

**DE LA INTERPRETACIÓN DE
LA LEY A LA ARGUMENTACIÓN
DESDE LA CONSTITUCIÓN:
REALIDAD, TEORÍAS Y
VALORACIÓN**

**FROM INTERPRETATION OF THE
LAW TO ARGUMENTATION BASED ON THE
CONSTITUTION: REALITY, THEORIES AND
ASSESSMENT**

**DA INTERPRETAÇÃO DA LEI
À ARGUMENTAÇÃO A PARTIR DA
CONSTITUIÇÃO: REALIDADE, TEORIAS
E VALORAÇÃO**

RODOLFO LUÍS VIGO*



Universidad de
La Sabana

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor de la Universidad Austral, Buenos Aires (Argentina). vogorodolfo@gmail.com.

RECIBIDO: FEBRERO 2 DE 2012, APROBADO: MAYO 25 DE 2012

RESUMEN

En este artículo se realiza un estudio comparativo de la teoría de la interpretación jurídica propia del positivismo jurídico, teoría del derecho dominante de la forma política del Estado de Derecho, y la visión de la teoría interpretativa del Estado Constitucional. Las características centrales de la visión positivista de la interpretación son: la comprensión de la ciencia jurídica como ciencia teórico-descriptiva, la ausencia de valoraciones y el apego a la letra de la ley y la seguridad jurídica como criterios exclusivos que deben guiar la labor del intérprete. Por su lado, en el constitucionalismo hay una revalorización de la interpretación jurídica como una tarea de la razón práctica, que implica la presencia de valores sustanciales en el derecho, y que obliga al intérprete al uso de técnicas de argumentación que van más allá de la aplicación mecánica de la ley. Todas estas tesis son finalmente contrastadas con la teoría interpretativa del realismo jurídico clásico, que se presenta aquí como la mejor forma de comprender la labor del intérprete, y en cuyas tesis es posible asumir muchas de las teorías contemporáneas de la interpretación.

PALABRAS CLAVE

Teoría de la interpretación, Estado de derecho, positivismo jurídico, seguridad jurídica, teorías de la argumentación, constitucionalismo, realismo jurídico clásico.

ABSTRACT

This article offers a comparative study of the theory of legal interpretation particular to legal positivism, which is the dominant legal theory associated with the rule of law, and the vision of the interpretive theory of the constitutional state. The central features of the positivist view of interpretation are: an understanding of legal science as a theoretical-descriptive science, the absence of assessments, and adherence to the letter of the law and legal certainty as the sole criteria to guide the work of interpreter. In constitutionalism, legal interpretation is re-assessed as a task involving practical reason, which implies the presence of substantial values in the law, and requires the interpreter to use argumentative techniques that go beyond mechanical application of the law. All these assertions are contrasted, in the end, with the interpretive theory of classical legal realism, which is presented as the best way to understand the work of the interpreter, and in whose thesis it is possible to assume many of the contemporary theories on interpretation.

KEY WORDS

Theory of interpretation, rule of law, legal positivism, legal certainty, theories of argumentation, constitutionalism, classical legal realism

RESUMO

Neste artigo, realiza-se um estudo comparativo da teoria da interpretação jurídica própria do positivismo jurídico, teoria do direito dominante da forma política do Estado de Direito, e a visão da teoria interpretativa do Estado Constitucional. As características centrais da visão positivista da interpretação são: a compreensão da ciência jurídica como ciência teórico-descritiva, a ausência de valorações e o apego à letra da lei e à segurança jurídica como critérios exclusivos que devem guiar o trabalho do intérprete. Por seu lado, no constitucionalismo, há uma revalorização da interpretação jurídica como uma tarefa da razão prática, que implica a presença de valores substanciais no direito, e que obriga o intérprete ao uso de técnicas de argumentação que vão mais além da aplicação mecânica da lei. Todas essas teses são finalmente contrastadas com a teoria interpretativa do realismo jurídico clássico, que se apresenta aqui como a melhor forma de compreender o trabalho do intérprete e em cujas teses é possível assumir muitas das teorias contemporâneas da interpretação.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria da interpretação, Estado de direito, positivismo jurídico, segurança jurídica, teorias da argumentação, constitucionalismo, realismo jurídico clássico.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. EL PROFESIONAL DEL DERECHO: DE LA INTERPRETACIÓN A LA ARGUMENTACIÓN; 1.1. LA LEY COMO MATERIA INTERPRETATIVA; 1.1.1. EL DERECHO COMO MATERIA ARGUMENTATIVA; 1.2. LOS PROFESIONALES COMO SUJETOS INTERPRETATIVOS; 1.2.1. TODOS SON SUJETOS INTERPRETATIVOS; 1.3. OBJETO DE LA INTERPRETACIÓN; 1.3.1. OBJETO DE LA ARGUMENTACIÓN; 1.4. CARÁCTER NACIONAL DE LA INTERPRETACIÓN; 1.4.1. CARÁCTER SUPRANACIONAL O INTERNACIONAL DE LA ARGUMENTACIÓN; 1.5. LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS; 1.5.1. LOS ARGUMENTOS; 1.6. ESTRUCTURA DE LA INTERPRETACIÓN; 1.6.1. ESTRUCTURA DE LA ARGUMENTACIÓN; 1.7. EL RESULTADO DE LA INTERPRETACIÓN; 1.7.1. EL RESULTADO DE LA ARGUMENTACIÓN; 1.8. EL SABER JURÍDICO INTERPRETATIVO COMO SABER TEÓRICO; 1.8.1. EL SABER JURÍDICO ARGUMENTATIVO COMO SABER PRÁCTICO; 1.9. NULA RELEVANCIA POLÍTICA DEL INTÉRPRETE; 1.9.1. LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL ARGUMENTADOR; 1.10. LA AUSENCIA DE COMPLEJIDAD EN LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN; 1.10.1. LA COMPLEJIDAD Y LA RELEVANCIA DE LA ARGUMENTACIÓN; 1.11. EL ENCLAVE CIVILISTA DE LA TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN; 1.11.1. EL ENCLAVE CONSTITUCIONAL DE LA ARGUMENTACIÓN; 1.12. EL VALOR EXCLUYENTE DE LA SEGURIDAD JURÍDICA EN LA INTERPRETACIÓN; 1.12.1. EL VALOR DE LA EQUIDAD COMO FIN DE LA ARGUMENTACIÓN; 1.13. LOS “CASOS” EN LA INTERPRETACIÓN; 1.14. PRESCINDENCIA DE LA ÉTICA DEL INTÉRPRETE; 1.14.1. RELEVANCIA DE LA ÉTICA DEL ARGUMENTADOR; 2. LA TEORÍA KELSENIANA: ENTRE LA RATIFICACIÓN Y LOS CAMBIOS; 2.1. EL POSITIVISMO KELSENIANO; 2.2. EL VOLUNTARISMO INTERPRETATIVO; 2.3. CREACIÓN JURISPRUDENCIAL; 2.4. ESCEPTICISMO ÉTICO; 2.5. VISIÓN REDUCTIVA DE LA RAZÓN; 2.6. JURIDICISMO; 2.7. DISOLUCIÓN DE LA LÓGICA; 2.8. EL CONSTITUCIONALISMO KELSENIANO; 2.9. CIENTIFICISMO; 3. BALANCE DESDE EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO; 3.1. TESIS SUSCRIBIBLES O COINCIDENTES; 3.2. OBSERVACIONES Y CRÍTICAS; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

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

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

Las distintas profesiones u oficios se fueron gestando, desde tiempos muy remotos, a los fines de que ellas cubrieran ciertos servicios o requerimientos que se

suscitaban en la sociedad, para de ese modo recuperar u obtener una situación beneficiosa mejor o de bienestar. Así, podemos imaginarnos que los primeros hombres enfrentaron problemas en su salud física, y en orden a procurar resolverlos, aparecieron aquellos elementales médicos que intentaban superar esas dificultades en aquel terreno. De igual manera, frente a la necesidad de levantar edificios o construcciones estuvieron aquellos primigenios arquitectos que contaban con habilidades, experiencias o conocimientos especiales como para llevar felizmente a cabo esos requerimientos. En definitiva, las profesiones quedaron ligadas al servicio para obtener o potenciar ciertos bienes que las personas apreciaban, por eso, cuando el servicio se prestaba no “para el bien humano”, sino para perjudicar o “hacer mal”, no se estaba frente a alguien que debía ser reconocido y apreciado, sino frente a alguien que debía ser sancionado moral o jurídicamente. Esta dimensión ética intrínseca a las profesiones se ha mantenido, y por ello no estaríamos dispuestos a reconocer un “profesional” en aquel que se dedica al robo, a la venta de drogas, etc., aunque lo haga con vocación, habitualidad, eficiencia, capacitación o esfuerzo. Recordemos que MACINTYRE ha asociado la corrupción a la situación que se da cuando un profesional deja de prestar el servicio para aquel fin que le es intrínseco y lo legítima, y pasa a desempeñar su trabajo al servicio exclusivo de fines extrínsecos (la fama, el dinero o el placer)¹; así se corrompe el médico que se despreocupa de la salud de los pacientes y solo se moviliza por la fama, o se corrompe el maestro que solo le interesa el dinero y se desinteresa de cuánto aprenden sus alumnos, e igualmente se corrompe el policía que hace su trabajo por el placer de hacer daño a los delincuentes y no para que exista un cierto orden público.

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

¹ Cfr. Adela CORTINA, “La regeneración moral de la sociedad y de la política”, en *Corrupción y ética*, Bilbao, Cuadernos de Teología Deusto, 1996.

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

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

1.1. La ley como materia interpretativa

La materia sobre la cual operaba el intérprete jurídico en el EDL era la ley, dado que era ella la fuente de las fuentes del Derecho, a punto que si se llegaba a reconocer alguna otra fuente lo era como subordinada a la que ostentaba la máxima jerarquía. Así, la costumbre a la que los juristas podían recurrir era la interpretativa de la ley o la que suplía el silencio de la ley, pero estaba vedado ir a una costumbre contra la ley. La posibilidad de apelar a los “principios generales del Derecho” era remota, pues solo en caso de lagunas de la ley, y aquellos valían en

tanto habían sido puestos implícitamente por el legislador o codificador, de ese modo era inconcebible la alternativa de descalificar una respuesta legal por contradecir “principios generales”. En definitiva, el trabajo del jurista consistía en esa búsqueda de respuestas que estaban en la ley (más específicamente: en el código), bajo la amenaza que si se apartaba del “sentido de la ley” cometía el delito de prevaricato. Al respecto recordemos la confesión del profesor Bugnet: “yo no enseño derecho civil, enseño Código de Napoleón”², y también la célebre definición de interpretación de Savigny: “reconstrucción del pensamiento del legislador insito en la ley”³. Si el Derecho estaba contenido en la ley, o sea en algunos de los códigos, era absolutamente posible, y hasta deseable, que el jurista se convirtiera en un especialista de esa rama específica que estaba contenida totalmente en algún libro o parte de un código y, por ende, podía plenamente prescindir del Derecho constitucional.

