

## **UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA**

“Tesis doctoral en Ciencias Jurídicas” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

### **Título:**

**“Argumentación y valoración en la decisión jurídica”**\*Resolución N°170/09 Honorable Consejo Directivo.

**Disciplina: Filosofía del Derecho**

**Tema: vinculación entre el derecho y la moral**

**Doctoranda:** Profesora Abogada Mónica Beatriz Bornia.

**Director:** Profesor Doctor Carlos Enrique Pettoruti \*Resolución N°170/09 Honorable Consejo Directivo.

## ÍNDICE

Prefacio.....	págs 4
1.-El Derecho y sus Fundamentos Eticos... págs	6
1.1.- Relación entre Derecho y Moral... págs	8
1.2.-La comunidad moral bajo la ley ...págs	14
1.3.-La moral cruza frente al derecho... págs	19
1.4.-Kelsen no pudo convencer a Rawls... págs	20
2.-El Ocaso del Positivismo?... págs	21
2.1.-La fragilidad del razonamiento positivista... págs	22
2.2.-La necesidad de razonar desde la filosofía del derecho...págs	24
2.4.-El derecho no es una regla de uso con proposición anankástica...págs	25
3.-Nacimiento del Postpositivismo...págs	26
3.1.- El positivismo vivió equivocado...págs	29
3.2.- Los postpositivistas miran al “decisor” más que a la ley...págs	31
3.3.- Argumentación y decisión...págs	32
3.4.-Argumentación y persuasión...págs	34
4.- Ética, argumentación y derecho...págs	36
4.1.-Pensar virtuosamente...págs	39
4.2.-Olvidándonos de pensar virtuosamente...págs	41
4.3.- Después de la guerra, el mundo se acuerda de la utilidad de pensar virtuosamente...págs	43
4.4.- Volver a Aristóteles ¡Qué novedoso!...págs	45
5.-El arte de hacer justicia con la norma que se tiene...págs	47
5.1.- El planteo de Alexy...págs	50
5.2.-Alexy justifica y busca corrección...págs	52
5.3.- La postura de Mac Cormick...págs	53
5.4.- La crítica de Mc Carthy...págs	56
6.-¿De qué material están hechas las decisiones jurídicas?...págs	57
6.1.-Lo Razonable no anula la Racionalidad...págs	59

6.2.- La lógica de la persuasión el “wishful thinking” ...págs	61
6.3.-Argumentar la Etica o Patentizar la Etica, id est quaestio...págs	63
6.4.- Existe la lógica y existe el “logos” ...págs	64
7.- Lleguemos al hombre, conozcamos su mundo y encontraremos un decisor...págs	66
7.1.- Ortega nos trae claridad...págs	69
7.2.-El mostrarse, el fenómeno, lo patente...págs	72
7.3.- La filosofía armoniza la lógica y la ciencia...págs	74
7.4.- El mundo de la razón vital...págs	76
8.- El método de la “razón vital”...págs	79
8.1.- Métodos y métodos...págs	82
8.2.- El logos de la razón vital de Recaséns Sichés...págs	84
8.3.- El logos de lo humano...págs	87
8.4.- El juez realiza un juicio estimativo...págs	88
9.- Ocupación: “decisor” ...págs	89
9.1.-El decisor, la Teoría de la argumentación y la “razón vital”.92	
9.2.-Argumentación desviada y corrupción del decisor...págs	93
9.3.-Corrupción en las decisiones jurídicas...págs	97
9.4 .- Lo virtuoso no requiere persuasión...págs	102
9.5.- La racionalidad del decisor no siempre es razonable...págs	105
9.6.-Lo razonable como justificación de la norma perversa...págs	108
9.7.-Conlcusión...págs	112
9.8.-Mi Propuesta...págs	119
9.9 .-Bibliografía...págs	124

## Prefacio

Quien emprende una investigación lo hace para comprender, y cuando avanza en ella se van anteponiendo a la solución buscada, dificultades no previstas, que obligan a nuevas reflexiones respecto de ellas.

La temática abordada aquí comienza por un tratamiento general y amplio de la vinculación entre el derecho y la moral, hasta llegar al rol que hoy cumple en esta relación, la Teoría de la Argumentación en referencia a la toma de decisiones jurídicas.

Para ello transitaremos los complejos vínculos que según la altura de la historia en que nos situemos, han mantenido los positivistas con el valor (llámese moral, llámese justicia), a tal punto de abandonar ése lugar seguro (donde no se discute) pues la adhesión a la postura lo dice todo, para fundar el postpositivismo y entonces sí, llegamos a un terreno en el cual desaparecen las certezas.

En el debate de hoy no se está en el jusnaturalismo o el juspositivismo, se está en “el problema vital” y se discute con el discurso y mediante éste se buscan consensos.

Trataremos aquí de mostrar las limitaciones de la Teoría de la Argumentación, pues sus cultores la han puesto en un lugar de preferencia a la hora de impartir justicia. Esto lo creemos excesivo, pues no constituiría, a nuestro entender una elaboración filosófica, sino sería un mero auxiliar técnico- metodológico en la toma de decisiones jurídicas.

“No todos los que “nos”(¿) reprenden son industriales de la cultura. También se dicen filósofos. Pero tampoco debe examinarse qué es la filosofía, so pena de caer en cualquier cosa”.<sup>1</sup>

Abordaremos los peligros de abandonar este nivel de tratamiento, entre los más lacerantes, está la manipulación que de esta Teoría puede hacerse para crear, veladamente corrupción. Esta problemática debe explicarse como patología surgida dentro del esquema de la racionalidad, no fuera de

---

1.-Lyotard, Jean-François, “Lo Inhumano”, Buenos Aires, Manantial, 2003.cit.pág.10.

ella. Cambiaremos el enfoque teleológico, del “factor procedimental” al “factor humano”.

Para finalizar con nuestra propuesta, la cual es de unas calidades vitalistas, entendiendo la idea, no sólo como abstracción que se sostiene a sí misma y por ello representa algo completo, sino originada por la circunstancia que arraiga en la vida y por ello siempre es concreta. No está en el aire, surge en un lugar y en un tiempo.

Pensar es dialogar con la circunstancia, lo cual al ser patente en nosotros; hace que nos entendamos. Mas para entender el pensamiento de otro tenemos que hacernos presente su circunstancia. Lograr esto no es sencillo, ni espontáneo, requiere la preparación de los recursos humanos.

Postularemos la formación conducente a la autonomía aristotélica, como estrategia y método para realizar justicia.

## **1.-El Derecho y sus Fundamentos Eticos**

En el mundo del hombre primitivo no podemos hablar de “valores jurídicos”, pues este hombre fue ajeno a las categorías lógicas que gobiernan nuestro pensamiento. Según Laclau: “En este estadio primero de su desarrollo, el hombre se siente ajeno al mundo que lo rodea, cuya extrema variabilidad no deja de suscitar su temor”.<sup>2</sup>

Es interesante abordar el tema de la “intuición”, en un estadio tan primitivo, en el cual aún sin elaboración abstracta desarrollada, el hombre comienza a organizar las imágenes inconexas y cambiantes de una realidad externa, que no entiende y que lo embargan de un sentimiento de temor y de allí comienza a elaborar un mundo abstracto, desprendido de valores vitales cambiantes, donde impere lo absoluto, lo inmutable, y cuya necesidad le permita liberarse de ese universo natural de impresiones caóticas. “El primitivo tiende a liberarse de la mutable realidad sensible, merced a la construcción de un universo donde lo caótico sea desplazado por lo necesario, donde lo variable se borre ante un horizonte de formas puras y eternas”.<sup>3</sup>

La noción de causalidad es ajena a su pensamiento, por ello, un fenómeno determinado, es percibido como parte integrante de un mundo mágico, sujeto al principio de retribución. Interpretando así los acontecimientos, como premios y castigos a su conducta.

Los primitivos reiteraban ciertos comportamientos, los cuales hicieron surgir espontáneamente, reglas de conducta. Las mismas, al exhibirse como algo “debido” y aceptado por la comunidad, terminarían en la sanción impuesta al infractor ante su inobservancia por el grupo social.

---

<sup>2</sup> Laclau, Martín, Conferencia pronunciada el 3/X/1990 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, inaugurando el ciclo sobre Derecho y Moral, organizado por la Sección Teoría General de la Asociación Argentina de Derecho Comparado. Cit. pág 1

<sup>3</sup>.- Laclau, Martín, “La Historicidad del Derecho”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994,Cit. pág41

Esta fusión entre religión, poder político y derecho, con todas las implicancias morales que supone, se mantuvo largamente en el tiempo, pues será recién en Grecia cuando aparecerá la separación entre realidad natural y mundo trascendente. El heleno redujo el cambio sensible a orden racional, y con esto la naturaleza deja de ser temible para ser objeto de contemplación en su armonía por el hombre, que toma dimensión de la importancia de su pensamiento.

Cuando comenzó la filosofía moral, digamos con Sócrates (Atenas 470 – 399 a.C), la religión griega era una religión cívica perteneciente a la práctica social pública, a los festivales cívicos y a las celebraciones públicas. Se trataba de hacer lo “acostumbrado” y de ser un miembro de la sociedad digno de confianza, siempre dispuesto a cumplir estos deberes, como un buen ciudadano. No era una religión de salvación en sentido cristiano, las ideas de inmortalidad y de salvación no tuvieron papel central en la cultura clásica. Esta cultura religiosa-cívica no se basaba en textos sagrados, sino que los griegos celebraban a Homero, parte fundamental de su educación la constituían la *Ilíada* y la *Odisea*.

Si bien el mundo clásico temía al impío y al ateo, se los consideraba peligrosos, pero no por el simple hecho del descreimiento en lo sagrado, sino que el rechazo a los cultos cívicos era demostración de falta de disposición a la práctica compartida, pues la religión cívica de la polis era parte esencial de las instituciones que mantenían la cohesión y la armonía social.

Llegados al mundo medieval, hallamos una nueva concepción del universo, geocéntrica, toda la realidad, incluyendo al hombre mismo, es comprendida partiendo de la divinidad. El gran tema de la “esencia”, tendrá ahora un origen, antes del cual hubo “nada”.

La “nada” fue un concepto desconocido por el griego, pues para él, la realidad no tenía un origen determinado en el tiempo, sino que el universo existía desde siempre gobernado por una ley que armonizaba las variaciones de las cosas. Para el cristiano todo cuanto existe fue creado de

la nada, por un acto de voluntad, esto explica que la vida espiritual de la Edad Media girase en torno de la religión.

De aquí el trascendentalismo del hombre medieval, que no distinguirá el fundamento del derecho del de la moral, pues ubicaba el derecho dentro del orden moral.

### **1.1.- Relación entre Derecho y Moral**

La Teoría Jurídica siempre se ha ocupado de lo que es la moral, como se puede comprobar al examinar dos concepciones clásicas de las leyes. Santo Tomás de Aquino (Roccasecca1225-Fossanuova1274) fundador de una Escuela tradicional que propugna el iusnaturalismo en la jurisprudencia y John Austin(Suffolk1790-Surrey1859) quien contribuyó a establecer el positivismo jurídico.

Si bien podríamos ver en ellos posturas antagónicas, ambos creen en la existencia de criterios que permitan juzgar las leyes en razón de requisitos morales que deben cumplir.

Tomás de Aquino define “ley” en su Tratado de la Ley: “la ley no es otra cosa sino cierta ordenación al bien común promulgada por aquel que tiene a su cargo una comunidad”.<sup>4</sup>

Opina el aquinate que quienes elaboran las leyes desean la felicidad de los súbditos y siempre establecen normas que sirven para el bien común. La relación con la justicia entonces, deberemos abordar aquí.

La justicia era entendida como una virtud moral que poseía unas características peculiares y distintivas, mientras que el cumplimiento del resto de las virtudes cardinales tiene como resultado hacer bueno al que obra y hacer buena la obra, en el cumplimiento objetivamente justo de una norma jurídica esto puede fallar. “En efecto, la norma puede ser acatada por temor a la sanción o sin decoro subjetivo y en principio, el ordenamiento jurídico se contenta con este cumplimiento meramente formal y exterior”.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> .-Santo Tomás de Aquino, “Tratado de la Ley”, México, Porrúa, 1990.Cit. pág 7.

<sup>5</sup>.- Portela, Jorge Guillermo, “La relación entre derecho y moral en el pensamiento tomista”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.Cit.pág.77.

La justicia, siendo una disposición de la voluntad, no es una norma (sollen) sino una cualidad, un hecho (sein). Ella se compone de: virtud (disposición habitual de la voluntad), precepto (ley o norma) y la cosa suya (la cosa justa, el ius o el derecho), la cosa debida. Toda virtud es un hábito o disposición; pero es una disposición a cumplir la ley, natural o positiva. Por eso el centro de la moralidad no es la virtud, sino la ley. El deber nace del derecho que preexiste, y el deber emerge de la moralidad.

Austin ve en la ley un mero hecho social basado en un poder que puede emplearse tanto para bien como para mal. Las leyes establecidas por superiores políticos (soberano) y súbdito: esto es por personas que ejercen poder, el conjunto de estas reglas constituye el objeto propio de la jurisprudencia, "derecho".

El conjunto de leyes establecido por superiores políticos se llama "derecho positivo". Aquellas leyes que no son establecidas por superiores políticos, pero que son leyes en sentido propio, se puede decir que son positivas, pues existen por imposición. De esta clase de leyes participa la "moral positiva", por ser leyes humanas propiamente dicha. El término moral las diferencia del derecho positivo, y el adjetivo positivo las distingue de la ley supraempírica. "Con el fin de evitar confusión. Es necesario o conveniente, que se diferencien...; porque el término moralidad(o moral), cuando se usa solo y sin ulterior cualificación, denota indistintamente cualquiera de los siguientes objetos: la moralidad positiva, tal y como es, sin consideración a sus méritos, y la moralidad positiva, tal y como sería conforme a la ley supraempírica y fuera por tanto merecedora de aprobación".<sup>6</sup>

Las "leyes" son órdenes coactivas que pueden ser sensatas o necias, justas o injustas.

Hasta ahora parece haber un evidente desacuerdo entre estos dos autores. Austin parece más realista, ya que la experiencia nos dice que la ley es capaz de producir el bien pero también el mal, pues no siempre las leyes contribuyen al bien común ni son formuladas con este fin.

---

<sup>6</sup>.-Austin John, "El objeto de la Jurisprudencia", Madrid, Edigrafos, 2002, Cit.pág 35.

Sin embargo Santo Tomás, es consciente de la falibilidad de la ley humana y de su posible incoherencia respecto de la ley natural, así lo expresa: “Como dice Agustín en Del Libre Albedrío, libro 1, cap.5, “no parece ser ley la que no sea justa”. Por tanto una ley tiene fuerza en tanto en cuanto es justa. Y en las cosas humanas se dice que algo es justo en cuanto es recto según la regla de la razón. Pues la razón es la primera norma de la ley natural, como se ha dicho. De ahí se sigue que toda ley humana en tanto es ley en cuanto se deriva de la ley natural. Mas si en algún caso una ley se contrapone a la ley natural, ya no es ley sino corrupción de ley”.<sup>7</sup>

De modo que, a pesar de sus diferencias filosóficas, Santo Tomás de Aquino y Austin comparten ciertas ideas fundamentales sobre las leyes humanas o positivas. Ambos creen que la ley humana es moralmente falible y no siempre se adapta a los patrones que se utilizan para juzgarla con propiedad. Comparten también la misma teoría tradicional respecto de las bases de los juicios morales. Creen en la base supraempírica como fundante de la ética y el origen de la ley moral, esta última a su vez se distingue claramente de lo que Austin denomina “moral positiva”.

El mundo antiguo se caracterizó por un amplio respeto a la ley y a los gobernantes. Esta cosmovisión giró principalmente en la idea arraigada en la antigüedad, que la ley, como principal manifestación del derecho era consustancial a la justicia. Esta concepción se mantuvo hasta Santo Tomás. La injusticia legal era vivida así como una verdadera anomalía. Pero aún en estos casos, preferían la obediencia a la ley.

La ley será así útil, justa y conveniente, como nos ilustra Portela en este pasaje que cita de las Siete Partidas: “Las virtudes de las leyes son de siete maneras. La primera es creer. La segunda, ordenar las cosas. La tercera, mandar. La cuarta, ayuntar, la quinta, galardonar. La sexta, vedar. La setena, escarmentar...”. No resulta inocente ver aquí en la enumeración de los “efectos” de la ley, recién en último lugar se mencione lo que para un

---

<sup>7</sup> .-Santo Tomás de Aquino, “Tratado de la Ley”, México, Porrúa,1990.Cit. pág.35

positivista como Kelsen, debería estar incluido en primer término: su carácter sancionatorio y coercitivo”<sup>8</sup>.

