias: 1. una inductiva, cuyas premisas son las pruebas recogidas; 2. una deductiva, cuyas premisas son la conclusión del hecho y la definición jurídica obtenida de la norma en cuestión; y 3. la norma individual que se concluye silogísticamente para el caso. El llamado “derecho ilegítimo” se reconoce en las lagunas y en las antinomias, pero los jueces no están para suplir las lagunas jurídicas (la ausencia de garantías o eficacia de los derechos), porque ello les corresponde a los legisladores, y a los jueces constitucionales (no a los jueces ordinarios o de la ley) les queda resolver las antinomias. Ferrajoli concluye: “Lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda” (68).

El derecho que auspicia Ferrajoli es el formulado por reglas o normas, de ahí su rechazo a los principios y su acusación de ser iusnaturalistas a aquellos que los promueven. A los fines de asegurar lo más posible la legitimidad de la jurisdicción y evitar la deslegitimadora discrecionalidad judicial, confía el profesor bajo estudio “en el desarrollo de un lenguaje legislativo y constitucional lo más preciso y riguroso posible”, además de considerar que considerar que “la mayor parte de los principios se comportan como reglas... se trata de normas relativamente marginales” (69).

En cuanto al Estado, reiteremos las definiciones del profesor italiano: “Las funciones públicas son esencialmente dos, reconducibles grosso modo a las dos grandes dimensiones de la experiencia: voluntad y

conocimiento, poder y saber, disposición y decisión; consenso y verdad, producción y aplicación del derecho, *legis-latio e iuris-dictio...*” (70). Sintéticamente, para Ferrajoli el juez resuelve casos que son fáciles y la respuesta correcta está dada en la ley. Por lo que solo queda la razón teórica o lógica construyendo un silogismo que tiene tanto la premisa mayor como la menor susceptibles de ser verificadas; y luego la conclusión, en donde aparece el riesgo de la voluntad creadora del juez ordinario que debe procurarse reducirse a su mínima expresión en tanto es fuente de deslegitimación. El Estado Constitucional de Derecho que le “gusta” a Ferrajoli reclama del juez el recurso a conocer la ley y al uso de la razón teórica o formal controlada por la lógica. Desde aquel rechazo de una razón práctica en materia ética o moral y del pesimismo antropológico ferrajoliano resulta paradójal su confianza en esa ley dictada por ese “hombre artificial que llamamos Estado” (71), y así lo denuncia Moreso: “La posición de Ferrajoli me parece más bien extraña y exagerada versión del pesimismo de la inteligencia y el optimismo de la voluntad” (72).

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

VIII. Teoría jurídica aretaica o jurisprudencia de virtudes (73) (aretaica por *aretaic*, en inglés, y *areté*, virtud)

Esta teoría escasamente trabajada en la filosofía del derecho iberoamericana (74), reconoce importantes desarrollos en el common law (A. MacIntyre, M. Nussbaum, P. Foot, I. Murdoch, B. Williams, M. Slote, J. Deigh, etc.). Uno de los más importantes difusores, Lawrence Solum, reconoce el trabajo “*Modern Moral Philosophy*” de Elizabeth Anscombe publicado en 1958, como un antecedente decisivo como para romper la alternativa entre ética normativa y deontologistas kantianos y consecuencialistas utilitaristas, y posibilitar el surgimiento de una “ética de virtudes”. Por supuesto que esta remite a la filosofía clásica griega y a su seguimiento en los siglos posteriores, pero esa perspectiva se dejará de lado con la ilustración, no solo en el campo de la filosofía moral

sino especialmente en la teoría jurídica (iuspositivismo legalista y el normativista o kelseniano) funcional al EDL. El giro aretaico o virtuoso, a diferencia tanto del deontologismo como del consecuencialismo, le interesa y pone el foco de atención en el jurista y su carácter (75), lo que supone indicarle a aquel que se interesa por un derecho valioso, bueno o justo que debe prestarle atención privilegiada no tanto al contenido o procedimiento jurídico que el mismo tiene que respetar, sino preocuparse por quien lo hace; de ese modo se enseña que la calidad del derecho depende intrínsecamente de las virtudes del que lo crea o aplica.

Por supuesto que hay varias versiones de la ética de virtudes y su conexión con el derecho, pero nuestro propósito es escoger en el terreno de la decisión judicial aquellas variantes más fuertes o radicales. Precisamente Solum defiende una teoría fuerte o robusta de la virtud referida a la decisión judicial precisando: “la noción de una decisión correcta es fundamental y, por ende, las virtudes judiciales derivarán de aquella. Esto permite comprender por qué la descripción que Dworkin hace de *Hércules* comienza con los criterios para tomar buenas decisiones, para luego, a partir de allí, construir al juez ideal, capaz de pronunciar dichas decisiones. Una teoría centrada en las virtudes no procede de este modo. Comenzaré con una explicación de cómo es un juez virtuoso como criterio primario y de allí derivaré la noción de decisión virtuosa... Una teoría centrada en las virtudes debe sostener que las virtudes judiciales constituyen una parte necesaria de la mejor teoría sobre la decisión judicial, y que la virtud judicial juega un rol central, tanto explicativa como normativamente” (76). La conclusión del profesor de Georgetown es que son los jueces virtuosos los que pueden tomar decisiones justas o correctas, y aquellos jueces “que carecen de virtudes deben intentar dictar legítimas o legalmente correctas, aunque no sean capaces de hacer esto de modo confiable, dado que carecen de virtudes. A su vez, los jueces que no tienen virtudes judiciales deben desarrollarlas. Los magistrados también deben ser seleccionados con base en la posesión (o potencia para la adquisición) de las virtudes judiciales” (77), y consiguientemente, es posible que un juez dicte una decisión meramente correcta por razones viciosas.

Solum arriesga una nómina no exhaustiva de vicios: corrupción, cobardía, mal temperamento, incompetencia y necesidad; y también otra nómina enunciativa de virtudes: templanza, fortaleza, buen temperamento, inteligencia y sabiduría práctica o prudencia, a esas virtudes le suma la “virtud cardinal del razonamiento judicial” que resume: imparcialidad, integridad y percepción o visión de las situaciones particulares. Aunque Solum afirme las tesis señaladas, no ve inconvenientes en sostener que “existen casos (complejos) en los que hay más de un resultado que puede ser considerado jurídicamente correcto”, pero

(66) FERRAJOLI, L. - RUIZ MANERO, J., “Dos modelos de constitucionalismo—una conversación”. Trotta, Madrid, 2012, p. 66.

(67) GUASTINI, R., “I fondamenti teorici e filosofici del garantismo” en GIANFORMAGGIO L. (ed.), *La ragioni del garantismo*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 53.

(68) FERRAJOLI, L., “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-positivismo y neo-iusnaturalismo” en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 34, Alicante, 2011, p. 356.

(69) FERRAJOLI, L., “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Dere-

cho, nº 34, Alicante, 2011, p. 37.

(70) FERRAJOLI, L., “Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción” en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 170.

(71) FERRAJOLI, L., “El constitucionalismo garantista...”, art. cit., p. 361.

(72) MORESO, J. J., “Ferrajoli o el constitucionalismo optimista”, en *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 31, Alicante, 2008, p. 297.

(73) Cfr. FARRELLY, C. - SOLUM, L. B. (eds.) “Virtue Jurisprudence”,

Palgrave-MacMillan, New York, 2011.

(74) Sin embargo, encontramos trabajos de relevancia en autores hispanoparlantes como Daniel González Lagier, Amalia Amaya, Guillermo Larriguat y Luciana Samané.

(75) AMAYA, A., “Virtudes judiciales y argumentación”. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2009, p. 19.

(76) SOLUM, L. B., “Virtue Jurisprudence (Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes)” en *Persona y Derecho*, vol. 69/2013/2, ps. 13 y 14.

(77) *Ibidem*, p. 34.

es la teoría centrada en virtudes la que resulta verdaderamente idónea para hacerse cargo de la equidad como recurso para dejar de aplicar en un caso la ley que lo regula, pues según aquella “solo un juez virtuoso puede practicar la equidad” (78) ajustando la ley a los reclamos de las situaciones particulares.

Amaya resume las funciones que cumplen las virtudes en una teoría de la argumentación judicial: ayudan a la mejor calidad de esta, aportan epistémicamente al necesario conocimiento de los hechos y las soluciones jurídicas para el caso; y la decisión será correcta si coincide con la que hubiese adoptado un juez virtuoso. Esos aportes llevan a la conclusión que “es fundamental para el Estado de Derecho que el poder judicial esté compuesto por jueces virtuosos” (79), y ese requerimiento “es más acuciante” en los casos difíciles (en los que se requiere una justificación de segundo orden (MacCormick) con relación a la premisa mayor en cuanto a su interpretación y relevancia, y respecto a los problemas de prueba y calificación en cuanto a la premisa menor, como así también respecto a los casos trágicos o con dilemas morales (caracterizados por una consecuencia dañosa cualquiera sea la alternativa que se escoja) (80). Hablar de las virtudes implica hablar de las emociones que son moderadas por aquellas, y consiguiente, el juez virtuoso cuenta con una visión más comprensiva del caso, de las pruebas aportadas (81) y se potencia la posibilidad de encontrar respuestas mejores o más valiosas (82). En esa sintonía Amaya concluye: “Una decisión que se haya tomado sin involucrar las disposiciones emocionales adecuadas es moralmente defectuosa, aunque tenga el mismo contenido que la decisión que habría tomado una persona virtuosa” (83). No hay casos fáciles y la respuesta correcta la crea el jurista *ex post facto*, ajustándola equitativamente a las características del caso, y ese trabajo virtuoso llega a eximir de la pena al que incurrió en una conducta prevista como delito apoyándose el juez en la “compasión” que le suscita justificadamente el imputado (84).

Acerca de la relevancia y actualidad de estas teorías centradas en las virtudes reguladoras de las emociones en el marco de la función propia de los juristas de decir el derecho, Larriguet y Samané concluyen distinguiendo tres etapas sucesivas: “La primera etapa fue la de la argumentación correcta tendiente a obtener ‘normas jurídicas’ que sirvieran de premisas normativas plausibles para los razonamientos judiciales. Aquí las teorías de la interpretación tuvieron mucho que decir al respecto. Una segunda etapa se vinculó con la teoría de la premisa menor, de la premisa fáctica y su justificación en el razonamiento o argumentación judicial. La tercera etapa, mucho menos desarrollada en la bibliografía especializada, es la que tiene que ver con la pregunta por el papel de las

‘emociones’ en el contexto de justificación de la argumentación judicial” (85).

En cuanto a las funciones de las virtudes y la facultad humana en la que ellas inhiere, Calhoun y Solumun (86) apelan a distinguir respecto de las emociones cinco teorías: sensistas (Hume); fisiológicas (William James); conductuales (Charles Darwin); evaluativas (Max Scheler); y cognoscitivas (Martha Nussbaum). Precisamente de esta última leemos: “las emociones son evaluaciones o juicios de valor, los cuales atribuyen a las cosas y a las personas que están fuera del control de esa persona una gran importancia para el florecimiento de esta. Contiene tres ideas relevantes: la idea de una valoración cognitiva o evaluación, la idea del florecimiento propio o de los propios objetivos y proyectos importante, y la idea de la relevancia de los objetos externos en tanto elementos en el esquema de los propios objetivos” (87). En torno a la misma cuestión, Amaya en un estudio específico sobre la virtud de la humildad judicial advierte: “No cabe duda de que hay importantes conexiones entre la humildad como virtud moral y su contraparte intelectual. Incluso podría argumentarse que las virtudes intelectuales no son más que un subconjunto de las virtudes morales y, por consiguiente, que la humildad es una subespecie de la humildad como virtud moral. Sin embargo, la equiparación de la humildad con sus aspectos epistémicos supone una concepción invertida de la relación entre las virtudes morales y epistémicas —en la que las primeras son una subclase de estas últimas, y no al revés— que es difícilmente plausible” (88), y finalmente concluye: “El principal valor de la humildad para los jueces radica en su capacidad de servir al ideal jurídico y político de fraternidad... promoviendo un ethos igualitario” (89). González Lagier se pregunta si “¿pueden las emociones ser herramientas útiles para encontrar la respuesta correcta?, y su respuesta “es afirmativa” (90), aclarando que “las emociones no tienen una relación normativa con las decisiones correctas, sí pueden tener una relación causal (como una condición ni suficiente, ni necesaria, pero sí contribuyente) con ellas”, y define a las emociones morales como “el resultado de creencias y valores interiorizados y arraigados en la estructura de nuestra conciencia moral o jurídica” (91).

Síntesis: i) la calidad del derecho depende más de las virtudes de los juristas que de normas, procedimientos e instituciones; ii) hay un fuerte rechazo al juridicismo, pero el riesgo es que termine el derecho absorbido o diluido en la ética subjetiva virtuosa; iii) el acento en las emociones implica un debilitamiento de la relevancia de la razón práctica sustancial o procedimental; iv) la teoría aretaica conlleva peligros en la pretensión de seguridad jurídica en orden a conocer anticipadamente las consecuen-

cias jurídicas de los comportamientos; v) la facilidad o dificultad en la resolución jurídica de los casos no es algo objetivamente dado, sino que depende de las virtudes que ostente el juez que atienda a los mismos; y vi) las virtudes cumplen una función cognoscitiva y constitutiva de la respuesta jurídica al caso, y por ende, las emociones judiciales pueden ser razón justificatoria de lo decidido.

IX. Michel Villey

Hemos estudiado con algún detenimiento la obra del profesor francés, subrayando su estilo literario exageradamente confrontativo y provocativo, como su inclinación a evitar los matices e incurrir en lecturas maniqueas (92). Sin perjuicio de remitir a esos estudios, destaquemos que no obstante asumir Villey explícitamente la filosofía aristotélica-tomista, hace la salvedad que rechaza de la *Suma Teológica* las consideraciones de Aquino en la I-I cuestión 90 referidas a la ley, dado que ahí el autor escribe como teólogo, pero el profesor francés suscribe las enseñanzas incluidas en la II-II cuestión 57 en donde ve la presencia clara del Estagirita sin conexiones clericales.

En una posición extraña dentro de la escuela a la que Villey adhiere, llega a postular que el saber jurídico es más teórico que práctico, y afirmaciones como las consignadas a continuación lo acreditan: “el derecho es ante todo objeto de conocimiento, de conocimiento teórico. Es una cosa que se contempla, que se busca encontrar” (93); el derecho se expresa “en enunciados indicativos, verdades sobre el ser” (94); el derecho “es calificado de *res*: no es un ente de razón, creación del hombre, sino ante todo un ser real” (95); “el derecho propiamente dicho no mantiene una relación inmediata con la praxis; no mira a comandar las conductas humanas, dice lo que es o lo que será” (96); y “Deducimos el derecho de la observación de la naturaleza. De la naturaleza exterior, de las cosas. Observando fuera de nosotros mismos... podremos descubrir el derecho en el interior de esos grupos sociales... El orden está en las cosas y no, como lo querría Kant, en nuestros anteojos” (97). Por otro lado, la gnoseología villeyana incluye fuertes prevenciones respecto a la ciencia jurídica, a la que le asigna claras conexiones con la modernidad y los modelos matemáticos y el de las ciencias naturales, consiguientemente reconoce dos niveles noéticos: la filosofía jurídica y el arte jurídico. A la filosofía le asigna tres problemas: 1) el *ontológico*: precisa qué es el derecho, es decir, el fin de la tarea de los juristas; 2) el *metodológico*: trata de los medios a los que recurren los juristas para prestar su servicio; y 3) el *axiológico* en orden a discernir lo justo y lo injusto. El arte jurídico es el saber dialéctico abocado a decir en ese tiempo y lugar determinado, que es lo suyo de cada uno o cómo hay que distribuir las cosas en una sociedad

(78) *Ibidem*, p. 43.

(79) AMAYA, A., “Virtudes judiciales y argumentación”, *ob. cit.*, p. 38.

(80) *Ibidem*, p. 38 y ss.

(81) Cfr. HADAD BERNAT, P. H., “Virtudes intelectuales y justificación epistémica en el ámbito probatorio” en *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica*, Tirant lo Blanch-Instituto de la Judicatura Federal, México, 2017, ps. 37 a 58.

(82) Cfr. LARIGUET, G. - SAMAMÉ, L., “El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial” en *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica*, *ob. cit.*, ps. 81 a 103.

(83) AMAYA, A., “Virtudes y filosofía del derecho” en J. L. Fabra & E. Spector (eds.) *“Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho”*. Uni-

versidad Nacional Autónoma de México, 2015, vol.3, p. 1778.

(84) LARIGUET, G. - SAMAMÉ, L., “El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial”, *art. cit.*, p. 95.

(85) LARIGUET, G. - SAMAMÉ, L., “El papel justificatorio de la compasión en el razonamiento judicial”, *ob. cit.*, p. 81.

(86) Cfr. CALHOUN, Ch. - SALOMON, R. C., “¿Qué es una emoción?”, Fondo de Cultura Económica, 1996.

(87) NUSSBAUM, M. C., “Paisajes del pensamiento”, Paidós, 2008, p. 24.

(88) AMAYA, A., “La virtud de la humildad judicial” en *Emociones y virtudes en la argumentación jurídica*, *ob. cit.*, p. 21.

(89) *Ibidem*, p. 29.

(90) GONZÁLEZ LAGIER, D., “Emociones sin sentimentalismo

(sobre las emociones y las decisiones judiciales)”, Palestra, Lima, 2020, p. 130.

(91) *Ibidem*, p. 131.

(92) Cfr. mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, *ob. cit.*, ps. 159-226.

(93) VILLEY, M., “Método, fuentes y lenguaje jurídico”, Gherzi, Buenos Aires, 1978, p. 129.

(94) *Ibidem*, p. 174.