1.1.1. *El Derecho como materia argumentativa*

Una de las señas definitorias del EDC es haber reconocido que la Constitución ha dejado de ser un programa político dirigido exclusivamente al legislador y ha pasado a ser no solo una plena fuente del Derecho para todos los juristas, sino la más importante de ellas (la fuente de las fuentes), a punto que desde ella se controlan todas las demás normas jurídicas. Desde la condena a los nazis en Nuremberg por haber cumplido la “ley” y violado el “derecho”, se entiende que la ley fundamental de Bonn del 49 distinga entre ley y Derecho, rompiendo esa sinonimia que se estableció a partir de los códigos franceses. Como dice simplificadaamente ZAGREBELSKY, la ley formula su derecho por medio de normas, mientras que la Constitución lo hace a través de principios (valores o derechos humanos)⁴. Por eso los juristas en la totalidad de los casos deben concretar ese control de validez desde el Derecho constitucional respecto a la totalidad de las normas que eventualmente pueden aplicar, en esa confrontación están incluidas las legales, y ese control no se reduce a lo formal o procedimental sino es sustancial o material. El Derecho se ha constitucionalizado, lo que equivale a decir que se ha “principalizado” o “axiológizado”, de modo que más allá de especialidades, ningún jurista puede ignorar el Derecho constitucional, y también el complemento del mismo que han significado los tratados de derechos humanos. Todo jurista debe de algún modo —directo o indirecto— operar el Derecho constitucional, e incluso aplicarlo eventualmente de oficio cuando le toca decir el Derecho.

1.2. **Los profesionales como sujetos interpretativos**

En el EDL se les reconoció a los jueces el rol de intérpretes oficiales del derecho legal, pero al mismo tiempo se subrayaba que el “intérprete auténtico” era el mis-

² Cfr. Francois GENY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Madrid, Reus, 1925, p. 27.

³ Federico Carlos VON SAVIGNY, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, en *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 82.

⁴ Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, trad. Mariana Gascón, 1997.

mo legislador. Si nos tomamos en serio esta calidad, fácilmente se detecta que el juez era un intérprete subordinado, accesorio o inauténtico del principal intérprete que era el que concentraba la competencia para hacer derecho. Así se apelaba a una distinción categórica entre “creación” y “aplicación”, y para aquella estaba el legislador y para esta el juez, aunque el juez debía tener por criterio exclusivo y excluyente a los fines de esa tarea a la *voluntas legislatoris*, pues recordemos que al hilo de la Revolución Francesa se creó el *refereé* legislativo cuyo objeto era precisamente clarificar las dudas que podía generar la aplicación judicial de la ley, con lo que se excluía la posibilidad de que fueran despejadas por el juez. Incluso, como se postulaba —según IHERING— que la interpretación si bien “no creaba nada de nuevo” era por donde empezaba la ciencia jurídica, por ende, era un trabajo no para neófitos, sino para científicos que deben “explicar la materia, resolver las contradicciones aparentes, disipar las oscuridades y las faltas de precisión, esclarecer todo el contenido de la voluntad del legislador”⁵. El Derecho se conocía a través de la ciencia por eso era esta la que brindaba la posibilidad de “decirlo”, de ahí también que la única idoneidad requerida para ser juez fuera el ser licenciado en Derecho, e incluso se suponía, que cuanto más conociera el Derecho más garantizada estaba la corrección en el servicio.

1.2.1. Todos son sujetos interpretativos

La Constitución propia de los EDC, si bien tiene una dimensión jurídica, pretende fundamentalmente establecer las bases éticas o axiológicas de la convivencia social. Así la Constitución argentina de 1853 tenía claramente un *ethos* liberal e individualista, que con la reforma de 1994 fue compensado con otro de carácter personalista y solidario. De ese modo, la Constitución interesa no solo a juristas, sino a cualquier ciudadano, y desde esa perspectiva Peter HABERLE se ha encargado de denunciar la desatención del problema de los participantes en la interpretación constitucional, concluyendo en la fórmula: “de la sociedad cerrada de los intérpretes constitucionales hacia la interpretación por y para la sociedad abierta”⁶, que implica sacar el tema del ámbito cerrado de los juristas y reclamar que en los procesos de la interpretación constitucional “están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos”, de modo que “el Derecho procesal constitucional no es el único acceso al procedimiento de la interpretación constitucional”. Una tesis complementaria y fundante del autor alemán citado es “La teoría de la Constitución como ciencia de la cultura”, que es precisamente el título de un libro publicado en 1982, y desde ese marco puede concluirse que la Constitución excede el mundo jurídico y el de los profesionales del Derecho, y para saber lo que ella dice no puede marginarse a la sociedad. Pero ello se potencia porque el derecho en todas sus ramas se ha constitucionalizado, y así, consiguientemente, se fractura el autismo decimonónico de los juristas.

⁵ Rudolf VON IHERING, *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1946, p. 132.

⁶ Peter HABERLE, *El Estado constitucional*, México D.F., UNAM, p. 150.

1.3. Objeto de la interpretación

La tarea interpretativa tiene asignado como objeto específico desentrañar “el” sentido que estaba en la norma legal en donde se subsumía el caso individual. Por eso —reiterémoslo— no se trataba de “crear” Derecho sino de aplicarlo, y a tales fines la interpretación del mismo. Para llevar adelante ese cometido, solo se necesitaba conocer las normas en donde el jurista encontraría la respuesta que debía brindarle al problema jurídico que lo convocaba, y ese conocimiento era absolutamente dogmático o acrítico, por eso las innumerables y elocuentes enseñanzas de la exégesis como las siguientes: LAURENT: “Los Códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete, este no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues el Derecho está escrito en textos auténticos”⁷; AUBRY: “Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña”⁸; Demolombe: “Interpretar es descubrir, dilucidar el sentido exacto y verdadero de la ley. No es cambiar, modificar, innovar; es declarar, reconocer”⁹; o MOURLON:

“*Dura lex, sed lex*; un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley, pues está instituido para juzgar conforme a ella y no de ella. Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o equidad de la ley”¹⁰.

1.3.1. Objeto de la argumentación

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

⁷ Julien BONNECASE, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, México D.F., Cajica, 1944, p. 141.

⁸ *Ibid.*, p. 146.

⁹ *Ibid.*, p. 150.

¹⁰ *Ibid.*, p. 160.

trabajo del jurista que llamábamos “interpretación” hoy se presta de otro modo, o sea por medio de la “argumentación”. De esa manera puede entenderse la provocativa síntesis de la hermenéutica de KAUFMANN o HASSEMER que “aplicar derecho es descubrirlo”, en tanto la respuesta para un caso siempre supone algo de creación o ajustamiento particular.

1.4. Carácter nacional de la interpretación

J. BONNECASE, en su conocido y exhaustivo libro *La escuela de la exégesis en derecho civil* subraya como un rasgo distintivo “el carácter profundamente estatista de la doctrina exegética”, pues ella “se reduce a proclamar la omnipotencia jurídica del legislador, es decir, del Estado, puesto que independientemente de nuestra voluntad, el culto extremo al texto de la ley y a la intención del legislador coloca al Derecho, de una manera absoluta, en poder del Estado”¹¹. MOURLON es categórico: “Para el jurisconsulto, para el abogado, para el juez un solo derecho existe, el derecho positivo...Se define como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí [...] En efecto, las leyes naturales, o morales solo son obligatorias en tanto que han sido sancionadas por la ley escrita”¹², y junto al dogma de la infalibilidad del legislador ratificado por MOURLON, el profesor VALETTE afirma que “sería muy asombroso encontrar un caso que permanezca por completo fuera de las prescripciones legislativas”¹³; incluso VAREILLES-SOMMIERES encuentra fundamento divino al derecho que poseen los gobernantes sobre los ciudadanos y crear el derecho positivo. Es que el EDL se nutría de la noción de soberanía propuesta por BODINO y, según la misma, el Derecho que regularía la conducta de los ciudadanos era solo establecido y con absoluta libertad por parte del respectivo Estado nacional.

1.4.1. Carácter supranacional o internacional de la argumentación

Los tratados de derechos humanos se encargan de reconocer que no están creando a los mismos cuando sancionan esos textos, sino reconociéndolos y con alcance universal e inalienable. Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que cuenta con el poder de definir en última instancia el derecho vigente en los diferentes Estados de esa región, y si bien es una materia acotada, es indudable que la misma cuenta con una ineludible elasticidad que queda confiada al *self-restraint* de los jueces que la integran. La Corte Penal Internacional también es otro ejemplo de cuanto derecho y responsabilidades jurídicas supranacionales pesan sobre las autoridades nacionales a la hora de definir sus poderes y deberes. Un ejemplo de lo mismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina es “Priebke”, dado que la mayoría de la misma concede la extradición solicitada por Italia a pesar de que los delitos estaban prescritos, apoyándose para ello en que el Código Penal debía abrirse y ajustarse a lo contemplado por el *ius cogens*.

¹¹ Ibid., p. 158.

¹² Ibid., p. 159.

¹³ Ibid., p. 161.

En definitiva, en tiempos de globalización es muy evidente la crisis de la clásica soberanía de los Estados, los que al determinar sus políticas y derechos deben computar exigencias jurídicas que no les resultan disponibles, sino que deben respetar bajo la amenaza de quedar al margen de la comunidad jurídica internacional o asumir distintas responsabilidades. Peter HABERLE reconoce que el “regionalismo” es “un elemento típico del Estado Constitucional de la actual etapa de desarrollo textual”, e incluso habla de un *ius commune constitutionale* europeo, y seguramente en nuestra realidad latinoamericana es posible identificar o trabajar para un análogo Derecho regional.

1.5. Los métodos interpretativos

Los juristas del EDL, para realizar el trabajo que les era requerido, indicaban — en “El sistema de derecho romano actual” de SAVIGNY— hasta cuatro métodos¹⁴: 1) el “gramatical” que tiene por objeto las palabras del legislador y consiste “en la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador”; 2) el “lógico”, o sea “la relación lógica en la que se hallan” las diversas partes del pensamiento del legislador”; 3) el “histórico”, que analiza el impacto o los cambios que la ley introduce en la situación jurídica que regula; y 4) el “sistemático”, que “se refiere a la conexión interna que enlaza a todas las instituciones y reglas jurídicas dentro de una magna unidad”. De todas maneras, los métodos que terminaron prevaleciendo fueron el gramatical y el lógico, pues en la visión de la exégesis francesa la consigna es —según el decano AUBRY— “Toda la ley, tanto en su espíritu como en su letra, pero solo la ley”¹⁵, con la advertencia de DEMOLOMBE de que la interpretación no incluía el inventar intenciones, aun mejores, que el legislador no tuvo. Los métodos interpretativos constituían el camino que debía recorrer el jurista a los fines de “desentrañar” el sentido de la ley que fue puesto por la voluntad general infalible —rousseauianamente hablando—, en donde luego subsumiría el caso individual respecto del cual se le pedía una respuesta. Por supuesto, que un aval decisivo para esos métodos lo constituía una concepción “mágica”¹⁶ del lenguaje, en tanto se ignoraban las dificultades o problemas que el mismo conlleva, y la posibilidad de establecer aquella voluntad general.

1.5.1. Los argumentos

Las teorías de la argumentación, al mismo tiempo que centran su atención en la necesidad de que el jurista apele a razones o argumentos que respalden sus afirmaciones o premisas que forman parte de su discurso y propuesta de solución o respuesta al problema en el que trabajan, también brindan nóminas de argumentos disponibles a esos fines. Una buena prueba de ello son los trece argumentos que propone PERELMAN, pero lo que corresponde destacar es que los viejos métodos se convierten en argumentos, y así entre ellos aparecen el lingüístico, el genético o

¹⁴ Federico Carlos VON SAVIGNY, “Los fundamentos de la ciencia jurídica”, ob. cit., p. 83.