Otro hito importante en el camino a desbrozar entre la relación de la moral con el derecho, fue como acertadamente señala Hegel (Stuttgart 1770- Berlín 1831) en sus “Principios de la Filosofía del Derecho”, la Reforma del siglo XVI, la cual al fragmentar la unidad religiosa abrió paso a los pluralismos que caracterizaron los siglos posteriores.

Para Hume (Edimburgo 1711- 1776), son los hábitos, más que la razón, los que en todas las cosas constituyen el principio que impera sobre la humanidad. Para el autor la meta de toda especulación acerca de la moral es averiguar cuales son nuestros deberes, a esa finalidad va aparejada otra: engendrar en nosotros, mediante representaciones adecuadas de la fealdad del vicio y de la belleza de la virtud, los hábitos correspondientes que nos lleven a rechazar el uno y abrazar la otra. Pero esto no se logra apoyándose sólo en inferencias y conclusiones de carácter racional, pues si bien la razón tiene un papel considerable a la hora de establecer distinciones y comparaciones, el mayor énfasis habrá que ponerlo en la función desempeñada por el sentimiento en el mecanismo de nuestras representaciones y voliciones morales.

Entonces, la razón tiene un carácter “auxiliar”, supeditado a una categoría superior, la del sentimiento, el cual será, en definitiva, el que determine y decida. Dice el filósofo: “Al suponerse que un fundamento principal de la alabanza moral reside en la utilidad de una cualidad o acción, de ello resulta evidente que la razón debe tener una participación considerable en todas las decisiones de esa clase; pues nada que no sea esa facultad puede instruirnos acerca de la tendencia de cualidades y acciones, y señalarnos sus consecuencias beneficiosas para la sociedad y quien las posee”<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> .-Portela, Jorge Guillermo, “La Justificación Iusnaturalista De La Desobediencia Civil y De La Objeción de Conciencia”, Buenos Aires, EDUCA, 2005.Cit. pág.61.

<sup>9</sup> .-Hume, David, “Investigación sobre los principios de la moral”, Madrid, Alianza, 2006.Cit. pág.180.

Distinto es para Kant (Königsberg 1724-1804), cuya teoría moral hace base en lo que él llama “agente racional”, un ser capaz de actuar siguiendo razones específicas. La persona “se obliga” así a juzgar las acciones según principios generales. La persistencia del deseo de que ese accionar se convierta en ley universal es el famoso “imperativo categórico”, distinguiendo en él: Máxima, que es el principio subjetivo del querer, de la ley práctica, que es el principio objetivo (esto es, el que serviría de principio práctico, aun subjetivamente, a todos los seres racionales si la razón tuviera pleno dominio sobre la facultad de desear).

Desde luego todo este sistema parte de “la razón”, la cual es pensada como generadora de pautas morales válidas desde un punto de vista objetivo y laico.

En su “Metafísica de las Costumbres”, sostiene que todo conocimiento racional es material (se refiere a algún objeto) o es formal (se refiere a la forma del entendimiento y las reglas del pensamiento). La lógica es una filosofía formal, mientras que la física y la ética son materiales, puesto que la primera tiene como objeto la naturaleza y la segunda las costumbres.

Pero tanto la filosofía natural como la filosofía moral pueden tener también una parte formal. La parte empírica de la física y la moral se apoya en la experiencia, mientras que la filosofía pura o metafísica se deriva exclusivamente de principios a priori.

"La metafísica de las costumbres debe investigar la idea y los principios de una voluntad pura posible, y no las acciones y condiciones, tomadas en su mayoría de la psicología, del querer humano en general" <sup>10</sup>.

Habrán una doble metafísica, la metafísica de la naturaleza y la metafísica de las costumbres, y dos ciencias empíricas, la física empírica y la antropología. Antes de exponer una física propiamente dicha será necesaria una metafísica de la naturaleza y antes de exponer una antropología práctica

---

<sup>10</sup>.-Kant, Immanuel, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, Madrid, Col. Austral. Espasa Calpe, 1990.Cit. pág48.

es necesaria una metafísica de las costumbres totalmente aislada de la antropología, la teología o la física, considerando que la representación pura del deber tiene mayor influjo que otras teorías que por su confusión no llegan a ponerse en práctica.

Kant se propone elaborar una filosofía moral pura (es decir, sin referencias a la experiencia) debido a la noción de deber y de ley moral. El deber y la ley moral tienen que incluir una necesidad absoluta, una universalidad de la que carece la máxima o la regla práctica. Además, esta filosofía moral pura permitirá distinguir lo que es “conforme a” la ley moral de lo que “es por” la ley moral. Su metafísica pretendió encontrar el principio supremo de la moralidad.

Surge aquí otro debate, que advertimos pero no abordaremos por el momento, que es el concepto de “felicidad”, el cual difiere entre los autores mencionados. Hacemos esta salvedad, pues para Kant, la razón no proporciona la felicidad y la satisfacción en la vida, porque la razón tiene un propósito mucho más digno. El fin de la razón es el producir una voluntad buena, que es el bien supremo y la condición de cualquier otro fin.

Se puede poner en duda que en el mundo se encuentre una virtud verdadera, pero no se trata de si sucede esto o aquello, sino de que la razón ordena lo que debe suceder. Además, las leyes de la moralidad tienen validez para todos los seres racionales, es decir, son universales, y de modo absolutamente necesario, por lo que no se pueden inferir de la experiencia, que es siempre individual y condicionada.

Es importante (en este sistema), la idea de libertad, pues hace de mí un miembro de un mundo inteligible, y si yo no formara parte más que de este mundo, todas mis acciones se adecuarían siempre a la autonomía de la voluntad. Pero como al mismo tiempo me intuyo como miembro del mundo sensible, esas acciones en todo caso deben conformarse a dicha autonomía. Este deber categórico representa una proposición sintética a priori, puesto que a mi voluntad afectada por apetitos sensibles se añade la idea de esa voluntad. Kant señala el paralelismo con el uso teórico de la razón, en donde

los juicios sintéticos a priori son posibles porque a las intuiciones sensibles se añaden los conceptos del entendimiento.

## **1.2.-La comunidad moral bajo la ley**

Tenemos las ideas irreligiosas de Hume y las de Kant y tenemos la tarea de hallar y elaborar alguna base pública de entendimiento mutuamente compartido. Los profundos desacuerdos morales y la gran variedad de opiniones existentes en nuestras comunidades pluralistas democráticas, llevan estos desacuerdos a la esfera política, que es donde debemos votar la legislación que nos afecta a todos.

La comunidad, fue tema de abordaje filosófico moral benthamiano. Para Jeremy Bentham (Londres 1748-1832) “la comunidad” es un cuerpo ficticio, una especie de superestructura guiada por el bien público (característico de los regímenes democráticos). El interés de la comunidad no es más que la suma de los intereses de los individuos que la componen, que en definitiva son ellos lo único real. ¿Cómo hará el legislador, quien hace leyes de alcance general, para promover el bien de la comunidad, que es el de los individuos que la componen?; ¿Deberá conocer a todos y cada uno de los individuos que integran la sociedad para establecer qué produce placer a cada uno y si éste coincide con el de los demás?.

Su teoría plantea el pasaje de la moral privada a la pública, mediante el principio de “utilidad”. “Por el principio de utilidad se quiere decir aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción de que se trate, según la tendencia que parezca aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en juego; o, en otras palabras, promover u oponerse a ella. Digo de cualquier acción, y por tanto no sólo de toda acción de un individuo privado, sino de cualquier medida de gobierno”.<sup>11</sup>

Una medida de gobierno (que no es sino una clase de acción particular realizada por una persona o personas particulares) puede decirse que concuerda con el principio de utilidad o es dictada por él, cuando, del mismo

---

<sup>11</sup> .-Bentham, Jeremy, “Los principios de la moral y la legislación”, Buenos Aires, Claridad, 2008.Cit. pág.12.

modo, la tendencia que tiende a aumentar la felicidad de la comunidad es mayor que cualquiera que tienda a disminuirla.

Un enfoque ecléctico de los aspectos debatidos lo aportará la irrupción en la Filosofía de Edmund Husserl (República Checa 1859-Alemania 1938), su fenomenología sostendrá que el contenido del conocimiento no es puramente sensitivo, sino que, al lado de los objetos materia de percepción sensible, hállanse las esencias, que nos son entregadas por una intuición inteligible. La experiencia opera en dos niveles: el sensible y el inteligible. El hecho es individual, mutable, contingente y provee un saber asertórico, pues no entraña necesidad. La esencia aparece dotada de una estructura constante, intemporal, de naturaleza ideal y nos da un saber apodíctico. Husserl quiere "aprehender esencias", las cuales según él se aprehenden en los hechos mismos que las albergan. Al esconder el hecho la esencia, deberemos captar el primero por la intuición sensible y descubrir la segunda por la intuición intelectual.

Para la fenomenología, los fenómenos son simplemente, las cosas tal y como se muestran, tal y como se ofrecen a la conciencia. La función del filósofo es el plegarse a las cosas mismas, el ser fiel a lo que realmente se experimenta, de ahí que propugne la intuición como instrumento fundamental de conocimiento. La intuición es la experiencia cognoscitiva en la cual el objeto conocido se nos hace presente, se nos muestra, experiencia opuesta al mentar o referirse a un objeto con el pensamiento meramente conceptual. A diferencia de las corrientes empiristas, la fenomenología no limita la intuición, sino que acepta varias formas de darse las cosas, varias formas de intuición: cada objetividad se muestra de distinto modo a la conciencia, en función de su propio ser o esencia: las cosas físicas se hacen presentes a nuestra conciencia de otro modo que los objetos matemáticos, las leyes lógicas, los valores estéticos, los valores éticos, o las propias vivencias. La virtud del buen fenomenólogo es su perfección en el mirar, el saber disponer adecuadamente su espíritu para captar cada tipo de realidad en lo que tiene de propia.

Junto a la idea de que en el mundo hay hechos, plantea que también hay esencias. Los hechos son las realidades contingentes, las esencias las realidades necesarias; la tarea de la fenomenología es descubrir y describir las esencias y relaciones esenciales existentes en la realidad, y ello en cada uno de los ámbitos de interés del filósofo (mundo ético, estético, religioso, lógico, antropológico, psicológico). Cuando el fenomenólogo describe lo que ve no se preocupa por el aspecto concreto de lo que ve, intenta captar lo esencial; así, si se preocupa por estudiar la voluntad, no intenta describir los aspectos concretos presentes en un acto voluntario real sino la esencia de la voluntad y sus relaciones esenciales con otros aspectos de la subjetividad como el conocimiento o la libertad. La fenomenología considera que además de la intuición empírica o percepción existe la intuición de las esencias o formas universales de las cosas. La intuición en la que se hace presente lo universal recibe el nombre de intuición eidética.

Veamos ahora la visión de Roscoe Pound (Lincoln 1870- Cambridge 1964), el autor sostiene que la pregunta por lo jurídico y lo justo se remonta a Grecia, en la cual versaba respecto a si la respuesta debía buscarse en la naturaleza o en el acuerdo y sanción. Recuerda que el filósofo griego buscaba la seguridad del orden social en una concepción analógica de la regularidad y constancia de los acontecimientos naturales. Aquella distinción griega de lo que era justo por naturaleza, de lo que era justo por convención o sanción, había sido transformada por los romanos en derecho por naturaleza y derecho por costumbre o sanción.

Pound, tenía una interpretación ética en el sentido de una idea de lo justo (right), que impulsaba al jurista y al juez a llenar su contenido con algo más que con Derecho (law). Entendía que el rasgo más significativo del pensamiento jurídico reciente consistía en la repudiación del concepto de una ciencia del Derecho por completo independiente, obtenida sobre la base exclusiva del Derecho mismo y que se permitiera ignorar cualquier otro departamento del saber como no pertinente para sus problemas y sin ningún valor para sus fines. La historia constaba de dos elementos: el metafísico y más novedoso, la idea económica concreta, que se refería a la idea de las necesidades o exigencias concretas de los individuos. Entiende el autor que

ninguna interpretación tenía en cuenta la actividad creadora que desarrollaban los hombres como abogados, jueces, tratadistas o legisladores, que pretendían armonizar o reconciliar pretensiones contradictorias por medio de la razón creadora o a través del ensayo y error (trial and error).

La labor del juez consiste en generalizar las demandas de las partes como demandas humanas individuales y subsumir las demandas así generalizadas en aquel esquema objetivo de articulación de los intereses conforme a principios o fórmulas generales que aseguren la satisfacción de la mayor cantidad de intereses con el menor sacrificio. Los principios que conforman las líneas básicas del esquema de Pound vienen teleológicamente definidos en virtud de su capacidad para satisfacer determinados objetivos socialmente deseados, los cuales, una vez definidos, reduce la tarea judicial de resolución de casos individuales a una tarea de subsunción de estos casos en aquellas fórmulas generales preestablecidas. En este sentido, en la jurisprudencia sociológica de Pound “la idea de sistema, orden y previsibilidad” continuaba constituyendo un componente esencial e irrenunciable del concepto de Derecho.

Pound llegó a la conclusión que la interpretación que se funda en una actividad creadora pertenece a períodos de crecimiento por desarrollo de nuevas instituciones y por absorción o infusión de elementos externos. Una de las mayores dificultades de la interpretación en la labor judicial era el hecho de que los casos que se planteaban no estaban contemplados en las leyes. Y habían sido la equidad y el derecho natural aquellas técnicas que habían llevado a cabo una mayor actividad creadora del Derecho. Pound era consciente que una interpretación en términos de ingeniería social pudiese emplearse de forma negativa, pero el verdadero peligro estaba en librarse del pesimismo jurídico del pasado inmediato. Por eso, insistía, en que había que confiar cada vez más en los juristas para llevar a cabo la obra creadora.

Respecto de los juristas analíticos sostenía que ellos pensaban el derecho no como un “hecho” sino como un “ideal”, un sistema de prescripciones jurídicas lógicamente consistente e interdependiente, capaz

de cubrir la totalidad del campo de las relaciones humanas en las que haya controversia. Está implícita en esta concepción la noción del derecho separado de la moral, aunque no de manera absoluta. “Subsistieron puntos de contacto tales como la creación de derecho por los jueces, la interpretación de las leyes, la aplicación del derecho y la discreción judicial. En la medida en que se lograba la separación del Poder Legislativo del Poder Judicial, los tribunales eran los destinatarios del derecho, en tanto que los legisladores eran los destinatarios de la moral”.<sup>12</sup>

De los preceptos jurídicos se ocupaba la Jurisprudencia y de los principios morales, la ética. La crítica de Pound a los analíticos, señala el error de entender un cuerpo completo de preceptos jurídicos que no requería complementación mediante acción judicial. Pues los jueces “crean derecho”, y en esta tarea se necesitan valores (ideals), es aquí donde el derecho natural tendrá una función. La búsqueda de la norma justa, del mérito intrínseco implican una respuesta moral. La aplicación de los (standard) tienen una procedencia del derecho natural, aunque se los describa como aplicaciones lógicas, pues el ejercicio de la discreción judicial y la aplicación de los standard jurídicos muestra que la aplicación del derecho no es mecánica, el juez merita diversas interpretaciones posibles mediante criterios éticos.

El autor no distinguió los valores morales de los jurídicos, los valores son para él preferencias generalizadas en cierto espacio, durante cierto tiempo. Entiende al derecho como coexistencia de realidades sociales, técnicas jurídicas, creencias, prescripciones jurídicas y criterios de valoración. La justicia es la regulación de los comportamientos humanos, que permita la máxima satisfacción de las aspiraciones humanas con la mayor economía posible.

---

<sup>12</sup>.-Cueto Rúa, Julio, “Derecho y moral en la concepción de Roscoe Pound”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.Cit. pág.61.

### **1.3.-La moral cruza frente al derecho**

Será con Kelsen (Praga 1881-Berkeley 1973) con quien culminará el desarrollo de la racionalidad positivista del siglo XIX, que definirá su concepción científica. En este autor la independencia entre moral y derecho es evidenciada en toda su obra. La obligatoriedad jurídica de las normas de derecho, su carácter normativo, nace de otra fuente que la fuerza obligatoria de las leyes morales. Existe entre el carácter normativo de unas y otras, una total independencia, sigue esta línea de pensamiento en su “Teoría General del Estado”, en la que afirma que la función de ésta es describir qué es y cómo es el Estado, en tanto la política, como ciencia, se ocupa de cómo debe ser el Estado. Entiende así a la política, como integrando la ética, que señala finalidades objetivas a la conducta humana, que afirma ciertos contenidos o comportamientos como debiendo ser.