(95) VILLEY, M., “Compendio de Filosofía del Derecho”, EUNSA, Pamplona, 1979, t. II, p. 162.

(96) VILLEY, M., “Método, fuentes...”, *ob. cit.*, p. 118.

(97) VILLEY, M., “Los fundamentos de la escuela moderna del derecho natural”, Gherzi, Buenos Aires, 1978, p. 70.

política, de modo que cada uno reciba concretamente lo que le corresponda.

Específicamente respecto a lo que entiende por derecho, Villey brinda una caracterización “originaria”: que consiste en la buena proporción de los bienes que se reparten entre los miembros de una sociedad política, o sea, lo que le corresponde a cada uno; y otra “derivada”, que se identifica con el arte o la profesión o actividad de los juristas, en tanto ella tiene por fin determinar lo suyo de cada uno, o sea, dilucidar lo justo. En coincidencia con esa definición, rechaza Villey distintas concepciones del derecho, a saber: 1. *moralismo jurídico*: identifica el derecho con las normas, no obstante que estas no pertenecen al derecho, porque su objeto no es decir lo que le corresponde a cada uno, sino cómo se deben comportar los ciudadanos imponiéndoles modelos de vida; 2. *individualismo jurídico*: se entiende el derecho como un sistema de derechos subjetivos o poderes individuales; 3. *colectivismo jurídico*: el derecho al servicio de personas colectivas o morales, como la patria, el partido, la raza, etc.; y 4. *tecnicismo jurídico*: el derecho convertido en un mero medio al servicio de fines variados distintos al que le es propio. Destaquemos de esas teorías que rechaza Villey las dos primeras, así lo declara enfáticamente: “es falsear el derecho, confundirlo con reglas de conductas o con el derecho subjetivo” (98). El antinormativismo villeyano se apoya en considerar que la ley pertenece a la moral y no al derecho, en tanto ella define como debemos comportarnos y no lo que es justo, y así llega a recomendar dejar “a los teólogos los análisis de la conciencia, de la *sindéresis*, e inclusive de la ley natural” (99). Más aguerridamente se opone a los *derechos humanos* inventados por Occam y asumidos por la Segunda Escolástica a instancia de Francisco Suárez. En cuanto a la justicia, si bien es el fin del derecho, explica Villey que solo la justicia particular —integrada por la justicia distributiva y por la justicia conmutativa— pertenece al mundo jurídico, en tanto la justicia general o legal se remite al campo de la moral como suma de virtudes o al campo de la política que tiene por norte al bien común.

Por supuesto que Villey se reconoce como iusnaturalista en tanto privilegia ese “derecho extraído de la naturaleza”, aunque en sintonía con Aristóteles admite que en el “mundo sublunar”, donde están las cosas naturales, no hay objetos constantes sino en permanente cambio, por eso descarta el camino esencialista de definir la naturaleza humana y recomienda asumir que “no hay tanta diferencias entre las sociedades humanas (aunque ellas tengan gran diversidad) y las agrupaciones de castores o de abejas” (100), o advierte que “las obras políticas de los hombres son tan naturales como lo son los enjambres de abejas y sociedades animales” (101). No duda Villey en afirmar que “el derecho natural es un método experimental”, comparable con el método de los botánicos, y concluye: “yo no sé que haya habido jamás otro fundamento para la medida jurídica de *lo mío* y de *lo tuyo* que este común exterior, accesible a todos: este que

no ha sido fijado por la arbitrariedad ni por la Razón consciente del hombre, sino espontáneamente por la naturaleza, en cada ciudad y en cada época... De ahí trae su origen el derecho, pues antes del orden de las leyes está el orden social espontáneo” (102). Ese naturalismo ingenuo, animista y empirista villeyano se revela en sentencias como: “el derecho no es un ente de razón, creación del hombre, sino ante todo un ser real, dado por la naturaleza” (103), o “hay relaciones justas de hombres, no solo entre ellos, sino también con los animales y las cosas y todo lo que compone la Naturaleza” (104). Invocando fidelidad con Aristóteles llega a escribir: “Ninguna regla jurídica es absolutamente necesaria” (105), “el derecho es por esencia móvil” (106) y “el derecho natural es cambiante porque el hombre mismo cambia” (107).

Reconoce Villey que “el destino normal del derecho es convertirse en derecho positivo”, y ese movimiento “del estado informe, indistinto, del derecho natural a la forma de la regla escrita” constituye un progreso, el “progreso de la potencia al acto” (108). El *jus positivum* se manifiesta por excelencia en esas disposiciones escritas (*regulae iuris*) que han resultado al término de la investigación dialéctica del orden natural, y ellas se reducen a decir lo justo. En cuanto al sistema jurídico Villey no tiene inconvenientes en confesar: “No hay orden positivo... Al menos un poco de desorden... sería a lo que nos conduciría la doctrina del derecho natural” (109). Aprecia Villey apelar a Sabino, cuando explicaba que el derecho no viene de la ley, sino que la ley viene después del derecho.

Insistamos que para Villey la cuna de la filosofía y del derecho es la dialéctica, o sea un diálogo ordenado, que no recurre a axiomas ni procura conclusiones necesarias o absolutamente verdaderas y que cuenta con ciertas reglas como las siguientes: 1. *selección de jugadores*: solo participan los “que estaban dispuestos a jugar el juego de la especulación desinteresada” (110); 2. *control de autoridades*: los autores a los que se recurre no valen igual, aunque ese argumento era el más débil; 3. *posición de la causa*: el diálogo giraba en torno de un problema, que era una cosa o una realidad, y no palabras; 4. *argumentación*: no era mero barullo de opiniones, sino precisiones del lenguaje, búsqueda de lugares comunes, etc.; 5. *la verdad como finalidad común*: los interlocutores no procuraban vencerse, sino conciliar sus puntos en común y “alcanzar una verdad en común” (111); y 6. *conclusiones sujetas a revisión*: el diálogo se clausuraba, a veces, a través del maestro que lo dirigía, lográndose definir la cosa sobre la que se discutía.

Insistiendo en una heterodoxa visión de la escuela clásica, Villey afirma: “El derecho es a la vez fruto de la razón y de la voluntad: de la razón en la medida en que se deriva de la ciencia de la naturaleza; de la voluntad humana en tanto la potestad legislativa le agrega fijeza, forma escrita rígida y precisión... Lo que se agrega a los resultados del estudio de lo justo por naturaleza, para formar el derecho positivo, es en gran medida arbitrario o por lo menos no puede

darse de él una justificación racional” (112). Es que el proceso del derecho concluye con enunciados en indicativos que dicen qué es lo de una y la otra parte, y luego de la *jurisdictio* se requiere el *imperium*, o sea, la presencia de la autoridad capaz de ordenar y forzar voluntades para que el derecho efectivamente se cumpla; dicho de otra manera: los juristas se limitan a decir el derecho, y de sus proposiciones indicativas surgirán órdenes y prohibiciones a cargos de sujetos dotados de *imperium*, pero aquí ya estamos fuera del derecho e instalados en la política y su búsqueda del bien común.

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

X. John Finnis

Es Finnis el autor más difundido, destacado e influyente de la llamada Nueva Escuela Anglosajona de Derecho Natural, de la que participan varios profesores del ámbito anglosajón (Germán Grisez, Robert P. George, Josep Boyle, William May, etc.). Advirtamos también que dicha teoría adhiere explícitamente a las enseñanzas de Aristóteles y Tomás de Aquino, aunque ha generado polémicas y resistencias por parte de aquellos que pertenecen a la escuela tradicional del realismo jurídico tradicional. Esas disidencias acerca del modo de interpretar los mismos textos han sido exageradas por parte de algunos de los protagonistas, incluso el mismo Finnis confiesa en el *Postscript* de la segunda edición de su “Natural Law and Natural Rights” (2011) su desconcierto frente a autores de la tradición tomista que estimaron que dicha obra era “una capitulación ante Hume y su falacia *ser y deber ser*”. Sintéticamente, esas dos perspectivas aristotélico-tomistas se centran acerca de la relación entre metafísica y filosofía moral: la visión tradicional escoge la dependencia de la filosofía moral “del análisis metafísico de la teoría de las esencias” (113); mientras que el camino que escoge Finnis para defi-

(98) VILLEY, M., “Compendio de filosofía del derecho”, ob. cit. t. I, p. 215.

(99) VILLEY, M., “El pensamiento iusfilosófico de Aristóteles y de Santo Tomás”, Ghersi, Buenos Aires, 1981, p. 77.

(100) VILLEY, M., “Compendio de filosofía del derecho”, ob. cit., t. II, p. 135.

(101) VILLEY, M., “Método, fuentes...”, ob. cit., p. 49.

(102) VILLEY, M., “Compendio...”, ob. cit., t. II, p. 160.

(103) *Ibidem*, p. 162.

(104) VILLEY, M., “El humanismo y el derecho en ‘Los fundamentos de la escuela moderna del derecho natural’”. Ghersi, Buenos Aires, 1978, p. 79.

(105) VILLEY, M., “El pensamiento iusfilosófico...”, ob. cit., p. 81.

(106) *Ibidem*, p. 40.

(107) VILLEY, M., “Consideraciones en pro del derecho natural clásico”, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 79.

(108) VILLEY, M., “Compendio...”, t. II, p. 222.

(109) VILLEY, M., “Consideraciones...”, ob. cit., p. 112.

(110) VILLEY, M., “Compendio...”, ob. cit., t. II, p. 74.

(111) *Ibidem*, p. 76.

(112) VILLEY, M., “El pensamiento iusfilosófico...”, ob. cit., p. 44.

(113) LISSKA, A. J., “Aquino’s Theory of Natural Law. An Analytic Reconstruction”. Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 195.

nir la moral no es aquel ontológico, sino el que llama epistemológico: “Las proposiciones acerca de los bienes humanos primarios no son derivadas de proposiciones acerca de la naturaleza humana o de cualquier otra proposición de la razón especulativa; tal como lo dice el Aquinate con la máxima claridad y nunca dejó de decirlo, son *per se nota e indemonstrabilia*. Porque llegamos a conocer la naturaleza humana conociendo sus potencialidades, y conocemos estas últimas conociendo sus actividades, las que a su vez conocemos comprendiendo sus objetos —y los objetos de la *inclinatio* y *actus* característicamente humana, la voluntad, son precisamente los bienes humanos primarios... En ese sentido, el ‘*debe*’ no resulta derivado del ‘*es*’” (114).

La filosofía práctica para Finnis es “una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica” (115). Ella remite a la *premoralidad* de los primeros principios prácticos o bienes humanos básicos, y a través de la razonabilidad práctica directiva de la conducta humana se proyecta en los campos de la moral, la política y el derecho. La filosofía práctica constituye una “unidad de investigación que puede subdividirse en moral, política y jurídica, solo por una ventaja pedagógica o expositiva que se arriesga a falsear la comprensión de las tres” (116). La teoría jurídica tiene como punto de apoyo originario aquellos primeros principios de la razonabilidad práctica o “primeros principios de la ley natural que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no solo por metafísicos) son *per se nota* (evidentes) e indemostrables... No son inferidos o derivados de nada. Son inderivados (aunque no innatos)” (117). Reiteremos que esos principios *communissima* del entendimiento práctico se comprende no a través de observaciones de la naturaleza humana, “sino experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones... por un simple acto de comprensión no inferencial uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien, para uno mismo (y para otros semejantes a uno)” (118). En ese marco se comprende la conclusión finnisiana: “La acción es inmoral cuando va contra la razón” (119).

El derecho, si pretende servir al hombre y contar con validez jurídica plena, debe promover o no perjudicar esos bienes humanos básicos, pues en ellos está comprometido el “*human flourishing*”. Ellos son *premorales* en tanto se conocen aún antes del dominio completo de la razón y la libertad, y entonces la moralidad (también específicamente el derecho) aparecerá cuando el hombre con su razón y su libertad los vaya encarnando en sus concretas decisiones y accio-

nes. La nómina de aquellos propósitos, fines o bienes son siete en “Ley Natural y Derechos Naturales” (120): vida, conocimiento, juego, experiencia estética, sociabilidad, razonabilidad práctica y religión; y no hay jerarquía entre ellos, de modo que cada plan de vida puede legítimamente fijar distintas prioridades, aunque el florecimiento humano está comprometido en todos y cada uno de los bienes básicos. Cabe al respecto una aclaración terminológica muy importante, Finnis asimila razonabilidad práctica a prudencia, a la que reconoce como “virtud intelectual y moral, mediante la cual introduce el orden correcto en su persecución de todos los bienes humanos” (121), y consiguientemente, una vía para acceder al contenido de la moral. La filosofía de Finnis, en sintonía con la filosofía tradicional, recurre a conceptos analógicos, en tanto apela la teoría a identificar el tipo central en donde se visualiza lo plenamente realizado (el significado focal o *simpliciter*), de los casos que pueden ser llamados con el mismo nombre, pero que sin embargo son inmaduros o corrompidos respecto de aquél (*secundum quid*).

Yendo al derecho, Finnis insiste con algunas coincidencias importantes con el iuspositivismo, y al respecto precisa: “Tomás de Aquino (S.T.I-II, 2, q.95, a.2) trató la distinción entre derecho natural y civil como una distinción en el seno del derecho positivo (es decir dentro del derecho humanamente establecido). Algunas partes del derecho positivo son conclusiones de los principios y normas de la ley moral natural; para ellas el nombre de *ius gentium*. Las otras partes son puramente positivas, a pesar de estar vinculadas con principios morales a través de una relación inteligible e indeducible que llamó *determinatio* (concreción)” (122). Reconoce Finnis que “el derecho tiene una doble vida. Una de sus vidas es (i) su existencia como el puro hecho de que determinadas personas han hecho eso y lo otro en el pasado... La otra vida del derecho es (ii) su existencia como criterio directivo para las deliberaciones en conciencia de quienes tienen la responsabilidad de decidir (hacer justicia) según el derecho... a veces las fuentes fáctico-sociales producen normas tan viciadas desde el punto de vista moral que incluso los jueces que han jurado seguir el derecho deben rechazarlas en favor de reglas alternativas más coherentes con los principios morales (con la plena conformidad con la razón práctica) y con todas aquellas otras partes del derecho puesto que son coherentes con el principio de la moral” (123).

Admite Finnis la posibilidad de adoptar una perspectiva descriptiva, y si bien “las descripciones no se deducen de las valoraciones... sin valoraciones uno no puede determinar qué descripciones son realmente iluminadoras y significativas” (124). En el campo de la validez fáctico-social Finnis reivindica

las ocho desideratas de Fuller, pero la definición focal del derecho incluye los requerimientos de la razón, o dicho con resonancias hartianas, las reglas jurídicas son razones para la acción y buenas razones en tanto promueven los bienes básicos y el florecimiento humano. La positividad del derecho (reglas producidas) [*law has been used with a focal meaning so as to refer primarily to rules made* (125)], incluyen esos principios y normas que en las teorías del derecho natural se denomina *ius gentium* o “*ius cogens erga homnes* (literalmente “derecho que es vinculante [sin acuerdo o promulgación u otras formas de adopción] en relación con todos” o “derechos humanos fundamentales” (126).

El derecho es “el sendero común para perseguir el bien común”, pero la autoridad del derecho depende de su justicia” y el objeto de ésta es el bien común, concluyendo Finnis que “el moderno lenguaje de los derechos... expresa las exigencias de la justicia” o ellos (los derechos humanos) aportan una “expresión enfática de lo que está implícito en el término de bien común” (127). El Estado es “una comunidad organizada de forma tal que su gobierno y su ley proporcionan toda la dirección que el gobierno humano y la ley coactiva están legitimados a impartir con el fin de promover y proteger el bien común, esto es, el bien de la comunidad y, por consiguiente, el de todos sus miembros y elementos constitutivos” (128). Si bien hay distintas formas de injusticia, corresponde al respecto acudir a los “absolutos morales” defendidos por Finnis, y a los que identifica con los “derechos humanos más básicos” (129) que excluyen “el actuar contra una razón básica al elegir la destrucción o el daño de cualquier bien humano básico, en cualquiera de sus determinaciones” (130). En cuanto a la posición que asume Finnis respecto a cómo entender la fórmula “ley injusta” y qué corresponde hacer frente a la misma, nos parece que su lectura revela una perspectiva poco clara y de cierta incoherencia, aunque en sus escritos posteriores a su libro “Ley natural y derechos naturales” la opinión es que no es un derecho válido y aplicable en el supuesto de una injusticia extrema y evidente (como el derecho nazi).

El profesor oxoniense se ha ocupado específicamente de la teoría dworkiniana de la respuesta correcta y la ha rechazado en razón de “la inconmensurabilidad de los bienes y razones en las opciones alternativas disponibles para la elección moralmente significativa en cualquier contexto... La inconmensurabilidad, la ausencia de cualquier baremo racionalmente identificado para medir, o de una escala para sopesar los bienes y los males en debate, es mucho más penetrante e intensa de lo que se podría imaginar de la simple descripción dworkiniana del razonamiento jurídico, a lo largo de las dos dimensiones de adecuación o ajuste legal y solidez moral” (131).

(114) FINNIS, J., “Is and Ought in Aquinas”, *Collected Essays*, vol. I, Reason in Action, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 147. En cuanto a la falsa acusación que la ética finnisiana se desvincula de la naturaleza humana puede consultarse GEORGE, R. P., “In Defense of Natural Law”, Oxford University Press, Oxford, 2001 y MASSINI-CORREAS, C. I. “Jurisprudencia analítica y derecho natural (Análisis del pensamiento filosófico-jurídico de John Finnis)”, Marcial Pons, 2019.

(115) FINNIS, J., “Ley natural y derechos naturales”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 48.

(116) *Ibidem*, p. 386.

(117) *Ibidem*, p. 67.

(118) *Ibidem*, p. 68.