¹⁵ Julien BONNECASE, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, ob. cit., p. 146.

¹⁶ Cfr. Rudolf CARNAP, *An introduction to the philosophy of Science*, New York, Dover, 1995.

el sistemático; pero de todas maneras con un sentido y alcance muy diferente. En efecto, los argumentos ya no están ligados a la voluntad del legislador, sino están disponibles en el Derecho vigente y para el uso de los juristas, por ende, no corresponde “inventarlos” sino “descubrirlos”. Además, la función que ellos prestan es de respaldo racional al discurso que postulan, y su invocación no se reduce a normas legales, dado que son también esgrimibles en relación con comportamientos, instituciones, contratos, etc. Algunos de los argumentos son jurídicos en sí mismos (por ejemplo, el autoritativo o normativo que consiste en aducir un artículo de una ley), pero otros son jurídicos en tanto su empleo por juristas y para dar respuestas jurídicas (por ejemplo la prueba científica de ADN). El respaldo último del recurso a argumentos implica reivindicar un derecho y una respuesta racional y razonable, rechazando centralmente lo que contradice la lógica o lo gravemente absurdo de manera axiológica.

1.6. Estructura de la interpretación

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

1.6.1. Estructura de la argumentación

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

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

1.7. El resultado de la interpretación

Conforme a lo que llevamos dicho queda claro que el intérprete se limita, al modo de un “ser inanimado” —según la exagerada fórmula de MONTESQUIEU—, a reproducir la ley en el caso sin aportar nada nuevo al Derecho que ya estaba completamente contenido en las leyes. De ese modo puede entenderse por qué la formación académica de los juristas no requiere de la lectura de la jurisprudencia y se limita a la ley o los Códigos, dado que la alternativa contraria equivaldría a estudiar dos veces lo mismo, con el riesgo consiguiente de que la copia no reproduzca fielmente al original. Incluso también ese desinterés por la jurisprudencia se revela por la despreocupación de los poderes judiciales de establecer mecanismos eficaces y generales para la publicidad de las sentencias, en que en definitiva estas solo importaban a las partes. Abonaba la misma tesis esa otra que restringía la noción de fuentes del Derecho a normas jurídicas generales. De todas maneras, corresponde sobre este tema incluir el aporte de Kelsen que reconoce dentro de la pirámide jurídica constituida solo por normas a aquellas individuales creadas por los jueces, las que se ubicaban en la base de la misma. Recordemos que se le atribuye al mismo Robespierre el promover la supresión del diccionario de la palabra “jurisprudencia”, en tanto ella podía remitir al trabajo judicial de los Estados de derecho antiguo o medieval en donde no había duda de que creaban Derecho. La amenaza a los jueces de incurrir en el delito de prevaricato si es que se apartaban del “único” sentido o solución ya previsto en la ley confirma la irrelevancia creativa del trabajo judicial, sin perjuicio de señalar que aquél delito supondría que cada vez que se producían disidencias había prevaricado la mayoría o la minoría.

1.7.1. El resultado de la argumentación

200 La experiencia profesional jurídica actual más elemental con seguridad corrobora

que resulta absolutamente desaconsejable para un jurista no contar con acceso orgánico a la jurisprudencia general. A este respecto, señalemos la respuesta exitosa brindada por empresas dedicadas a la doctrina jurídica en orden a facilitar y acercar a los profesionales, directamente o con comentarios académicos, la mayor cantidad y calidad de jurisprudencia tanto nacional como extranjera. Ello también se corrobora cuando se constata el usual recurso a jurisprudencia que hacen los tribunales, especialmente los de más alta jerarquía. Es que hoy la teoría no solo reconoce la creación judicial de la norma jurídica individual, sino la creación de una norma jurídica (define derechos y deberes), general (vale para el caso en el proceso donde se dicta y para los casos análogos) que se incorpora al Derecho vigente y queda disponible para casos análogos. La presunción de que los jueces se limitan a resolver un caso no se corrobora en sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley (en algunas provincias argentinas con efecto *erga omnes* y publicándola en el Boletín Oficial), sino también cuando como en “Istco-vich” la Corte Suprema argentina invalida el recurso ordinario creado ante ella en las causas previsionales, con el argumento de que ha generado un volumen enorme de procesos y con el propósito de dilatar esas causas en favor de las finanzas públicas, no obstante que en un porcentaje muy menor la parte oficial logra una sentencia favorable; o cuando dicha Corte en “Rosza” reconoce que la designación de los jueces subrogantes se realiza inconstitucionalmente pero los validará por un año más; o en “Bahamondez”, sin caso ya, se establece que los testigos de Jehová podían rechazar transfusiones de sangre. A la hora de mencionar creaciones pretorianas se podría incluir una larga lista suficientemente conocida, pero nos limitaremos a recordar la creación del recurso extraordinario por sentencia arbitraria, y agregaremos que los nuevos procesos como la *class actions* o la teoría de las “omisiones constitucionales” revelan una creación general jurisprudencial. Es que desde el punto de vista del razonamiento práctico no caben dudas —ARISTÓTELES o KANT— de que la solución concluida reviste alcance general o universal.

1.8. El saber jurídico interpretativo como saber teórico

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

“En el método exegético, se sigue el texto paso a paso; se disecciona cada uno de los artículos, para explicarlo frase por frase, palabra por palabra; se precisa, por el que le precede y el que le sigue, el sentido y alcance de cada proposición y de cada término [...] Cuando se ha marchado así con el legislador, siguiéndolo por todas partes,

paso a paso, aún cuando haya seguido un camino errado, es entonces y solamente entonces, cuando se puede esperar haber comprendido bien su pensamiento; pues de esta manera, ya no es únicamente el resultado del Código, sino el Código mismo lo que se estudia y se hace familiar”¹⁷.

No solo la obra de los exégetas puros pretendía ser una glosa o comentario de la verdad contenida en la ley, sino los planes de estudios de las facultades de Derecho se estructuraron según los libros de los Códigos, y era absolutamente procedente que uno se limitara a dominar a solo uno de ellos. El método de enseñanza memorístico y acrítico en esas facultades corroboraba la teoriedad del saber jurídico científico.

1.8.1. El saber jurídico argumentativo como saber práctico

Los llamados autores “neoconstitucionalistas” que avalan el derecho del EDC, también reivindican el saber jurídico como saber práctico. Es que los principios, valores o derechos humanos son contenido moral y forma jurídica¹⁸, por ende, el saber jurídico incluye esa dimensión moral que compromete al jurista a buscar la mejor respuesta jurídica al caso o para denunciar las lagunas o antinomias y proponer el triunfo de la Constitución. El concepto del Derecho es “interpretativo”¹⁹ en el sentido que requiere valoración y el compromiso con el triunfo de los derechos humanos, tratando al Derecho como si careciera de lagunas. El mismo saber jurídico para esos autores se incluye dentro del saber práctico en general, con lo que queda conectado inescindiblemente con la moral y la política. Incluso la justificación jurídica no puede ser autónoma sino termina siendo moral²⁰, o el discurso jurídico se constituye en un “caso especial” del discurso práctico²¹. De ese modo, el control de validez jurídica incorpora la dimensión moral, de donde puede concluirse que si el Derecho incurre en una “injusticia extrema”²² no es ni ha nacido al Derecho. Más allá de ese límite moral excepcional para el Derecho habitualmente circula por el mismo la moral bajo la fórmula de los principios o valores y, por ello, su aplicación requiere no de subsunciones sino de “ponderaciones” dado que aquellos cuentan con la “dimensión de peso” como una de sus características. En definitiva, las teorías de la argumentación requieren forzosamente confiar en una razón que se ocupa de discernir entre la peor y la mejor conducta, norma o solución, por eso resulta imposible que desde un escepticismo ético radical se hable con propiedad de argumentación. Por supuesto, que la certeza que alcanzamos en el saber práctico a la hora de juzgar su verdad o corrección

¹⁷ Julien BONNECASE, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, ob. cit., p. 195

¹⁸ Cfr. Robert ALEXI, *Derecho y razón práctica*, México, Fontanarama, 1993, p. 15.

¹⁹ Cfr. Ronald DWORKIN, “Law as Interpretation”, en *Texas Law Review*, 60 (1982), pp. 527-550; *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.

²⁰ Cfr. Carlos S. NINO, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985; “Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico”, en *Ragion Pratica*, I (1993), pp. 32-37.

²¹ Cfr. Rodolfo VIGO, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, pp. 318-322

²² Cfr. Robert ALEXI, “Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en Rodolfo VIGO, *La injusticia extrema no es derecho*, Buenos Aires, Facultad de Derecho-UBA-La Ley, 2004. “La decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín”, *ibid.*; “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *ibid.*

no será la misma que se logra en los saberes teóricos. El provocativo título de un artículo de Alexy “¿Derechos humanos sin metafísica?”²³, y su respuesta positiva en demanda de la metafísica —en su caso fundada en KANT y HABERMAS— es elocuente de la recuperación variada del saber práctico que invadió en las últimas décadas a la filosofía moral.

1.9. Nula relevancia política del intérprete

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

1.9.1. La dimensión política del argumentador

Si el Derecho se reconoce como inescindiblemente moral o político, y en él cabe identificar o determinar más de una respuesta jurídica disponible para el jurista, quien debe escoger una y argumentar a favor de la misma, no puede sorprender que aquel supuesto “insularismo jurídico”²⁴ hoy resulta cuestionable por los teóricos del EDC. Pero también los medios de comunicación social y los abogados alientan lecturas políticas o morales de jueces y sentencias, y en el imaginario colectivo hay automáticas adscripciones a partidos o directivas políticas. Es evidente que el mayor poder con proyección política de los jueces reside en el *judicial review*, y este instituto inventado por la Corte de Estados Unidos conducida por Marshall, fue importado a Europa al hilo de la construcción de los EDC en la segunda mitad del siglo XX, dejando de lado al tribunal como mero “legislador negativo”

²³ Robert ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 30 (2007), pp. 237-248.

²⁴ Carlos S. NINO, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 79-83.

kelseniano. El activismo y la presencia judicial en los más variados problemas de las sociedades contemporáneas no solo tiene que ver con el control de constitucionalidad, sino con una sociedad cada vez más consciente de sus derechos, y en donde desaparecen valores comunes en medio de una gran crisis de legitimidad política que afecta privilegiadamente a los otros dos poderes. Recordemos que Alexy intenta aducir que junto a la representación popular o democrática de carácter electivo que invisten los legisladores y gobernantes, los jueces pueden legitimarse democráticamente por vía de una “representación argumentativa” en tanto las razones que respaldan sus decisiones serían compartidas por los ciudadanos en una comunidad ideal de diálogo racional y con conciencia constitucional²⁵. Otro reflejo del ejercicio del poder estatal por parte de los jueces lo constituye la inquietud ciudadana por la independencia judicial en Latinoamérica, también el recelo y las tensiones que exhiben los otros dos poderes de manera cotidiana, como la denuncia de que el EDC degenerará en Estado de derecho judicial convirtiéndose la democracia en judistocracia.