El autor busca la pureza en todas sus obras, indudablemente es relativista. “No niega los valores morales (u otros), pero sostiene que no puede dársele a un valor sentido absoluto en detrimento de los demás ni sostenerse que un determinado valor moral es preferible a otro, pues todos tienen la misma posibilidad de preferencia y son igualmente defendibles”.<sup>13</sup>

Nos explica lo erróneo de identificar derecho con justicia (moral), pues de identificar lo existente con lo debido, el concepto de justicia, como el de bien, pierden sentido, puesto que si no hay algo malo (injusto), no puede darse algo bueno (justo). La exigencia de distinguir el derecho de la moral, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico del derecho positivo, su legitimación a través de un orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobar su objeto, sino conocerlo y describirlo. “Aun cuando las normas del derecho, como prescripciones de deber, constituyen valores,

---

<sup>13</sup>.- Cracogna, Dante, “El tema de la moral y el derecho en Kelsen”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.Cit. pág.48.

la función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto”.<sup>14</sup>

El autor sostiene que no hay una única “moral”, sino muchos sistemas morales, diferentes y contradictorios entre sí. Un orden jurídico puede, a grandes rasgos, corresponder a las intuiciones morales de un grupo determinado, en especial, los dominantes, dentro de la población sometida, de hecho así sucede, lo cual en simultáneo contradice las intuiciones morales de otro grupo. Además lo que se intuyó como éticamente bueno o justificable en una época respecto a ciertas normas válidas, pueden hoy ser consideradas altamente inmorales.

#### **1.4.-Kelsen no pudo convencer a Rawls**

Llegados hasta aquí, tenemos que plantear algunas cuestiones como lo hace John Rawls (Baltimore1921-Lexington2002): ¿Dimana el orden moral que se nos exige de una fuente externa, o surge de algún modo de la propia naturaleza humana (bien de la razón, bien del sentimiento, bien de la unión de ambos) y de las exigencias de nuestra vida conjunta en sociedad?

¿Es el conocimiento o la conciencia de cómo debemos actuar directamente accesible sólo para algunos, o para unos pocos, o es accesible para toda persona que sea normalmente razonable y consciente?

¿Tiene que persuadirnos u obligarnos a cumplir con las exigencias de la moralidad alguna motivación externa, o estamos constituidos de tal manera que nuestra propia naturaleza nos suministra motivos suficientes para obrar tal como debemos sin necesidad de incentivos externos?

Para Rawls cada uno tiene para sí una concepción del bien, sea cual fuere ésta, habrá una gran ventaja si se adopta socialmente un esquema de cooperación justo y estable. El conocimiento público de que todo el mundo tiene un sentido de la justicia efectivo y que se pueda confiar en cada cual como un miembro plenamente cooperador de la sociedad, es una gran

---

<sup>14</sup> .-Kelsen, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, 13ª edición, México, Porrúa, 2003.Cit. pág.81.

ventaja para la concepción del bien de cada cual. Un esquema justo de cooperación social impulsa las determinadas concepciones del bien de los ciudadanos; el sentido de justicia públicamente reconocido es el medio para alcanzar ese fin.

Luego importa en su concepción “el respeto a sí mismo”, esto arraiga en nuestra confianza en tanto miembros plenamente cooperadores de la sociedad, capaces de ir en pos de una digna concepción del bien durante toda una vida. Los representantes en la “posición original”, no necesitan tener ningún conocimiento específico de la concepción del bien determinada de las personas a las que representan. La moralidad Rawlsiana pasa por la capacidad de tener una concepción del bien y la capacidad de tener un sentido de la justicia.

## **2.-El Ocaso del Positivismo?**

Para llegar a lo planteado en el título, primero debemos demarcar qué entendemos por “positivismo jurídico”. Si bien inmediatamente pensamos en Hans Kelsen, en su obra de 1911 (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre-Problemas capitales de la doctrina jurídica del estado*), el “positivismo jurídico práctico”, difiere del pensamiento kelseniano. Muchos operadores del derecho (jueces) se consideran juspositivistas en el sentido de estar obligados por la Constitución, en todas sus reflexiones dogmáticas, a la Constitución positiva vigente aquí y ahora, así como también a las leyes positivas y sus equivalentes válidos constitucionalmente. Se sienten obligados a no sobrepasar los límites de su legislación positiva. En este sentido piensan positivamente y evitan todo pensamiento transpositivo. Distinto es el caso del legislador, por ser él quien crea la norma, no es su último intérprete, lo cual hace una diferencia sustancial, en los modos de comprender el derecho.

Fue en 1945, que con asombro tardío, el hombre se dio cuenta que cuando la ley en su pureza y desnudez, es convertida en el verdadero núcleo de toda la ciencia del derecho, fácilmente puede promover la dictadura lato sensu, entendida como concentración de poder en un individuo y su utilización de manera arbitraria, pudiendo esto suceder incluso

dentro de lo tolerado por la ley. Pues, es claro que queda totalmente librada al legislador.

El positivista confía en la Ley Fundamental por contener y proteger una teoría material del derecho, pero este texto remite a contextos más amplios, transpositivos, pasibles de interpretaciones diversas. En el máximo nivel, las cosas no distan de lo que acontece a nivel legislativo, aunque sea a nivel constitucional.

### **2.1.-La fragilidad del razonamiento positivista**

La fragilidad de la supuesta pureza positivista queda evidenciada en los razonamientos jurídicos: cetético y dogmático.

Cetético: construye un campo de investigación en el que las opiniones (proposiciones) son puestas en duda y examinadas una y otra vez.

Dogmático: construye un firme campo de opinión, cuya validez es intangible y con el cual se prueba la validez de las nuevas opiniones. Un modelo de pensamiento puede pasar de uno a convertirse en otro, sólo es cuestión de hacer problemático lo incuestionable o a la inversa.

El propósito del razonamiento dogmático es fijar ciertas opiniones, a fin de exceptuarlas de posteriores cuestionamientos, Hans Kelsen era defensor de la independencia de la dogmática jurídica, la que quiso lograr por la vía del concepto de normatividad. El pensamiento jurídico dogmático, conserva un dogma básico fundamentalmente inmodificable y, por otra, posee flexibilidad lingüística, para preservar la interpretación del cuerpo central ante las respuestas en diversas situaciones.

La diferencia se hace dudosa tanto se sostiene que el pensamiento jurídico dogmático se convierte en el objeto del razonamiento jurídico cetético; podemos, por una parte, practicar jurisprudencia y, por otra, metajurisprudencia.

“Existe el peligro de confundir estas dos formas de pensamiento. Este peligro esta siempre presente y puede mostrarse que existe en muchos casos; por ejemplo, cuando hablamos acerca de teoría del derecho, tiene

que quedar en claro si se quiere hacer referencia a una teoría dogmática o cetética, pues ambas tienen un carácter totalmente distinto”.<sup>15</sup>

La palabra “positivismo”, como la palabra “derecho”, dependen para poder contar con ellas, de la acepción con la que las usemos y el contenido que les demos. Así, cuando hablamos de “dogmática jurídica” debemos evitar un enfoque exclusivamente legalista, entendiendo por esto positivista-legal, ya que ésta al decir de Luis Legaz y Lacambra (Zaragoza 1906-Madrid 1980) no parte de leyes o sus equivalentes, sino que ella aspira a persistir en el tiempo, a fin de crear y fijar una opinión acerca de lo que se considera “justum”. Una opinión jurídica así fijada, tiene que ser entendida como una respuesta vinculante a una problemática social. Una opinión jurídica establecida con carácter de obligatoriedad, puede ser racionalizada. La opinión fijada y establecida se llama dogma, su esquema de pensamiento, dogmática, designando dogmática jurídica a la opinión jurídica racionalizada. La dogmática jurídica, cuenta con un dogma o dogmas fundamentales, conciliables entre sí e incontrastables. Así, toda solución a problemas que surjan dentro de ella deben ser conciliables con los dogmas fundamentales.

La teoría del derecho material, es la fundamentación última de la dogmática jurídica, esto significa, una teoría que responda a la pregunta acerca de lo que considera “justum”. El ejemplo por antonomasia de esta relación, lo encontramos en las declaraciones de los derechos del hombre, que se convirtieron en elementos constitutivos de las constituciones escritas, haciendo referencia con suficiente claridad a una teoría material del derecho. Una vez establecidos constitucionalmente, no se duda de su obligatoriedad y con ella de la obligatoriedad de sus correspondientes teorías jurídicas. Al referirse la constitución escrita con claridad a la teoría fundamental, ella era puesta fuera de toda duda. El pensamiento jurídico dogmático, concibe la teoría constitucional, como la teoría de la creación para toda creación del derecho; y teoría de la interpretación para toda interpretación del derecho.

---

<sup>15</sup>.-Viehweg, Theodor, “Tópica y Filosofía del Derecho”, Barcelona, Gedisa, 1997. Cit. pág.122.

## **2.2.-La necesidad de razonar desde la filosofía del derecho**

En este panorama debemos decir la función que cumple la filosofía del derecho, ella participa esencialmente en el surgimiento de la teoría del derecho. Pues esta surge de ideas jurídico-filosóficas.

Al decir de Theodor Viehweg (Leipzig 1907 – Maguncia 1988) : “Esto significa: de la filosofía del derecho resulta una teoría del derecho que, en tanto teoría fundamental, posibilita una dogmática jurídica”. El segundo papel de la filosofía del derecho consiste en que, después que de ella ha surgido una teoría del derecho en el sentido aquí indicado, no se queda en reposo. Continúa su investigación y, al hacerlo, convierte en objeto de investigación, entre otros, también a la teoría del derecho, ahora dogmatizada”.<sup>16</sup>

La filosofía del derecho en su incesante búsqueda gestó un “nuevo sentido” de “teoría del derecho”. En el viejo sentido, hasta aquí señalado, la cuestión de la justicia estaba desde el comienzo como su tema fundamental. En la nueva teoría del derecho se parte de puntos de vista lógicos y sociológicos y el tema de la justicia es desplazado a un segundo plano y a veces excluido de todo análisis.

Las concepciones kelsenianas fueron muy adecuadas a la moderna teoría del derecho, como también lo fueron en escandinavia las de Axel Anders Theodor Hägerström (Suecia 1868-1939). La teoría del derecho comienza a ocuparse de las relaciones lógicas, las normas jurídicas y el comportamiento humano, entendido en sus dos sentidos, el comportamiento de los ciudadanos particulares y el de la parte oficial, jueces, legisladores. Será entonces muy importante lograr estricta objetividad y utilizar exclusivamente el lenguaje científico. La filosofía del derecho natural, reviste ahora un interés meramente histórico (será historia de la teoría del derecho), marcando de este modo su “anacronismo” y también será recomendable evitar la expresión “filosofía del derecho”.

Al partir de los fenómenos jurídicos aquí y ahora, la nueva teoría del derecho hace de la dogmática jurídica dominante y su teoría del derecho en el viejo

---

<sup>16</sup> .-Op. cit. pág.22.

sentido, su objeto de investigación (desde una perspectiva crítica). En este contexto la nueva teoría del derecho no está en condiciones, ni desea conservar y mostrar temas centrales firmes, en principio pretende el cuestionamiento ilimitado y radical y esquivar la cuestión del justum.

No quiere llamarse filosófica, pero lo es por función, por cuestionar y no cercar con límites. El máximo control del lenguaje y la búsqueda de pureza lógica, la llevará a querer expresarse como lógica matemática.

#### **2.4.-El derecho no es una regla de uso con proposición anankástica**

La causa de las desavenencias jurídicas que nos han llevado al estado en el que estamos, es la concepción imperante durante gran parte del siglo XX respecto al concepto del “derecho”, entendido como conjunto de ideas respecto de lo que el derecho **es o debería ser**, sabido es que este concepto mayoritariamente aceptado en doctrina fue de corte netamente positivista. Concepto este último que también quisiera clarificar y citaré para ello a Massimo La Torre (Messina 1954): “La perspectiva más destacada me parece la caída de la ilusión de poder arreglar, reglamentar con normas positivas, con disposiciones estatales, toda la vida social. En cierto sentido se trata del fracaso de la creencia de que unos códigos pueden contener la normativa necesaria y suficiente para dirigir y resolver todos los asuntos sociales”.<sup>17</sup>

Delimitaremos dentro de los muchos debates respecto de lo que el positivismo sea, qué enfoque queremos debatir. Tomaremos entonces dos conceptos de positivismo, uno amplio y el otro restringido.

En su concepción más amplia, la doctrina positivista del derecho, sostiene que el único objeto de la ciencia del derecho es el dictado por los hombres, y que además, la teoría posee los métodos adecuados para determinar qué es lo que establece el derecho.

---

<sup>17</sup> .-La Torre, Massimo. “Derecho y Teoría del Derecho. Tendencias Fundamentales”. Cap.XII libro: “Tendencias Actuales del Derecho”, Soberanes Fernández, José Luis, compilador, México. Fondo de Cultura Económica, 2ª edición, 2001. Cit. pág.134.

En su concepción más restringida, el positivismo jurídico, consiste en aquella doctrina que afirma que el único productor de derecho es el Estado y que no existen otras fuentes del derecho fuera de él, “jurídico” se identificaría con “estatal”.

Es este estricto sentido en el cual lo entiende Kelsen: “Desde el punto de vista de un positivismo jurídico consecuente, el derecho de igual modo que el Estado, no puede ser reconocido sino como un orden coactivo de la conducta humana, sobre cuyo valor moral o de justicia nada se dice con ello. Entonces cabe concebir al Estado como ni más ni menos jurídico que el derecho mismo”.<sup>18</sup>

Esta postura al desconectar necesariamente al derecho de la moral y la política, no requiere de la evaluación moral para conocer el derecho. Las consecuencias de este pensar, las expresa Georg Von Wright (Helsinki 1916-2003) de este modo: “La moralidad trasciende la legalidad en el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia. Por esta razón, nunca puede ser incorporado en el tipo de orden coactivo que constituyen las leyes del estado”.<sup>19</sup>

### **3.-Nacimiento del Postpositivismo**

Es éste punto el que el postpositivismo discutirá, Ronald Dworkin (Worcester 1931-Londres 2013) sostiene que la evaluación moral es necesaria tanto para entender como para describir el derecho. Pero ¿Qué es la “evaluación moral” para Dworkin?, él defiende un concepto de derecho que une el derecho a la actual justificación de fuerza coercitiva y así, une el derecho a la adjudicación, sería entonces “El Derecho”, una cuestión de derechos defendibles en una Corte. El problema “sensible” a la moral que

---

<sup>18</sup> .-Kelsen, Hans, “Teoría Pura del Derecho”, 13ª edición, México, Porrúa, 2003.Cit. pag.320

<sup>19</sup> .-Von Wright, George, “Es y Debe”, en A.A.V.V, “La normatividad del Derecho”, Barcelona, Gedisa, 1997.Cit. pág108.

supone la interpretación del “contenido del derecho”, consistiría en las restricciones impuestas a los jueces por la Constitución.

Postula entonces, una lectura moral de la constitución, la cual el positivismo oculta. El no cree que la Constitución sea sólo aquello que produciría la mejor teoría de justicia y equidad abstracta a título de teoría ideal, sino que hay que dejarse guiar por un sentido de integridad constitucional; cree que la Constitución norteamericana consiste en la mejor interpretación disponible del texto y la práctica constitucionales norteamericanas en su totalidad, y su juicio acerca de cuál interpretación es la mejor, la más sensible a la gran complejidad de virtudes políticas correspondientes a la misma cuestión.

La diferencia central entre la era positivista y la era postpositivista, consiste en que mientras el positivismo construyó las alternativas de soluciones jurídicas, defendiendo la institucionalización del derecho, es decir ateniéndose a sus límites y a lo decidido en el pasado, el postpositivismo hace foco en la indeterminación del derecho, en los casos difíciles y en el futuro.

Es coherente con el positivismo, no hablar de los casos difíciles, pues la resolución de éstos implica un compromiso valoral que la tajante diferenciación entre moral y derecho no permite.

El postpositivismo pone en crisis el principio básico de distinción entre ciencia del derecho que “describe” y derecho que “prescribe”, pues al decir de Albert Calsamiglia Blancafort (Barcelona 1949- 2000): “Las teorías del derecho tienden a ofrecer no solo aspectos cognoscitivos referidos a hechos sociales del pasado sino que tienen también pretensiones prescriptivas, en el sentido de ofrecer criterios adecuados para resolver problemas prácticos”.<sup>20</sup>

La pretensión de reducir la indeterminación del derecho, construyendo teorías abstractas y generales, es sólo eso, pues el derecho es siempre indeterminado y no sirve para resolver disputas. El que fundamenta y dirime la disputa es siempre el hombre, no el derecho.

---

<sup>20</sup> .-Calsamiglia, Albert. “Postpositivismo”, Doxa 21-I (1998). Cit. pág.212.