(119) FINNIS, J., “Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales”, en *Persona y Derecho*, Pamplona, 1993, nº 28.

(120) Remito a mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, ps. 281-315.

(121) FINNIS, J., “Tomás de Aquino (Teoría Moral, Política y Jurídica)”, Instituto de Estudios de la Sociedad, Santiago (Chile), 2008, p. 151.

(122) FINNIS, J., “Legal Philosophy: Roots and Recent Themes” en *Collected Essays*, Philosophy of Law, Oxford University Press, Oxford, 2011, vol. IV, p. 162.

(123) FINNIS, J., “Propter honoris respectum. On the Incoherence of Legal Positivism”, *Law Review*, Notre Dame, 2000, 75, p. 1601.

(124) FINNIS, J., “Ley Natural...”, *ob. cit.*, p. 52.

(125) FINNIS, J., “Natural Law and Natural Rights”, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 276.

(126) FINNIS, J., “Natural Law Theories” en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Fall, 2011, Edition, Zalta E. N. (ed.).

(127) FINNIS, J., “Ley Natural...”, *ob. cit.*, p. 243.

(128) FINNIS, J., “Tomás de Aquino...”, *ob. cit.*, p. 284.

(129) FINNIS, J., “Derecho Natural y Razonamiento Jurídico” en *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2017, p. 158.

(130) *Ibidem*, p. 156.

(131) *Ibidem*, p. 153.

Finnis comparte con Dworkin que el derecho incluye una dimensión de “ajuste” o coherencia, aunque el rótulo que utiliza es el de técnica, cultural o *poiética*, y también una dimensión de “rectitud”, aunque prefiera Finnis hablar de moral, política o de bienes humanos. En ese marco un caso es “difícil” cuando hay más de una respuesta jurídica derivable del sistema jurídico y cuando las respuestas disponibles pueden ser ordenadas de manera diferente con base en criterios de evaluación distintos, de ahí el contraste que puede encontrar el jurista entre respuestas preferibles según una u otra dimensión. Aquí hay que traer a colación la visión finnisiana acerca de la autoridad política y el derecho que ella determine como tal. La sociedad necesita de la autoridad (“es un bien”) no solo por el egoísmo o malicia humana, sino para resolver los problemas de interacción y coordinación y así procurar el bien común, y por esa vía concluye que el significado focal de autoridad se asimila a “razón excluyente”, o sea “una razón para juzgar o actuar cuando no hay o al menos no se comprenden otras razones para juzgar u obrar así; o para juzgar o actuar así desatendiendo al menos algunas razones que son comprendidas y relevantes y que, en ausencia de la razón excluyente, habrían sido suficientes para justificar proceder de alguna otra manera” (132). En sintonía con lo señalado recordemos los reparos que pone Finnis para admitir que la ley injusta no es derecho, afirmando que “no sirve para pensar con claridad, ni para ningún fin práctico bueno, oscurecer la positividad del derecho negando esa obligatoriedad jurídica” (133). Con base en esos antecedentes y respecto al razonamiento judicial, Finnis concluye respecto de las fuentes autoritativas de derecho: “Tales fuentes, en tanto son claras y respetan los pocos derechos y deberes morales absolutos, tienen que ser respetadas como las únicas bases razonables para el razonamiento y decisión judicial... Una teoría del derecho natural de la tradición clásica no pretende que la razón natural puede identificar la respuesta correcta a las incontables preguntas que surgen para el juez cuando encuentra las fuentes poco claras. Desde el punto de vista clásico, expresado por Tomás de Aquino con una clara deuda hacia Aristóteles, hay muchas formas de andar mal y actuar mal; pero en muchas, tal vez en la mayoría de las situaciones de la vida personal y social, hay un buen número de opciones correctas (es decir no malas) incompatibles” (134).

Si bien hay varias respuestas correctas, es muy importante advertir y reiterar el límite que le pone Finnis a las mismas. Se trata de su teoría de los “absolutos morales” (135) que son una pieza medular del razonamiento jurídico, en tanto ellos marcan un límite a las elecciones con relevancia moral y jurídica. En efecto, la razón rechaza todo acto que de suyo no hace más que dañar o impedir la realización o participación en un bien humano básico, de ahí el fundamento para sostener la inviolabilidad de los derechos humanos básicos. Hay algunos casos fáciles con respuesta correcta, aunque lo frecuente es que los casos son difíciles en cuanto hay un margen para respuestas correctas.

Se hace cargo Finnis del riesgo que “Una descripción de las razones básicas para la acción no debería

ser racionalista” (136), y por ello el pensamiento moral que es “racional en su máxima extensión, que integra las emociones y los sentimientos” (137). Recordemos la clásica definición de *ley* que se lee en Aquino como “ordenación racional”, pero ello no implica la ausencia de la voluntad, pues, conocida es la descripción tomista de la estructura del acto humano en donde se identifican hasta catorce actos atribuidos a la inteligencia (razón) y a la voluntad, agrupados en tres momentos sucesivos: actos relacionados con el fin, los relacionados con los medios y los correspondientes a la ejecución del acto. Sintéticamente, el entendimiento mueve a la voluntad poniéndole el fin, determinando su objeto que es un bien particular, y la voluntad puede mover el entendimiento para que se aboque a su objeto, pues se requiere de ambos, dado que ni el entendimiento “quiere”, ni la voluntad “conoce” o entiende. Frente al cuadro descripto Finnis se ocupa de las emociones y recuerda la metáfora de Aquino en la que asimila el gobierno de la razón sobre ellas a la figura de un gobierno limitado en donde la gente libre puede oponerse a las órdenes que imparta el mismo. Es que las emociones pueden resistir el control de la razón, pero también reforzarla en orden al bien conocido y querido; ellas son “inherentemente buenas, naturales y deseables” (138). Aduce Finnis que “Tomás de Aquino repudia constantemente el ideal de una acción racional desapasionada o carente de emoción” (139), y “la buena emoción (*passio*), cuando sigue al juicio de la razón, acrecienta el mérito” (140).

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

XI. Balance conclusivo

Hemos analizado precedentemente las diez respuestas teóricas acerca de la pregunta inicial de si hay una respuesta correcta para cada caso jurídico, a las que anexamos ciertas tesis que complementan

y esclarecen la respectiva posición. En este punto, y antes de fijar nuestra postura, querríamos hacer una especie de balance de aquellas propuestas en orden a subrayar aspectos en los que coincidimos o rechazamos. Insistamos en que nuestra lectura crítica remite a una teoría jurídica no positiva de raigambre aristotélica-tomista.

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

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

(132) FINNIS, J., “Ley Natural...”, ob. cit., p. 263.

(133) *Ibidem*, p. 384.

(134) FINNIS, J., “Derecho Natural y Razonamiento Jurídico” art. cit., p. 163.

(135) Cfr. FINNIS, J., “Aristóteles, Tomás de Aquino y los absolutos morales” en *Estudios de Teoría del Derecho Natural*, ob. cit.

(136) FINNIS, J., “Derecho Natural y Razonamiento Jurídico”, art. cit., p. 136.

(137) *Ibidem*, p. 139.

(138) FINNIS, J., “Tomás de Aquino...”, ob. cit., p. 94.

(139) *Ibidem*, p. 95.

(140) *Ibidem*.

la sociedad y puede ser particularmente beneficioso para la buena vida social.

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

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

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

ta, que habilite una razón práctica capaz de alcanzar juicios morales objetivos; resultando confuso y difícil de compatibilizar con el resto de su teoría la tesis del contenido mínimo de derecho natural (141).

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

La teoría aretaica nos genera muchas simpatías, en tanto supone una visión antropológica que recupera la presencia de las emociones y los hábitos sobre las capacidades humanas posibilitados por la razón práctica (142). No obstante, esa importante coincidencia, estimamos que dicha visión puede llegar a debilitar la dimensión institucional y autoritativa del derecho. Compartimos que la cultura jurídica continental europea ha prescindido en general del aporte que puede hacer el hombre virtuoso en aras del mejor derecho, y apuesta a que la pieza clave a esos fines proviene de la ciencia jurídica. Estos excesos de juridicismo y cientificismo no pueden compensarse por confiar exclusivamente en las posibilidades epistemológicas y decisionales proporcionadas por las virtudes, sin perjuicio de las contribuciones que éstas pueden hacer. No cabe dar la espalda a exigencias formales y procedimentales que pueden aportar a la elección de la mejor respuesta jurídica o a evitar errores en su elección. La más elemental exigencia de seguridad jurídica y la capacidad del derecho de ser guía para las conductas se pone en crisis, si a las partes procesales solo les queda confiar en que los jueces virtuosos acertarán al momento de escoger la respuesta jurídica.

Si bien nos hemos ocupado de hacer explícitamente un balance crítico de la teoría de Alexy (143), podríamos a continuación enumerar tesis que alentamos: i) el no positivismo jurídico que no rechaza toda injusticia, sino solo aquella de una magnitud significativa, como la violación grave y evidente de los derechos humanos; ii) la defensa de la fórmula de Radbruch contraargumentando con relación a la misma, nos parece una defensa del no positivismo

que va más allá del peculiar modo en que lo es Alexy; iii) la franca rehabilitación de la razón práctica, si bien marcadamente procedimental a tenor de la ética dialógica habermasiana; iv) que el mejor derecho es el que contiene reglas y principios, en tanto estos auxilian a resolver problemas que aquellas suscitan; v) confiar en la razón para superar los problemas derivados del conflicto entre principios; v) la respuesta correcta como “idea regulativa” supone un mayor realismo respecto de la posición dworkiniana; y vi) la teoría interpretativa de reglas y principios como el elemento dinámico e integrativo de todo sistema jurídico. Aun cuando suscribimos muchas de esas tesis, lo hacemos desde presupuestos propios de la filosofía clásica y, en consecuencia, nuestra racionalidad práctica es también sustancial, y la mirada antropológica integral incluye en la conducción del comportamiento humano a la voluntad y a las emociones. Asimismo, estamos lejos de matematizar la ponderación de principios, y asignamos un papel importante en la argumentación jurídica a la retórica y a los razonamientos dialécticos. Un presupuesto inicial de nuestra filosofía es confiar en la posibilidad de conocer a las cosas, asumiendo que los sentidos nos proveen un conocimiento que posibilitará el conocimiento general o universal. Incluimos igualmente un reconocimiento a las virtudes que acompañan al jurista, en tanto ellas posibilitan una mayor posibilidad en acertar en la corrección de la solución. Estamos distantes de considerar los derechos humanos como presupuestos éticos del dialogo racional, y nuestro realismo jurídico clásico los remite a los bienes humanos básicos finisianamente entendidos.

En cuanto a Villey nos remitimos a los estudios críticos que hicimos sobre su obra y que hemos mencionado. No dejemos de consignar que ambos nos reconocemos adscriptos a la filosofía aristotélica-tomista, aunque hemos señalado que no compartimos el estilo combativo y maniqueo de hacer iusfilosofía, como así también una actitud intrínsecamente cronofóbica de criticar básicamente cualquier propuesta que haya surgido en tiempos de la modernidad, y esta hostilidad no solo se manifiesta en el campo de la filosofía y el derecho (contra la segunda escolástica y la codificación), sino que llega hasta las matemáticas escogiendo las griegas frente a las contemporáneas, que califica de “áridas”. Por el contrario, seguimos pensando que hay que ser más amigos de la verdad que de los amigos, y que el argumento de autoridad (incluido Aristóteles o Aquino) no garantiza infalibilidad. En el terreno específico de la teoría jurídica subrayaría los siguientes reparos más importantes: i) la mirada crítica de los derechos humanos entendiéndolos en la clave decimonónica en que fueron formulados; ii) abundantes referencias que dan pie a sostener que el saber jurídico es “teórico”, en tanto define lo suyo de cada uno, y que no es “práctico”, dado que el objeto de éste es prescribir conductas; iii) una separación radical entre el derecho y la política, afirmando que esta, y no aquel, se encarga de procurar el bien común; iv) en el saber jurídico villeyano no alcanzamos a reconocer la presencia de la ciencia jurídica; v) las referencias al derecho natural generan la impresión de una especie de empirismo en donde no caben juicios racionales críticos; y vi) su rechazo a la ley en cuanto a fuente del derecho. En cuanto a nuestras adhesiones: i) la reivindicación villeyana por el método dialógico como camino para identificar el derecho; ii) la centralidad de la realidad en orden a saber lo que era de cada uno; iii) el decisivo papel de los juristas en las definiciones jurídicas; y iv) la insistencia en reclamar que se reconozca a la

(141) Cfr. mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, ob. cit., ps.55 a 89.

(142) Cfr. nuestro libro “La reconciliación del derecho con la razón y las emociones”, Palestra, Lima, 2022.

(143) Cfr. mis libros “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, ob. cit. e “Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, Ed. Porrúa, México, 2016.

filosofía jurídica como un camino imprescindible en la formación del jurista.

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

XII. Conclusiones personales

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

XII.1. ¿Casos fáciles?

Tenemos la impresión de que existe una generalizada opinión en nuestra cultura jurídica (especialmente la que se enseña en las Facultades de Derecho) sobre que el derecho habla con una voz unívoca, de modo que le corresponde al juez descubrir una respuesta jurídica correcta que está contenida en el derecho vigente y válido. En buena medida en las ciencias jurídicas o dogmáticas predomina aún esa distinción tajante entre creación del derecho encomendada al legislador y la aplicación del derecho a cargo de los jueces. Se trata de una tesis que abona en favor de una mirada ingenua sobre el derecho y la autoridad que lo genera, que termina fortaleciéndolos como piezas de un sistema que aporta la suposición de que hay respuestas claras y anticipadas a los problemas jurídicos que inevitablemente acompañan la vida social. La aspiración a la seguridad jurídica, asimilada a la posibilidad de conocer anticipadamente las consecuencias jurídicas de nuestros comportamientos positivos o negativos, luce como una pretensión racional que permite definir nuestro proyecto de vida y los criterios más concretos para manejar la libertad de elegir entre las opciones que se nos van presentando. Una conducción racional de nuestra vida debe computar al derecho y sus deberes, y por ello requerimos que se pueda llegar a conocerlos anticipadamente. Es obvio que en el derecho continental europeo a partir del proceso de codificación se potenció esa confianza en respuestas jurídicas claras anticipadas y en la referi-

da distinción entre *creación* y *aplicación* del derecho. Incluso la teoría jurídica dworkiniana con su “*one right answer*” va a ser funcional a aquella aspiración de un derecho que tiene respuestas jurídicas claras y accesibles a las dudas que puede generarse entre la ciudadanía.

Por supuesto que compartimos la aspiración a contar con un derecho que brinde seguridad jurídica, pero lo que quisiéramos alertar a continuación es en no incurrir en una opinión ficticia al respecto. Hace varios años escribimos sobre la seguridad jurídica (144) y estimamos que podríamos distinguir hasta cinco teorías centrales: i) los escépticos que rechazan los valores en tanto no hay posibilidad de conocerlos (Kelsen); ii) los que proclaman a la seguridad jurídica como el valor constitutivo y suficiente para la existencia del derecho (Bentham); iii) los que incluyen a la seguridad jurídica junto a otros valores, sin problematizar su respectiva presencia o ausencia en aquello que pretende ser derecho (García Maynez); y iv) por nuestra parte sosteníamos que la seguridad jurídica es un valor adjetivo al derecho, siendo su valor sustantivo o constitutivo la *justicia*. La realidad impone estar advertido acerca de las dificultades o imposibilidad que corresponde enfrentar en orden a verificar casos fáciles, respecto de los cuales cabe obtener un conocimiento anticipado de las respuestas jurídicas. Sin embargo, pesa aún con fuerza la decimonónica y exitosa teoría de las fuentes del derecho (145) que consagró el *Code* napoleónico centrada en la ley y subsidiariamente en la costumbre interpretativa y supletoria (con expreso rechazo de la derogatoria). Los jueces como “boca de la ley” nada nuevo aportaban al derecho, de ahí la escasa atención académica sobre la jurisprudencia, e incluso la resistencia que generaba la inclusión de ella entre las fuentes del derecho. En sintonía con esa visión surgieron y se impusieron tesis poco realistas o muy polémicas, así por ejemplo: i) la negación directa de la creación judicial del derecho; ii) que solo obligaban los criterios jurídicos de una jurisprudencia cuando se la reiteraba cierto número de veces; iii) dado el rechazo de una teoría estricta del precedente, el juez quedaba habilitado a tratar desigualmente a lo que era igual o suficientemente parecido; iv) el recurso de casación fundado en la posibilidad de deslindar sin dificultad la cuestiones de derecho de las fácticas; etc.

Por supuesto que el surgimiento en Europa continental del Estado de Derecho Constitucional durante la segunda mitad del siglo XX supuso una nueva realidad del derecho, del Estado y las teorías encargadas de proveer el aparato conceptual idóneo para comprenderlo y operarlo. Remitiéndonos a esa nueva matriz (146), parece bastante evidente que no es realista pensar que lo habitual en el derecho es la existencia de “casos fáciles”, en tanto juristas razonables y competentes pueden conocer las respuestas que el derecho brinda a los mismos. Lo cierto es que lo que merece ser atendido y resuelto por un juez es un caso con una solución seguramente discutible, y, precisamente, la intervención judicial, se justifica en orden a esclarecer las dudas al respecto. Si fuera verdad que la gran mayoría de los casos jurídicos cuentan con “una” respuesta jurídica clara a la pregunta objeto del proceso, ello debería generar una enorme

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

En conclusión, la regla que podríamos proponer es que el que aplica derecho algo siempre crea para el mismo; y ese trabajo exige habitualmente elegir de entre las respuestas que están presentes en el derecho vigente y válido. Insistamos que la posibilidad de creación puede variar, y ser mayor o menor a tenor, insistamos, del caso mismo, del marco institucional, de las circunstancias de la sociedad en cuestión y de la ética del juzgador. En orden a esa dimensión creativa del jurista, recordemos que Finnis alude a los dos modos indicados por Aquino de derivar la ley humana o positiva desde la ley natural: “conclusión” (exigencias que se conocían por el derecho natural y que el positivo reitera, por eso el *ius cogens* puede llamarse positivo *secundum quid*), y “determinación” (exigencias que se crean por el derecho que pone la autoridad y que por ello se denomina *positivo* en sentido estricto); y el profesor oxoniense en ese punto debilita la vía de la conclusión en tanto el legislador (vale también *mutatis mutandi* para toda autoridad con competencia jurígena, como la administrativa y la judicial) “más que aplicar o ratificar determinados principios o reglas de razón, construye determinaciones” y la “elección razonable de tales reglas está en alguna medida guiada por las circunstancias de una sociedad particular” (147).