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

Seguramente, a tenor de lo expuesto queda claro que se suponía que el trabajo interpretativo de los juristas no ofrecía demasiados problemas, dado que se resolvía por medio de leyes claras, casos fáciles y silogismos. Pero lo que pretendemos especialmente destacar es que en la cultura jurídica académica predominante se enseñaba centralmente al futuro jurista la teoría decimonónica de la interpretación, de modo que lo más probable era que al empezar con el ejercicio profesional estuviera convencido de que el tema carecía de interés o discusiones, dado que regía pacíficamente aquella teoría en orden a explicar y regular el trabajo específico del jurista. Aún hoy uno sigue comprobando fácilmente que si se le pregunta a un profesional del Derecho por lo que entiende por interpretación, seguramente la respuesta más extendida será que ella consiste en “desentrañar el sentido de la ley”, y para una mayor explicación acudirá a los otros conceptos que le son anexos a esa perspectiva como los métodos interpretativos. Es cierto que en los campos en los que durante la segunda mitad del siglo XX el tema germinara y se potenciara, como el constitucional o el de la teoría o filosofía jurídica, durante los tiempos de vigencia del EDL estaban absorbidos por otros problemas, y en la respectiva agenda doctrinaria escasa atención se le prestaba a la interpretación, o las propuestas superadoras que se ofrecían no lograban penetrar e interesar al mundo académico de las facultades de Derecho. En definitiva, imperaba “una” teoría interpretativa y no existía un interés significativo desde los académicos como para intentar destronarla o criticarla.

1.10.1. La complejidad y relevancia de la argumentación

Apelando con alguna libertad a ALEXY señalemos que un sistema jurídico define el Derecho por medio de reglas y principios, estos dos elementos constituyen lo

²⁵ Cfr. Rodolfo Vigo, “Legitimidad argumentativa de los jueces y periodismo judicial”, en *La Ley*, (2012).

estático del mismo, en tanto me brindan una fotografía del sistema; pero además él contiene un elemento dinámico, que es una teoría de la interpretación o argumentación cuyo objeto es definir cómo se prescribía o se aconsejaba a los juristas a operar con aquel Derecho contenido en reglas y principios, por ello, esa teoría equivaldría a la película del sistema en tanto importa verlo en movimiento²⁶. A tenor de dicha enseñanza, para conocer el Derecho vigente histórico se requiere identificar no solo el contenido del mismo formulado por reglas y principios, sino también se necesita saber cómo van determinar o “decir el Derecho” en los casos concretos. Es evidente que a igualdad de normas pero diferente teoría para operar con ellas las respuestas pueden ser diversas, y una prueba de ello lo constituyen la jurisprudencia argentina y paraguaya en tiempos que ambos países contaban con el mismo Código Civil. El panorama actual de la interpretación o argumentación es de una riqueza y diversidad teórica notable, es que hay conciencia de que la definición misma del Derecho en general y en los casos concretos se resuelve en aquel campo. Implicados en la problemática en cuestión, hay una serie de problemas de enorme importancia que terminan de perfilar la teoría del Derecho desde donde se habla de interpretación o argumentación, así cuestiones como: razón práctica, fuentes del derecho, validez, proceso, etc., deben ser respondidas antes de formular la teoría interpretativa o argumentativa que se defenderá. El elocuente título del libro de Manuel ATIENZA, *El derecho como argumentación*, pone en evidencia que lo más importante que hacemos los juristas, y que permite poner de relieve la solvencia como tal, es precisamente esa capacidad de respaldar lo que pretendemos o decidimos con argumentos jurídicos válidos, suficientes, coherentes, persuasivos, etc.

1.11. El enclave civilista de la teoría de la interpretación

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

²⁶ Cfr. Robert ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 172 y ss.

si bien podían escuchar alguna propuesta novedosa en materia de interpretación en las cátedras de filosofía del Derecho, ellas terminaban devaluadas conforme al ámbito en que se ofrecían, frente a lo que se enseñaba al respecto por los profesores de las ramas del Derecho civil.

1.11.1. El enclave constitucional de la argumentación

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

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

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 uno de los cuatro derechos (los otros tres eran: libertad, propiedad y resistencia a la opresión) consagrados era precisamente el de la seguridad jurídica. Es que la revolución respectiva fue en buena medida obra de la burguesía triunfante, y es evidente que para ella resultaba decisivo esa definición clara acerca de poder saber a qué atenerse; en una palabra: tener claro anticipadamente el ámbito de la libertad o de las consecuencias que sobrevendrían según lo que se hiciera o no. Asimismo, los teóricos del individualismo liberal desconfiaban o rechazaban lo público, y confiaban en la mano invisible del mercado, pues nada bueno podía venir de la intervención de organizaciones colectivas o del aparato estatal, incluso el Estado mismo se visualizaba como un “mal necesario” pero que había que reducir a su mínima expresión. La propiedad sin límites para el titular o el contrato sin otro

requisito que el consentimiento formal, fueron otras piezas jurídicas claves del derecho del EDL. Pesaba sobre el juez no solo la desconfianza de lo estatal, sino también el riesgo de que no se limitara a ejecutar la ley o lo dispuesto por las partes, de ahí que su poder se pretendía “nulo” y debía ser rigurosamente controlado. En términos axiológicos, la seguridad jurídica se constituye en el único o primer valor al que sirve el Derecho, de donde la justicia queda confinada a un valor peligroso, secundario o exclusivamente moral. Una vez más, el “*dura lex, sed lex*”, el rechazo a cualquier forma de desobediencia u objeción, o el *autoritas, non veritas, facen legis* de HOBBS, marcan el fin al que sirven todo el Derecho y el poder.

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

Como hemos señalado, el Derecho del EDC asume el carácter de medio que se justifica por el servicio que presta al hombre y a la sociedad, de ahí la importancia del fin o la función que el mismo presta. El testimonio de BOBBIO es elocuente cuando a fines de la década de los sesenta renuncia a su kelsenianismo dado que advierte que no se puede llegar a conocer el Derecho si la preocupación se reduce a verlo como una mera técnica para dirigir conductas y, en simultáneo, comienza a elaborar una teoría funcionalista del Derecho que esté interesada en recuperar la pregunta por el fin o las funciones que debe asumir en las sociedades contemporáneas. Para ver hasta dónde ha penetrado en la conciencia de los jueces esta preocupación por tornar al Derecho un instrumento que se legitima por la justicia a la que sirve, puede resultar interesante remitirnos en primer lugar al Estatuto del Juez Iberoamericano dado que en su artículo 43 que se titula “Principio de equidad” los presidentes de las Cortes Supremas de esa región declaran: “los jueces, sin perjuicio del estricto apego a la legalidad vigente, procurarán atender al trasfondo humano de dichos conflictos, y atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables”; y otro documento revelador proveniente de esa misma Cumbre Judicial Iberoamericana es el *Código modelo de ética judicial*, que en su artículo 32 afirma que el fin de la función judicial es lograr la justicia por medio del Derecho. Sin perjuicio de advertir la paradójica redacción de aquel artículo 43, lo importante es que ambos traducen un cambio fundamental de perspectiva en torno a la función judicial, ya no se proclama que el buen juez es el que se limita a ejecutar la ley sin atender a consecuencias o consideraciones de justicia o exigencias ligadas al caso que debe resolver. La validez de una norma jurídica no se limita —como con claridad lo ha postulado ALEXYS— a un análisis autoritativo, sistémico o de eficacia, sino que debe incluir un control ético dado que si ella incurre en una “injusticia extrema” los jueces no la pueden dar por existente en el Derecho, e incluso, el derecho a la objeción de conciencia confirma el sentido personalista del actual Derecho.

1.13 Los “casos” en la interpretación

El EDL auspiciaba la convicción de que los casos a los que se enfrentarían los juristas serían “fáciles” o meras instancias individuales de los genéricos contempla-

dos en las normas legales. Más aún, la preparación al respecto para los futuros juristas se reducía a estudiar las fórmulas o la caracterización utilizadas por el legislador, de ese modo el saber privilegiado en torno a los problemas fácticos era confiado al Derecho. Buena prueba de esa distancia de la autónoma y autosuficiente cultura jurídica propia del EDL la revela, por ejemplo, la ignorancia sobre los saberes no jurídicos capaces de proporcionar el conocimiento verdadero de los hechos; también la consolidada distinción entre verdad formal o procesal, y verdad real o material, con el anexo que “lo que no estaba en el expediente no estaba en el mundo”; o la escasa atención institucional respecto al mundo de los peritos judiciales; o la tajante separación entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho; o la despreocupación por la inmediación en los procesos y la preeminencia de las formas y los escritos, etc. Una vez más se hace presente en este campo de los hechos la confianza en un legislador que creaba todo el derecho y que lo hacía con indiscutible racionalidad o infalibilidad, y por otro lado, el proceso brindaba un espacio para ofrecer y producir la prueba a la que el juez quedaba absolutamente ligado tal cual la encontraba. El juridicismo representaba otro obstáculo para ir a la realidad o más allá de las normas, por eso lo propio del trabajo del jurista era localizar la norma general donde subsumiría el caso individual que lo ocupaba profesionalmente.

1.13.1. Los “casos” en la argumentación

Un apropiado modo de verificar los cambios que se han producido en la referida materia fáctica es remitirnos a doctrinas procesalistas como la de Michele TARUFFO que resultan plenamente funcionales a las exigencias y características del EDC. En sintonía con ellas subrayemos: a) “la verdad es condición de la justicia”, en tanto, si el juzgador es engañado sobre los hechos, ello conllevará inexorablemente una decisión injusta; b) la verdad no solo es posible sino que es una, dado que ella consiste (teoría de la correspondencia) en decir cómo ocurrieron los hechos; c) el proceso no tiene por objeto ejecutar la ley, ni siquiera la paz, sino la justicia; d) en la práctica resultan muy difíciles de separar los hechos del Derecho, por eso la crisis del recurso de casación; e) para conocer la verdad de los hechos se tornan crecientemente necesarias las pruebas científicas provenientes de saberes no jurídicos, de ahí la necesidad de que el servicio de justicia afronte la importancia de la misma y genere las regulaciones indispensables para que ese saber resulte confiable; f) hay que distinguir entre las ciencias no jurídicas distintos niveles de certeza epistemológica, e incluso advertir que bajo ese rótulo a veces se pretende ofrecer “ciencias basuras”; g) el derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental y su ejercicio debe facilitarse sin formalismos e igualdad, si es que se pretende tomarse en serio los derechos humanos; h) cualquier caso puede llegar a convertirse en difícil en manos de un jurista formado y conocedor de principios y valores; i) es prácticamente imposible confiar en una caracterización legal de los casos que cierre toda discusión o dudas; j) la complejidad de los casos impacta también en el modo en que el legislador los contempla; etc.

1.14. Prescendencia de la ética del intérprete

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

1.14.1. Relevancia de la ética del argumentador

Ya ha quedado destacado que el EDC conlleva potenciar el poder y la discrecionalidad judicial o del argumentador, por eso no es irrelevante la intención o actitud ética que acompaña al ejercicio profesional. Esto se corrobora en el mundo del *common law* donde nunca se privilegió una perspectiva jurídicista ni tampoco una prescindencia de la calidad ética de los que ejercen el poder público, y así en el procedimiento de selección de jueces se incluyen y privilegian aspectos no estrictamente profesionales jurídicos, tales como el trato que brindó a los que les prestaron servicios, o el modo en que respeta las normas de tránsito, o la opinión de la que gozan entre los que lo conocen, etc. Especialmente, en nuestro continente se verifica una creciente y extendida preocupación en torno a la ética judicial, y buena demostración de ello lo constituyen los documentos aprobados por la Cumbre Judicial Iberoamericana como el Estatuto del Juez Iberoamericano del 2001, la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Iberoamericano en el 2002, y el *Código modelo de ética judicial* iberoamericano en el 2006. A su vez, las cortes supremas de varios países han ido sancionando códigos de ética judicial en los que aparece configurada una específica responsabilidad ética diferenciada de la jurídica. Pero también se ha consolidado la necesidad de ayudar al Derecho con la ética, y esa idea ha alcanzado recepción constitucional como es el caso de la reforma argentina de 1994, en la cual se incluyó el mandato a que se sancione una ley de ética pública. En las sociedades actuales es evidente la crisis de legitimidad que afrontan las autoridades de todo tipo, y frente a ella se ha invocado la

necesidad de no quedarse con las exigencias meramente jurídicas, sino avanzar en aquellas éticas que apelan al compromiso íntimo con la excelencia en el servicio, y no solo en el ser, sino también en el parecer. Recordemos que el diálogo racional, al que auspician como matriz del Derecho autores como ALEXY, incluye exigencias éticas como la que “todo hablante solo puede afirmar aquello que él mismo cree”.