Para H.L.A Hart (Harrogate 1907 - Oxford 1992), el positivismo jurídico es “la simple afirmación de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ser así”.<sup>21</sup>

El derecho es así, el conjunto de hechos sociales que se pueden identificar mediante métodos específicos. Cuando el juez utiliza otros elementos, no está aplicando el derecho sino que está inventando el derecho. La completitud del derecho no es una propiedad necesaria del derecho. El juez puede encontrar lagunas y en este caso puede decidir conforme a su discreción. En principio los jueces están determinados por las decisiones del pasado siempre y cuando estas decisiones se hayan producido. Si no hay decisión previa entonces el juez no se ve limitado y decide discrecionalmente.

Las tesis implicadas en esta concepción positivista serían:

.-La tesis de la separación conceptual, la cual se contrapone a toda aquélla visión que sostenga que existe alguna forma de conexión necesaria y no meramente contingente entre la validez jurídica y las exigencias de la moralidad, como por ejemplo sostienen las teorías clásicas del derecho natural.

.-La tesis de las fuentes sociales, sostiene que para que el derecho exista debe haber alguna forma de práctica social que incluya a los jueces y a los ciudadanos ordinarios, y esta práctica social determina lo que en cualquier sistema jurídico dado son las fuentes últimas del derecho o criterios últimos de validez jurídica.

.-La tesis de la discreción judicial, sostiene que en todo sistema jurídico habrá siempre casos no previstos y no regulados expresamente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictada por derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto. Alrededor de estas tres tesis Hart hará jugar su “regla de reconocimiento”.

---

<sup>21</sup> .-Hart, H.L.A, “El concepto de derecho”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

Es esta “regla de reconocimiento” la que criticará Ronald Dworkin, para mostrar el fracaso del Positivismo. Según el autor hay una realidad jurídica que queda fuera de toda comprensión, y estará dada por los “principios”, los cuales entiende como exigencias de justicia y moralidad (estándares), ellos “valen” por su contenido y quedan fuera de las explicaciones de la “regla de reconocimiento”.

### **3.1.- El positivismo vivió equivocado**

Según Dworkin el positivismo ha errado el camino al sostener la separación conceptual entre el derecho y moral, pues existen normas de indudable contenido moral que devienen jurídicas sin estar incorporadas al Ordenamiento. En cuanto a la tesis de las fuentes sociales, los principios serían la prueba irrefutable de la conexión entre el derecho y la moral, por lo que la tesis de que el derecho depende únicamente de prácticas sociales identificables a través de la regla de reconocimiento, tampoco se sostiene.

Para este autor, sostener la postura de Hart (tesis de la discreción judicial) es sostener que el juez puede inventar retroactivamente el derecho, lo cual es erróneo, puesto que para cada caso existe una única respuesta correcta. Entiende Dworkin que el ordenamiento jurídico está impregnado por principios morales, tal ordenamiento no puede ser parcialmente indeterminado o incompleto; por lo tanto, el juez no tiene y no puede ejercer discrecionalidad (en sentido fuerte).

La osadía de Dworkin consiste en sostener que la tarea de la ciencia jurídica no es describir el derecho desde fuera sino ofrecer solución a los problemas que se plantean. Pretende, construir una teoría completa del derecho que tenga un aspecto justificador de las decisiones que adoptan las distintas instancias jurídicas, del que toma decisiones públicas. Para tomarlas se debe realizar una tarea de construcción y justificación.

El científico del derecho, el filósofo del derecho y de la política no es un observador imparcial cuya función es describir el derecho y los valores

sino que es un constructor de soluciones, un especialista en la resolución de conflictos sociales.

Al aparecer en 1994 una segunda edición de “El concepto de Derecho”, preparada por Joseph Raz (Israel 1939) y Penelope A. Bullock, será ésta una defensa a las críticas de Dworkin, y lo hará desde una encendida defensa de la regla de reconocimiento, pues de ella se derivan las tesis básicas de su aparato conceptual y del positivismo. Señalaremos aquí el inicio del “positivismo jurídico inclusivo” la expresión fue propuesta por Wilfrid.J. Waluchow (Canadá) (en castellano por Josep Joan Moreso (Tarragona 1959) refiere a lo que Hart denominó como “positivismo suave” (soft positivism). Se utiliza también la locución “incorporacionismo” (Jules Leslie Coleman -1947 Yale). Aunque con diferencias, todas ellas refieren a la problemática aquí planteada, su uso es indistinto.

Dworkin critica en Hart lo que entiende como un “positivismo de meros hechos”( hechos históricos, hechos sobre las creencias de los individuos y las actitudes sociales), al no ser cuestiones éstas “de contenido”, Dworkin las llama cuestiones de “pedigrí”( “...pertenecen a lo que él ha denominado “linaje”...”).<sup>22</sup> “Dworkin representa equivocadamente en otro aspecto la forma de positivismo jurídico que he propuesto. Trata mi tesis acerca de la regla de reconocimiento como si requiriera que los criterios que suministra para la identificación del derecho debieran consistir únicamente en hechos históricos, por lo cual sería un ejemplo de “un positivismo del hecho evidente”.<sup>23</sup>

Hart responde a esto diciendo que nada obsta a que el último criterio de validez jurídico proporcionado por la regla de reconocimiento, incorpore explícitamente “principios” ya sean estos de justicia o valores morales.

El “positivismo suave” o “positivismo jurídico inclusivo” propone que en determinados sistemas legales los criterios de validez incluyan (o

---

<sup>22</sup> .-Dworkin, Ronald/Hart, H.L.A, “La Decisión Judicial”, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005. Cit. pág.102

<sup>23</sup>.-Op. cit. pág.102.

incorporen) principios morales, esta es la idea de Hart. “No obstante, que exista la posibilidad contingente de que en determinados sistemas jurídicos esto pueda ocurrir, de ello no se deriva que deba ser así. Se trata, como frecuentemente suele decirse, de una conexión contingente, pero no necesaria”.<sup>24</sup>

Hart rechaza el objetivismo moral al afirmar que en el “positivismo suave” aún cuando sea posible que la regla de reconocimiento adopte o pueda adoptar criterios sustantivos de validez, no significa, que esa incorporación haga referencia a la “moral”.

### **3.2.- Los postpositivistas miran al “decisor” más que a la ley.**

Mientras los positivistas tenían al legislador como centro del análisis de la Ciencia Jurídica. El postpositivismo ha desplazado esta atención de la legislación a la adjudicación.

Los “positivistas jurídicos incluyentes” sostienen una versión débil de las fuentes sociales y, con tal fin, separan la práctica social y los criterios de validez. Entienden que mientras el origen del derecho es necesariamente fáctico (una práctica social); los criterios de validez contenidos en dicha práctica son contingentemente fácticos. Así, y aunque el origen del derecho siempre reside en un hecho social, se deja abierta la cuestión sobre si conceptualmente es posible que los criterios de validez del derecho puedan consistir en hechos sociales o en principios morales.

Una característica distintiva del positivismo incluyente consiste en sostener que las pautas de moral política, es decir, la moral que se utiliza para evaluar, justificar y criticar a las instituciones sociales y sus actividades y productos, se halla incluida dentro de los fundamentos posibles para

---

<sup>24</sup>.-Mora Sifuentes, Francisco M., “Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente”, Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid, Número: 9 Año: 2010.

establecer la existencia y el contenido de las leyes positivas válidas, es decir, de las leyes sancionadas o creadas por seres humanos por medio de legislaturas, tribunales o la práctica consuetudinaria.

Los “positivistas jurídicos excluyentes” propugnan una tesis fuerte de las fuentes sociales. Para ellos la existencia y el contenido del derecho dependen exclusivamente de hechos sociales, es decir, “propios a la acción humana o a un grupo social”. Raz excluye a la moral de los fundamentos lógicos o conceptualmente posibles para la determinación de la existencia o el contenido del derecho válido. Para Raz, puede decirse de una ley que tiene una fuente social, si su existencia y contenido pueden identificarse con referencia a hechos sociales, sin recurrir a elementos evaluativos. Las fuentes de una norma son aquellos hechos en virtud de los cuales es válida e identifican su contenido. El derecho debe proporcionar directivas identificables públicamente, que den certeza, que puedan obtenerse si identificamos dichas directivas sin recurrir a elementos evaluativos.

### **3.3.- Argumentación y decisión**

Comenzaremos por poner en perspectiva “la cuestión”. Para hablar de argumentación, lo haremos en función de una decisión hipotética a tomar, o sea un “problema” a resolver.

En el entendimiento que supone que el “problema” como ente con autonomía “no existe”, pues el problema existe a través del hombre que lo percibe como tal y del hombre que tiene la capacidad de resolverlo: mediador, abogado, juez, entre otros.

Es insoslayable tratar la cuestión de la relación entre el observador y el observado; el observador tiene para sí una “vivencia de lo observado”, tal como este último da testimonio. Pero el propio observador no tendrá la “misma vivencia” del observado, tendrá una vivencia vecina, o una vivencia lejana a la del observado. El problema del otro, llega a la persona por medio del lenguaje, la observación, el estudio y el análisis de los argumentos.

Comenzaremos entonces por abordar las formas de argumentar desde sus orígenes, haremos referencia a la dialéctica, palabra griega que deriva de dialogar, intercambio verbal, conversación, un tipo especial de diálogo, en el que se presentan argumentos y se obtienen conclusiones.

“Inicialmente, se propone y escoge la materia sobre la que se va a tratar: es un problema, un punto de desacuerdo, una cuestión acerca de la cual no existe consenso. (...) Hay dos participantes, y cada uno asume la defensa de una de las dos partes de la contradicción. (...) El encuentro dialéctico se realiza mediante preguntas y respuestas”.<sup>25</sup>

Platón (Atenas o Egina 427-347 a. C.) fue un enamorado de las palabras, por el significado de los términos y su relación inapelable con la realidad; descubrió que el lenguaje es el último y más profundo problema del pensamiento filosófico, el cual trató de solucionar apelando a las ideas, criticando así el excesivo apego a la escritura, pues las ideas son superiores.

Aristóteles (Estagira 384 – 322 a.C) revisa minuciosamente los problemas vinculados al lenguaje, de allí que inicia casi todos sus estudios con algunas precisiones, ya sea problemas vinculados a la definición, a la univocidad de las palabras o a la necesidad de un vocabulario técnico. Tuvo interés en la multivocidad de los términos de la lengua griega de su época, sus diversos usos y acepciones y sobre todo, buscó definiciones precisas que llegaran a conceptos unívocos.

En el Organón reúne una serie de tratados en los cuales refiere a las herramientas del lenguaje (logos) y paralelamente, a los modos articulados del pensamiento (logos), trata sobre las categorías, refutaciones sofísticas, tópicos, entre otros temas.

El discurso sería así la única perspectiva posible, desde la que cabe discernir la validez de los principios que rigen cada una de las refutaciones sofísticas.

---

<sup>25</sup> .-Aristóteles, “Tópicos”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010.Cit.pág.18.

Aristóteles se distancia de Platón en cuanto a la teoría de la significación, pues mientras éste sostiene que la noción de “verdad” vincula la palabra con la idea, Aristóteles afirma que las palabras no son ni verdaderas ni falsas, sino que la verdad o falsedad corresponde a las oraciones enunciativas.

El estagirita considera cómo derrotar a un oponente en una disputa y cómo contrarrestar los intentos del contrincante de hacer lo propio mediante el ejercicio de la retórica, la cual define como la técnica de descubrir los modos posibles de la persuasión en referencia a algún tema o problema específico.

Es un análisis del arte de hablar en público y de los modos de persuasión. La habilidad retórica comprende tres áreas:

- 1) Oratoria política.
- 2) Legal
- 3) Ceremonial.

Las dos primeras son las más importantes, la retórica implica, la diferenciación de un conjunto de habilidades más o menos claras que llevan a la persuasión y el contenido o conjunto de “verdades” en las que se debe persuadir (producto del examen y la investigación filosófica). El arte del decir no implica que estemos hablando de verdades universales sin contar con las verdades de la opinión. Es necesario partir de esas opiniones y ellas serán las premisas del razonamiento retórico. Con esto, la retórica abre posibilidades y es un procedimiento de más fácil maniobra que se aprovisiona de los elementos contextuales, opiniones, indicios y ejemplos. Este proceder retórico, enlaza juicios organizados entre sí, bien estructurados de juicios fuertemente sustentados en su relación con cuestiones vitales.

### **3.4.-Argumentación y persuasión**

Se persuade, por la fuerza del argumento y su evidencia, pero también por la fuerza y autoridad del orador y el estado emocional del auditorio.

El medio que posibilita esto es el lenguaje que es práctico y relacional, ya que su propósito es mover y conmover al oyente. Por eso el fin del discurso es el oyente, su figura es fundamental. La palabra determinada

teleológicamente es la que adquiere la denominación de "ser en dirección a otro". Y ese "ser en dirección a otro" es básicamente una función comunicativa.

Esa intencionalidad del habla se ubica en la palabra, dirigida al otro, ahí donde se lleva a cabo la plenitud humana, pues el juicio siempre se proyecta sobre otros.

En el tratado de los "Tópica", Aristóteles, da por supuesta o conocida, la oscura noción de "lugar". Hay dos sentidos de este término admisibles. Entender "lugar", desde el cual es posible atacar a un oponente, un punto de avance sobre la posición del adversario. Los "lugar", establecen una instrucción, un consejo o una recomendación, de modo que si se pone en práctica, es posible que aquél que formula las preguntas en un debate encuentre un punto de debilidad para atacar o refutar a su interlocutor. Un "lugar", es en este sentido, aquel desde el cual la tesis de aquel que responde las preguntas en un debate es puesta a prueba y refutada si es el caso.

Otro sentido de "lugar", es aquél en donde se han almacenado o archivado distintos elementos, y es posible encontrarlos cuando se quiera. Lo más cercano a una definición de "lugar", no se encontrará en los "Tópica", sino que Aristóteles dará una cercana noción en la "Retórica", allí sugiere que un "lugar" es un principio de clasificación y de catalogación de argumentos, esto debe hacer más fácil y eficaz la tarea de encontrar premisas y argumentos apropiados para establecer una conclusión. Un "lugar", establece en sus contornos más generales una forma lógica, bajo la cual se pueden utilizar argumentos válidos que sirven para tratar múltiples problemas y de variada naturaleza.

El hombre es un zoon politikon, pues él es el único que habita en una polis, para Aristóteles ésta se constituye en una comunidad que existe de hecho y es connatural al hombre. La polis debe existir con un fin ético superior: el Bien Supremo, la polis no debe así meramente garantizar la vida, sino que su constitución misma lo es para que sus ciudadanos vivan bien y

alcancen el fin más completo y perfecto de la vida humana: el Bien Supremo, es decir, la Felicidad.

El hombre se diferencia de los demás animales, por el logos pues conlleva discernimiento. Tener logos es despegar así del contexto animal y desarrollarse como animal ético.

La retórica es propia de los seres humanos, que la crean para humanizar el mundo por medio de la comunicación y el discurso de carácter intersubjetivo en los terrenos públicos. Así era cultivada en Grecia, para formar en oratoria a los hombres con vistas a intervenir en los asuntos de la polis. Esta formación estaba encaminada al ideal del “bien decir” o “buen decir”.

Debemos recrear los procesos de la retórica, para alcanzar la realización de categorías éticas, pues la justicia, supone luchar a través del discurso argumentativo.

#### **4.- Ética, argumentación y derecho**

Las cuestiones éticas, propuestas desde ese diálogo persuasivo, implican no sólo lo racional sino también las razones más humanas que han de recaer, de redundar en la concreción de la justicia, pues no nos olvidemos de qué estamos hablando: el acto de juzgar constituye el elemento central que concatena lo retórico con los argumentos, sin encerrarse en el sujeto pensante, sino que implica un compromiso para comunicar el juicio (en el ámbito público) así como persuadir a quienes comparten ese espacio de lo público. Con ello, el intento de convencer persuasivamente es la propia razón de ser del juicio.

La persuasión responde benevolentemente al aspecto volitivo más que epistémico. De ahí que sea una argumentación razonable más que racional, pues en definitiva la decisión que surge de un proceso de deliberación y quien delibera tiene una visión de la retórica al tratar de comunicar su deliberación.

De este modo, entendemos como juicio la actividad que tiene por objeto decidir acerca de un curso de la acción, deliberar.

Comprender esto requiere la inclusión de las emociones, el carácter y el propósito moral de aquéllos que escuchan, que van vinculados con las emociones, el carácter y el propósito moral que los escuchas tienden a atribuirle al orador.

La retórica se ubica en el área de la opinión, de ahí que ella sea la facultad de considerar los casos particulares en los que pretenderá persuadir; se ubica en el campo de las acciones específicas, atado a las circunstancias históricas y concretas ante las cuales se decidirán los modos para convencer. Su tarea consiste entonces en encontrar aquello que es capaz de ser persuasivo para un tipo de público, lo que causa en él una cierta clase de juicio. Sin embargo, no se queda ceñida a ese campo de la opinión ya que presenta argumentos. Por ello, la relación retórica-dialéctica se lleva a cabo en la combinación de los procedimientos argumentativos de la dialéctica con un estudio de los tipos de audiencias que se pueden encontrar, y las premisas que cada quien puede apreciar como persuasivas.