En un rápido conteo de factores que dificultan o impiden la presunción acerca de los “casos fáciles” y crecientemente cada vez más visibles en los tiempos del EDC, reiteremos o señalemos sin pretensión de exhaustividad: i) los problemas suscitados por las normas (indeterminaciones o imprecisiones en los supuestos fácticos o en las consecuencias jurídicas de las regulaciones, antinomias o contradicciones normativas, lagunas necesitadas de integración y casos especiales en donde la aplicación de la norma que los regula suscita una solución grave y manifiestamente disvaliosa axiológicamente); ii) la presencia activa en el derecho de principios que posibilitan la derivación de una pluralidad de respuestas jurídicas que están

(144) Mi artículo “Aproximaciones a la Seguridad Jurídica” publicado en *Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III, Año III, n°6, febrero 1998.

(145) Cfr. el libro que escribimos con AGUILÓ REGLA, Josep,

“Fuentes del Derecho: dos visiones”, Astrea, Buenos Aires, 2018.

(146) Cfr. Mi libro “El Estado de Derecho Constitucional y Democrático”, CEP, Quito, 2020, segunda edición.

(147) FINNIS, J., “Ley natural y derechos naturales”, ob. cit., p. 313.

contenidas en los mismos en potencia; iii) los cambios institucionales en el Estado en cuestión (creación de nuevos órganos con competencia jurígena o cambios de esas facultades en los existentes, renovación de los integrantes de esos órganos, etc.); iv) sustitución en las regulaciones jurídicas existentes; v) la ética del juzgador que de pronto puede impulsarlo a elegir respuestas jurídicas por razones de interés o conveniencia personal; vi) el *ethos* de la sociedad que termina exigiendo cambios en el derecho que se ajusten a ese nuevo clima cultural; vii) el tiempo que impacta negativamente en las consecuencias que originariamente se estimaban positivas; viii) la capacidad de los juristas que actúan en los procesos que pueden introducir planteos que exijan renovación de las respuestas jurídicas consolidadas; ix) “desbordamiento en las fuentes del derecho” debilitando la soberanía jurígena de los poderes tradicionales del Estado en aras de la sociedad civil y el derecho comparado; etc.

XII.2. El marco teórico escogido

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

Recordemos que la referida escuela del *realismo jurídico* clásico deriva su nombre de considerar el derecho como algo exterior, como la *ipsa res iusta*, según la clásica definición del Aquinate “*ius est res*”; el derecho es una “cosa” exterior o algo reducible a ello como una obra (*opus*) o un acto (*actio*). Insistamos con Hervada: “la cosa debida es lo que llamamos derecho (en sentido realista), el cual nace del título y tiene una medida. Pues, bien, por razón del origen del título y de la medida, el derecho —o cosa justa— se ha dividido desde tiempos antiguos en *ius o iustum naturale* (derecho natural) y *ius o iustum positivum* (derecho positivo). El primero procede de la naturaleza, el segundo proviene del concierto y la voluntad de los hombres” (148).

Estimamos que no es necesario, a tenor del objeto del presente artículo, adentrarnos en la polémica

abierta en las últimas décadas dentro de los que se reconocen adscriptos académicamente a la filosofía clásica inspirada en las enseñanzas de Aristóteles y Aquino. Aludimos centralmente a aquellos que mantienen una tradicional visión en tanto insisten que la filosofía del derecho empieza en la metafísica o la antropología y solo conociendo el “ser” humano es posible conocer cómo debe comportarse en la vida en general y en el ámbito social, político y jurídico (G. Kalinowski, R. Hittinger, R. McInerney, H. Veatch, A. J. Lisska, etc.); y, por el otro, la llamada *new natural law theory* donde la figura más difundida es J. Finnis (también G. Grisez, R. P. George, J. Boyle, etc.), que escoge una vía epistemológica (no ontológica) fundada en la razón práctica y los bienes humanos básicos “que son los objetos de nuestra voluntad, i.e., que son nuestras razones básicas para la acción y para dar razón a todo aquello que se puede, de modo inteligente, tener interés en elegir” (149). Compartimos la opinión de Carlos I. Massini (150), entre otros, que se ha exagerado aquella división teórica y mal interpretado la propuesta de Finnis, en tanto este también remite a la naturaleza humana.

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

XII.2.a. Sin duda que Finnis es uno de los autores iusnaturalistas que más ha insistido en subrayar la relevancia de la razón práctica en orden a guiar en general nuestra conducta personal y social, y en particular la conducta jurídica: “Una ciencia o teoría es práctica en el sentido más pleno si ella es acerca de y dirigida hacia aquello que es bueno hacer, tener, obtener y ser... en vista de objetos, fines-bienes que proveen razones para obrar y otorgan sentido a la vida individual o grupal como un todo abierto a fines” (151); y “El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad... El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano en estar fuera del orden de la razonabilidad... para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo a la naturaleza humana, sino qué es razonable” (152). En el mismo sentido Olgatti: “El derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectan rationem*” (153). En definitiva, nuestra convicción (Kalinowski) es que el analogado primario (o significado focal) donde se ve el derecho es en la conducta discernida racionalmente que le otorga o no le priva al otro de lo que le corresponde; y en este reconocimiento de lo suyo del otro, hay suyos atribuidos debido a su condición humana y suyos dispuestos autoritativamente o voluntariamente (154). Esa práctica social racional autoritativa en la que consiste el derecho tiene por fin lograr la mejor vida social posible (bien común político) (155).

Dada esa relevancia que se le reconoce a la razón y la correspondiente conducción de ciertas conductas sociales para el bien común, podemos coincidir con aquellos (como Finnis) que dudan sobre el rótulo de iusnaturalismo, porque puede asociarse kantianamente a pensar el derecho como dos mundos paralelos (el natural y el positivo), y también por las discusiones sobre la caracterización de la “naturaleza” y una fácil conexión con una cierta y completa inmutabilidad histórica. Advierte Finnis que fue Aquino el que propone que todo el derecho de una comunidad política pueda ser considerado como derecho positivo (156), precisando (S.T.I-II, q.95, a.2) acerca del “derecho natural y civil como una distinción en el seno del derecho positivo (es decir, dentro del derecho humanamente establecido)” (157). Hervada ha ratificado que “el derecho natural y el derecho positivo se integran en un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo” (158), y esa unidad descansa en tres factores: i) el derecho positivo se inscribe en el plano de los medios que la prudencia jurídica va estableciendo para los fines o bienes inscriptos en la naturaleza humana; ii) la potestad de dar normas positivas y la capacidad de compromisos y pactos remite al orden social natural y al derecho natural; y iii) las relaciones jurídicas básicas naturales y fundamentales necesitan del complemento y adaptación que posibilita el derecho positivo. Cotta ha llegado a identificar el derecho natural con el “derecho positivo vigente” en tanto este se justifique en la coexistencia humana. Por nuestra parte, hemos asimilado al derecho natural con el derecho positivo plenamente válido o justificado racionalmente (159), dado que el juicio de validez jurídica referido a una regla implica avalarla o justificarla en términos racionales, declarando su existencia en el derecho y la necesidad de observarla o aplicarla.

XII.2.b. Destaquemos que esa racionalidad, que es matriz del derecho, conlleva exigencias sustanciales (los bienes humanos básicos) y exigencias formales o procedimentales. Para que exista el derecho se requiere (Finnis) la presencia de las ocho desideratas de Fuller en su libro “*The Morality of Law*” (generalidad, promulgación, irretroactividad, claridad, no contradicción, cumplimiento posible, estabilidad y congruencia entre la acción oficial y lo prescripto jurídicamente), pero además la validez reconoce una dimensión intrasistemática o jurídica y otra validez u obligatoriedad moral, las que comprometen la validez integral de la ley. Los derechos humanos son la respuesta del derecho en orden a proteger y promover los bienes humanos básicos de los que habla Finnis.

XII.2.c. En el marco cuatripartito de la ley en Aquino, es para Finnis la ley humana el focal *meaning* de la ley; pues no hay estrictamente derecho sin sociedad y política. Ese derecho se lo “pone” por medio de normas, principios e instituciones, aunque el proceso de “determinación” es el camino normal de derivación

(148) HERVADA, J., “Introducción crítica al derecho natural”, EUNSA, Pamplona, 1981, p. 79.

(149) FINNIS, J., “*Collected Essays*”, Oxford University Press, Oxford, 2011, vol. I, p. 205.

(150) MASSINI-CORREAS, C. I., “*Jurisprudencia analítica y derecho natural - Análisis del pensamiento filosófico jurídico de John Finnis*”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2019.

(151) FINNIS, J., “*Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*”, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 41.

(152) FINNIS, J., “*Ley Natural y Derechos Naturales*”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 69.

(153) OLGATTI, F., “El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino”, EUNSA, Pamplona, 1977, p. 339.

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

(155) Cfr. mi libro “*Las causas del derecho*”, Prólogo de Georges Kalinowski, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, segunda edición.

(156) Cfr. FINNIS, J., “*The Truth un Legal Positivism*” en GEORGE, R. (ed.) “*The Autonomy of Law*”, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 195.

(157) FINNIS, J., “*Legal Philosophy: Roots and Recent Themes*” en *Finnis J. Collected Essays, Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, vol. IV, p. 159.

(158) HERVADA, J., “Introducción crítica al derecho natural”, ob. cit., p. 176.

(159) Cfr. el capítulo XIII “Un concepto de validez jurídica funcional para el *rule of law*” en mi libro “*La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*”, Tirant lo Blanch-Institu-

de la ley o el derecho natural. La ley humana no exige todo lo que está bien, ni prohíbe todo lo que está mal, sino aquello que es más relevante para el buen vivir en sociedad. Las reglas jurídicas son razones para la acción, y específicamente buenas (morales) razones, de ahí que promulgada la ley se genera una obligación moral *prima facie* de respetarla.

XII.2.d. La razón práctica cuenta con distintos niveles; desde el primer principio autoevidente que “el bien ha de hacerse y el mal evitarse” junto a otros principios próximos al mismo. Pero aquella razón práctica tiene por materia la conducta humana a la que procura dirigir con máxima generalidad, pero también aquella absolutamente circunstanciada (prudencial) en donde se acrecienta la posibilidad de equivocación. Así advierte el Aquinate: “La razón práctica se ocupa de cosas contingentes, que son el ámbito de las acciones humanas, y por eso, aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tantos más defectos encontramos...; respecto de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es idéntica en todos los hombres ni, en aquellos en los que es, igualmente conocida” (S.T.I.-II, q.94, a.4).

XII.2.e. La filosofía jurídica finnisiana está muy lejos de incurrir en juridicismo, la razón práctica es inescindiblemente moral, política y jurídica, aunque cabe los distingos entre esas dimensiones. Incluso nos gustaría destacar, que el profesor oxoniense precisa: “Una descripción de las razones básicas para la acción no debería ser racionalista” (160), y por ello el pensamiento moral que es “racional en su máxima extensión, que integra las emociones y los sentimientos” (161). El entendimiento mueve a la voluntad proponiéndole el fin, determinando su objeto que es un bien particular, y la voluntad puede mover el entendimiento para que se aboque a su objeto, pues se requiere de ambos, dado que ni el entendimiento ‘quiere’, ni la voluntad ‘conoce’ o entiende. Frente al cuadro descripto Finnis se ocupa de las emociones y recuerda la metáfora de Aquino en la que asimila el gobierno de la razón sobre ellas a la figura de un gobierno limitado en donde la gente libre puede oponerse a las órdenes que imparta el mismo. Es que las emociones pueden resistir el control de la razón, pero también reforzarla en orden al bien conocido y querido; ellas son “inherentemente buenas, naturales y deseables” (162). Aduce Finnis que “Tomás de Aquino repudia constantemente el ideal de una acción racional desapasionada o carente de emoción” (163), y “la buena emoción (*passio*), cuando sigue al juicio de la razón, acrecienta el mérito” (164).

XII.2.f. Especialmente en la obra “Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica”, Finnis dedica un detallado estudio a la prudencia y al resto de las virtudes confesando: “Tomás de Aquino reflexionó sobre la estructura interna de la deliberación y la elección más cuidadosamente, al parecer, que nadie antes, y casi nadie después, de él. Su análisis del juego

recíproco entre la razón y la voluntad, entre la comprensión y la capacidad de respuesta, en dicho proceso estructurado, es uno de los logros teóricos más originales” (165), incluso reproduce la estructura del acto humano en donde cada uno de los siete actos de la razón (comenzando en la intelección de los fines/bienes básicos) son proseguídos por otros siete de la voluntad (culmina en el disfrute del fin alcanzado). Reiteramos también del profesor de Oxford cuando luego de descartar que la teoría moral de Aquino sea excesivamente racionalista, recupera su idea de un gobierno limitado de la razón sobre las emociones (166), y llegue a afirmar que estas “son inherentemente buenas, naturales y deseables” (167) en tanto “Tomás de Aquino repudia constantemente el ideal de una acción racional desapasionada o carente de emoción” (168) y “la buena emoción cuando sigue el juicio de la razón, acrecienta el mérito” (169).

XII.2.g. En cuanto al tema central del presente (170), compartimos también de Finnis su opinión contraria a la propuesta dworkiniana de la respuesta correcta: “Una teoría del derecho natural de la tradición clásica no pretende que la razón natural puede identificar la respuesta correcta a las incontables preguntas que surgen para el juez cuando encuentra las fuentes poco claras. Desde el punto de vista clásico, expresado por Tomás de Aquino con una clara deuda hacia Aristóteles, hay muchas formas de andar mal y actuar mal; pero en muchas, tal vez en la mayoría de las situaciones de la vida personal y social, hay un buen número de opciones correctas (es decir no malas) incompatibles” (171). Si bien puede haber varias respuestas correctas, es muy importante advertir y reiterar el límite que le pone Finnis a las mismas. Se trata de su teoría de los “absolutos morales” (172) que son una pieza medular del razonamiento jurídico, en tanto ellos marcan un límite negativo a las elecciones con relevancia moral y jurídica.

XII.3. Tesis y temas para desarrollar

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

XII.3.a. Argumentación jurídica

Al menos en el ámbito del derecho continental europeo y del EDL, se nos ha enseñado que el trabajo del jurista (por antonomasia del juez) se realiza por medio de la “interpretación” y los “métodos” respectivos, que son los caminos que conducen a descubrir el significado de la norma en donde se subsumirá el caso. El EDC ha implicado grandes cambios en el derecho con la *constitución* convertida en fuente directa del derecho, la emigración al interior del derecho de la moral racional contenida en los derechos humanos y la aparición de los tribunales constitucionales con

competencia de controlar la validez o existencia jurídica de toda norma (incluida la ley). En ese marco, el trabajo del jurista ha cambiado significativamente y el nuevo nombre que se ha ido consolidando es el de “argumentación jurídica” (en donde podría reconocerse a la “interpretación” dentro de ella, con el objeto de esclarecer el significado normativo de textos), en tanto aquel consiste en un razonamiento donde las premisas se van conectando conforme a las reglas de la lógica (justificación interna), pero se requiere que esos juicios cuenten con argumentos que los respalden, justifiquen o motiven (justificación externa). La argumentación jurídica ha generado un nuevo aparato conceptual y problemas que eran desconocidos cuando se confiaba en la interpretación jurídica como desentrañamiento del significado del texto normativo.

XII.3.b. Prudencia y virtudes

Aludimos arriba a nuestro respaldo a las consideraciones hechas por Finnis en torno a la prudencia, voluntad y emociones especialmente en su libro “Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica”, pero nos gustaría hacer al menos tres observaciones al planteo de Finnis: i) no nos parece apropiado asimilar “prudencia” con “razonabilidad práctica” (173), dado que esta también puede formular reglas generales o universales, además de conducir los actos absolutamente singulares y personalísimo; ii) alentamos un estudio particularizado de las emociones (174) o pasiones como actos afectivo-sensitivos (no actos de conocimiento ni volitivos) que nacen del amor al bien y que tienden a la unión con el bien amado, siendo el amor la “pasión principalísima” (Aquino) (175); y iii) alentariamos un tratamiento particularizado del sentido interno de la cogitativa en tanto sujeto psíquico secundario de la prudencia (el primario es la razón práctica) y posibilitador de juzgar éticamente los actos particulares que se dan en la experiencia (176).

XII.3.c. Lógica jurídica

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

to de la Judicatura Federal, México, 2017.

(160) FINNIS, J., “Derecho Natural y Razonamiento Jurídico”, art. cit., p. 136.

(161) *Ibidem*, p. 139.

(162) FINNIS, J., “Tomás de Aquino...”, ob. cit., p. 94.

(163) *Ibidem*, p. 95.

(164) *Ibidem*.

(165) FINNIS, J., “Tomás de Aquino...”, ob. cit., p. 78.

(166) *Ibidem*, p. 91.

(167) *Ibidem*, p. 94.

(168) *Ibidem*, p. 95.

(169) *Ibidem*.