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

Si bien alguna mínima mención de KELSEN hemos hecho arriba, la importancia y trascendencia del jurista más influyente del siglo XX, especialmente durante el segundo tercio, nos obliga a ampliar consideraciones sobre el papel que cumplió la teoría pura del Derecho en relación con la transformación de la interpretación del EDL en la argumentación característica del EDC. En términos generales se podría decir que KELSEN es, en algún sentido, un continuador del EDL y, en otro sentido, es un auspiciador del EDC, pero no queremos entrar en ese análisis macro, y nos limitaremos a confrontar la teoría pura en materia de interpretación o argumentación con las tesis centrales reseñadas que son características del EDC y que han explicitado y auspiciado los llamados neoconstitucionalistas como ALEXY, DWORKIN, NINO o ZAGREBELSKY, entre otros. El señalamiento de las características que siguen de la teoría pura, nos parece que sirven para destacar la incompatibilidad medular entre ella y las típicas teorías de la argumentación que acompañan al EDC.

2.1. El positivismo kelseniano

Es evidente que cada paradigma o modelo de Estado de derecho requiere de una teoría que le sirva de explicación, fundamento y oriente su funcionamiento, y el EDL se nutrió de una teoría jurídica inequívocamente iuspositivista, que en su tesis central afirmaba que no había más Derecho que el Derecho puesto como tal, y que el mismo podía contar con cualquier contenido (“tesis de la positividad del Derecho” en la definición de BULYGIN)²⁷. Es que en definitiva KELSEN no oculta sus conexiones con IHERING, JELLINEK o LABAND cuyas propuestas van genéricamente en respaldo del EDL, aunque el iuspositivismo kelseniano no es “legalista” sino “normativista”. Consecuentemente, desde el comienzo la teoría pura se mostraba como un aliado importante de aquel EDL que en definitiva auspicia alcanzar una auténtica ciencia jurídica caracterizada por la “certeza” y la “objetividad”, como también favorecer la instauración de un orden coactivo —con reminiscencia hobbesiana según RUIZ MANERO²⁸— y ambas tesis iban en respaldo de la teoría generada desde el mismo EDL. Por otro lado, recordemos que los autores neoconstitucionalistas, al menos inequívocamente en los casos más representativos de ALEXY y DWORKIN, son no-positivistas dado que en definitiva ponen límites morales a la existencia del Derecho y admiten Derecho al margen de la regla de reconocimiento o del test de

²⁷ Cfr. Eugenio BULYGIN, “Validez y positivismo”, en *Comunicaciones. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, I, (1987), p. 244.

²⁸ Cfr. Juan RUIZ MANERO, “Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. Sobre el trasfondo de la teoría pura del Derecho sobre lo que queda de ella”, en *Doxa*, 33 (2010), p. 39.

pedigree, respectivamente. El profesor de Kiel defiende explícitamente un concepto de Derecho que lo reconoce como no positivista dado que incorpora elementos morales o de corrección material.

2.2. El voluntarismo interpretativo

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

2.3. Creación jurisprudencial

KELSEN identificó creación con interpretación, dado que esta implicaba la elección dentro del marco de opciones, y así se constataba que a lo largo de la pirámide normativa había “aplicación” y “creación”, por eso entre la creación legislativa y la creación jurisprudencial solo había diferencias cuantitativas pero no cualitativas. Ese punto de la teoría pura implica, como ya lo reconocimos arriba, un avance frente al iuspositivismo legalista, aunque la norma creada judicialmente era individual y, por eso, quedaba máximamente disminuida en su jerarquía (la que se determinaba en la pirámide por la generalidad) y condenada a la base de la misma. Sin embargo, pareciera que la idea de un estricto y específico poder judicial no estuvo presente en la teoría pura, y de algún modo ello se refleja cuando KELSEN, en lugar de tricotomía de los poderes o funciones del Estado, opta por una “dicotomía”: legislación y ejecución, dado que esta última es asumida por las

funciones judiciales y ejecutiva en sentido estricto, ambas se reducen a “ejecutar” norma jurídicas generales. Por eso leemos en KELSEN:

“no existe una separación tajante de los poderes judicial y ejecutivo como separación orgánica de dos diferentes funciones. Una función idéntica es distribuida entre máquinas burocráticas diferentes, siendo la existencia de sus diversas denominaciones algo que solo puede explicarse por razones históricas. Las diferencias en la respectiva posición de los órganos y en los procedimientos tampoco derivan de una diferencia de función, y solo pueden explicarse históricamente”²⁹.

2.4. Escepticismo ético

Como es de sobra conocido, la teoría pura efectúa una doble depuración en el derecho positivo normativo a la hora de configurarlo como el objeto de la ciencia jurídica, y una de ellas es precisamente el mundo de los valores o de la moral, y en ello es coherente KELSEN, dado que su postura al respecto es la propia del “emotivismo axiológico”, por lo que si dejaba esa realidad en el Derecho se frustraba el propósito de una ciencia jurídica objetiva y exacta. La fórmula kelseniana es que la justicia es un “ideal irracional”, y ello solo expresa la distancia que hay con el EDC y los neoconstitucionalistas que —como ALEXY— reivindican explícitamente al elemento moral como parte del Derecho, por eso es que el típico concepto del derecho en el EDC es “interpretativo” (DWORKIN) o normativo (ALEXY). KELSEN con coherencia desconfiaba de las invocaciones de índole normativo, axiológico o “ideológico” como las contenidas en los derechos humanos o los principios, y precisamente sobre estos se ocupó específicamente en el capítulo 28 de su obra póstuma *Teoría general de las normas*, y ahí precisamente ratifica que hay que separar los “principios de la moral, la política y las costumbres” de las normas jurídicas que se identifican con el Derecho y de la única realidad de la que se ocupa la ciencia jurídica con el propósito de describirlo y no de justificar o cuestionar su validez. Está claro que el normativismo kelseniano está muy alejado del principialismo o de la posibilidad de descalificar racionalmente la solución normativa cuando ella incurre en una solución disvaliosa, como proponen los autores neoconstitucionalistas.

2.5. Visión reductiva de la razón

KELSEN formó parte del Círculo de Viena, y este se encargó de definir solo dos caminos para el conocimiento: el de los juicios *a posteriori* o verificables, propios de la física, o el camino de los juicios apriorísticos o tautológicos, propios de la lógica y las matemáticas, pero fuera de esas alternativas solo había irracionalismo, emotivismo o voluntarismo. Precisamente, la teoría pura opta por aquella última opción y su matriz la proveerá la lógica, en particular, la estructura de los juicios hipotéticos, en donde a una cualquiera hipótesis fáctica se le imputaba una consecuencia coercitiva, que era el modo de definir a las normas jurídicas. El punto

²⁹ Hans KELSEN, *Teoría general del Estado y del Derecho*, México, UNAM, 1979, p. 236.

de vista kelseniano del científico es el descriptivo, por eso las proposiciones científicas eran susceptibles de verdad y falsedad en tanto describían a las normas como eran, pero estas carecían de todo valor veritativo en tanto eran meras decisiones o un recurso técnico para dirigir conductas por medio de la coerción. Ya hemos dicho que los autores neoconstitucionalistas (ALEXY, DWORKIN, NINO, etc.), como los textos constitucionales y los tratados de derechos humanos, no dudan de hablar racionalmente de valores y moral, por eso el conocimiento y la teoría se elaboran privilegiadamente desde el punto interno o del operador del Derecho, y la noción de validez no se reduce a lo formal o a lo autoritativo o sistémico, sino que incluye exigencias de índole moral o racional, tanto en lo procedimental como en lo sustancial.

2.6. Juridicismo

Sorprende el esfuerzo kelseniano para mantenerse en todo momento ajustado estrictamente a limitar su ciencia a ser conocimiento descriptivo de normas jurídicas y dejar de lado cualquier otra realidad o problema. Ese insularismo jurídico ya fue adoptado en su primera obra de 1911, los *Hauptprobleme*, y es una de las características de la teoría pura que se refleja en textos como en los siguientes: "Tal es el objetivo de la teoría pura del Derecho que es simultáneamente la teoría pura del Estado, porque toda teoría del Estado solo es posible como teoría del derecho del Estado, y viceversa, todo derecho es derecho del Estado, porque todo Estado es Estado de derecho"³⁰; o "desde el punto de vista de la teoría que tiene como exclusivo objeto de la teoría el derecho positivo, no hay más criterio del acto antijurídico que el hecho de que la conducta sea condición de la sanción. No hay acto antijurídico en sí mismo"³¹. Recordemos algunas definiciones expresivas de ese juridicismo: el Estado es el orden jurídico normativo y no tiene un fin específico; su población es el ámbito de validez personal; el territorio el ámbito de validez espacial; el derecho subjetivo es la facultad de reclamar al juez la aplicación de la coerción; el deber jurídico es la conducta contraria a la sancionada; la persona jurídica se define como centro de imputación normativa, etc. En sintonía con la presencia operativa en el Derecho de los principios, valores o derechos humanos los neoconstitucionalistas hablan de la inescindibilidad del Derecho con la moral y la política, y además, conforme a lo mencionado, la tarea hoy del jurista requiere de esa apertura a las otras dimensiones de la realidad si pretende ajustarse a las exigencias del mismo derecho constitucionalizado. Como se dijo arriba, la razón práctica es una que se proyecta a campos diferentes de la realidad humana pero no cabe ruptura total entre ellas, por eso se torna inviable el juridicismo en el EDC.

³⁰ Hans Kelsen, "Dios y Estado", en Oscar CORREAS (comp.), *El otro Kelsen*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 266.

³¹ Hans Kelsen, "Teoría general del derecho y del Estado", México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 60.

2.7. Disolución de la lógica

Más allá de oscilaciones en la teoría pura, y de lecturas encontradas sobre la misma, nos inclinamos a pensar que al menos el último KELSEN rechaza la posibilidad de la lógica en la relación entre las normas dentro de la pirámide³². Quizás el punto representativo de este ilogicismo sea la tesis de la “cláusula alternativa tácita” según la cual, las normas contienen una autorización implícita para que se cree la norma inferior contradiciendo lo que ellas mismas pretenden o contemplan al respecto. Con esa propuesta, KELSEN intenta salvar la validez o existencia de aquellas normas que efectivamente han sido creadas al margen de lo establecido en las normas superiores a ellas, pero el costo de esa solución supone la disolución del esfuerzo implicado en lograr un sistema jurídico fuerte y la respectiva “dinámica jurídica” que le es propia. Nos parece que se puede concluir que la propuesta de un sistema “fuerte” normativo resulta difícil de proponer en el marco de un EDC en donde operan principios, valores y derecho con la consiguiente necesidad de ir ponderándolos en los casos concretos, es que estos cuando entran en tensión no exigen como las normas la eliminación de uno de ellos, sino que se requiere su armonización ponderativa que fructifica en la solución para ese caso. Yendo al punto concreto de la lógica, es evidente que la invocación a la razón y la coherencia en el Derecho, que es una tesis central del EDC y que defienden los neoconstitucionalistas como ALEXY, conlleva necesariamente exigir la lógica en todo el Derecho atento a que ella tiene por objeto a la corrección formal del razonamiento. La justificación argumentativa requiere inescindiblemente del respeto por las reglas de la lógica.