Para Platón el arte de la retórica consistía en ser capaz de persuadir, por medio de la palabra, a los jueces en el tribunal, a los consejeros en el Consejo, al pueblo en la Asamblea y en toda otra reunión que se trate de asuntos públicos.

Para Aristóteles la retórica era la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer.

Mientras que para Cicerón (Arpino 106-43 a.C), la argumentación partía de proposiciones no dudosas o plausibles y obtenía de ellas lo que, parecía dudoso o menos plausible. La retórica de Cicerón, era muy personal, pues él era capaz de situarse en escenarios completamente diversos, y suficientemente hábil como para apelar eficazmente a las emociones más contrapuestas. En un discurso podía llevar al auditorio al límite del patetismo, en otro podía utilizar el humor y arrancar del público risas.

Como acontece con todo gran orador y hábil en el arte de la retórica, existen alrededor de su "figura" dos visiones legendarias, una exalta un héroe, otra lo ubica como un abogado, que usó su maravillosa elocuencia en todas las causas que defendió. Pero su moral habría sido la del abogado, preocupado

por servir al cliente, más que la verdad; buscador del argumento “de efecto”, más que el justo. Diría Cicerón: “No hay nada tan increíble, que la oratoria no pueda volverlo aceptable”. De allí la importancia de evaluar las “conclusiones”, un jurista no puede convertirse en un mero aplicador de “técnicas jurídicas”, pues su formación es mucho más exigente que sólo eso. El jurista debe manejar el “*lus in Artem Redigere*”, reducir ordenada y sistemáticamente el derecho al arte, para esto Cicerón aplicaba la dialéctica al derecho.

Para él la teoría del razonamiento jurídico se construye sobre la argumentación y saberes como el derecho, la lógica, la filosofía y la lingüística.

Según Marco Fabio Quintiliano (Calagurris 35 d.C Roma 95 d.C), a los jóvenes romanos del tiempo de Cicerón, se les enseñaba a analizar la legislación en sus aspectos de justicia, conveniencia y posibilidad de cumplimiento, entre otros. Dicha práctica preparaba al futuro abogado para las actuaciones de la acusación y la defensa en sus escuelas de retórica primero y más tarde en las cortes de justicia. Así derecho y filosofía eran conocimientos necesarios al orador.

Rasgo distintivo en Cicerón y de la filosofía antigua en general es la unidad de contemplación y acción, que se enseñaba en las escuelas en torno a identificar virtud y razón; el vivir bueno y el pensar bien.

Cicerón define la retórica como una parte de la ciencia política que trata de la elocuencia basada en las reglas del arte. Al ser la oratoria una rama del saber político, todo rétor debe estudiar filosofía y poseer un amplio conocimiento general de las acciones humanas.

Observamos en esta etapa clásica de la retórica y de la argumentación, una fuerte conexión con lo moral, Aristóteles expresa en su “*Ética a Nicómaco*” y en su “*Retórica*”, que a las personas de buenas costumbres se les cree más y en especial en aquellos asuntos en los cuales las opiniones están divididas. La credibilidad del orador no es un tema menor, pues condiciona al emisor.

Aristóteles presenta a las virtudes involucradas en una compleja organización.

#### **4.1.-Pensar virtuosamente**

Dentro del sistema de pensamiento de Aristóteles “no hay virtud que no vaya acompañada de razón”. La disposición moral es efectiva cuando va acompañada del discernimiento aportado por phrónesis, sustantivo, (phrónimos adjetivo: sensato, prudente, razonable, cuerdo, juicioso, consciente), entendida como la sabiduría práctica. Representa la eficacia intelectual de una mente lúcida y práctica al mismo tiempo, organizada y con sentido común. Lleva consigo la posesión de un hábito en la persona que lo guía a elegir apropiadamente.

“El concepto platónico del saber, de la phrónesis, que significa el conocimiento del bien y su imperio sobre el alma”,<sup>26</sup>

La verdadera esencia de la educación (paideia) consiste en poner al hombre en condiciones de alcanzar la verdadera meta de su vida, la cual se identifica con la aspiración socrática al conocimiento del bien, la phrónesis. Sólo puede alcanzar su fin a lo largo de toda la vida del hombre, de otro modo, no lo alcanza.

Aristóteles al hablar de prudencia lo hace en sentido sinónimo de phrónesis “Así, la prudencia es necesariamente un hábito práctico verdadero, acompañado de razón, con relación a los bienes humanos”.<sup>27</sup>

Es una virtud que le permite a la persona tanto calcular lo que le es provechoso para sí mismo y para los hombres, como regir una familia o a una ciudad. Es la virtud de conjeturar que tiene la razón. Una cosa es poseer un conocimiento teórico, científico, otro es el saber práctico anclado en un tiempo y en un lugar.

---

<sup>26</sup>.- Jaeger, Werner, “Paideia”, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, Cit. pág 445.

<sup>27</sup>.-Aristóteles, “Ética Nicomaquea”, México, Porrúa, 1998, Cit. pág 77.

La virtud, sin duda, nos hace elegir el justo fin al que se aspira, pero la sabiduría práctica nos hace elegir los justos medios.

La argumentación tiene por finalidad generar la adhesión a las tesis presentadas para su asentimiento, así decimos que una argumentación es eficaz si ha conseguido aumentar la intensidad de adhesión de manera que desencadene en el auditorio la acción prevista, o que cree en ellos al menos, una predisposición.

Explicaremos ahora, la importancia del concepto “logos” en el mundo griego, para quienes esta expresión podía ser traducida por: “palabra”, “expresión”, “pensamiento”, “concepto”, “discurso”, “habla”, “verbo”, “razón”, “inteligencia”, entre otros.

El término “logos” ha sido el término por antonomasia en la filosofía griega, pero en la filosofía general, el término “logos”, toma una riqueza y amplitud tal, que sirve a múltiples usos. Se entiende por él, aquello reservado al ámbito de lo inteligible.

Distingamos para mostrar lo complejo del tema, el logos griego del logos cristiano. El griego, es un principio abstracto, ordenador, inmanente e intermediario, mientras para el cristiano, el logos es una realidad concreta, trascendente, creadora y comunicativa.

Acercándonos a un sentido epistemológico y lógico del “logos”, significará la razón misma como facultad y también como pensamiento encaminado a la pretensión de verdad. Incluimos aquí la facultad de formar conceptos justos.

Julia Annas (EEUU 1946), en “La moral de la felicidad”, sostiene que en la concepción aristotélica, la virtud es la condición que permite decir que una persona es valiente, generosa, justa.

En la virtud se deben conjugar el carácter y lo intelectual: ser dirigido por el razonamiento exige una buena capacidad de inteligencia práctica.

En opinión de Alasdair Mac Intyre (Glasgow 1929), en Aristóteles las virtudes son disposiciones no solo para actuar de maneras particulares, sino para sentir de maneras particulares. Actuar virtuosamente es actuar desde una inclinación formada por el cultivo de las virtudes o sea se hace imperiosa una “educación moral”.

## **4.2.-Olvidándonos de pensar virtuosamente**

En la Edad Media y el Renacimiento se cultivará y enseñará la dialéctica y la retórica aristotélicas, mientras que en la Edad Moderna, por el racionalismo hegemónico, se las relegará. Tanto es así que la retórica que subsistió en los planes de estudio durante los siglos XVII, XVIII, y XIX, se circunscribió al Libro III de la Retórica de Aristóteles, que en nada formaba opinión, sino era un manual de técnica expositiva y estilo.

Volvemos así al inexorable debate que relaciona retórica y verdad. Para quienes valoran gnoseológicamente la retórica y la dialéctica, ellas serán medio de acceso a la verdad, mientras que para quienes sostienen que la verdad sólo puede surgir de una evidencia racional o sensible, la retórica no será mas que un conjunto de técnicas de estilos.

La argumentación y los estudios sobre retórica clásicos, recibieron críticas virulentas hacia finales del siglo XIX en Francia, por constituir un ámbito no científico, ilegítimo que llevó a que los intelectuales plantearan la necesidad de una reforma intelectual y moral. La opinión respecto de ella era peyorativa, llegando a identificarla con artificio, insinceridad o decadencia.

Encandilados por la perspectiva positivista de la ciencia, la cultura y la sociedad, las universidades redefinieron sus tareas fundamentales, que ahora provendrían de una nueva concepción del saber: “el saber positivo”. No quedaba espacio ante los descubrimientos positivos de la investigación, para las consideraciones sobre “sentido común”, consenso, opinión, lugar común o doxa, los cuales no podían tomarse teóricamente en serio.

Para ilustrar, situémonos en una Francia laica, en la que debía prescindirse de la retórica vinculada al latín, símbolo de la educación religiosa jesuita.

La vinculación de los estudios de la argumentación a la retórica de los jesuitas, no se centraba en la argumentación sino en la “praelectio” (lección), una forma de elocuencia que no se orientaba a la persuasión, la prueba o el

debate, sino que trataba de cautivar al oyente por medio del virtuosismo discursivo.

Quien enseñaba “praelectio”, fue el jesuita Pedro Perpiñan (Alicante 1530-Paris 1566), cuando el latín y su defensa aparecían asociados a la reforma espiritual de Roma, entonces la oratoria y la retórica, eran herramientas de propaganda político-religiosa, los discursos eran vehículo de difusión de ideas y apostolado, de ahí la importancia de la cátedra de retórica.

Pero no fue la eliminación de la retórica de las currículas, el único motivo de la desaparición de la argumentación.

En 1879 aparece la “Begriffsschrift” (Escritura Conceptual) de Gottlob Frege (Wismar 1848 - Bad Kleinen 1925), en ella la lógica dejó de ser considerada el “arte de pensar”, para pasar a ser el “arte de calcular” y una rama de las matemáticas. La argumentación para todos los lógicos de la época pasó a ser una forma obsoleta de la lógica. Desde entonces podía haber muchas lógicas y entre ellas, “la lógica clásica” pasaría a ser, una más.

Será aquí que la lógica ya no contendrá el fundamento del discurso racionalmente argumentado, romperá lazos con el Organón aristotélico. Ahora la lógica era una disciplina “formal”, los estudios sobre argumentación subsistieron en un reducido ámbito filosófico y religioso: el neo-tomismo. La filosofía de Santo Tomás siguiendo la de Aristóteles será seguida en importantes tratados como “Manuel de philosophie thomiste”(1926) del Abad Henri Collin (Cher 1853-Moselle 1921) o “Elements de philosophie II-L’ordre des concepts-Petite logique (logique formelle) (21ª ed.1966)”de Jacques Maritain(París 1882- Toulouse 1973).

#### **4.3.- Después de la guerra , el mundo se acuerda de la utilidad de pensar virtuosamente.**

Esta situación de la argumentación caída en el descrédito, arrojada del campo lógico, que ahora se reservaba para lo “formal”, llegando a definirse como una rama de las matemáticas y no ya como “arte de pensar”, capaz de regular el buen discurso en lenguaje natural, se mantuvo hasta los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

Comenzará entonces un lento proceso de rehabilitación de la retórica y la teoría de la argumentación, estrechamente ligado a cuestiones políticas, sociales y principalmente filosóficas, surgidas del pragmatismo, historicismo, axiología, existencialismo y vitalismo, entre otras.

“Rehabilitarla significaba, ante todo, devolverla al sitio que ocupaba dentro del corpus filosófico en el pensamiento de Platón y Aristóteles. Muchas disciplinas, que han aspirado vanamente a verdades apodícticas sólo contienen opiniones verosímiles, plausibles; por tanto sus argumentaciones deben permanecer “abiertas” a una continua discusión y revisión”.<sup>28</sup>

Volver a Platón y a Aristóteles, será también volver a la ética que impregnaba todos sus escritos.

En los 50´ se publican las obras: “The uses of argument” de Stephen Toulmin (Londres 1922-Los Ángeles 2009) y “Traité de l’argumentation-La nouvelle rhétorique” de Chaïm Perelman(Varsovia 1912-Bruselas 1984) y Lucie Olbrechts-Tyteca (Bélgica 1899-1987). El concepto de “tópico”, será redefinido en la obra “Europäische literatur und lateinisches mittelalter” de Ernst Robert Curtius (Thann1886-Roma, 1956), abriendo un nuevo campo en la literatura de investigación sobre el tema.

Pero será Theodor Viehweg, quien utilizará la aplicación del concepto de “tópico” al derecho, será en su obra “Topik und jurisprudentz”, habrá aquí un

---

<sup>28</sup> .-Perelman Chaim-Tyteca Olbrechts, “Tratado de la Argumentación, La Nueva Retórica”, Madrid, Gredos,2006,Cit pág.10.

regreso a la “argumentación”, el mismo se canalizará por una reflexión sobre el significado del “logos”, sobre la racionalidad del discurso y una concepción autónoma de argumentación. Viehweg, “concibe la “tópica” como el método dialógico que orienta el razonamiento jurídico hacia la decisión de los casos, o problemas concretos, en los que se expresa el derecho”.<sup>29</sup>

Serán “tópicos”, todos aquellos argumentos, “puntos de vista”, que en un contexto histórico, social y jurídico determinado se presumen plausibles y son tenidos como postulados generalmente aceptados, tanto es así, que a quien los cuestione se le impondrá la carga de la argumentación. La tópica enraiza así, en un particular concepto de “evidencia” o “naturaleza de la cosa”, no en un sentido ontológico, sino por el contrario considerada como conteniendo cristalizaciones históricas y cambiantes de lo que para el desenvolvimiento de cada sociedad es tomado como evidente y generalmente admitido. Son en este sentido, postulados contingentes, socialmente dependientes, históricamente condicionados y cumplen un fin “estabilizador”. Lo correcto no se impone en la dinámica social, por sí mismo, pues en el proceso argumental, se enfrentan posiciones contrapuestas con base común en argumentos aceptables. Así, el concepto de “evidencia” tal cual lo acabamos de explicar, surgirá arbitrario o plausible, según la racionalidad del proceso argumentativo, que se mostrará efectivo o no, a la hora de restar la impresión de arbitrariedad en la elección de las opiniones generalmente admitidas como “evidentes” o tópicos.

Viehweg, Perelman y otros crean lo que se llamó la Nueva Retórica o Teoría de la Argumentación, la cual supone apartarse de absolutismos, porque ellos imposibilitan la visión del lenguaje natural como creación, como concepción del mundo.

“La tópica” es para Viehweg una “técnica de pensamiento” caracterizada por orientarse al problema. De ahí que la defina como *techne* des *problemdenkes*, técnica del pensamiento de problemas o, como Diez-Picazo

---

<sup>29</sup>.- Pérez Luño, Antonio Enrique, “Los clásicos españoles del derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica”, *doxa-12* (1992). Cit. pág. 315.

(Burgos 1931) traduce entre nosotros, "técnica del pensamiento problemático".<sup>30</sup>

Para Viehweg la cuestión problemática admite varias soluciones en la búsqueda de: "qué es lo justo aquí y ahora". El razonamiento jurídico-práctico con el que operan los tópicos, no responde al esquema lógico-deductivo de prevalencia de la operación silogística, sino que lo importante está dado en el momento previo de la búsqueda de las premisas. La tópica en cuanto "ars inveniendi", es el proceder adecuado para buscar las premisas, ello es así una meditación "prelógica", pues esta tarea, la inventio, es primaria y la conclusio, secundaria. La tópica debe mostrar primero, cómo encontrar las premisas; la lógica las toma luego y trabaja con ellas. Según el autor, el papel principal lo desempeña la inventio, mediante la tópica, como mostró Cicerón, la tópica antecede a la lógica.

#### **4.4.- Volver a Aristóteles ¡Qué novedoso!**

Quien sin lugar a dudas será señero en la Nouvelle Rhétorique, será Chaïm Perelman, sus conocimientos de filosofía y de retórica clásica, le permitirán rehabilitarla, "porque se trata de una "vía intermedia entre lo evidente y lo irracional", el "camino difícil y mal trazado de lo razonable".<sup>31</sup>

Para Chaïm Perelman, la teoría de la argumentación pretende gracias al discurso, influir de modo eficaz en las personas. El autor entiende que para argumentar, es preciso atribuir un valor a la adhesión del interlocutor, a su consentimiento, a su concurso mental. Dice: "El orador admite que debe persuadir al interlocutor, pensar en los argumentos que pueden influir en él, preocuparse por él, interesarse por su estado de ánimo."<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup>.-García Amado, Juan Antonio, "Tópica, derecho y retórica jurídica", Doxa 4

(1987).Cit.pág.162.