(170) Cfr. mi artículo “¿Hay una respuesta correcta para cada caso jurídico? Dworkin versus Finnis”, *Revista Jurídica Austral*, Buenos Aires, 2021, vol. 2, n° 2, ps. 629-637.

(171) FINNIS, J., “Derecho Natural y Razonamiento Jurídico”, art. cit., p. 163.

(172) Cfr. FINNIS, J., “Aristóteles, Tomás de Aquino y los absolutos

morales”, en *Persona y Derecho*, Pamplona, n° 28, 1993 y FINNIS, J., “Absolutos morales”. EIUNSA, Barcelona, 1992.

(173) *Ibidem*, p. 107.

(174) Cfr. Nuestro libro “La reconciliación del derecho con la razón y las emociones”, Palestra, Lima, 2022.

(175) “El placer no es otra cosa que la quietud del apetito en el bien”, dice Aquino en S.T.I-II, q.11, a.6.

(176) Cfr. RAMÍREZ, S., “La prudencia”, Ed. Palabra, Madrid, 1978, ps.44 a 51.

las normas primarias y secundarias” (177). Asimismo, se reconoce a Kalinowski como uno de los fundadores de la lógica deóntica a comienzos de la década de 1950, habiendo reclamado su estudio “en particular por los moralistas y los juristas y, en general, por todos aquellos que tienen que inferir a partir de normas o que las estudian desde cualquier punto de vista” (178). En relación con lo señalado me gustaría insistir en la necesidad que los juristas estudien la retórica (lógica material o no formal), tanto la antigua (Aristóteles, Cicerón y Quintiliano), como la nueva (Perelman), a los fines de que los argumentos que se esgriman para justificar sobre todo las premisas verosímiles o plausibles lo hagan de la manera más persuasiva posible (179).

XII.3.d. Principios jurídicos

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

XII.3.e. Ponderación

El tratamiento y operatividad de los principios y su diferencia con las normas es un tema que ha sido analizado de manera muy diferente en el marco del *civil law* respecto al *common law*. Es que en el mundo anglosajón nunca estuvo vigente el EDL y su pretensión de reducir el derecho a un sistema de normas y jueces, construyendo silogismos mediante la subsunción de casos individuales en los genéricos previstos en aquellas. Funcionalmente los principios son derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia desde los cuales los jueces derivan creativamente respuestas para los casos a resolver, y los derechos humanos constituyen esa juridicidad indisponible o necesaria, de modo que su violación grave y manifiesta es racionalmente incompatible con la existencia derecho. Desde el realismo jurídico, aquellos que tenemos la responsabilidad de pensar teórica y prácticamente el derecho que constituye nuestra tradición europea continental no podemos ignorar los desarrollos de los principios y su diferencia con las normas. En especial la técnica de la ponderación de estos a la hora de obtener una respuesta jurídica concreta, a tenor de su

inequívoca recepción en las *altas cortes* de nuestros *poderes judiciales*. Dicha técnica —al margen del desarrollo alcanzado en la teoría alexyana y su pretendida novedad— parece intrínseca o necesaria cuando estimamos racionalmente necesario dejar de lado una norma clara que regula un caso, en ese supuesto siempre aparecerá la duda de aplicarla en nombre de la seguridad jurídica, o dejarla de lado en nombre de la equidad. Esa inescindibilidad de lo que hoy llamamos *ponderación* queda implícitamente revelada con los ejemplos aristotélicos en donde se deja, en el caso, de lado la norma que lo regula, invocándose el principio de equidad (justicia en el caso) fundado en la racionalidad presunta del legislador (por ejemplo, en el depósito de un arma).

XII.3.f. Diálogo racional

La matriz del diálogo como camino para alcanzar la verdad práctica no aparece ignorada en la filosofía clásica (180). En todo el *Organon* aristotélico seguramente podemos encontrar temas que hoy estudiaríamos en la amplia agenda de la *argumentación jurídica*. Centralmente la diferenciación entre razonamientos de premisas apodícticas o necesarias y cuando recurrimos a premisas probables o verosímiles, en tanto respaldadas por todos o por los sabios (todos, una mayoría o algunos). Mientras que aquellos son estudiados en la *Análítica*, de los otros se ocupan la *Dialéctica*, *Tópica* y *Retórica*. En los razonamientos judiciales son relevantes los problemas o preguntas que se intentarán responder en orden a definir las premisas respectivas que escogerá el juez, pero es decisivo generar el diálogo argumentativo que posibilitará la respuesta jurídica que brindará la sentencia. Ahí también encontraremos silogismos, pero también otras estructuras lógicas (inducciones, abducciones, analogías, etc.), seguramente falacias, y necesitaremos exponer nuestros argumentos de manera persuasiva. En definitiva, estamos impugnando la extendida tesis de que la argumentación nace en la década de 1950; y superando prejuicios cronofóbicos apelamos a hurgar en aquellos desarrollos griegos que fueron continuados especialmente en el derecho romano con Cicerón y Quintiliano. Más allá de todo lo provechoso que podemos obtener mirando al tiempo pasado, las éticas del diálogo contemporáneas aportan una racionalidad procedimental o formal que en principio es compatible con éticas sustanciales defendidas metafísicamente (181). Por supuesto que el derecho tiene una dimensión institucional y autoritativa que pone un cierto orden en el campo de la argumentación dialógica, de manera que siempre será necesario proyectar sobre desarrollos teóricos de interés, claves interpretativas y regulatorias definidas por la autoridad política competente.

XII.3.g. Lenguaje

El siglo XX experimenta, claramente a partir de las décadas del '60 y del '70, lo que se reconoce en

la filosofía el giro lingüístico (*linguistic turn*) que Richard Rorty popularizó. El lenguaje se convierte en el espacio absorbente y determinante donde se piensa, dejando de lado el interés autónomo por el *ser* o la *subjetividad*, y conforme a esa centralidad Wittgenstein enseña: “los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo” (182). La *semiótica* (en el ámbito de la escuela cabe remitirnos a las obras del profesor mexicano Mauricio Beuchot) se proyecta sobre todos los saberes; y, por supuesto, el derecho no escapa a esa regla, de modo que en la filosofía jurídica se estudia y corresponde estudiar semiótica jurídica en los tres campos: semántica, sintáctica y pragmática. Sin embargo, sobre todo en el campo de las dogmáticas o ciencias jurídicas, sigue predominando una visión ingenua o mágica del lenguaje (Carnap), y ello queda reflejado en el enseñado método interpretativo lingüístico de la ley, apoyado en la confianza de que es posible determinar con claridad el significado de lo que ella prescribe. Ferrajoli hoy insiste en esa posibilidad de verificación del significado lingüístico de la norma jurídica aplicable receptada en la premisa mayor del silogismo judicial. Por nuestra parte, cabe reclamar a la teoría jurídica enriquecerse con los aportes de la semiótica jurídica en orden a asegurar que el lenguaje del derecho y de los juristas logre comunicar de la mejor manera y con verdad los deberes jurídicos. A pesar de las dificultades de las que hay que estar advertidos sobre los problemas que se presentan en el tránsito de la realidad, al pensamiento y finalmente a las palabras y conceptos, no tenemos dudas de que es ese el camino que deben transitar también los juristas. En ese punto destaquemos que el derecho se nutre de distintos lenguajes: el científico jurídico (términos monopolizados por el derecho, por ej. enfiteusis, hipoteca, etc.); el juridizado (términos que cuando se usan en el derecho se les brinda un significado específico, por ej. cosa, persona jurídica, etc.); científico no jurídico (metro cuadrado, ADN, etc.) y corriente u ordinario (donde se detectan las mayores dificultades atento a la pluralidad de significados que se reconocen en las sociedades a las mismas palabras). En nuestro tiempo se detectan cuestiones importantes en el terreno del lenguaje jurídico sobre los cuales se necesita una palabra esclarecedora brindada por la iusfilosofía, y también una voz de alerta para no sumarnos irracionalmente a modas extendidas en dicho campo comunicacional.

XII.3.h. Premisas fácticas

Reiteremos lo dicho arriba respecto a que resultaba funcional al EDL la creencia de que los casos que trataban profesionalmente los juristas eran fáciles, dado que ellos no encontraban dificultades importantes a los fines de identificar las normas jurídicas que les brindaban la solución. La obra de Michele Taruffo nos resulta contundente como para dejar de lado aquella presunción irreal y dogmática (183). En efecto, destaquemos: i) que la ver-

(177) KALINOWSKI, G., “Metateoría del sistema normativo”, *Idearium*, Mendoza.

(178) KALINOWSKI, G., “Lógica del discurso normativo”, Tecnos, Madrid, 1972, p. 18.

(179) El trabajo argumentativo del jurista puede ser reconocido como “prudencial-retórico” (cfr. mi libro “Interpretación Jurídica”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999).

(180) Cfr. “*Circa Humana Philosophia* (La Filosofía de las cosas humanas)”, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino,

Buenos Aires, 1997, n° 1; *Circa Humana Philosophia* “La Dialéctica clásica”, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 2008 y “La experiencia jurídica”, Félix Adolfo Lamas, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, Buenos Aires, 1991.

(181) Finnis refiere a que los primeros principios de la razón práctica que son indemostrables o autoevidentes “pueden ser defendidos” con argumentos dialécticos, (en “Tomas de Aquino...” ob. cit., p. 113), pero hasta donde conocemos no ha trabajado todo el aporte

aristotélico incluido en la dialéctica, retórica y tópica, lo cual puede enriquecer su filosofía jurídica sin comprometer sus sólidas bases realistas.

(182) WITTGENSTEIN, L., “*Tractatus Lógico-Philosophicus*”, Taurus, 1914, p. 187.

(183) Cfr. de mi libro “La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional”, ob. cit., el capítulo VIII.

dad es condición de la justicia; ii) que la verdad es posible de alcanzar y que el juez debe procurarla en el ámbito de su competencia; iii) que el carácter jurídico de los hechos no remite exclusivamente a la definición del legislador, atento a que hay hechos intrínsecamente jurídicos (la esclavitud, cierta equivalencia en los intercambios, etc.); iv) los hechos definidos jurisprudencialmente enriquecen las normas (qué actos impulsan el proceso, que homicidios se entenderá con alevosía, etc.); v) que la verdad es por correspondencia, y ella no son dos (procesal y real), sino una; vi) en el conocimiento judicial de los hechos cada vez más es relevante el aporte de ciencias no jurídicas (en la filiación el ADN del demandado, al establecer la causa y tiempo de una muerte, etc.); vii) en los hechos puede reconocerse su dimensión valorativa (la injusticia “extrema”; viii) todas las definiciones judiciales fácticas deben contar con los argumentos que racionalmente lo explican y justifican; ix) es importante en un informe pericial tener en cuenta la idoneidad científica, tecnológica y ética del perito; x) el proceso no es de las partes, ni carece de exigencias éticas para los abogados, y dado que tiene una dimensión publicista, el juez como director del mismo debe procurar que se respeten; xi) la cosa juzgada cuando supone consagrar algo clara y gravemente absurdo, irracional o injusto corresponde habilitar su revisión; xii) está en crisis la tajante separación entre *quaestio facti* y *quaestio iuris* inventada al hilo del recurso casación en tiempos de la Revolución francesa; xiii) la certeza que genera un informe pericial depende inicialmente de la ciencia desde la cual el mismo se apoya; (en Taruffo, ciencias: duras, blandas, pseudociencias o *junk science*); etc. En nuestra cultura jurídica hay que potenciar el interés por la problemática fáctica en el proceso, y reconocer que el razonamiento judicial necesita empezar en las premisas que se establezcan en ese terreno. Es oportuno recordar que Aristóteles y luego Aquino llegaron a sostener que hay más riesgo en cometer un error en la respuesta a brindarse en un caso cuando se ignoran las circunstancias de este, que cuando se ignora las normas que lo regulan (184).

XII.3.i. Precedente: si es posible que exista la seguridad jurídica en un sistema jurídico en donde el derecho centralmente lo hacen los jueces, como en el *common law* (*judge made law*), lo es gracias fundamentalmente a la institución de una sólida *teoría del precedente*, que incluye la alternativa de dejarlo de lado vía “*overruling*” o “*distinguishing*”. Por otro lado, hay amplia coincidencia en que el sistema continental europeo en las últimas décadas se va pareciendo cada vez más a aquel anglosajón, sin embargo aún no se comprueba que se haya receptado de manera sólida y firme una *teoría del precedente* que aporte a la previsibilidad jurídica. En orden a destacar el aporte que hace la jurisprudencia cada vez más claro en tiempos del EDC, señalemos: i) define *status* jurídicos de conductas concretas; ii) establece la norma del enunciado o texto normativo; iii) resuelve antinomias o contradicciones normativas; iv) suple lagunas jurídicas; v) esclarece la validez o invalidez de las reglas; vii) extiende la aplicación de reglas vía analogía; viii) define el contenido de principios y derechos humanos; ix)

establece criterios de prioridad entre principios; x) estabiliza al derecho; xi) simplifica justificaciones por medio de criterios consolidados; xii) define la teoría de la interpretación con la que se operará el derecho vigente y válido; xiii) esclarece la regla de reconocimiento o las fuentes del derecho; xiv) facilita la enseñanza del derecho; etc. Con base en lo señalado cabe consignar varias razones que pueden esgrimirse en favor de la institución del precedente, mencionemos algunas: i) tratar igual lo que es suficientemente parecido (justicia formal; ii) potencia la seguridad jurídica o previsibilidad; iii) favorece la eficacia del derecho aportando estabilidad; iv) reduce la discrecionalidad judicial; v) presume corrección en tanto muchos ojos ven más que dos (Aristóteles); vi) aporta al estudio de la jurisprudencia, reconociendo su real aporte al derecho completándolo o precisándolo; vii) contribuye a la legitimidad judicial; viii) favorece la coherencia y consistencia del sistema jurídico; etc. El reclamo planteado de que se requiere en nuestros sistemas jurídicos una clara *teoría del precedente* se hace particularmente urgente, cuando vemos que se tolera o autoriza el cambio de este por argumentos banales como el mero cambio en la integración del tribunal.

XII.3.j. Validez de la norma jurídica

El juicio de validez jurídica queda asociado a partir de Kelsen a la existencia misma de la norma y se lo hace consistir con la cobertura de ciertos requisitos formales: órgano, procedimiento y conformidad a la norma superior. Sin embargo, en tiempos del EDC y de derechos humanos corresponde ampliar a los mencionados, incluyendo varios más en orden a lograr que la norma en cuestión está justificada racionalmente. De esa manera, hemos reconocido hasta once requisitos que reclama la racionalidad del mandato, aunque corresponde exigirlos a cualquier norma jurídica y no solo proyectarlos en relación a la ley: i) que el órgano que dicte la norma es el que tiene competencia para ello; ii) que la norma surja respetando el procedimiento establecido; iii) que la norma sea armónica (coherente y consistente) con el resto del sistema en donde ella se incorpora; iv) la norma debe ser comprensible lingüísticamente y ajustada a las exigencias de la lógica; v) que el medio prescripto por la norma sea idóneo para conseguir el fin que ella busca; vi) la norma no puede contradecir verdades científicas verificadas; vii) se necesita que la norma se adecue a las costumbres de la sociedad en la que regirá; viii) sería incompatible con el derecho si la norma bajo análisis incurre en un contenido grave y evidentemente disvalioso; ix) lo que prescribe la norma debe ser algo fácticamente posible de ser ejecutado; x) se requiere que la intención manifestada por el autor de la norma resulte coherente con el contenido de la misma y no contradiga exigencias éticas claras; y xi) a los fines de concluir con la existencia o inexistencia de la norma se necesita un juicio prudencial o ponderativo integral, dado que lo mejor puede ser enemigo de lo bueno. Sintéticamente, lo que se pretende es que el juicio en favor de la validez de la norma se alcance a tenor de entender que ella está justificada racionalmente y, por ende, puede ser comprendida y aceptada por el destinatario, con el riesgo de soportar las consecuencias de no cumplir dicha norma.

XII.3.k. Ética judicial

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

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/772/2025

Más información

[Bianchi, Alberto B.](#), “Casos ‘fáciles’ y casos ‘difíciles’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU. A propósito del DNU 70/2023”, LA LEY, 2024-A, 657, TR LALEY AR/DOC/546/2024
[Saires, Gustavo A.](#), “Concepto doctrinal de las fuentes del derecho para el juez en los casos difíciles”, JA 2020-IV, 587, TR LALEY AR/DOC/2641/2020

Libro recomendado

[Perspectivas lusfilosóficas Contemporáneas](#)
 Autor: Vigo, Rodolfo L.
 Edición: 2018
 Editorial: La Ley, Buenos Aires

(184) Tomás de Aquino: “Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular: y de tener solo uno,

debe tener más bien este, es decir, el conocimiento de lo particular, que es más próximo a la acción”, In VI *Ethicorum*, lect. 6, n. 1194.

Eduardo A. Sambrizzi

Viene de p. 1

con respecto a la persona no gestante, lo que es así no sólo cuando se trata de filiación extramatrimonial, sino también con respecto a las personas casadas.

De las disposiciones transcriptas resulta, por tanto, que desde el 1 de agosto de 2015 en que entró en vigencia el actual Código, ya no interesa que —aparte de la gestante, que en la procreación asistida siempre es la madre del nacido, haya o no prestado el consentimiento a tal efecto— la otra persona que presta el consentimiento para ser padre o madre sea hombre o mujer, esté o no casada, viva o no junto con la gestante, y ni siquiera que se conozcan entre ellos (3). Por lo que se advierte, salvo para quienes están de acuerdo con la maternidad subrogada (procedimiento que nos parece inadmisibles), el precitado art. 562 —que admite la voluntad procreacional como fuente de filiación— deja fuera de su ámbito a las parejas de dos hombres para ser padres de la persona nacida mediante las técnicas de procreación asistida, ya que siempre tiene que haber una mujer gestante como madre.