2.8. El constitucionalismo kelseniano

Tiene el mérito KELSEN de haber configurado durante 1920 el Tribunal Constitucional austríaco dado que ello significaba un reconocimiento al carácter jurídico de la Constitución. Sin embargo, recordemos que ese tribunal de matriz iuspositivista³³ no integraba el poder judicial, y solo tenía competencia para un control formal, abstracto y *ex nunc* o irretroactivo de la ley, al modo de un “legislador negativo” se pronunciaba sobre la compatibilidad entre la ley y la Constitución, por ende, no aparecía reconocida la función políticamente más significativa del control judicial en relación con el contenido de la ley. Es ese Tribunal constitucional kelseniano “un modelo muy alejado de la otra gran construcción de una justicia constitucional, la norteamericana”³⁴, pues en aquel nunca se pierde de vista “ni la primacía de la ley, ni las prerrogativas del legislador”³⁵. El *judicial review* “inventado” por Marshall en *Marbury vs. Madison* (1803) supone no solo el esfuerzo para que el contenido de la Constitución prevalezca sobre cualquier otra norma jurídica, sino también para configurar al poder judicial con esa capacidad de tener la última palabra en el campo del Derecho. También recordemos que KELSEN expresamente

³² Cfr. Ota WEIMBERGER, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Berlín, Duncker & Humblot, 1981.

³³ LUIS PRIETO SANCHIS, *Justicia constitucional y derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2003, p. 84.

³⁴ FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, en *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 40.

³⁵ LUIS PRIETO SANCHIS, *Justicia constitucional y derechos humanos*, ob. cit., pp. 84 y 92.

se opuso a la posibilidad de que entrara en la competencia del Tribunal Constitucional el campo de los derechos humanos dado que ello supondría un poder difícil o imposible de controlar por parte de los otros poderes. Aunque no puede negársele a Kelsen un lugar en la historia europea del constitucionalismo, es evidente que este avanzó por sobre las pretensiones y los límites que aquel postuló.

2.9. Cientificismo

Sin perjuicio de lo ya señalado, querríamos insistir en que la teoría kelseniana responde al paradigma predominante de su tiempo, por ende, se descarta no solo la posibilidad de un conocimiento filosófico cuyo objeto sean realidades no empíricas, y también la alternativa de un conocimiento prudencial, determinativo o resolutorio típicamente de los jueces. El propósito central del esfuerzo kelseniano es lograr una ciencia jurídica que merezca el nombre de tal, y para ello es consciente de que hay que apelar —con Kant— a la separación entre el mundo del ser y del deber ser, y que aquella se limite a describir las normas jurídicas positivas depurándolas de toda referencia a la naturaleza y a los valores. El “deber ser” de las normas significa simplemente imputación, y carece de cualquier implicancia axiológica; de todo ello se concluye que el Derecho es una técnica que apela a la coerción para dirigir conductas humanas, y esta definición permite reconocer el Derecho cualquiera sea su contenido u origen. Recordemos que el privilegiado punto de vista cognoscitivo dworkiniano de Hércules supone que este, además de juez es filósofo del Derecho. ALEXY, sin perjuicio de reconocer a la filosofía como una reflexión general y sistemática sobre lo que existe³⁶ (metafísica, o mejor, ontología), sobre lo que debe hacerse o es bueno (ética) y sobre cómo es posible el conocimiento de ambas cosas (epistemología), sostiene como problemas de la filosofía del Derecho: a) la pregunta por la entidad que tiene el Derecho, y aquí aparecen la norma y el sistema normativo; y b) el problema de la validez del Derecho que incluye sus dos dimensiones: por un lado, la real o fáctica —reivindicada por el positivismo jurídico— en tanto expedición autoritativa del Derecho y su eficacia social; y por el otro, la dimensión crítica o ideal que indaga sobre la corrección, moralidad o legitimidad del Derecho. La filosofía del derecho alexyana es capaz de asumir todos los problemas de la filosofía en general, aunque ella tiene problemas específicos dado su carácter institucional o autoritativo además de crítico o ideal, pero además destaca ALEXY las relaciones especiales que ostenta respecto a las otras ramas de la filosofía práctica (filosofía moral y política). Estas definiciones de la filosofía del Derecho que oscilan entre el “ideal comprensivo” y el “máximo restrictivo” en realidad corresponden que se adopten en el campo de la filosofía en general. En definitiva, para tomarse en serio los derechos humanos y los principios con su moral, resulta inevitable el recurso a la filosofía práctica.

³⁶ Cfr. Robert ALEXY, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, en Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho, 26 (2003), pp.145-160.

3. BALANCE DESDE EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

Está claro que en el punto primero nos hemos limitado a describir los cambios que se verifican en la realidad del Derecho en relación con el modelo del EDL y al paradigma del EDC que lo ha sustituido, glosando en simultáneo algunas tesis de los teóricos que han respaldado esos modelos. Nos proponemos ahora hacer un sintético balance del paradigma actual del EDC y algunos de los neoconstitucionalistas, desde la perspectiva del realismo jurídico clásico, o sea, desde esa perspectiva teórica que se remonta a ARISTÓTELES o TOMÁS DE AQUINO, pero que en las últimas décadas cuenta con expositores de la talla de KALINOWSKI, VILLEY o FINNIS, y a esos fines confrontativos distinguiremos los aspectos que visualizamos como positivos o suscribibles, y aquellos que nos parecen observables o negativos. No será un balance puntual de cada una de las catorce características consignadas sino de índole global o medular, en orden a destacar tesis centrales y decisivas para la teoría jurídica en general, y para la teoría de la argumentación en particular.

3.1. Tesis suscribibles o coincidentes

1. El Derecho es fruto de la razón práctica: el realismo jurídico clásico nunca dudó que la ley y toda norma jurídica es *ordinatio rationis*³⁷, por eso nunca pudo suscribir la hobbesiana tesis: *auctoritas, non veritas facit legem*, sino que insistió en que *veritas, non auctoritas facit legem*. Entre las mil fórmulas que podemos encontrar en los textos tomistas sobre la íntima relación entre Derecho y razón nos limitamos a las siguientes: “la ley humana es un dictado de la razón mediante el cual se dirigen los actos humanos”³⁸, y “tratándose de cosas humanas, su justicia está en proporción con su conformidad a la norma de la razón”³⁹. Expresión de esa inescindible conexión puede ser la tesis de un iusnaturalismo contemporáneo, nos referimos a John FINNIS, quien termina prefiriendo la expresión “racional” a “natural”⁴⁰. Es interesante apuntar que a criterio de un positivista de estricta observancia como lo es ATRIA, la teoría jurídica de FERRAJOLI con la confianza en la razón que pregona, termina postulando la vuelta al iusnaturalismo y el Estado de derecho premoderno. Por supuesto que ese juicio se potenciaría *a fortiori* si vamos a Robert ALEXYS donde la razón institucionalizada es de donde surgen, casi inercialmente, el Derecho y el Estado democrático constitucional.

Postular una teoría de la argumentación inevitablemente supone confiar en la razón práctica a la hora del jurista tener que defender con razones y argumentos la respuesta postulada, y contraargumentar respecto de la que pretende la otra parte del conflicto o queda rechazada por el juez. Ese marco del diálogo o la dialéctica clásica, que en autores iusnaturalistas contemporáneos como Michel VILLEY es la originaria y apropiada matriz del Derecho en tanto era “arte de la discusión bien

³⁷ TOMÁS DE AQUINO, *Suma de Teología*, I-II, q. 90, a. 4.

³⁸ *Ibid.*, I-II, q. 97, a. 1.

³⁹ *Ibid.*, II-II, q. 95, a. 2.

⁴⁰ John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press-Law Series, 1992, p. 294.

organizada⁴¹, encuentra claras resonancias con las teorías que reclaman para el Derecho el diálogo racional, como la alexyana. Aunque algunas de estas llegan a establecer una especie de código compuesto de veintiocho reglas en aras de la racionalidad dialógica, seguimos hablando de ALEXY, también aquella dialéctica jurídica clásica contaba con reglas que de igual manera se justificaban con aquel propósito de racionalidad posibilitadora de la justicia. La misma enseñanza se conectaba a esa estructura de disputas y preguntas que, atenta a que no había respuestas evidentes o indubitables procedía el recurso a la dialéctica, es decir, había que recurrir a razonamientos que se apoyaban en premisas verosímiles en tanto las respaldaban todos, algunos o los sabios. Está claro que cuando se vuelve a hablar de argumentación en el Derecho en la década de los cincuenta, por autores como PERELEMÁN o VIEHWEG⁴², se aduce como aval a la retórica de ARISTÓTELES o a la tópica de CICERÓN, respectivamente.

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

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

“La moral puede estar vinculada con el derecho positivo en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales; en segundo lugar, por medio de que el contenido posible del derecho sea delimitado por la moral; y en tercer lugar, porque la moral fundamente un deber de obediencia al derecho”⁴³.

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

⁴¹ Michel VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsu, 1979, t. II, p. 58.

⁴² Cfr. Manuel ATIENZA, *Las razones del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁴³ Robert ALEXY, “Derecho y moral”, en *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005, p. 20.

Por supuesto que el realismo jurídico clásico suscribe —con particularidades— también aquellos nexos alexyanos entre Derecho y moral. El primero, en cuanto supone que hay un límite moral para el Derecho, que podría expresarse en la fórmula alexyana: “la injusticia extrema no es Derecho”⁴⁴, y si se viola aquel no solo se frustra la posibilidad de crear Derecho, sino se queda expuesto a reproches jurídicos que conlleven responsabilidad jurídica. El segundo, que implica la tesis alexyana que el discurso jurídico es un “caso especial” del discurso práctico o moral, y ello habilita y compromete al jurista a introducirse en ese terreno de los argumentos prácticos generales (los teleológicos, basados en la idea de bien, y los deontológicos, que recurren a lo correcto o incorrecto sin tener en cuenta las consecuencias); lo importante es la afirmación de que el operador del Derecho no prescinde de la moral al operarlo. Ligado a este segundo puente, recordemos que el Derecho se expresa por medio de reglas (o normas) y principios, y que estos son “contenido moral y forma jurídica”⁴⁵, por ello los derechos humanos se asimilan a principios, pero lo importante es que estos son “mandatos de optimización” en tanto mandan la “mejor conducta jurídica posible, según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas”⁴⁶, de ese modo el jurista tiene la responsabilidad de apelar a la “mejor” y no a cualquiera, o aceptar dogmáticamente la que se ha dispuesto autoritativamente. Por último, es cierto que la justificación del deber de obedecer al Derecho nos instala en el campo moral (recordemos la tesis de NINO de que la justificación en el Derecho desemboca en la moral)⁴⁷, e incluso, en ese terreno puede definirse la desobediencia o la objeción de conciencia.