<sup>31</sup>.-Perelman Chaim-Tyteca Olbrechts, "Tratado de la Argumentación, La Nueva Retórica", Madrid, Gredos, 2006.Cit. pág.14.

<sup>32</sup>.-Op.cit pág.51.

Para quien argumenta, el presunto auditorio siempre es una construcción más o menos sistematizada, así para quien se propone persuadir efectivamente a individuos concretos, lo importante es que la construcción del auditorio sea la adecuada para la ocasión. La eficacia de la argumentación, depende así de la cercanía al auditorio, una imagen inadecuada del auditorio, puede hacer que una argumentación considerada persuasiva, provoque un efecto contrario, en un auditorio para el que las razones a favor son, de hecho razones en contra.

El conocimiento por parte del orador, del auditorio de quien se espera adhesión, es condición previa a toda argumentación eficaz.

Desde el punto de vista argumentativo, sólo estamos en presencia de un hecho si podemos postular respecto a él un acuerdo universal, no controvertido. Siendo esto así definido, ningún enunciado puede ostentar esta certeza, pues el acuerdo admite siempre un nuevo cuestionamiento.

No se cuenta, para Perelman, con ningún criterio que permita, en cualquier circunstancia e independientemente de la actitud de los oyentes, afirmar que algo es un hecho. Para que un enunciado pierda su estatuto de tal, basta con ponerlo en duda.

En los hechos se hace referencia a objetos de acuerdos precisos, limitados. En las verdades se habla de sistemas más complejos, relativos a los enlaces entre hechos, ya se trate de teorías científicas o de concepciones filosóficas o religiosas que trascienden la experiencia.

Relacionar hechos y verdades, implica transferencia del acuerdo: la certeza del hecho A, combinado con la creencia en el sistema S, implica la certeza del hecho B, es decir, admitir el hecho A, más la teoría S, supone aceptar B.

Perelman hace un giro retórico y se nota, pero más que retórico le hemos de llamar "giro sofístico", pues la exigencia de generar una opinión propia, viene de fuera. La convicción moral, que debe ser una convicción de autonomía, es un efecto de heteronomía.

El teórico de la argumentación, no incita a pensar por sí mismo, sino que inculca dentro de su público, las opiniones de mayoría e impulsa a tomar lo heterónimo por autónomo.

“El consenso es en nuestros días un concepto bisagra, que permite la articulación conjunta de tres dominios: el lógico en sentido amplio, pues el lenguaje, y no la fuerza, es el instrumento por excelencia del consenso, ya se trate de alcanzarlo por la vía retórica de la persuasión o por la vía dialógica, poniendo en práctica lo que hoy se llama “razón comunicacional” y el ético, porque el consenso signa la elección del bien, de lo mejor,(...)”<sup>33</sup>

### **5.-El arte de hacer justicia con la norma que se tiene**

Robert Alexy (1945 Oldenburg) retoma el tema abordado por Kelsen de la “indeterminación de los actos de aplicación del derecho”, el cual el maestro vienés describía como una discrepancia entre la voluntad y la expresión de la autoridad normativa, de la cual resultaba que el juez actuara en un campo que, según el principio de división de poderes, parece estar reservado al legislador.

Alexy, entiende que la “indeterminación” se origina al menos en cuatro razones: (1) la vaguedad del lenguaje jurídico, (2) la posibilidad de conflictos de normas, (3) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no exista una norma ya vigente, y (4) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.

La “decisión” de un caso singular no siempre se sigue lógicamente de las normas, ni de enunciados empíricos que la fundamenten de manera concluyente, es entonces que el “decisor” tiene ante sí un campo de acción, en el que tendrá que elegir entre varias soluciones a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos.

El enunciado normativo singular, que resulte afirmado en la ocasión, contendrá una determinación sobre aquello que está ordenado, prohibido o permitido a determinadas personas. Así el comportamiento de una o varias personas es preferido a otras acciones o comportamientos de estas personas, o bien un estado de cosas es preferido a otro. Es en esta acción

---

<sup>33</sup> .-Cassin, Bárbara: “El Efecto Sofístico”, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008, Cit. pág.106.

que encontramos un “preferir” de la alternativa elegida, esto desde ya implica una “valoración”.

No pretendemos aquí entrar en la polémica que gira en torno al verbo “preferir”, ya que Max Scheler (Munich 1874- Francfort 1928) ve una diferencia entre esta acción y el “elegir”. Según el autor “el “elegir” es una tendencia que supone ya el conocimiento de la superioridad del valor. El “preferir”, en cambio, se realiza sin ningún tender, elegir ni querer”<sup>34</sup>.

Entenderemos aquí “el preferir”, tanto para designar la acción de preferir, como el valorar una alternativa como mejor o para referirnos a reglas de preferencia, como lo hace Von Wright.

Sostiene Alexy que con las decisiones jurídicas y sus fundamentaciones se erige una “pretensión de corrección”. El discurso jurídico, por su vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática, es un caso especial del discurso práctico general. Tendría así un doble carácter: institucional-autoritativo, derivado de su vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática y por otro lado la conexión con la argumentación práctica le otorgaría un carácter ideal-crítico.

La argumentación de Alexy, implicaría una especie de derecho natural encubierto al postular un marco de referencia de valores y de principios objetivos, el cual serviría como base teórica para que un juez pueda resolver conflictos entre dos derechos fundamentales. Esto lo realiza gracias a la “ponderación”, que consiste en considerar que por debajo de los enunciados constitucionales (derecho positivo) existe una estructura axiológica de valores objetivos. Existiría así un vínculo necesario entre el derecho y la moral.

El método de ponderación surge en la década del ‘30 dentro del ámbito de la ética y fue formulado por David Ross (Escocia 1877-1971), manifestando que existiendo más de un valor estos podrían entrar en

---

<sup>34</sup> .-Risieri Frondizi, “¿Qué son los valores?”, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, Cit, pág. 131.

conflicto y por lo tanto en los casos particulares debería analizarse cuál valor ponderar. Consideraba este filósofo, que las obligaciones morales no eran obligaciones absolutas, por cuanto podían entrar en conflicto con otras obligaciones morales, sino que eran obligaciones prima facie; recién en el caso concreto podía establecerse si una obligación prima facie era o no una obligación moral absoluta desplazando en ese caso a otras obligaciones prima facie que podían entrar en conflicto con ellas.

La ponderación podría ser considerada como una técnica para resolver conflictos de derechos fundamentales. Los jueces tendrían la facultad para poder determinar en un caso concreto, cuál es el derecho fundamental que debería prevalecer en una hipótesis de conflicto por intermedio de la ponderación de principios. La ley de ponderación –señala Alexy, puede sintetizarse de la siguiente manera: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>35</sup>

Alexy, tratará así de mostrar que es posible efectuar juicios racionales, donde el juez pueda determinar el grado de importancia del derecho fundamental que debe optimizarse.

Critica así, a John Mackie (Sydney 1917-1981), quien defendió la tesis de que es falso que con nuestros juicios morales podamos erigir una pretensión de objetividad. Pues sostiene la teoría del error, según la cual el gran problema de los juicios morales no sería semántico sino ontológico, ya que los juicios morales pretenden referirse a las propiedades morales, pero dado que no existirían dichas propiedades todos los juicios morales serían falsos y por ende la pretensión de objetividad se desvanecería. Según Mackie, la práctica moral estaría fundada en una superstición metafísica. La tesis del discurso de Alexy, opone a ésta, la tesis de que la argumentación práctica racional resulta posible.

---

<sup>35</sup> .-Alexy, Robert, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, Lima, Palestra, 2007, Cit, pág.460.

## **5.1.- El planteo de Alexy**

Alexy postula un orden objetivo de valores, dentro del cual, el juez puede determinar qué derecho aplicar, pero no da una definición de lo que se entiende por valor o la manera en que se conoce el mismo, nada dice de su contenido o forma a fin de identificarlo.

El sistema de ponderación de Alexy no resuelve el problema de los principios y los valores, para el autor en el Estado Constitucional, el positivismo como postura iusfilosófica pierde vigencia, pues el sistema jurídico contiene postulados morales fundamentales que adoptan la forma de derechos fundamentales. Encuentra así, un modo de justificar la objetivización de la moral en el orden jurídico, según él, las libertades garantizadas mediante derechos fundamentales impiden que se pueda identificar el derecho con convicciones morales no compartidas por todos y cuya aceptación no pueda ser pretendida por todos.

Una concepción epistemológica donde los jueces, se remitan a un plano metafísico, en el cual se busca el abrigo de principios objetivos e inmutables frente a una realidad cambiante, relega la tutela de los derechos no a la palabra del derecho, sino a la valoración moral del juez.

No da Alexy una herramienta metodológica que permita captar los “valores” o “principios” para poder determinar de qué manera los jueces pueden conocer los mismos. Se da por supuesto que los mismos existen como una categoría a priori del sujeto y cual es el valor de cada uno. Se carece de elementos que permitan identificar un valor o un principio, pues tampoco define qué es un valor o qué es un principio.

Desde la postura no positivista, Ronald Dworkin sostiene que la aplicación de los derechos fundamentales, no se trata de la ponderación, sino de las diferentes cuestiones que exige la moral. Una especie de construcción de tipo especial de regla.

Alexy deja de lado las posturas metaéticas que intenten enlazar el lenguaje normativo referido a “lo moral” con una “realidad moral” y se acerca al

emotivismo de Charles Leslie Stevenson (Ohio 1908-Vermont 1979), para quien el uso esencial de los juicios morales no consiste en referirse a hechos, sino en “influir” en alguien.

Las proposiciones normativas deben expresar, provocar sentimientos o actitudes en el hablante.

Para Stevenson “lo emotivo” del significado de las palabras, radica en la aptitud de la palabra, empleada en ciertas situaciones de tipo emotivo para promover o expresar actitudes, no para describirlas.

Se debe “mover” a las personas a cambiar sus actitudes respecto de algo o alguien.

Para ilustrar el pensamiento opuesto a éste, citaremos una frase atribuida a Jean de La Bruyère (París1645 – Versailles1696): “Sólo hay que intentar pensar y hablar de un modo cabal, sin tratar de arrastrar a los demás a nuestros propios gustos y puntos de vista; lo cual es una enorme tarea”.

Alexy sostiene que el proceso de justificación de las declaraciones normativas es un “discurso práctico”. Así la declaración normativa es aceptable si el juicio es el resultado del discurso racional. La racionalidad de la justificación de las decisiones jurídicas depende de la calidad de los procedimientos que se siguen en el proceso de justificación.

La teoría es por esto una teoría procedimental, Alexy se ocupa de algo por demás interesante, cómo se distingue la argumentación jurídica de la argumentación práctica general, que es una de las cuestiones centrales de la teoría del discurso jurídico. Entonces, señala, que la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad al derecho vigente. En las disputas jurídicas no se someten todas las cuestiones a discusión, hay limitaciones.

La pretensión de corrección que se plantea en los discursos jurídicos se distingue de la del discurso práctico general.

“No se pretende que el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia sea sin más racional, sino sólo que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundamentado.

Qué significa esto exactamente es lo que hay que aclarar en el marco de una teoría del discurso jurídico”.<sup>36</sup>

“La teoría del discurso es una teoría procesal de la corrección práctica. Conforme a ella una norma es correcta y por esto válida, cuando puede ser el resultado de un determinado procedimiento, esto es, de un discurso práctico racional”.<sup>37</sup>

## **5.2.-Alexy justifica y busca corrección**

Alexy sostiene que quien formula la “pretensión de corrección”, la canaliza por “actos del habla”, adjudicando la creencia en lo que se afirma por dicho acto. El concepto de “corrección” como enlazado a la moral en Alexy, es por demás problemático. La relación entre derecho y moral en el marco de la teoría del discurso, deja sentado que la pretensión de corrección sería una dimensión ideal y necesaria del derecho, la pretensión de corrección implicaría la pretensión de justificabilidad. La ética procedimental de Alexy, en la cual, justificar implica aceptar a la otra persona como igual, y pretender defender lo que se afirma no sólo frente al adversario, sino frente a cualquiera, convergen en la idea de igualdad y universalidad como aplicaciones lógicas de una ética procedimental.

Aplicará así la tópica, la cual puede ser entendida como tres cosas:

1.-Técnica de búsqueda de premisas: propone la búsqueda de todos los puntos de vista que se puedan tener en cuenta. En un catálogo de topoi se encuentran cosas tan heterogéneas como “lex posterior derogat legi prior”, “lo inaceptable no puede ser exigido”, entre muchas otras.

2.-Teoría sobre la naturaleza de las premisas: aquí no contamos con enunciados demostrados como verdaderos, pero tampoco han sido

---

<sup>36</sup> .- Alexy, Robert, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, Lima, Palestra, 2007, Cit, pág.297.

<sup>37</sup> .-Alexy, Robert, “Teoría del Discurso y Derechos Humanos”, Bogotá, Editora Universidad Externado de Colombia, 2004, Cit, pág.66.

arbitrariamente establecidos, sino que son enunciados verosímiles, en definitiva, probables.

3.-Teoría sobre el uso de estas premisas en la fundamentación jurídica: la regla de considerar todos los puntos de vista, no dice nada sobre qué punto de vista debe prevalecer, y ni siquiera determina cuáles son los puntos de vista a considerar.

La instancia de control, supone entonces un consenso alcanzado fácticamente como garantía de corrección.

Para Alexy esto es insuficiente, “Sin embargo, debe mantenerse la tesis de la tónica de que incluso donde no son posibles fundamentaciones concluyentes, el campo no debe quedar abandonado a la decisión irracional, así como la idea de que el concepto de fundamentación racional está estrechamente entrelazado con el de discusión racional”.<sup>38</sup>

### **5.3.- La postura de Mac Cormick**

Para Mac Cormick (Escocia 1941– 2009) hay dos niveles de justificación de las decisiones jurídicas.

Un 1º nivel estaría constituido por la norma y los hechos del caso, como forma de mostrar la justificación de la decisión. Sería una justificación “deductiva”, se deduce de la realidad de subsumir unos hechos reales en la norma, su enmarcación.

De este primer nivel de tratamiento, resultaría una justificación suficiente en los casos claros o de fácil resolución, pero en los casos difíciles, la norma debe ser interpretada y la justificación depende de ella.

La justificación de 2º nivel intenta defender la decisión mostrando que la regla de derecho que se construyó sobre la norma tiene consecuencias aceptables en el caso.

En este caso si bien ponemos en tensión, no ya “la norma”, sino todo el orden jurídico y sus principios generales, en busca de un amparo que involucre más estadios del orden, y aunque lo consigamos, seguiremos teniendo el problema de la justificación de la decisión.

---

<sup>38</sup> .- Alexy, Robert, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, Lima, Palestra, 2007, Cit, pág.57.

Que mediante un criterio previamente adoptado, se consensúe la verdad de las premisas, entonces haciendo uso de un argumento lógico, se convenza al auditorio y uno mismo de que se justificó una decisión, excede las respuestas que la lógica nos puede dar. Pues si fundamos un razonamiento válido, en unas premisas que “establecemos verdaderas”, tendremos la fuerza de la validez y de la verdad juntas, lo que resulta ineluctable.

Es el filósofo quien desconfía de la lógica tradicional y es él quien duda la contundencia de la verdad, cuando de temas de decisiones y argumentos se trata.

La justificación de 2º orden, reservada para casos difíciles debe enfrentar varios problemas: problemas de interpretación, es el más frecuente, la duda obedece a si el caso enmarca en una norma o en otra; problemas de relevancia, el cual aparece cuando no existe norma aplicable a los hechos. Cómo decidir entonces, es el juez quien debe decidir si es posible justificar el reconocimiento dentro del orden jurídico. El fundamento de la elección vendrá dado por los hechos, los cuales pueden resultarle tales que ameriten el reconocimiento o no, de allí la denominación “relevancia” y problemas de clasificación, aparece cuando no es claro si ciertos hechos primarios productores de consecuencias jurídicas han ocurrido o no, y si entonces puede considerarse la existencia de ciertos hechos secundarios que sí han sido objeto de prescripción (en el sentido de estar contemplados en una norma).

En un caso que refiere Eveline Feteris (Amsterdam): “Mac Lennan v. Mac Lennan”, (1958) se plantea que si una mujer quedó embarazada mediante inseminación artificial es culpable, por esto de adulterio. En el caso el Sr. Mac Lennan acusa a su esposa de adulterio, pues habría dado a luz tras once meses de no tener relaciones sexuales con él, ella adujo que se había sometido a inseminación artificial.

Las interpretaciones posibles serían:

1) La norma debe interpretarse en el sentido que el divorcio puede concederse por razones de adulterio (incluyendo el embarazo por inseminación artificial).

2) La norma debe interpretarse en el sentido que el divorcio puede concederse por razones de adulterio (excluyendo el embarazo por inseminación artificial).