Por otra parte, de los arts. 562 y 575 también resulta que, en la procreación asistida, la fecundación heteróloga —o sea, la lograda con gametos de tercero— no tiene ningún efecto con respecto a la filiación, lo que afirmamos en el sentido de que para su determinación no interesa la persona que haya aportado los gametos. En consecuencia, en esa especie de procreación el Código se aparta de la relación genética como determinante de la filiación (4) —lo que agrava los problemas propios de la fecundación artificial (5)—, ya que lo único que importa al respecto es el consentimiento previo para ser padre o comadre (aparte de la gestante). Por lo que, en los supuestos de procreación asistida, cualquier persona, haya o no aportado los gametos, puede quedar emplazada como progenitora del nacido con solo prestar en forma previa consentimiento a ese efecto. Lo que puede llevar a una clara afectación al derecho a la identidad del hijo, al que, como señala Lafferrière, se lo puede privar deliberada y planificadamente de la complementariedad antropológica de varón y mujer en la conformación de su carácter y proceso de crecimiento y madurez, ocultándose en el caso de la fecundación artificial la identidad de los dadores de gametos bajo un aparente anonimato que priva al niño de conocer su origen (6). De tal manera se habla de *padre o padre social* —que, a estar a lo expresado por Ales Uría, se referiría a unos contenidos socioculturales y jurídicos, marcando una tendencia a un concepto más social, afectivo y espiritual— y de *progenitor*, que supondría la procedencia genética, que solo significaría el lazo paterno-filial, si es acompañado de otras circunstancias (7).

(3) Ello es así, con excepción del supuesto contemplado en la cláusula tercera del art. 9º de la ley 26.994, que establece que *los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando solo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.*

(4) Véase al respecto, LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “La ley 26.618 y sus implicaciones en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño”, RFDyP, año IV, nº 2, marzo de 2012, p. 37, 2.

(5) Véase BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, RFDyP,

Al analizar la nueva normativa, Basset afirma que “la filiación se vuelve más una construcción jurídica que el resultado de una realidad social o biológica. No está inspirada en los hechos (posesión de estado de hijo, trato de hijo) ni en la biología. Es una construcción jurídica fundada esencialmente en un derecho subjetivo a la realización de la vida familiar, que se instrumenta contractualmente”. Y agrega, con razón, que “la biología no es todo en la filiación, pero tampoco puede pretenderse que no es nada, o que no tiene significación alguna en la identidad de la persona y que el derecho puede disimular o escamotearla sin consecuencias. Tapar los ojos frente a esa realidad puede ser una decisión a largo o corto plazo insostenible” (8).

II. La implementación del consentimiento para ser padre o también madre por parte de la persona no gestante

De conformidad al primer párrafo del art. 561 del Código, *la instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción*. Lo cierto es que hasta ahora no se ha dictado ninguna *disposición especial* de la que resulte que, para la prestación del consentimiento en cuestión por parte de la persona no gestante, se requiera la conformidad del centro de salud donde va a ser practicado el procedimiento de procreación asistida, ni tampoco el de la futura gestante (9), por lo que en la práctica se pueden producir ciertas situaciones complejas.

En efecto, puede ocurrir que sin el consentimiento de la mujer que quiere tener un hijo por el procedimiento referido con gametos masculinos donados, un hombre desconocido de la futura gestante (como también puede ser una mujer) preste el consentimiento para ser padre de ese futuro hijo, pudiendo el interés de ese hombre —por ejemplo y entre otros supuestos que no es el caso traer a colación— resultar del hecho de tener la mujer un patrimonio importante, lo que lo puede hacer presumir que en el futuro la gestante lo va a ayudar económicamente por el hecho de ser el padre de su hijo. Ello podría llegar a ocurrir al no existir disposición alguna que permita al centro de salud interviniente rechazar el consentimiento de ese hombre para ser padre del hijo en cuestión, ni tampoco una norma por la que se requiera al respecto la conformidad de la futura gestante.

No obstante, suponiendo que la futura gestante tenga conocimiento de la intención de una persona desconocida para ella, de prestar el consentimiento para ser padre del futuro niño, resulta más que razonable reconocer que puede oponerse a que ese consentimiento sea admitido. Aunque en el caso se presenta la cuestión de dónde está el límite que tiene la mujer para oponerse cuando una persona quiera prestar el consentimiento de

año IV, nº 6, julio de 2012, p. 143.

(6) LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “La ley 26.618 y sus implicaciones en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño”, ob. cit., RFDyP, año IV, nº 2, marzo de 2012, p. 37. Remitimos asimismo con respecto a la crítica de la denominada “voluntad procreacional”, a la nota de QUINTANA, Eduardo Martín, “Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado”, RFDyP, año VI, nº 8, septiembre de 2014, ps. 217 y ss., donde entre otras afirmaciones, dice que “la nueva categoría introducida en la reforma obedece a la intención de superar cualquier resabio natural presentando un procedimiento procreador consecuencia de una construcción semántica cuya finalidad reside en el establecimiento de que esta novedosa filiación tenga sus fines y reglas específicas totalmente ajenas a la realidad”.

(7) “Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las



LA LEY A.I.
(Análisis Inteligente)
by TR + Microsoft Copilot

¿Cuáles son los 5 puntos principales de esta doctrina?

1. Desde el 1 de agosto de 2015 en que entró en vigencia el actual Código Civil y Comercial, ya no interesa que —aparte de la gestante, que en la procreación asistida siempre es la madre del nacido, haya o no prestado el consentimiento a tal efecto— la otra persona que presta el consentimiento para ser padre o madre sea hombre o mujer, esté o no casada, viva o no junto con la gestante, y ni siquiera que se conozcan entre sí.

2. La filiación se vuelve más una construcción jurídica que el resultado de una realidad social o biológica. No está inspirada en los hechos (posesión de estado de hijo, trato de hijo) ni en la biología. Se funda esencialmente en un derecho subjetivo a la realización de la vida familiar, que se instrumenta contractualmente.

3. La identidad de toda persona en relación con sus predecesores o ancestros resulta del nexo genético y no, en cambio, de la voluntad procreacional.

4. La voluntad procreacional no hace más que crear una identidad ficta o simbólica de la persona, haciendo caso omiso al conocimiento del origen como condición ineludible para el desarrollo de la personalidad.

5. Transformar la concepción y la identidad del niño en un contrato sujeto a la autonomía de la voluntad de los adultos es una de las acuñaciones más atroces que puedan pensarse en materia de afectación de los derechos del niño.

¿Dónde encontrar más información en línea sobre el tema?

[Gestación por sustitución: Serán padres los que manifestaron la “voluntad procreacional”](#)

Artículo del Colegio de Abogados de Morón sobre el fallo del Juzgado de Familia Nº 8 de La Plata que declaró la inconstitucionalidad del art. 562 CCyC, en tanto establece que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz...”

[Dos miradas de la voluntad procreacional en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida](#)

Dossier de Adriana N. Krasnow sobre el tratamiento que se hace del instituto de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida.

TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado”, RFDyP, año V, nº 2, marzo de 2013, p. 125, 3. Agrega dicha autora que “esta nueva paternidad de carácter social se sostendría en el propio ordenamiento normativo y su sustrato radicaría en la existencia del afecto y la voluntad de concretarlo asumiendo las obligaciones morales y jurídicas que conlleva la paternidad sobre un menor”.

(8) BASSET, Úrsula C., “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, dirig. por ALTERINI, Jorge H. y coord. por ALTERINI, Ignacio E., Bs. As., 2015, 1ª ed., t. III, p. 420. En la pág. sig. afirma que el sustrato más fundamental de la identidad es el genético, que es probablemente la base más estable de la identidad.

(9) Véase AZPIRI, Jorge O., “Derecho de Familia”, Bs. As., 2016, 2ª ed., p. 313; HERRERA, Marisa, “Manual de Derecho de las Familias”, con la colaboración de Natalia de la Torre y Silvia E. Fernández, Bs. As., 2026, 2ª reimpr., p. 495.

que se trata, pareciendo claro que no siempre puede hacerlo, como podría ocurrir en los supuestos de que su conviviente haya aportado los gametos para la obtención del embrión a transferir, o que quien quiera prestar su consentimiento para ser padre sea su esposo, que al igual que el conviviente, hubiera aportado sus gametos.

Claro que ante la inexistencia de normas que aclaran —aunque más no sea de una manera general— las distintas cuestiones que pueden llegar a presentarse, pueden producirse situaciones impensadas, naturalmente que es difícil que ocurra que un hombre que no tiene ninguna relación con la mujer que quiera tener un hijo por procreación asistida quiera prestar el consentimiento que el Código requiere para ser el padre. Pero lo cierto es que nuestra legislación permite que ocurran tanto esa como también otras situaciones que bien pueden ser calificadas de inadmisibles; de ahí la crítica al contenido del Código en materia de filiación por procreación asistida.

III. Nuestra discrepancia con la voluntad procreacional como fuente de filiación

Resulta claro que discrepamos con el hecho de que se haya establecido esta nueva fuente de filiación (10), que, a nuestro juicio —como hemos visto—, lleva a conclusiones o soluciones inaceptables, debiendo además señalar que la voluntad procreacional deja de lado un aspecto objetivo para la determinación de la filiación, como lo es —como norma general— la relación genética, que es desplazada, para pasar a depender en los supuestos de procreación asistida de un aspecto subjetivo, como es la voluntad. Por lo que supone una alteración injustificada de los principios fundamentales admitidos hasta ahora en nuestro Derecho, así como en casi todas las legislaciones occidentales para la determinación de las relaciones filiatorias (11), llegándose a la disponibilidad de los vínculos filiatorios, que de por sí son indisponibles.

Consideramos que la voluntad procreacional no constituye una pauta valiosa para la determinación —que bien puede ser calificada de *falsa*— de la maternidad o la paternidad en la procreación asistida, creando, por el contrario, graves confusiones que no favorecen en absoluto la previsibilidad y la seguridad que debe tratar de lograrse en esta materia, no debiendo olvidarse que en este tipo de cuestiones se encuentra involucrado en importante medida el orden público, que no deja casi margen para la actuación de la voluntad de las personas involucradas.

Parece claro que la identidad de toda persona en relación con sus predecesores o ancestros resulta del nexo genético y no, en cambio, de la voluntad procreacional, tan así es que en los supuestos de procreación asistida se admite con mayor o menor amplitud el de-

recho que les asiste a los nacidos por la aplicación de alguna de esas técnicas, de informarse ya sea sobre los datos médicos del donante, o hasta de su identidad. Lo que obviamente es así, porque no puede desconocerse que la verdadera identidad está regida, como norma general, por el nexo genético, y no por la voluntad.

Es curioso que, como bien recuerda Pedro Di Lella, la Argentina, que tan enconadamente defendió el principio de “verdad biológica” en el debate en las Naciones Unidas previo a la aprobación en el año 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tan solo veinticinco años después ha dejado en parte de lado ese principio a los efectos de la determinación de la filiación en los supuestos de procreación asistida, lo que se ha hecho con fundamento en el *interés superior* del niño, que consistiría en que el nacido pueda ser inscripto como hijo de dos mujeres, cuando en realidad el único interés que realmente se tiene en cuenta es el de la pareja formada por dos mujeres (12). La cuestión es que la filiación por voluntad procreacional no se limita a esos supuestos, sino que abarca un panorama mucho más amplio, lo que permite, por ejemplo, que una mujer pueda haber expresado su voluntad procreacional para ser madre del niño gestado por su hija con gametos masculinos donados, con lo que aquella no solo va a ser madre del futuro niño, sino, a la vez, abuela de este, por cuanto va a ser hijo de una hija suya (13). Por aplicación de la solución admitida por el Código, también puede por ejemplo ocurrir, en el supuesto de un matrimonio que tiene un hijo por procreación asistida con gametos propios, que el marido haya omitido prestar el consentimiento previo, informado y libre requerido por el Código, con lo que solo puede ser padre del nacido si en el futuro lo adoptara, ya que la presunción de paternidad no se produce en el matrimonio en los supuestos de procreación asistida (arts. 562, 575, 566, 2º párr. y cons., Cód. Civ. y Com.). Todo lo cual lleva a una grave violación del derecho a la identidad de la persona nacida, en contra de lo normado por el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entendemos por tanto que constituye un error —además de resultar inconveniente— que, para la determinación de la filiación en los supuestos de procreación asistida, se haya dejado de lado —cualesquiera sean las circunstancias— la aportación genética, que ha constituido uno de los pilares en el que hasta ahora se ha fundamentado la paternidad.

Relevante doctrina ha cuestionado la consagración de la voluntad procreacional como fuente de filiación, debiendo recordar al respecto a Mercedes Ales Uría, quien afirma que la aparición de las técnicas de procreación asistida “representan un quiebre asumido por el legislador al principio de verdad biológica en aras de la promoción de ciertos intereses y derechos que no son

los de los menores”, introducen el principio de autorresponsabilidad en el campo de la filiación como criterio de determinación, e implican el postulado de que la paternidad y la maternidad son roles imputables a partir de la voluntad, y con una predominancia de valores afectivos y sociales. Como también, que dichas técnicas han planteado el debate en torno a la existencia de un derecho a la reproducción, que enfrenta al intérprete con la necesidad de equilibrar los intereses de todos los intervinientes, entre los cuales no puede obviarse al hijo, volviéndose esa necesidad más apremiante en los supuestos de procreación heteróloga. Agrega dicha autora que el niño nacido por aplicación de una de esas técnicas no puede ser tratado de manera desigual que los concebidos por una relación sexual, teniendo el derecho —entre otros— a saber quiénes son sus padres, en otras palabras, “en poseer una filiación completa y la posibilidad de conocer sus verdaderos orígenes” (14).

Por su parte, Perrino ha sostenido, con relación a esta nueva fuente de filiación, que “no se necesita mucho esfuerzo para concluir que lo perseguido con esta incorporación es apartarse de la verdadera naturaleza de la filiación para incorporar una categoría, por medio de la voluntad procreacional y, por tanto, con fundamento tan débil, que han debido dotar de absoluta inmutabilidad a ese vínculo filiatorio, a punto tal que la persona nacida de estas prácticas no tiene acción contra quien aportó el material genético”. Así, como también, que la norma “viola el orden público, al incorporar la voluntad procreacional como una de las fuentes de la filiación y omitir considerar que la filiación no puede subordinarse a la libérrima voluntad de las partes”, lo que es así en grado tal que no se puede renunciar al estado de padre, de madre o de hijo, y que “el régimen que se pretende imponer le impide a la persona que nazca como consecuencia de las técnicas de referencia poder conocer su propia génesis, su procedencia, aspiración connatural del ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende” (15). En otra nota afirma dicho autor que “la voluntad procreacional no hace más que crear una identidad ficta o simbólica de la persona, haciendo caso omiso a que el conocimiento del origen es condición ineludible para el desarrollo de la personalidad”, por lo que el Código “viola el derecho a la identidad, porque se le impone al hijo una identidad proveniente de la voluntad procreacional de un tercero ajeno totalmente a la relación materno-filial, que no puede ser contestada, negándole a quien aportó los gametos vínculo alguno con el hijo, e impidiendo toda acción ordenada a la impugnación o reclamación de la filiación” (16).

Se ha entendido que la admisión de la voluntad procreacional como una fuente de filiación “centra su atención en la situación de los adultos que han expresado su voluntad, cambiando el eje de la protección legal”, que deben ser los niños (17). En similar sentido se ha

(10) Conf., AZPIRI, Jorge O., “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, RDFyP, año IV, n° 6, julio de 2012, p. 116, 3.

(11) Véase al respecto, LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás - BASSET, Úrsula C., “Dos madres, padre anónimo presunción de maternidad en parejas de hecho no comprobadas, un niño con identidad paterna pretoriamente silenciada”, RDFyP, año III, n° 6, julio de 2011, p. 57, 5. Conf., LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “El nuevo Código Civil y Comercial y la Bioética”, ED, diario del 21/08/2015, donde dicho autor agrega que “en materia filiatoria, resulta aplicable —por regla— el principio de la verdad biológica, de tal manera que la maternidad y la paternidad se determinan, en última instancia, por el nexo biológico. Ello no es caprichoso, sino que obedece a un principio fundamental que la razón humana puede captar y que responde a la ley natural: el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana por la unión de varón y mujer. Ciertamente, en las técnicas de procreación artificial no se respeta tal

originalidad. Pero en las técnicas heterólogas ni siquiera se respeta la utilización de los gametos de los esposos que recurren a las técnicas”.

(12) DI LELLA, Pedro, “Filiación y autonomía de la voluntad. A propósito de la ley 26.618”, RDF, n° 50, julio de 2011, ps. 137 y ss., y 147.

(13) La hija, por su parte, además de madre del niño, va a ser su hermana, por cuanto el mismo va a ser hijo de su madre.

(14) “Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado”, RDFyP, año V, n° 2, marzo de 2013, ps. 119 y ss., 1 y 2, y p. 132, 4. Agrega dicha autora que “ambos intereses son comunes a todos los nacidos y, junto con la lucha por alcanzar la igualdad, constituyen los motivos esenciales —como vertientes de la protección del interés del menor y la igualdad de los hijos— que vertebran la transformación sufrida por el Derecho de Filiación a partir de la segunda mitad del siglo XX”. Véase, asimismo, ALES URÍA, Mercedes, “Reproducción heteróloga y determinación de la

filiación”, RDFyP, año V, n° 6, julio de 2013, p. 207, donde afirma con relación al Anteproyecto de 2012, que si bien sostiene en sus Fundamentos la importancia de algunos derechos y principios rectores, como el derecho a la identidad y la verdad biológica como criterio guía, “presenta serias dificultades al momento de conjugar de manera coherente estos principios con las disposiciones del régimen de filiación que propone”.