Desde el realismo jurídico clásico GRANERIS ha explicado que el contenido del Derecho está cargado de Moral en tanto es *res iusta* u *opus iustum*, pero sin embargo, es un *iustum imperfectum* porque es compatible con cualquiera de las disposiciones del sujeto que lo cumple (lo llama la “amoralidad” del Derecho)⁴⁸. De todas maneras, no caben separaciones entre Moral y Derecho, pues este tiene por fin precisamente el “bien” de la comunidad, o sea el bien de cada una de las personas de carne y hueso en cuanto miembros de un “nosotros”. La “verdad práctica” del que determina el Derecho, sí requiere de un apetito recto.

3. El Derecho requiere ser ajustado a los casos: en cuanto a la relevancia de los hechos la teoría alexyana incluye varias afirmaciones, recordemos: 1) hace suya la metáfora consagrada por ENGELSCH que la mirada del jurista es un ir y volver de la norma al caso⁴⁹; 2) en el discurso jurídico se incluyen premisas empíricas de que para su fundamentación están los aportes de las ciencias empíricas, las reglas de la presunción racional y las cargas procesales de la pruebas⁵⁰; 3) la ciencia jurídica tiene por misión también el elaborar propuestas de solución a casos jurídicos

⁴⁴ Cfr. Robert ALEXY, *Derecho y razón práctica*, ob. cit.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 15.

⁴⁶ Robert ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93 y ss.

⁴⁷ Cfr. Carlos S. NINO, *La validez del derecho*, ob. cit.

⁴⁸ Cfr. Giuseppe GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 45.

⁴⁹ Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 220.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 224 y ss.

problemáticos⁵¹; y 4) la posibilidad de apartarse de la solución normativamente prevista en casos en que la misma resulta claramente irracional⁵². Es posible encontrar coincidencias en el pensamiento clásico con las cuatro tesis, pero en especial cabe traer a colación en primer lugar las enseñanzas tomistas sobre la ley, cuando repitiendo a san ISIDORO recuerda que ella debe ser “apropiada a las costumbres del país, conveniente al lugar y al tiempo, necesaria, útil, claramente expresada [...] instituida [...] para utilidad común de los ciudadanos”⁵³. La sintonía con el realismo que anima al iusnaturalismo llega a que TOMÁS DE AQUINO, frente a la pregunta “si la costumbre puede tener fuerza de ley”, no duda en responder:

“el consentimiento de todo el pueblo, expresado por una costumbre, vale más en lo que toca a la práctica de una cosa que la autoridad del soberano, que tiene facultad de dictar leyes solo en cuanto representante de la multitud. Por eso, aunque las personas particulares no pueden instituir leyes, la totalidad del pueblo si puede instituir las”⁵⁴.

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

Pero yendo a los casos individuales en donde se requerirá escoger la respuesta para los mismos, nos parecen importantes dos observaciones. La primera vinculada a la equidad en tanto la tarea judicial importa la posibilidad de no juzgar “según el sentido literal de la ley, sino recurrir a la equidad”⁵⁵, y —como enseñó ARISTÓTELES en el libro V de la ética a Nicómaco— “lo equitativo es justo, pero no en el sentido de la ley, sino como una rectificación de la justicia legal”, pues ahí “el yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa”⁵⁶, aunque finalmente “lo equitativo es justo, y mejor que una clase de justicia”. La segunda es la conclusión tomista —que hace suya Santiago RAMÍREZ⁵⁷— que a la hora de obrar con recta razón en casos singulares es preferible que escasee el conocimiento de las exigencias universales pero que no falte el conocimiento de lo particular, por eso también la relevancia que tiene la experiencia de la vida en aquel terreno de lo concreto.

4. El no juridicismo: el EDC y los neoconstitucionalistas, con su preocupación por la justicia y los derechos humanos, no tienen posibilidad teórica de encerrarse en una visión juridicista marginada de las dimensiones sociales, económicas, cultu-

⁵¹ Ibid., p. 241 y ss.

⁵² Ibid., pp. 274 y ss.

⁵³ TOMÁS DE AQUINO, *Suma de teología*, I-II, q. 95, a. 3.

⁵⁴ Ibid., I-II, q. 97, a. 3.

⁵⁵ Ibid., II-II, q. 60, a. 5.

⁵⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L.V, 10, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de María Araújo y Julián Marías, 1989, p. 86.

⁵⁷ Santiago RAMÍREZ, *La prudencia*, Madrid, Palabra, 1978, p. 46.

rales, políticas, etc. Aquellos hablan de razón o filosofía práctica con sus dimensiones jurídica, moral y política, y ello, no cabe dudas, que es asumir posturas que siempre defendió el realismo jurídico clásico. La dimensión ética que anima al Derecho impide que este se convierta en un fin en sí mismo o que carezca de un fin intrínseco, pues recordemos que para la escuela el fin del Derecho es el bien común y, por ende, dicho fin queda sumido y condicionado por todo lo implicado en la vida social. En la recordada definición de la ley del punto anterior se explicita aquella consideración a favor de la utilidad común que no puede perder de vista el legislador, y ella remite a la definición de CICERÓN de la justicia: “justitia est habitus animi, communi utilitate servata, suam cuique tribuens dignitatem”⁵⁸. También recordemos que las especies de justicia natural y legal aducidas por ARISTÓTELES eran partes de la justicia política⁵⁹. FINNIS expresamente escribe que la filosofía práctica constituye “una unidad de investigación que puede dividirse en moral, política y jurídica solo por una ventaja pedagógica o expositiva que se arriesga a falsear la comprensión de los tres”⁶⁰.

Uno de los desafíos que conllevan especialmente los derechos humanos económicos, sociales y culturales es cómo se los puede concretar en la realidad, y en aras de ese propósito sería ficcional o desastroso que los juristas se circunscribieran al mundo de las normas jurídicas. El origen y la finalidad de la vida social es la conservación y el perfeccionamiento integral de la persona humana, por eso el bien común se mide por el bien que redunde en el conjunto de los individuos, así concluye el Aquinate: “el fin de la mejor sociedad política es el mejor fin del hombre”⁶¹. El bien común es, en definitiva, esa plenitud ordenada de los bienes necesarios para la vida humana plena, la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales del hombre, y de ahí que el bien común será más perfecto cuanto mayor suficiencia posea de los distintos bienes humanos⁶².

Cierto grado de bienes materiales o exteriores tales como vivienda, vestido, dinero, etc. es “condición necesaria” —dice RAMÍREZ— para que el hombre desarrolle sus actividades superiores⁶³, por eso la sentencia griega y reiterada por Santo TOMÁS DE AQUINO, “primero vivir, después filosofar”. MILLÁN PUELLES introduce una apropiada distinción entre “bienes materiales” y “bienestar material”⁶⁴, destacando que el mero incremento de aquellos bienes individuales no genera de por sí el bienestar material de la comunidad, pues esta exige la justa distribución de lo que es necesario para llevar una vida digna en el orden material o de bienes exteriores. Estos bienes de orden económico no se constituyen en un fin en sí mismo para el hombre, sino que tienen carácter de bienes útiles o de medios para el crecimiento propiamente humano, o sea de sus potencialidades espirituales; enseña el Aquinate: “Necesita el hombre en esta vida de lo necesario para el cuerpo, ya para la vida contemplativa,

⁵⁸ CICERÓN, *De inventione rethorica*, 2, 53, 160.

⁵⁹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L.V, 7, ob. cit., p. 81.

⁶⁰ John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, p. 386.

⁶¹ TOMÁS DE AQUINO, In VII Fol., lect. I.

⁶² Cfr. Rodolfo VIGO, *Las causas del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 119-139.

⁶³ Santiago RAMÍREZ, *Pueblos y gobernantes al servicio del bien común*, Madrid, Euramérica, 1956, p. 41.

⁶⁴ Cfr. Antonio MILLÁN PUELLES, voz “Bien Común”, en *Gran Enciclopedia Rialp*, Madrid, 1971, vol. 6, p. 226. Cfr. también Antonio MILLÁN PUELLES, *Persona humana y justicia social*, Madrid, Rialp, 1978.

ya para la vida activa; para la cual se requieren, además, de muchas otras cosas por las cuales ejerza las obras de la virtud activa⁶⁵. No obstante el carácter instrumental que poseen esos bienes materiales, ellos se requieren para el crecimiento personal y para la paz social, una carencia de ellos y una desproporción irracional avivan rechazos, enfrentamientos y son fuente de frustraciones.

3.2. Observaciones y críticas

1. Ausencia de una concepción antropológica ontológica o esencialista: es una verdadera paradoja constatar que a pesar de las importantes coincidencias señaladas precedentemente, existen disensos significativos en problemas éticos concretos entre la escuela del realismo jurídico clásico y los autores neoconstitucionalistas o postuladores de las teorías de la argumentación. Una de las claves de esas diferencias se advierte a la hora de responder al problema antropológico, más en concreto, a la hora de definir la dignidad humana. ALEXY puede ser un buen ejemplo de la paradoja denunciada, es que luego de defender que sin “metafísica no hay derechos humanos” se encarga de explicitar una metafísica constructiva racional y universal que recupera el tercer mundo de objetos propuesto por Frege y remite a un hombre con competencia para afirmar, interrogar o argumentar⁶⁶.

En el punto, la alternativa pareciera ser entre optar por el camino señalado por KANT en defensa de la autonomía individual, o el camino de identificar una esencia constitutiva de todo miembro de la especie *homo sapiens*. El peligro de la primera opción lo advierte el mismo NINO aunque no acierta en su solución: “el concepto de hombre sobre la base de propiedades que se presentan *prima facie* como moralmente relevantes —tales como las propiedades de racionalidad y la capacidad de proponerse fines que toma en cuenta KANT— pero en ese caso se llega a la conclusión chocante [...] de que hay hombres que lo son en menor grado que otros, puesto que aquellas propiedades son típicamente de índole gradual⁶⁷. Para eludir esta consecuencia de que debemos establecer quién es más persona que otra, con el riesgo de que aquellas prevalezcan sobre las restantes o que algunos terminen siendo exclusivamente medios al servicio total de otros, queda el camino de no distinguir entre ser humano y persona con dignidad, o sea optar por un “personalismo ontológico” que “interpreta que lo biológico humano y lo personal, son inseparables⁶⁸. Robert SPAEMANN alerta sobre los riesgos de definir a la persona más allá del dato biológico en tanto supone encomendar a alguien para que establezca el círculo de los que merecerán dignidad y los quedan afuera, por eso su coherente conclusión es que en clave iuspositivista los derechos humanos son meros “edictos de tolerancia revocable⁶⁹”.

⁶⁵ Tomás de Aquino, *Suma de teología*, I-II, q. 4, a. 7.

⁶⁶ Cfr. Robert ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, 6 (2008), pp. 11-24.

⁶⁷ Carlos Santiago NINO, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 44.

⁶⁸ Vittorio POSSENTI, “Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, en Carlos I. MASSINI y Pedro SERNA, *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998, p. 141.

⁶⁹ Cfr. Robert SPAEMANN, “Sobre el concepto de una naturaleza del hombre”, en *Lo natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989.