Cuando un juez elige entre dos o más interpretaciones posibles de una norma o entre una multiplicidad de ellas, aplicables al caso, debe aportar una justificación de segundo orden a su decisión. Si las dos decisiones “son posibles”, o sea ajustadas a derecho, ¿Cómo se elige la más acertada?

Para Mac Cormick, el juez debe demostrar que su fallo es aquello que surge del sentido común ordinario y jurídico. Demostrar a modo “consecuencialista”, que la aplicación de esa norma tiene mejores consecuencias que cualquier otra. Por otra parte debe apelar a ciertos valores y principios morales generales.

“En el caso Mac Lennan, el argumento no versó sobre el concepto de adulterio, sino en un sólido argumento secundario relacionado con el hecho claramente absurdo de extender la noción de adulterio para incluir la inseminación artificial”<sup>39</sup>.

Más allá de la lógica aplicable en cuanto la distinción de cuestiones de hecho y de derecho y toda aquella cuestión referida a lo procedimental: hechos, pruebas, etcétera.

¿Podríamos realmente admitir que el Sr. Mac Lennan se sienta un adúltero, si fuese probado que su esposa dio a luz producto de un tratamiento médico y no de una infidelidad?, ¿Enmarcaríamos el “agravio” en adulterio?. La respuesta debería ser buscada en la formulación de la pregunta siguiente: ¿Debería el juez intentar buscar una interpretación ajustada a derecho, un marco normativo, en el cual el adulterio sea extensivo a la inseminación artificial?. Esta búsqueda estaría motivada en el agravio “moral” del Sr. Mac Lennan, dejando de lado la íntima convicción del juez, respecto a que el adulterio a su entender, no se hubiese consumado si lo hubiese pensado “en abstracto”, pero quizás sí se ha configurado por así plantearlo el Sr. Mac Lennan.

---

<sup>39</sup> .-Feteris, Eveline T, “Fundamentos de la Argumentación Jurídica”, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007,Cit.pág. 135.

#### **5.4.- La crítica de Mc Carthy**

Será Thomas Mc Carthy (1940 EEUU) quien expondrá la necesidad de considerar las prácticas deliberativas realmente existentes (la "teoría real" y no sólo la "teoría ideal") , las nuevas definiciones sociales de necesidades colectivas, pues, estas interpretaciones culturales serán compatibles con orientaciones morales postconvencionales en la medida en que se apoyan en principios de justicia universalista y que por este motivo representen intereses generalizables.

Para el autor un enfoque procedimentalista estricto como el de Alexy, que otorga legitimidad a los resultados formalmente correctos, aún si no es posible suponerlos sustantivamente, como racionalmente aceptables para todos los ciudadanos, precisamente porque involucran diferencias éticas básicas, implica llegar a una reducción indeseada , a un procedimentalismo que desemboca en un positivismo legal. "Si pensamos en el discurso práctico-político a la manera propuesta por Mc Carthy, como una forma de conversación al interior de esos movimientos (o esclarecimiento de nuevas necesidades) y en su política de persuasión para lograr hacer inteligibles a públicos más amplios esos nuevos lenguajes compartidos, en efecto, parece más adecuado un modelo de diálogo real entre los participantes, que alguna forma de diálogo idealizado".<sup>40</sup>

Aún cuando el propio Alexy insta a no abandonar la idea de una "única respuesta correcta", a sabiendas que cumpliéndose las condiciones ideales no puede asegurarse que el discurso práctico permita alcanzar siempre un consenso, es decir una única respuesta, ésta debe quedar como "ideal regulativo". Lo decisivo es que los respectivos participantes en el discurso jurídico, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta

---

<sup>40</sup> .-Herrera, María-De Greiff, Pablo, "Razones de la Justicia, Homenaje a Thomas Mc Carthy", México, Universidad Autónoma de México, 2005.Cit. pág.69.

correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto implica presuponerla como idea regulativa.

Continuando en esta línea de pensamiento, Dworkin dista de Hart y Kelsen, pues mientras para éstos el orden jurídico es un sistema de reglas abierto sustentado en la validez y la eficacia, para él, el orden jurídico está compuesto no sólo de reglas sino por principios jurídicos. Estos son los que permiten que exista una única respuesta correcta en los casos en que las reglas no la determinan. “La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor correspondan con la constitución, las reglas de derecho y los precedentes. Dworkin reconoce que con esto no se ha encontrado ningún procedimiento que muestre necesariamente la única respuesta correcta. Sin embargo ello no constituye una objeción en contra de su existencia”.<sup>41</sup>

Será el juez real, quien modelizando esto, deberá tratar de acercarse lo más posible, lo hará distinguiendo algunas cuestiones.

## **6.-¿De qué material están hechas las decisiones jurídicas?**

Mientras las reglas se aplican o no, no sucede lo mismo con los principios, los cuales aún siendo aplicables al caso, no determinan la decisión, sino que dan razones para su aceptación. Por otro lado los principios tienen una dimensión que no tienen las reglas, estos tienen peso, en caso de colisión de principios deberá “ponderarse”, el que tenga más peso. Esto no quiere decir que ése mayor peso lo conserve ante otra situación de colisión de principios, en la cual la ponderación puede arrojar una decisión distinta.

Mientras las reglas (sujetas a validez), tienen siempre una vigencia plena, o sea deben ser aplicadas, los principios pueden efectivizarse en

---

<sup>41</sup>.- Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Doxa 5 (1988). Cit. pág. 140.

grados, o sea son “mandatos de optimización”, su cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y jurídicas en cada caso.

Llama Alexy, “orden estricto” a uno en el cual el peso de los valores o de los principios y sus intensidades de realización fueron expresados de modo numérico o calculable, lo cual no es posible. Aspira entonces a un “orden débil”, que sea más que un catálogo de “topoi”, que consista en: 1) un sistema de condiciones de prioridad; 2) un sistema de estructuras de ponderación; 3) un sistema de prioridades prima facie.

Sistema de condiciones de prioridad: la ponderación resuelve la colisión entre principios en el caso concreto, pero puede establecerse en ocasión de la decisión, relaciones de prioridad que se apliquen a los casos nuevos.

Sistema de estructuras de ponderación: complementando las condiciones de prioridad, se requiere una realización lo más completa posible en relación a las posibilidades jurídicas y fácticas. Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.

Sistema de prioridades prima facie: las prioridades prima facie, establecen cargas de la argumentación, no son definitivas, pues enfrentados principios igualmente fundamentales, primará la argumentación al respecto.

“Por tanto, una única respuesta correcta para cada caso, sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles, 5) carencia de prejuicios ilimitada”.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup>.- Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Doxa 5 (1988).Cit. pág.152.

## **6.1.-Lo Razonable no anula la Racionalidad**

La discusión que atraviesa toda la temática que abordamos aquí y sus subtemas específicos, es de una marcada tensión en todo aquello a lo cual le aplicaremos el adjetivo de “racional” frente a lo que le adjudicaremos la condición de “razonable”. Lo “racional” no es claro ni unívoco, pues el término es aplicable a individuos, acciones, decisiones, entre otros. Decir que el hombre es un ser racional no significa lo mismo que decir que una teoría es racional. A la hora de consensuar un concepto de racional, se han tenido en cuenta algunos criterios y requisitos para la aplicación del término.

Al decir de Norberto Bobbio (Turín 1909-2004) “No hay doctrina jurídica, desde la antigüedad hasta nuestros días, que no haya incluido de alguna forma-y desdichadamente de las formas más variadas-en su razonamiento alguna referencia a la relación entre razón y derecho. Por lo que respecta a la complejidad, no hay significado de “razón”, de este término central del lenguaje filosófico (hasta el punto de que la filosofía misma ha sido considerada como el discurso racional por excelencia), usado-al igual que todos los términos filosóficos- en los significados más diversos, que no haya estado en los razonamientos en torno a la relación entre la razón y el derecho”.<sup>43</sup>

Predominantemente “razón” es utilizado en el sentido de capacidad de razonar en todos los distintos sentidos en que se habla de “razonamiento”, como inferencia, como cálculo, como argumentación, entre muchos otros usos, en el que se equipara a “raciocinio”, carecer así de éste último es menos grave que carecer de razón. Nadie duda del uso de la razón o razonamiento por parte de los jueces o juristas, pero el problema consiste en saber cuáles deben ser las características del razonamiento jurídico.

El operador jurídico se vale para resolver casos concretos de procedimientos regulados por la lógica, por la tópica, por todas las

---

<sup>43</sup> .-Bobbio, Norberto, “La razón en el derecho (observaciones preliminares)”, Ponencia inaugural del congreso “La ragione nel diritto”, Bolonia, diciembre 1984.Cit. pág17.

disciplinas que tienen por objeto operaciones mentales, que pueden enmarcar en el concepto de razonamiento. La razón tiene aquí la tarea de desarrollar lo que ya está puesto, de explicitar lo implícito, de ligar principios y consecuencias, de extraer conclusiones a partir de premisas, de desplegar argumentaciones.

El razonamiento jurídico se ocupa de la distinción en el modo de razonar de los juristas, del de los lógicos, los matemáticos, los historiadores, entre otros.

Asume en el jurista la facultad de razonar, las formas más o menos rigurosas de las que hacen uso los jueces para adoptar y motivar sus decisiones y los juristas para suministrar la interpretación más correcta de las leyes vigentes.

Este planteo no hace más que trasladar el problema de la interpretación racional o razonable, ya lo dijo Aristóteles cuando explicitó el por qué de la superioridad del gobierno de las leyes, por sobre el gobierno de los hombres: “la ley no tiene pasiones, que se encuentran en cambio en toda alma humana”.

De entonces a ahora las cosas no han cambiado, pues quien define, en definitiva es el hombre, intérprete de la ley.

Los juicios morales y jurídicos (prácticos) no pueden ser inferidos racionalmente, ni las acciones que son su materia son justificables sólo por la razón, ni sólo por el sentimiento. Parte de los filósofos sostienen que el juicio práctico no es la deducción racional de principios morales, pues la razón descubre la verdad o falsedad en cuanto a la “aceptación” (acuerdo) o no aceptación (desacuerdo) con una relación real de ideas o hechos. En el otro extremo sostienen que los juicios prácticos (morales y jurídicos) son pasibles de verdad o falsedad.

## **6.2.- La lógica de la persuasión el “wishful thinking”**

De las valoraciones aplicadas al obrar humano, surgió el saber práctico y este provenía del hombre prudente, de la phrónesis (virtud), fue Aristóteles quien elaboró una herramienta para razonar correctamente en el mundo de lo “opinable” y el pensamiento dialéctico sistematizado al que denominó “tópica” emparentada con la ética. La prudencia era entonces sabiduría práctica, aplicación al caso contingente y singular, un saber opinativo. El hombre prudente opina con acierto, porque posee una visión, una cultura y un conocimiento del caso sometido a su decisión. La phrónesis es saber vivencial, es el saber vivido y que se vive, originado en la existencia del hombre y de las cosas.

El conflicto entre “las lógicas” de los razonamientos, se evidenció con la Nueva Retórica de Perelman, allí criticaba los criterios de comprobación lógica o empírica (razón teórica) que eran utilizados también como criterios vinculantes para la razón práctica, en su obra esta relación se invertirá; los criterios del razonamiento práctico se convierten en paradigmas del razonamiento teórico. A partir de entonces aparece la convicción de que la ciencia no puede demostrar sus propios axiomas fundamentales, sino que se funda en paradigmas provisionales, que operan como matriz para la actividad de resolución de problemas dentro de una ciencia. Así, la imposibilidad de verificar un paradigma es similar a la imposibilidad de verificar las proposiciones valorativas. Señala que en vez de aplicar los criterios de racionalidad teórica a la razón práctica, se debe realizar la operación inversa, pues la neutralidad lógica en el razonamiento jurídico, acarrea la posibilidad de opciones inmorales.

“La originalidad de la Nueva Retórica” descansa, entonces, en el hecho de que la “neutralidad lógica” y el “consenso” son conducidos conjuntamente a un tronco común: la “aceptación”.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> .-Wintgens, Luc.J,“Retórica, razonabilidad y ética, un ensayo sobre Perelman”, Doxa 14 (1993),Cit.pág.197.

El nuevo punto de partida para Perelman, es la sustitución del requisito de la prueba de la racionalidad de las proposiciones valorativas, por el requisito de la “aceptación”.

Pero ¿Qué relación puede entablarse entre “aceptación”, “racional” y “razonable”? Diremos que las proposiciones lógicamente evidentes, son de “aceptación-necesaria”, en cambio las proposiciones de tipo valorativo tienen carácter de “aceptación-no necesaria”. Así, lo que es evidente es racional, pero aquello no evidente, no quiere decir que no sea racional. La “aceptación”, es un término “de continuo”, ya que admite grados, por esto mismo sus límites semánticos serán, interno: aceptación de lo evidente y entonces racional y en el extremo externo, la aceptación puramente emocional y por ello sin pretensión de ser racional. Lo evidente, demostrable y necesario, es “racional”, lo no necesario, argumentable, es “razonable”.

La Nueva Retórica es original porque no busca una verdad demostrable, sino “razonabilidad”. La razonabilidad es el objeto de la aceptación, un discurso razonable se dirige a personas razonables, erigidas en auditorio. Para designar de este modo a las personas debemos contar con un criterio a priori de razonabilidad, como no lo tenemos, debemos suponer que toda persona es razonable si lo contrario no se ha demostrado, por otro lado el “auditorio universal” de Perelman, contiene a todas las personas razonables, pero no es un auditorio de elite. Cuenta también con el “auditorio interno”, que es la persona deliberando consigo misma.

Para muchos autores este tipo de elaboraciones conceptuales y clasificaciones, integran lo que se llama “wishful thinking”(pensamiento ilusorio). Enrique Haba (Uruguay) lo explica de la siguiente manera: “(...) mediante el uso persuasivo de unos conceptos espumantes. Jugando con estos artificios lingüísticos se hace “ver” y hasta creer en, un escenario de apariencias que son “racionales” o “razonables”. La ilusión de base en tales aproximaciones es presuponer que los locutores jurídicos, o hasta los ciudadanos comunes, resuelven o estarían dispuestos a resolver de la manera más racional conocible las cuestiones de la conducta social en general; por lo tanto, también aquellas de que se ocupa el derecho”.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> .-Haba, Enrique, “semiótica ilusionista y semiótica encantadora”, Doxa 23 (2000),Cit.pág.572.

### **6.3.-Argumentar la Etica o Patentizar la Etica, id est quaestio.**

“Argumentar consiste en razonar para hacer evidente la verdad o falsedad de una proposición, y por consiguiente, en atención a su fin, puede ser de dos maneras: fundamentación o refutación”<sup>46</sup>.

Según Mans Puigarnaud (Universidad Complutense) la fuerza dialéctica es el valor racional de la argumentación para manifestar dicha verdad o falsedad, y desde este punto de vista la argumentación puede ser concluyente o meramente probable. La demostración y la prueba, verificadas legítimamente, son argumentaciones concluyentes; la analogía, la congruencia y la hipótesis son meramente probables.

Las proposiciones generales o abstractas necesitan ser evidenciadas (demostradas) para poder deducir de ellas otras proposiciones más especiales; y las proposiciones fácticas o concretas requieren ser evidenciadas (probadas) para poder inducir de ellas otras más generales. La manera de evidenciar las proposiciones abstractas (teóricas o prácticas), es la demostración; y la manera de evidenciar las proposiciones concretas (fácticas) es la prueba.

La demostración consiste en la manifestación de la verdad, o en su caso la falsedad, de una proposición abstracta, partiendo de otra proposición previamente admitida como verdadera y cierta, de manera que racionalmente resulte evidenciada la conformidad, o en su caso la contradicción de la segunda proposición con la primera.

La demostración se basa en principios: lo verdadero no contiene más que lo verdadero; aquello que necesariamente se sigue de una verdad cierta, también es ciertamente verdadero; lo verdadero no puede oponerse a la verdadero; aquello que se opone a una verdad cierta, es ciertamente falso.

A su vez la demostración se compone de materia y forma.

---

<sup>46</sup> .-Puigarnau Mans, Jaime, “Lógica para Juristas”, editorial Bosch, Barcelona, 2005. Cit.pág197.

La materia consta de: la proposición que debe ser demostrada, denominada “tesis”, si es de carácter teórico se denomina: teorema, si es de carácter práctico se denomina :problema. La tesis requiere el planteamiento de la cuestión, luego el enunciado de la tesis y por último el sentido en que la tesis debe ser tomada. La proposición de la cual parte la tesis a demostrar, se denomina “fundamento” de la demostración.

La forma de la demostración es la “ilación” de la tesis con el fundamento o principio de la demostración, la forma consiste en que la tesis sea consecuente con el fundamento de la demostración.

En el proceso de demostración suelen incidir el lema (tesis en que un discurso es tomado de una ciencia en la cual fue demostrado y pertenece); el escolio (proposición que se agrega luego de la demostración) ; el corolario (proposición que se sigue de la tesis demostrada, se añade sin nueva demostración).