(15) PERRINO, Jorge Oscar, “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, LA LEY, 2012-A, 581, I, y ps. 582 y 588, VI. Véase también del mismo autor, “Hijos de primera e hijos de segunda”, ED, 255-786, III.

(16) “Hijos de primera e hijos de segunda”, ob. cit., ED, 255-789, VI, donde, además, agrega que “el derecho a la identidad, presidido por el derecho a la vida y junto al derecho a la dignidad y la libertad, constituye un pilar básico para determinar la verdad de la persona humana”.

(17) AZPIRI, Jorge O., “La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, ob. cit., RDFyP, IV, n° 6, julio de 2012, p. 116, 3. Conf., BERBE-

dicho que en la procreación asistida la voluntad de los adultos y no la identidad de los niños pasa a ser el eje para determinar la paternidad y la maternidad bajo la forma de un consentimiento informado expresado con determinados requisitos (18). A su vez, Berbere Delgado sostiene que la voluntad procreacional sería una *fictio iuris* sin el sustento biológico que caracteriza la naturaleza reproductiva humana, materializando una situación artificial y adulterada para la construcción de la identidad, al establecer un ámbito de realidad simulada o ficticia que en la mayoría de los casos provoca una sensación de no pertenencia a la familia impuesta. Y agrega que, de tal manera, el Código incorpora una distinción entre los niños concebidos por una relación sexual y los nacidos por la aplicación de alguna de las técnicas de procreación asistida, en que se provoca una disociación definitiva de la identidad genética, vulnerando irremediabilmente de manera directa su derecho a la identidad (19).

Con relación al tema, el autor chileno Corral Talcianni dice que si para determinar la filiación se privilegiaran elementos de tipo voluntarista en lugar del dato biológico —esto es, la aportación genética—, que según afirma dicho autor, debe ser considerada la piedra fundamental que da seguridad al edificio, se llegaría a consagrar jurídicamente que padre es solo quien quiere asumir la posición jurídica y social de tal, con lo cual se consagraría el principio de que “es padre el que quiere serlo” (20). Mientras que Belluscio afirma que nada bueno puede esperarse de atribuir legitimidad a la falsedad y que, en todo caso, “más lógico habría sido aceptar una adopción plena de trámite simplificado para quienes aceptan convertirse en padres o madres de quienes no llevan sus genes”. Agrega dicho autor que “la nueva legislación se desentiende del interés superior del menor, consagrado por el bloque constitucional comprensivo de la Constitución misma y de los tratados internacionales de derechos humanos, amparando el interés de los adultos y desentendiéndose del de los futuros seres concebidos mediante el aporte a la pareja de células reproductivas de extraños, seguramente en la mayor parte de los casos movidos por el interés económico de negociar elementos de su cuerpo. Es la demostración de que el hilo conductor de las soluciones consagradas no es si quiera el individualismo, sino el más crudo egoísmo. Así, en este caso se privilegia el deseo de aquellos a quienes la naturaleza les niega la posibilidad de pro-

crear y que alimentan el circuito comercial de una dudosa ética, desentendiéndose del interés de los futuros nacidos...” (21).

A Mazzinghi le parece excesiva la valoración del elemento intencional como determinante de la filiación, y afirma que dicho criterio de alguna manera transforma al hijo en algo muy semejante al objeto de un contrato, respecto del cual la intención de las partes puede ser decisiva. Sostiene dicho autor que “cuando se trata de filiación, el *objeto* es una persona humana y su dignidad no consiente que se disponga de su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos” (22). Lafferrère, por su parte, considera que la norma según la cual la voluntad procreacional define la identidad del niño conduce a su cosificación, puesto que de tal manera deja de ser persona para pasar a ser un objeto a merced de la decisión voluntaria de sus padres en la definición de los elementos más determinantes de su identidad. Como también que “la determinación de la filiación a través del nexo biológico y las consecuencias que de ello se siguen no surgen de una convención voluntarista, sino de una sana concepción antropológica en la que se reconoce a la persona en su dimensión de cuerpo y alma. Las relaciones de filiación, por tanto, no pueden quedar a merced de la voluntad de los particulares sin un grave perjuicio para los niños y para las mismas relaciones sociales” (23).

Con relación a lo cual debemos recordar que, de conformidad al art. 3º *in fine* de la ley 26.061, *cuando exista confusión entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos igualmente legítimos, prevalecerán los primeros*, lo que constituye una idea rectora que, como dice Mizrahi, en el Código Civil y Comercial aparece invertida, pues “el interés que sin el menor asomo de duda se hace prevalecer es el llamado derecho a la reproducción del *adulto*, más allá de que se afecte o no al niño por nacer” (24). Lo que constituye una flagrante violación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional (conf. art. 75 inc. 22 CN), como de la precitada ley 26.061 (25).

Recordamos por último a Úrsula Basset, cuando sostiene que “transformar la concepción y la identidad del niño en un contrato sujeto a la autonomía de la voluntad de los adultos es una de las acuñaciones más atroces que puedan pensarse en materia de afectación de los

derechos del niño. Es un agravio a la dignidad de todos los niños (concebidos por hetero y homosexuales con el concurso de una persona del sexo opuesto)” (26). En otro trabajo, dicha autora afirma que en la regulación de las técnicas de procreación asistida, el Código Civil y Comercial demuestra el mayor desinterés por los niños nacidos de esas técnicas, como también que la imposibilidad que resulta del Código de poder impugnar la filiación por parte de los nacidos por procreación asistida “es la consagración jurídica definitiva del divorcio entre verdad y derecho, en aras de una regulación adulto-céntrica, a la que le cuesta encontrar un equilibrio razonable en el movimiento pendular entre el ansia de los padres de tener un hijo y los derechos de los hijos concebidos” (27).

IV. Conclusión

De lo hasta aquí visto no podemos sino concluir en la inconveniencia de la solución admitida en el Código Civil y Comercial, al establecer que, en los supuestos de procreación asistida, la filiación se determina —aparte de considerar a la gestante como madre del nacido— mediante el consentimiento de otra persona en el sentido de que también quiere ser padre u otra madre, expresado en la forma y circunstancias requeridas en el Código.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/773/2025

Más información

[Basset, Úrsula](#), “Filiaciones *post mortem* y el peso de la voluntad en la determinación en un derecho convencionalizado”, LA LEY 25/10/2023, 1, TR LALEY AR/DOC/2526/2023

[Mignon, María Belén](#), “La pluriparentalidad: una solución cada vez más frecuente en el contexto de la filiación biológica”, RDF 2025-II, 213, TR LALEY AR/DOC/461/2025

Libro recomendado

[Tratado de Derecho de Familia](#)

Autor: Sambrizzi, Eduardo Antonio

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

RE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, ob. cit., RDFyP, año 4, n° 6, julio de 2012, p. 143, donde pone de relieve que el niño es tratado como un objeto, destacando asimismo el grado de vulnerabilidad en que puede ser colocado.

(18) POLVERINI, Verónica, “La voluntad procreativa como causa fuente de filiación”, en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, AA.VV., Bs. As., 2012, p. 305, B).

(19) BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, ob. cit., RDFyP, año IV, n° 6, julio de 2012, ps. 144, III y 145, III.

(20) CORRAL TALCIANI, Hernán, “Familia y Derecho”. *Estudios sobre la realidad jurídica de la familia*, Santiago de Chile, 1994, ps. 167 y ss.

(21) “La filiación en el Código Civil y Comercial, JA, diario del 27/05/2015, I. Afirma Mercedes Ales Uría que la exigencia de que biología y filiación formal coincidan responde a que usualmente es la vía más idónea para tutelar los intereses del menor, no solo como instrumento de salvaguarda legal del derecho a la identidad del nacido y que el hombre y la mujer que lo engendraron sean conocidos por aquél, sino también porque implica que los progenitores van a asumir frente a él los derechos y deberes propios de la patria potestad (“Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del

Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado”, ob. cit., RDFyP, año V, n° 2, marzo de 2013, ps. 121 y ss.).

(22) “Tratado de Derecho de Familia”, Buenos Aires, 2006, 4ª ed., t. 4, p. 126, parág. 727, a).

(23) LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás, “Dos madres por reconocimiento sucesivos, voluntad procreacional y manipulación de la de la identidad de los niños por activismo judicial en la Ciudad de Buenos Aires”, ED, 243-754, 3. Conf., en que la voluntad procreacional como atributiva de filiación cosifica al hijo, ORTELLI, Ana, “Dos madres para un niño sin derechos. Entre la verdad y la voluntad”, ED, 243-774.

(24) MIZRAHI, Mauricio Luis, “Observaciones al Proyecto en materia de filiación”, RDFyP, año IV, n° 6, julio de 2012, p. 124, II. Recuerda dicho autor la jurisprudencia invariable de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de que el interés primordial de los niños orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, lo que hace que se requiera adoptar medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad. Conf. en que el nuevo Código protege el interés de los que quieren tener un hijo, que es inferior al del interés superior del niño, LAJE, Alejandro, “Las derivaciones inmediatas y mediatas del vínculo materno-filial por el Proyecto”, RDFyP, año IV, n° 6, julio de 2012, p. 138, III; BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, “El Derecho Filial en el Proyecto de Código

Civil y Comercial. Nuevos paradigmas”, RDFyP, año IV, n° 6, julio de 2012, p. 142, II.

(25) Conf., QUINTANA, Eduardo Martín, “Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado”, ob. cit., RDFyP, año VI, n° 8, septiembre de 2014, ps. 218, 2.1 y 219, 2.3. Sostiene dicho autor que mediante las técnicas de procreación asistida “se pretende satisfacer la voluntad y el deseo de los adultos, aun corriendo el riesgo de vulnerar el derecho a la identidad del menor al eliminar de su historia a sus padres biológicos”.

(26) “La *suprema potestas* del juez contencioso administrativo porteño para gestar la paternidad, hacer la ley y negar la identidad. Otro niño que tendrá dos madres y ningún padre”, ED, 243-783, h).

(27) “La democratización de la filiación asistida”, *Anales de Legislación Argentina*, Boletín Informativo, año LXXIV, n° 30 del 17/11/2014, ps. VI y VII. Véase asimismo de BASSET, “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, ob. cit., t. III, ps. 418 y ss. También Ignacio González Magaña afirma que el nuevo texto impone un criterio adulto céntrico, a diferencia del criterio rector de la ley 23.264, “cuyo centro para determinar vínculos filiales era el hijo, a quien la ley le brindaba los elementos necesarios para que —dentro de lo posible— pudiera adecuar su realidad biológica a sus vínculos filiales” (“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, ob. cit., t. II, p. 350, n° 1.2.3.).

Jurisprudencia

Impuesto sobre los bienes personales

Contribuyente con cuenta bancaria en el exterior. Donación efectuada por su padre. Alegación de la titularidad de su madre respecto del usufructo de los fondos.

1. - La determinación de oficio del impuesto sobre los bienes personales efectuado sobre la información proporcionada por el Reino de Bélgica respecto de que la contribuyente es titular de una cuenta bancaria en ese país debe ser confirmado. Las observaciones planteadas en orden a que, a partir del fallecimiento de su padre, su madre debió ser considerada como titular del usufructo de los fondos depositados en la cuenta bancaria y que ello resultó acreditado al haberse reportado movimientos desde esa cuenta hacia la constituida a nombre de su madre, prescinde de tener en consideración lo expresado por el Tribunal Fiscal en relación con que del examen de los documentos incorporados a la causa no resulta esa circunstancia.
2. - Debe confirmarse la determinación de oficio del impuesto sobre los bienes personales sustentada en que la contribuyente es titular de una cuenta bancaria en el Reino de Bélgica. La circunstancia de que solamente se hubiesen registrado transferencias en favor de su progenitora —hasta su fallecimiento— en modo alguno implica la verificación de que aquella haya tenido la titularidad de un usufructo de esos bienes ni tampoco tiene virtualidad para modificar la circunstancia de que la cuenta cuestionada se hallaba bajo titularidad exclusiva de la contribuyente, quien, a partir del fallecimiento del donante de los fondos y títulos, pudo disponer libremente de esos bienes.
3. - El ajuste en el impuesto sobre los bienes personales respecto de una cuenta bancaria en el exterior debe ser confirmado. La contribuyente nada expresa con relación a que las limitaciones a la disposición de los fondos fueron establecidas hasta tanto ocurriera el fallecimiento del donante, es decir, de su padre. Nada se expresó en los documentos respecto a que, constatado ese fallecimiento, sería su madre quien continuaría con el usufructo de los fondos. Además, las manifestaciones contenidas en la nota aportada por la madre de la contribuyente corroboran esa interpretación, ya que únicamente aluden a que, luego de haber sido acordada la modificación del contrato de matrimonio, el hombre donó a la contribuyente dinero y títulos que depositó en una cuenta de titularidad de aquella, acto para el cual prestó conformidad su esposa, y cuya indisponibilidad se estableció hasta el fallecimiento del donante, sin haberse efectuado ninguna alusión a la continuación del usufructo.
4. - La multa por defraudación debe ser confirmada, pues las declaraciones juradas presentadas de manera inicial ocultan la realidad con respecto a la materialización del hecho imponible, la cual solo resulta ostensible mediante la confrontación de los saldos en la cuenta bancaria de su titularidad, constituida en el exterior, sujetos al pago del impuesto sobre los bienes personales. Tal circunstancia tuvo una grave incidencia en la determinación de la materia imponible, sin que al contribuyente acreditara

la concurrencia de ningún elemento que la eximiera de responsabilidad por dicha inexactitud.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala V, 10/04/2025. - Monard, Christine Julia Edmond Magda Marie c. Dirección General Impositiva s/Recurso directo de organismo externo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/39554/2025]

Jurisprudencia vinculada

Tribunal Fiscal de la Nación, sala D, 21/09/2023, "Monard, Christine Julia Edmond Magda Marie s/ Recurso de apelación — Impuesto sobre los Bienes Personales", TR LALEY AR/JUR/183116/2023

Costas

Conforme art. 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2ª Instancia. - Buenos Aires, 10 de abril de 2025.

Considerando:

I.- Que, 21 de septiembre de 2023, el Tribunal Fiscal de la Nación rechazó el recurso de apelación interpuesto por la contribuyente Christine Julia Edmond Magda Marie Monard (en adelante, Christine Monard) y confirmó la Resolución n° 174/2022 DO (DV RRMP), dictada el 28 de julio de 2022, mediante la cual se había determinado de oficio el Impuesto sobre los Bienes Personales, correspondiente a los períodos fiscales 2016 y 2017, en la suma de 126.498,18 pesos y 130.292,75 pesos, respectivamente, más 478.889,79 pesos en concepto de intereses resarcitorios, y se había aplicado una multa de 770.372,79 pesos, equivalente a tres veces el importe de los tributos evadidos, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley n° 11.683 (cfr. páginas 664/672 del DEO incorporado digitalmente a la causa el 9 de febrero de 2024).

De manera preliminar, expresó que la Sra. Christine Monard se encuentra inscrita en los rubros "Servicios Empresariales N.C.P." y "Enseñanza de Idiomas", que posee alta en el Impuesto sobre los Bienes Personales desde septiembre de 1996 y que registra la presentación de las declaraciones juradas de los períodos fiscales 2016 y 2017 de dicho tributo.

Señaló que en el marco de la fiscalización y por aplicación del "Convenio para evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Capital", suscrito entre el Reino Unido de Bélgica y la República Argentina, habían sido solicitados los movimientos registrados durante los períodos fiscales 2016 y 2017 de las cuentas bancarias registradas en aquel país.

Se puso de manifiesto que, a través de la División de Intercambio de Información Tributaria, fue recibida la información proveniente de las autoridades competentes de Bélgica, y destacó la remisión de: "Una nota que informa que la titular de la cuenta ... (...) es la señora Christine Monard y la misma posee moneda en especie y títulos. - La documentación de apertura de

la cuenta ... (...), con fecha 14/03/2012, en donde se indica como única titular a Christine Monard. El origen de los fondos se indican como una transferencia del "DEGROOF" por un monto de euros ochocientos mil (€ 800.000), y que el origen de ese dinero es de una donación en su carácter de hija del donante de agosto de 2001. Se encuentra solamente la firma de Christine Monard como única titular de dicha cuenta. - Los reportes de la cuenta ... (...) al 31/12/2016 y al 31/12/2017 donde consta la evolución del portafolio de inversiones y moneda corriente; la performance del portafolio de inversiones; comparación de la rentabilidad del portafolio; las operaciones llevadas a cabo en el portafolio; comparación con otras zonas geográficas y por actividad; posiciones del portafolio de inversión y anexo. Que se verifica que al 31/12/2016, la cuenta bancaria ... (...) poseía un saldo de euros (€ 1.063.081,99) y al 31/12/2017 de euros (€ 1.165.419,52) y que no se encuentra declarada por la contribuyente en las declaraciones juradas sobre los Bienes Personales de 2016 y 2017".

En tales condiciones, destacó que si bien la presente causa no había sido abierta a prueba, correspondía examinar la prueba documental que ya había sido aportada en sede administrativa. Además, refirió que en la causa se había dispuesto la celebración de una audiencia a la que la parte interesada no concurrió, sin perjuicio de lo cual, ese Tribunal Fiscal había considerado pertinente profundizar sobre algunos aspectos de prueba, de modo que dispuso una medida para mejor proveer tendiente a tener certeza sobre la fecha de defunción del padre de la señora Monard (de la cual resultó que ese hecho ocurrió en 3 de septiembre de 2013), donante de los fondos depositados en la aludida cuenta.

Indicó que había tomado como válidos los documentos acompañados por la parte actora, que no habían sido tenidos en consideración por el Fisco con fundamento en que no cumplían con los recaudos legales necesarios. Al respecto, concluyó que aquellos no eran idóneos para convalidar la postura sostenida por la contribuyente en orden a que los fondos depositados en las cuentas no le pertenecían hasta tanto fallecieran ambos padres, hecho que se consumó el 5 de noviembre de 2020, al morir su madre.