A veces se advierte que contra la tesis señalada se aduce dogmáticamente que ella es defendida por la Iglesia católica, como si este aval la condenara inexorablemente. Frente a semejante irracionalismo vendría bien recomendar la lectura de HABERMAS reivindicando un espacio para los creyentes en el ámbito de la razón pública conforme al *ethos* de una ciudadanía liberal y democrática⁷⁰. En definitiva, si queremos tomar en serio a cada hombre —cualquiera sea su autonomía, funciones, capacidades, etc—, no es apropiado recurrir a criterios que posibiliten identificar “una vida en serio”⁷¹ de aquella que no lo es, sino más bien, insistir en que todo miembro de la especie humana tiene una dignidad esencial irrenunciable e inenajenable, más allá de aquella otra dignidad que vaya apropiándose en la vida, por eso los derechos humanos son un “coto vedado” a la voluntad de cualquier otro, por poderoso y eficaz que resulte su poder.

2. No solo razón práctica procedimental: más allá de que coincidimos con aquellos que advierten que ALEXY ha ido incorporando en su teoría una creciente presencia de una razón con compromisos y exigencias sustanciales (un buen ejemplo es su fórmula “la injusticia extrema no es Derecho”), lo cierto es que sus presupuestos filosóficos lo limitan en ese terreno y lo obligan a permanecer más cómodamente arraigado en el plano procedimental o formal. Pero al margen del profesor de Kiel somos conscientes de que hay una marcada influencia en las teorías de la argumentación de visiones de la razón que solo se proyectan en cuestiones éticas o de justicia en el plano procedimental o formal. Los riesgos de ese reduccionismo racional es que cuando se concluyen tesis sustanciales, como por ejemplo, la defensa de los derechos humanos, es de suponer que se ha incurrido en alguna falacia dado que del plano meramente formal o procedimental será imposible arribar a postulados sustanciales⁷², para lograrlo habrá que introducir subrepticamente algunas afirmaciones en este último terreno.

Desde el realismo jurídico clásico pretendemos no rechazar la razón procedimental, y un buen ejemplo de ello lo es J. FINNIS con sus nueve exigencias constitutivas del “método de la ley natural para elaborar la ‘ley natural’ (moral) a partir de los primeros principios de la ley natural (premorales)”: 1) un plan de vida coherente; 2) ninguna preferencia arbitraria entre valores; 3) ninguna preferencia arbitraria entre personas; 4) desprendimiento y desapego; 5) compromiso; 6) eficiencia razonable; 7) respeto a todo valor básico; 8) las exigencias del bien común; y 9) seguir la propia conciencia⁷³. Pero también el profesor de Oxford en el camino que transita para llegar a la definición focal del Derecho recurre —también lo hace ALEXY— a las ocho desiderata propuestas por Lon FULLER en su “derecho natural formal o procesal”. GRANERIS ha precisado entre las notas de la juridicidad aquellas “superficiales” que dan la figura, lo que los antiguos llamaban “forma extrínseca”⁷⁴, pero también están las “profundas”, que dan el ser y el valor, la llamada “forma intrínseca”⁷⁵. Otros ejemplos dentro de la escuela por la preocupación de las exi-

⁷⁰ Cfr. Jürgen HABERMAS, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006.

⁷¹ Cfr. Ronald DWORKIN, *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 9.

⁷² Arthur KAUFMANN, “En torno al conocimiento científico del derecho”, en *Persona y Derecho*, 31 (1994), p. 19.

⁷³ Cfr. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, ob. cit., cap. V.

⁷⁴ Cfr. Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, New haven, Yale University, 1964, cap. 2.

⁷⁵ Giuseppe GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 77.

gencias formales o procedimentales de la razón es KALINOWSKI, especialmente sus estudios en el campo de la lógica⁷⁶, o VILLEY en el terreno de la dialéctica⁷⁷.

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

3. El recurso a la prudencia: a las teorías de la argumentación y a los neoconstitucionalistas que como ALEXY se inspiran en KANT, no les resulta fácil conectar racionalmente sus propuestas a las contingentes circunstancias, aún cuando podemos encontrar atisbos de ellas en la razón ponderativa de los principios. Pero es claro que la prudencia no tiene lugar en el sistema moral kantiano, así lo subraya ARANGUREN: “la prudencia nada tendrá que ver con la moral, que penderá pura y exclusivamente de la buena voluntad [...] [s]e dibujan así tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la buena prudencia (Sócrates), ética de la buena voluntad (Kant) y ética de la prudencia y la buena voluntad (Aristóteles)”⁷⁸. Sin embargo, para el realismo jurídico clásico el método para determinar o establecer el Derecho positivo es la prudencia: “Declarar o definir el Derecho pertenece —sin ambages afirma LACHANCE— a la prudencia”⁷⁹. También Andrés OLLERO encuentra en el proceso de “determinación” la clave para entender el surgimiento del Derecho, en tanto la decisión judicial remite a la explicitación de un texto normativo general, y este a un “texto” radicalmente ontológico, así “la ley jurídica natural, como un primer elemento jurídico que late en el orden universal, aunque no sea todavía realidad jurídica, ‘cosa justa’, sino principio orientador de su búsqueda”⁸⁰, e insiste en otra obra: “Hacer leyes no es, pues, poner la justicia, sino comenzar a hacer la justicia, juzgar el caso concreto no es aplicar una justicia dada, sino acabar un ajustamiento solo incoado”⁸¹.

La prudencia —la reina de las virtudes, según los clásicos— es formalmente intelectual y solo materialmente moral, en cuanto aplica los principios de la razón práctica a la materia moral, o sea al campo de lo agible humano, de los actos libres y deliberados. Si el acto justo consiste en darle a lo otro lo suyo, se requiere determinar lo que es justo o suyo, y este es el trabajo que debe llevar a cabo la prudencia jurídica, formulando y estableciendo la regla y medida del comportamiento justo. Los distintos juicios prudenciales provienen de la razón práctica, son conclusiones de un silogismo práctico, y se dirigen inmediatamente a la acción,

⁷⁶ Cfr. Georges KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.

⁷⁷ Cfr. Michel VILLEY, *Compendio de filosofía del derecho*, vol. 2, Pamplona, Eunsa, 1981.

⁷⁸ José Luis ARANGUREN, *Ética*, Madrid, Revista de Occidente, 1958, p. 327.

⁷⁹ Louis LACHANCE, *El concepto del derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953, p. 121.

⁸⁰ Andrés OLLERO, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, p. 45.

⁸¹ Andrés OLLERO, *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, p. 276.

la cual tiene por motor a la voluntad y las tendencias sensibles. Si bien el razonamiento práctico del constituyente o del legislador puede diferenciarse del que despliega el juez o del que construye el particular al cumplir un mandato jurídico o formalizar un contrato o un testamento, hay una analogía entre ellos; y de esos silogismos prudenciales se formalizarán normas o reglas generales o individuales que se constituirán en modelos de ciertas conductas que imperan, pero a su vez en la realización de estas, los sujetos actuantes se guiarán por sus respectivos juicios prudenciales.

Pero a la hora de promulgar sus normas o decisiones los juristas no solo deben ser prudentes, sino también persuasivos, por ende, pesan sobre ellos aquellas enseñanzas que en la filosofía clásica se atribuían a la retórica. Precisamente G. KALINOWSKI nos da una perfecta síntesis en dónde tienen un espacio reconocido los razonamientos de persuasión:

“Los racionios jurídicos así definidos pueden dividirse, paralelamente a los racionios en general, en tres grupos: racionios jurídicos de coacción intelectual (racionios jurídicos lógicos), racionios jurídicos de persuasión (racionios jurídicos retóricos) y racionios jurídicos de argumentación puramente jurídica, basada sobre presunciones, prescripciones, ficciones, etc., establecidas por ley (racionios jurídicos extralógicos”⁸².

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

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, 30 (2007), pp. 237-248.

ALEXY, Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, 6 (2008), pp. 11-24.

ALEXY, Robert, “Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en Rodolfo VIGO, *La injusticia extrema no es derecho*, Buenos Aires, Facultad de Derecho-UBA-La Ley, 2004.

ALEXY, Robert, “Derecho y moral”, en *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005.

ALEXY, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, en *Doxa. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 26 (2003), pp. 145-160.

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontanarama, 1993.

⁸² Georg KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 148.

- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ARANGUREN, José Luís, *Ética*, Madrid, Revista de Occidente, 1958.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L.V, 10, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, trad. de María Araújo y Julián Marías, 1989.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BONNECASE, Julien, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, México D.F., Cajica, 1944.
- BULYGIN, Eugenio, "Validez y positivismo", en *Comunicaciones. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, I, (1987), p. 244.
- CARNAP, *An introduction to the philosophy of Science*, New York, Dover, 1995.
- CICERÓN, *De inventione rethorica*, 2, 53, 160.
- CORTINA, Adela, "La regeneración moral de la sociedad y de la política", en *Corrupción y ética*, Bilbao, Cuadernos de Teología Deusto, 1996.
- DE AQUINO, TOMÁS, *Suma de Teología*, I-II, q. 90, a. 4.
- DWORKIN, Ronald, "Law as Interpretation", en *Texas Law Review*, 60 (1982), pp. 527-550.
- DWORKIN, Ronald, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge, 1985.
- DWORKIN, Ronald, *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1994.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press-Law Series, 1992.
- FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, New haven, Yale University, 1964.
- GENY, François, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Madrid, Reus, 1925.
- GRANERIS, Giuseppe, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- HABERLE, Peter *El Estado constitucional*, México D.F., UNAM.

- HABERMAS, Jürgen, *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006.
- KALINOWSKI, Georg, *Introducción a la lógica jurídica*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- KAUFMANN, Arthur, "En torno al conocimiento científico del derecho", en *Persona y Derecho*, 31 (1994), p. 19.
- KELSEN, Hans, "Dios y Estado", en Oscar CORREAS (comp.), *El otro Kelsen*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado y del Derecho*, México, UNAM, 1979.
- LACHANCE, Louis, *El concepto del derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953.
- MILLÁN PUELLES, Antonio, *Persona humana y justicia social*, Madrid, Rialp, 1978.
- NINO, Carlos S., "Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico", en *Ragion Pratica*, I (1993), pp. 32-37.
- NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994.
- NINO, Carlos S., *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- OLLERO, Andrés, *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.
- OLLERO, Andrés, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Eder-sa, 1982.
- POSSENTI, Vittorio, "Sobre el estatuto ontológico del embrión humano", en Carlos I. MASSINI y Pedro SERNA, *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.
- PRIETO SANCHÍS, Luís, *Justicia constitucional y derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2003.
- RAMÍREZ, Santiago, *La prudencia*, Madrid, Palabra, 1978.
- RAMÍREZ, Santiago, *Pueblos y gobernantes al servicio del bien común*, Madrid, Eur-américa, 1956.
- RUBIO LORENTE, Francisco, "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional", en *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

- RUIZ MANERO, Juan, "Cincuenta años después de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre*. Sobre el trasfondo de la teoría pura del Derecho sobre lo que queda de ella", en *Doxa*, 33 (2010), p. 39.
- SPAEMANN, Robert, "Sobre el concepto de una naturaleza del hombre", en *Lo natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989.
- VIGO, Rodolfo, "Legitimidad argumentativa de los jueces y periodismo judicial", en *La Ley* (2012).
- VIGO, Rodolfo, *Las causas del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- VIGO, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006.
- VILLEY, Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, t. II, Pamplona, Eunsa, 1979.
- VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, vol. 2, Pamplona, Eunsa, 1981.
- VON JHERING, Rudolf, *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1946.
- VON SAVIGNY, Federico Carlos, "Los fundamentos de la ciencia jurídica", en *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949.
- WEIMBERGER, Ota, *Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik*, Berlín, Duncker & Humblot, 1981.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trota, trad. Mariana Gascón, 1997.