Al respecto, expresó que de los términos contenidos en el "Contrato de Matrimonio modificado", del 10 de abril de 2001, resultaba que el Sr. René Monard y la Sra. Magdalena Marien (padres de la contribuyente) se habían casado el 31 de mayo de 1954 bajo el régimen de la "comunidad de bienes gananciales". Posteriormente, habían modificado su contrato matrimonial para aumentar los derechos del cónyuge sobreviviente. En tal sentido, acordaron que el sobreviviente adquiere respecto de los bienes comunes, el 50% en plena propiedad y; sobre el 50% restante mantiene el usufructo, en detrimento de sus tres hijos.

Indicó que, posteriormente, mediante el *Pacto adjunto-Reconocimiento de Donación*, celebrado el 29 de mayo de 2001, se había realizado una donación por parte del Sr. René Monard en favor de la Sra. Christine Monard, con la intervención de la cónyuge del primero (Magdalena Marien) mediante la cual se transfirió (con reserva a beneficio de retorno convencional en caso de fallecimiento de la donataria) a la cuenta de la Sra. Christine Monard, quien aceptó, la mitad de los títulos y efectivo. En ese documento se dejó constancia de que

la contribuyente recibió esos fondos en la cuenta abierta en la Banque Dewaay S.A. y que se obligaba a permitir al donante el retiro, hasta el final de la vida de aquel y a partir del 1º de enero de 2002, la suma equivalente al 2,5% de lo que haya depositado al 31 de diciembre del año anterior sobre la cuenta de la donataria o sobre cualquier otra que la reemplace o sobre el capital de la donataria. Como garantía de cumplimiento de ese punto, la donataria se comprometía además a “no retirar títulos ni fondos recibidos antes del fallecimiento del donante” (el destacado es del original).

Agregó que de la *carta aportada por la Sra. Magdalena Marien* resultaba que “...conforme su voluntad conyugal y el contrato de matrimonio modificado suscrito el 10/04/2001, dispuso junto a su esposo privar a sus descendientes del usufructo de los bienes transferidos. Que posteriormente, con fecha 29/05/2001, deciden transferir fondos y títulos a la custodia de su hija Christine Monard. Que dichos fondos son los que obran en las cuentas que se debaten en autos. Que *la plena disposición sólo se transferirá en caso de fallecimiento de la parte donante*. Que los fondos e inversiones transferidos obrantes en las cuentas descritas o donde en el futuro se destinen, no son propiedad de nuestra hija hasta tanto se cumpla la causal de cese de indisponibilidad de los haberes cual es el fallecimiento de la parte donante, conforme las normas del Reino de Bélgica.” (el destacado es del original).

En tales condiciones, y efectuando una interpretación integral de lo consignado en los diversos documentos aportados, el Tribunal Fiscal concluyó que los bienes donados por el Sr. Monard a su hija (saldos en cuentas) ya no formaban parte de su haber, solo le pertenecía un derecho de usufructo que según el contrato de donación se agotó el mismo día del deceso. Por lo demás, de tales documentos no resultaba en modo alguno que el usufructo pasara a favor de la Sra. Magdalena Marien (madre) luego del deceso del único donante.

Por ende, y a partir del momento en que ocurrió el fallecimiento del Sr. René Monard, el 3 de septiembre de 2013, los fondos y los títulos depositados en la mencionada cuenta bancaria ... (...) resultaban de exclusivo uso y titularidad de la Sra. Christine Monard, quien debió haberlos incluido en sus declaraciones juradas del Impuesto sobre los Bienes Personales en el rubro “bienes en el exterior” a partir de ese momento y no desde el año 2020, cuando falleció su madre. En tales condiciones, concluyó que las transferencias realizadas durante los períodos fiscales 2016 y 2017 hacia cuentas pertenecientes a la madre de la contribuyente (Sra. Magdalena Marien) en modo alguno evidenciaban la existencia de un usufructo en favor de aquella, sino que suponen el libre uso de la cuenta por parte de la titular.

Por todo lo expuesto, confirmó el ajuste propiciado en el referido impuesto.

En diferente orden de ideas, y en lo relativo a la multa impuesta, expresó que “...del análisis del elemento objetivo de la sanción surge la grave contradicción entre la información colectada por el Organismo fiscal y la declaración jurada presentada por la recurrente, quien consignó datos inexactos o bien intencionalmente falseados, los que generan un perjuicio para el Fisco Nacional, ya que se modifica el hecho imponible y el tributo fue omitido para esos bienes en un 100%.” En orden al elemento subjetivo, expresó que la parte actora no había acompañado elementos suficientes que permitieran “...acceder al convencimiento de que la misma ha procedido conforme a derecho, sino que, por

el contrario, las irregularidades pueden considerarse como maniobras tendientes a ocultar al Fisco Nacional la verdadera magnitud de la operatoria...conforme las presunciones establecidas en el art. 47 de la ley de rito”.

En lo relativo a los intereses, señaló que la parte actora no había expresado agravio alguno a su respecto y aquellos debían ser confirmados en la medida en que fueron establecidos de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la Ley nº 11.683.

Asimismo, reguló los honorarios de los profesionales intervinientes por el Fisco Nacional, los que fijó por la representación procesal en la cantidad de ... UMA y; por el patrocinio letrado, en la cantidad de ... UMA.

II.- Que, contra esa sentencia, la parte actora apeló y expresó agravios (cfr. *páginas 693/704 del DEO incorporado digitalmente a la causa el 9 de febrero de 2024*), que fueron replicados a fs. 711/726 del referido DEO.

Primeramente efectúa un escueto relevamiento de los antecedentes del caso y, luego, transcribe íntegramente la sentencia apelada, a partir del considerando V.

En esas condiciones, afirma que en la sentencia se valoró indebidamente la prueba, ya que estima que la circunstancia de que se hayan verificado movimientos en la cuenta, desde noviembre de 2016 a diciembre de 2017, a otra cuenta bancaria a nombre de su madre (Sra. Magdalena Marien) implicó el reconocimiento de que aquella era la verdadera titular del usufructo de los fondos.

Insiste en que, además, nunca retiró títulos ni fondos antes del fallecimiento de ambos padres, habiendo únicamente realizado transferencias en favor de su madre.

En segundo término, y con relación a la multa impuesta en tres veces el importe de los tributos omitidos, considera que no se halla debidamente fundado su *quantum* en atención en que no fueron invocados antecedentes infraccionales que justificaran la referida graduación, de modo que ello “...justifica la nulidad de la sentencia”.

III.- Que cabe señalar que los agravios expuestos por la parte actora remiten al examen de cuestiones de hecho y prueba, como reglas ajenas al recurso de apelación previsto en artículo 86 inciso b), punto segundo, de la ley 11.683, que han sido resueltas sin que se pueda advertir un error manifiesto en la apreciación de la prueba (cfr. art. 86, inciso b), apartado 2), primer y segundo párrafo; Fallos 300:985; 318:2304, consid. 8º; 332:57, consid. 8º y sus citas; CNAp. en lo Cont. Adm. Fed., Sala IV “La Rueda Portaña S.A. (TF 9861-I) c/D.G.I.” del 27 de octubre de 1998; Sala V “S.A. Molinos Fénix (TF 17.290-I) c/D.G.I.”, del 20 de junio de 2006).

Las observaciones planteadas en orden a que, a partir del fallecimiento de su padre, su madre debió ser considerada como titular del usufructo de los fondos depositados en la cuenta bancaria y que ello resultó acreditado al haberse reportado movimientos desde esa cuenta hacia la constituida a nombre de su madre, prescinde de tener en consideración lo expresado por el Tribunal Fiscal en relación con que, del examen de los documentos incorporados a la causa, no resulta esa circunstancia.

Al respecto nada expresa el apelante con relación a que las limitaciones a la disposición de los fondos fueron establecidas hasta tanto ocurriera el fallecimiento del donante, es decir, de su padre. Nada se expresó en

aquellos documentos respecto a que, constatado ese fallecimiento, sería su madre quien continuaría con el usufructo de los fondos. Por lo demás, las manifestaciones contenidas en la nota aportada por la madre de la contribuyente corroboran esa interpretación, ya que únicamente aluden a que luego de haber sido acordada la modificación del contrato de matrimonio, el Sr. René Monard donó a la contribuyente dinero y títulos que depositó en una cuenta de titularidad de aquella, acto para el cual prestó conformidad la Sra. Magdalena Marien, y cuya indisponibilidad se estableció hasta el fallecimiento del donante, sin haberse efectuado ninguna alusión a la continuación del usufructo en favor de la Sra. Marien.

Por ello, la pretensión debe ser rechazada en tanto la circunstancia de que solamente se hubiesen registrado transferencias en favor de la progenitora de la contribuyente (hasta su fallecimiento), en modo alguno implica la verificación de que aquella haya tenido la titularidad de un usufructo de esos bienes ni tampoco tiene virtualidad para modificar la circunstancia de que la cuenta cuestionada se hallaba bajo titularidad exclusiva de la Sra. Christine Monard, quien a partir del fallecimiento del donante de los fondos y títulos, pudo disponer libremente de esos bienes.

En tal sentido cabe tener presente que, según lo establecido en el artículo 164 de la ley 11.683, el Tribunal Fiscal tiene amplias facultades para establecer la verdad de los hechos controvertidos con independencia de lo alegado por las partes, así como para determinar el tributo o fijar las bases precisas para su determinación.

En las condiciones señaladas y no habiéndose advertido una valoración arbitraria de los extremos verificados en la causa, corresponde rechazar el recurso interpuesto por la parte actora y confirmar la sentencia apelada en lo que a la exigencia tributaria respecta.

En diferente orden de ideas, y respecto a los cuestionamientos formulados por la parte actora en lo relativo a la multa impuesta, cabe recordar que las declaraciones juradas consideradas en la causa eran inexactas, en virtud de que en ellas no se reflejaba la situación económica real de la contribuyente con relación al Impuesto sobre los Bienes Personales y, por otra parte, es del caso aclarar que en las infracciones de esta naturaleza el dolo consiste en el ánimo o la intención deliberada de no pagar el impuesto, o de pagarlo en una medida menor que la debida.

Las declaraciones juradas presentadas de manera inicial ocultan la realidad con respecto a la materialización del hecho imponible, la cual solo resulta ostensible mediante la confrontación de los saldos en la cuenta bancaria de su titularidad, constituida en el exterior, sujetos al pago del impuesto referido. Tal circunstancia tuvo una grave incidencia en la determinación de la materia imponible y por su parte, la actora no acreditó la concurrencia de ningún elemento que la eximiera de responsabilidad por dicha inexactitud (cfr. esta Sala, en la causa “Octano S.A. (TF 26.111-I) c/D.G.I.” expte. 17.360/2008, sentencia del 08/09/09). En igual sentido, esta Sala, en la causa “Pagliero, Oscar Raúl (TF 23984 -I) c/ D.G.I.” expte. 10.581/2008, sentencia del 25/06/09.

En tales condiciones y teniendo en cuenta lo significativo de las diferencias apuntadas, no se advierten razones para dejar de lado la presunción establecida en el artículo 47, inciso b), de la ley 11.683, de conformidad con la cual, salvo prueba en contrario, la intención de

producir declaraciones engañosas se presume cuando en las declaraciones juradas se consignen datos inexactos que tengan una grave incidencia sobre la determinación de la materia imponible. En tales condiciones, a la interesada le incumbía la carga de probar que las inexactitudes en cuestión, aunque relevantes, fueron consecuencia de una omisión imputable a su parte a título de mera negligencia; lo que en el caso no fue demostrado.

Por lo demás, y en lo relativo al cuestionamiento de la graduación de la multa, con fundamento en que no

se acreditó la existencia de antecedentes infraccionales que pudieran haber justificado su fijación por encima del mínimo legal, corresponde poner de manifiesto que la medida de la multa fue establecida teniendo en consideración otros aspectos, concretamente, habiendo hecho referencia a la grave contradicción detectada y a que aquello implicó que se evadiera el pago del 100% del impuesto debido. Por ende, el recurso planteado en lo que respecta a este punto, también debe ser rechazado.

Por todo lo expuesto, *resuelve*: 1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y con-

firmar la sentencia apelada, con costas (artículo 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación); 2) Regular los honorarios de la representación fiscal por las actuaciones cumplidas en esta instancia en la cantidad de ... UMA, equivalentes al día de la fecha a ... pesos (cfr. artículos 16, 19, 21 y 30 de la Ley N° 27.423 y Resolución SGA N° 237/25 de la CSJN).

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. — Jorge F. Alemany. — Pablo Gallegos Fedriani. — Guillermo F. Treacy.

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, a cargo del Dr. Patricio Marañello, Secretaría N° 9 a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 10 de Capital Federal, hace saber que HENRY JAVIER LUENGO PÉREZ, DNI N° 95.724.596 de nacionalidad Venezuela y de ocupación diseño gráfico, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 27 de marzo de 2025
N. Javier Salituri, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 28/04/25

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. JUAN CARLO CATARI COLMENAREZ de nacionalidad venezolana con DNI 95.893.992 según el expediente "CATARI COLMENAREZ, JUAN CARLO s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 25819/2024. 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, 4 de abril de 2025
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 28/04/25

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 del Sr. VITALII GRADOBOEV de nacionalidad rusa con PAS 75 6342487 según el expediente "GRADOBOEV, VITALII s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 24947/2024. 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, 1 de abril de 2025
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 28/04/25

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 del Sr. GUSTAVO ADOLFO CHINCHILLA MANSILLA de nacionalidad VENEZOLANA con DNI 95.803.396 según el expediente "CHINCHILLA MANSILLA GUSTAVO ADOLFO s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 13676/2023. 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, 7 de noviembre de 2023
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 28/04/25

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. ROMÁN ROMANCHENKO de nacionalidad rusa con PAS 77 4376661 según el expediente "ROMANCHENKO, ROMAN s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 25281/2024. 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 marzo de 2025
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 28/04/25

23764/2024. PIDLYPSKA, HANNA s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, Secretaría N° 3 a mi cargo, de Capital Federal, informa que PIDLYPSKA, HANNA, DNI N° 96.369.876, 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, 11 de abril de 2025
Federico Leali, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 25/04/25

6509/2024. FALL, DEBO s/SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA. El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2, Secretaría N° 3 a mi cargo, de Capital Federal, informa que FALL, DEBO, Pasaporte N° A03066948, 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, 11 de abril de 2025
Federico Leali, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 25/04/25

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo de Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que la Sra. VANESSA DEL VALLE MATOS AYALA con DNI N° 96.035.993, nacida el 19 de junio de 1983 en Puerto Ordaz, Bolívar, Venezuela, ha solicitado

la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 8 de abril de 2025
Carlos Mallo, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 25/04/25

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo de Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que la Sra. ZHANNA BATOMUNKUEVA con DNI N° 96.349.527, nacida el 13 de noviembre de 1993 en Duldurginsky, Chita, Rusia, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 8 de abril de 2025
Carlos Mallo, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 25/04/25

El Juzgado Nacional de 1° Inst. en lo Civ. y Com. Fed. N° 11, Secretaría N° 21, sito en Libertad 731, 7° piso de esta Capital, hace saber que ELIZAVETA SHMARLINA, cuyo pasaporte es el N° 76 7042499 nacida en Yaroslavl – Rusia, 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, 28 de febrero de 2025
Alejandro J. Nobili, juez fed.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 25/04/25

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria N° 16, sito en Libertad 731 7° piso de Capital Federal, hace saber que ROSMEL JOHAN SIERRA ZAMBRANO de nacionalidad venezolana con DNI 95.674.148 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 31 de julio de 2025
Juan Martín Gavalda, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 25/04/25

El Juzgado Nacional de Primera Instancia

en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 13, a mi cargo, sito en Libertad 731 piso 6° de CABA, comunica que PÉREZ SANABRIA INGE GABRIELA DNI N° 95.961.471, con fecha de nacimiento 28 de octubre de 1999, en Municipio Valencia, Estado Carabobo, Venezuela, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 7 de abril de 2025
Fernando Gabriel Galati, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 25/04/25

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo de Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que GERMÁN KOTIK con DNI N° 96.357.838, nacido el 06/08/1995 en Rusia, Oblast de Rostov, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 31 de marzo de 2025
Carlos Mallo, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 25/04/25

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo de Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que DANIELA DAYANA ROMERO GIMÉNEZ con DNI N° 95.831.260, nacida el 29/02/1988 en Estado Lara, Venezuela, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 3 de abril de 2025
Carlos Mallo, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 25/04/25

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo de Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que ELENA PETENEVA con DNI N° 76 7627617, nacida el 25/04/1981 en Frunze, Republica de Kirguisia, Rusia,

ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 8 de abril de 2025
Carlos Mallo, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 25/04/25

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo de Dr. Javier Pico Terrero, Secretaría N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que ANDREI BELOV con DNI N° Pasaporte N° 75 -1383639, nacida el 06/02/1987 en Cheliabinsk, Rusia, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días.

Buenos Aires, 31 de marzo de 2025
Carlos Mallo, sec.
LA LEY: I. 25/04/25 V. 25/04/25

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 de la Sra. SVETLANA ZINOVEVA de nacionalidad rusa con DNI 96.220.371 según el expediente "ZINOVEVA, SVETLANA s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 22932/2024. 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, 17 de marzo de 2025
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 24/04/25 V. 25/04/25

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. MIKHAIL SIDORENKO de nacionalidad rusa con PAS 76 7129058 según el expediente "SIDORENKO, MIKHAIL s/ SOLICITUD DE CARTA DE CIUDADANÍA" Exp. N° 16717/2024. 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, 8 de abril de 2025
María Lucila Koon, sec.
LA LEY: I. 24/04/25 V. 25/04/25