Las proposiciones inmediatamente evidentes, que no requieren demostración, se denominan axiomas. El fin de la demostración, es hacer mediatamente evidente, aquello que inmediatamente no lo es.

La prueba, no debe confundirse con la demostración, pues mientras las tesis sobre las que versa esta última constituyen proposiciones abstractas, ya sean teóricas (teoremas) o prácticas (problemas), las tesis sobre las que versa la primera son proposiciones fácticas, realidades concretas.

#### **6.4.- Existe la lógica y existe el “logos”**

La argumentación, es una labor propia del hombre que interpreta, pero este hombre que se halla “en circunstancia” cuenta para sí con una “idea del mundo” que influye en su razonar.

Cuando Heráclito (Éfeso, actual Turquía, 540 - 470 a.C.) creó el término “logos”, buscaba una palabra que expresara armonía en tensión entre los opuestos. “La sabiduría es una sola: conocer el logos o razón por la cual todas las cosas son dirigidas”.

En la Grecia primitiva, el mundo del logos, no obstante la multivocidad del término, era concebido como propio de la cosa investigada más que del

hombre que investiga la cosa. Será con Sócrates que el logos adquirirá un carácter fundamentalmente instrumental, en cuanto a medio para adquirir la verdad. De ahí, que se hayan agrupado bajo el título "Organón" (instrumento), los escritos de Aristóteles sobre el logos. Según Michel Villey (Caen 1914-1988), los tópicos que Cicerón escribiese para los jurisconsultos romanos, se fundarían en los tópicos de Aristóteles. Sostiene el profesor que la influencia de la lógica aristotélica se plasmó en varias instituciones romanas, como la "responsa prudentium", dictámenes con fuerza de ley permitidos a algunos jurisconsultos, que principiaron autoritarios, infundados, como provenientes del oráculo, pero bajo la nueva concepción del logos, terminaron siendo razonados.

Para Justiniano los abogados deben acudir a la "lucha por el derecho", con sus obligadas herramientas: formación jurídica amplia y sólida y manejo diestro de las piezas que conforman la estructura de la mente humana: conceptos, juicios y razonamientos. Son éstas producto de tres operaciones intelectuales:

Percepción: Es el aprehender de la mente, con el recurso de la abstracción construye el concepto. La esencia del objeto es así su concepción (el concepto).

Juicio: Es el unir, afirmar, dividir o negar los conceptos mediante proposiciones. Pueden traducirse en sentencias definitivas como: es o no es así; o debe ser o no debe ser así, según se trate de juicios enunciativos o normativos.

Razonamiento: Es el acto por el que nuestro entendimiento se denomina razón. El humano debe razonar pues la intuición intelectual pura no es posible a su imperfección, que no puede ver de manera inmediata y directa, todo lo que puede saberse del objeto observado, entonces, debe razonar.

## **7.- Lleguemos al hombre, conozcamos su mundo y encontraremos un decisor**

Interesa marcar que no todo hombre está interesado en estos menesteres del pensar y razonar “el mundo”, en encontrar el “logos”. Nos resultará ilustrativo reproducir aquí la clasificación del hombre que nos obsequia Julián Marías (Valladolid 1914 – Madrid 2005), para el autor existen tres clases hombres: 1) Los que viven fuera de los problemas teóricos, la inmensa mayoría de los hombres pertenece a esta clase, para ellos la vida no se presenta como un sistema de problemas intelectuales sensu stricto que se formulen racionalmente y a los cuales se responda con una teoría; 2) Los que “conocen” la existencia de esos problemas teóricos, pero como son ajenos, están en el mundo circundante y de ellos se ocupan “otros” hombres, ellos conocen la mecánica de la problemática intelectual y tienen con la filosofía un contacto “informativo”; 3) Los que se plantean de hecho esos problemas teóricos. “Estos son los que tienen o pretenden tener o quieren tener una “idea del mundo” en el sentido de una construcción racional coherente, de una “ideología” o doctrina que explique la realidad”.<sup>47</sup>

Una de estas construcciones del “mundo” que irrumpió en forma de gran descubrimiento fue la Teoría de la Argumentación, la cual en su momento fue recibida como el hallazgo del “eslabón perdido” entre derecho y moral. No estamos hoy cerca de creer esto, pues resulta cuestionable reducir a términos de despliegue argumental ante un auditorio previamente persuadido un tema de tan hondo contenido filosófico como la relación entre derecho y moral, pues ésa es la cuestión de fondo. La aspiración a hacer de la moral algo técnico- argumental, una serie de formalismos y construcciones basadas en lenguaje, es sobrevaluar la humana razón, por sobre otras capacidades pues el hombre no sólo es

---

<sup>47</sup>.-Marías, Julián, “Introducción a la Filosofía”, 3º edición, Madrid, Editorial Alianza, 1985. Cit.pág.39.

capaz de razonar, sino que es capaz de intuir. Ambas cosas: razonar e intuir, pueden realizarse de múltiples formas y aplicadas a diversos fines.

Recuerda la problemática que nos ocupa, a una vieja pugna que se dio en el siglo XIX, cuando el intelecto, en su marcha lenta de objeto a objeto, se perdía forzosamente en un proceso infinito, sin conseguir nunca agotar la realidad toda. La intuición intelectual, en cambio, nos daba súbitamente el ser; luego, sólo haría falta construirlo en sistema. El intelectualismo racionalista creía poder aspirar con la razón a conocerlo todo, mientras que el intelectualismo científicista, sabiendo la imposibilidad de tal empresa, renunció a esos sueños y se recluyó en el laboratorio.

El científico del derecho, debe hacerse cargo de los problemas morales que su disciplina le acerca. Esto implica asumir que su objeto de estudio en todos los casos involucra una toma de posición moral, “interpretar” implica asumir una postura ética, que sin lugar a dudas será criticada por subjetiva por sus detractores. Pero el trabajo del jurista-juez-abogado, consiste primeramente en asumirse como un sujeto moral autónomo y en esa asunción, patentizar al “homo ethicus” que habita en cada hombre.

Según Henri Bergson (París1859 – Auteuil1941), los filósofos en general, no se preocupan por salir del plano externo de los conceptos intelectuales y se mueven siempre dentro de la razón y del discurso, pero los conceptos de la inteligencia discursiva están hechos a la medida de la materia y no le vienen bien al espíritu. Están moldeados sobre los objetos sólidos y sirven para aprehender la realidad extensa y discontinua que se tiende ante nosotros.

Pero al permanecer fuera, se toma una visión externa en vez de penetrar dentro del objeto mismo para adquirir de él una intuición integral.

La dialéctica, “no es sino que una distensión de la intuición, son posibles muchos acuerdos diferente, y sin embargo no hay más que una verdad. Si pudiera prolongarse más allá de unos instantes, la intuición no solamente aseguraría el acuerdo del filósofo con su propio pensamiento, sino también el de todos los filósofos entre sí. Tal como existe, huidiza e incompleta, la

intuición es en cada sistema lo que vale más que el sistema y lo que le sobrevive.”<sup>48</sup>

Para este autor nuestra percepción y nuestro posterior conocimiento de las cosas, tiene carácter “cinematográfico”, pues el artificio de nuestra percepción, como el de nuestra inteligencia, como el de nuestro lenguaje, consiste en extraer de los variados devenires, una representación única. Tomamos vistas casi instantáneas sobre la realidad que pasa, y como ellas son características de esta realidad, nos basta enhebrarlas a lo largo de un devenir abstracto, uniforme, invisible, situado en el fondo del aparato del conocimiento. Así, percepción, intelección, lenguaje proceden en general de este modo.

Al principio Bergson, despertó entusiasmo entre los filósofos católicos, pues vieron en él un retorno a la metafísica y una salida de los excesos del empirismo a través de la intuición. Muchos siguieron la gran novedad de la supremacía del espíritu y a través de Bergson evolucionaron hacia el vitalismo y el espiritualismo, contra el materialismo anterior. Una filosofía a base de interioridad y autenticidad, lo inmediatamente captado, la unidad real vivida y percibida interiormente, fue muy bien recibida en sus orígenes.

Pero para Jaques Maritain, la inteligencia ve por y en los conceptos que vitalmente produce en su propio seno, así en momento de descubrimiento intelectual, en que, en la amplitud casi infinita de nuestras posibilidades de expansión, capturamos por vez primera una viviente realidad inteligible, sentimos ascender y enuclearse en el fondo de nosotros, el verbo espiritual que nos la hace presente; entonces, sabemos bien cuál es el poder intuitivo de la inteligencia, y que ese poder se ejerce por el concepto.

Bergson no les dio la metafísica que esperaban, al no reconocer la “revelación”, fue para muchos una decepción muy grande, tanto que lo presentarán como heredero del empirismo del siglo XIX, incompatible con las enseñanzas tomistas.

---

<sup>48</sup> .-Bergson, Henri, “La evolución creadora”, Buenos Aires, Cactus, 2007, Cit.pág.245.

También fue crítica la postura de Ortega y Gasset (Madrid 1883 – 1955) respecto de Henri Bergson, en opinión del primero, el vitalismo pretende oponerse a toda tradición de ciencia, porque en su opinión solo él resuelve la inadecuación que ha existido siempre entre el conocer y el vivir. Entiende haber formulado un método de conocimiento que no es una mera abstracción de la plenitud vital, sino inmersión en la vida misma. Conocer, es para el autor superar el entender, la inteligencia; conocer es vivir los problemas, no pensarlos.

“Ni un solo motivo importante ha traído Bergson a la filosofía por vez primera. Su mérito consiste en haber insistido con unilateralidad, tal vez laudable, en problemas conocidísimos para todos los trabajadores contemporáneos”.<sup>49</sup>

### **7.1.- Ortega nos trae claridad**

Dice Ortega y Gasset, la argumentación es razonada por el hombre “en situación”: “ el inocente, el que no duda, malicia ni sospecha se encuentra siempre como el hombre primitivo y el hombre antiguo, rodeado por la naturaleza, por un paisaje cósmico, por un jardín, y esto es paraíso. La duda arroja al hombre del Paraíso, de la realidad externa. ¿Y dónde va este absoluto Adán que es el pensamiento cuando se ve arrojado del Cosmos?. No tiene donde meterse, tiene que agarrarse de sí mismo, meterse en sí mismo”.<sup>50</sup>

Cuando el problema es ético, la circunstancia vital, todo lo inunda, entonces ya no hablamos “del problema” sino del “problema del hombre” y entonces la solución ya no es evidente.

---

<sup>49</sup> .-Ortega y Gasset, José, “Obras Completas” Tomo VII, Madrid, Taurus, 2007. Cit.pág.268.

<sup>50</sup> .-Ortega y Gasset, José, “Los escritos de Ortega y Gasset en la Nación”, Buenos Aires, La Nación, 2005.

Pero para que el hombre perciba un “problema ético”, debe tener una cultura particular, pues un hombre puede estar físicamente muy cultivado, estar formado espiritualmente, pero estar moralmente mal educado, o no estarlo.

“Hay que distinguir la cultura física de la práctica, que es pragmática o moral. La última tiene por fin la moralización del hombre y no el cultivo del hombre”.<sup>51</sup>

Dice Ortega: “Entre las cosas y nosotros media una distancia, una perspectiva. Por ello, cuando nos ubicamos frente a las cosas, lo hacemos desde un punto de vista determinado de nuestra vida; es decir desde una actitud concreta e histórica. Cada vida es un punto de partida sobre el universo”.<sup>52</sup>

El ser de las cosas no existe en sí ni para sí, sino en relación con cada vida. La suma de esas perspectivas individuales condiciona el esquema colectivo de cada generación. Entiende el autor que es mediante el “concepto” que “tomamos” (conocemos) las cosas y las ubicamos respecto a nuestra vida, vitalizadas. Sólo cuando la vida misma funciona como razón conseguimos entender algo humano. La vida es así, vida propia más circunstancia. Vida más circunstancia es igual a acto, o pensamiento, o razón. Es decir, a razón dentro de una perspectiva de vida; o sea “razón vital”.

Antes de la reflexión en que se captan las cosas como diferentes del sujeto, está la vida como unidad previa o momento en que el sujeto se encuentra actuando cognoscitivamente con las cosas. Ortega describe este momento como “contar con”. La vida pues como unidad yo-mundo no es la unidad de dos cosas, sino la unidad primaria en la cual la reflexión descubre los elementos de la dualidad. De este modo, la vida como unidad radical supera desde el principio las dificultades del realismo y del idealismo.

La filosofía, como pensamiento que es, es función de la vida-“cogito quia vivo”-, dirá Ortega, en paráfrasis sustitutiva del cogito cartesiano. Al ser un pensar que busca “los datos radicales del universo” o “lo que primariamente

---

<sup>51</sup> .-Kant, Immanuel, “Pedagogía”, Madrid, Akal, 2003, Cit.pág.61

<sup>52</sup> .-Ortega y Gasset, José, “Estética de la Razón Vital”, Buenos Aires, La Rreja, 1956.Cit.pág12.

hay”, se encuentra en un nivel histórico con ese “dato” y ese “haber” y una vez llegados a esa evidencia “radical”, se dedica al conocimiento preciso “definición”, descripción, análisis, teoría rigurosa de la realidad constitutiva de ese dato: La vida humana. Ortega tiene así una particular acepción del concepto “metafísica”, el cual aplica al estudio de dos grandes temas: filosofía y vida humana. Quien desee saber qué es filosofía, lo hará sólo mediante el conocimiento de la vida humana, pues la filosofía es función de ella y la vida es el gran “objeto” de la filosofía.

Postula la superación de las metafísicas anteriores, realista (desde los griegos hasta el siglo XVIII con Descartes (Francia 1596-Suecia 1650) y la idealista (desde allí, hasta comienzos del siglo XX con Husserl), lo hará desde un nuevo tipo de “dialéctica” generada por el “dato radical”. Cada época, cada generación contiene la clave secreta de la convención, aquélla que contiene el supuesto, el sistema de verdades y valores morales de inexorable dimensión histórica, que son relativos para éstos hombres, en su cronología vital, en su dimensión histórica. “El tema” para Ortega será el interrogante que pretende una verdad sobrehistórica, sin relatividades, cuando todo indica que ella es histórica.

La nueva dialéctica que nos propone Ortega, invita a hacer ciencia de esta manera: “No busque usted que lo que va a escuchar y se le propone ir pensando le “convenza”; no lo tome usted en serio, sino como un juego en que se le invita a usted a que cumpla las reglas”.<sup>53</sup>

Para el autor, la inteligencia es una misma en todos, aunque unos tengan de ella mayor porción que otros. Cuanto más elevada es una actividad en un organismo, es menos estable y eficiente. Así, el hambre y sed de comer y beber, será psicológicamente más fuerte que el hambre y sed de justicia. Para los biólogos, las funciones últimamente adquiridas, complejas y superiores, son las que primero y más fácilmente pierde una especie. “Diríase que llevamos la inteligencia prendida con un alfiler. O dicho

---

<sup>53</sup> .-Ortega y Gasset, José, “¿Qué es Filosofía?-Unas Lecciones De Metafísica, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, D.F.,1998.Cit.pág.51

de otra forma: el más inteligente lo es...de a ratos. Y lo mismo podríamos decir del sentido moral (...).<sup>54</sup>

## **7.2.-El mostrarse, el fenómeno, lo patente**

La palabra “fenómeno” se remonta al griego y significa mostrarse, quiere decir “lo que se muestra”, lo patente. Fijaremos la demarcación semántica del término, así diremos: “fenómeno”, lo que se muestra en sí mismo, lo patente. Los “fenómenos” son entonces lo que puede ponerse a la luz, los entes. Pero estos, se muestran de diverso modo, según la forma en que accedamos a ellos. Llegando incluso a “mostrarse” como lo que “no es”, diremos entonces que no es el fenómeno sino que “lo parece”.

¿Y el hombre? ¿Cómo debe entenderse?, algunos se conforman con tratar al hombre como un momento más de los hechos objetivos que componen el mundo; otros van más lejos y consideran que el hombre es un ser que se da fines y normas, crea valores y pretende conocer la verdad.

En la modernidad, el éxito de las Ciencias de la naturaleza, lleva al hombre a querer trasladar este esquema a las Ciencias del espíritu.

“Se plantea entonces un conocimiento científico del espíritu sobre la base del siguiente razonamiento: si el espíritu es real, si existe en el mundo, entonces está fundado en la corporeidad. Imposible entonces un mero conocimiento espiritual del espíritu como si fuera un espíritu puro. Eso sería romanticismo y mitología. La investigación filosófica del espíritu debe desembocar en una investigación científica del cerebro”.<sup>55</sup>

Cuando Descartes en su “Discurso del método”, explicó que los principios del procedimiento científico debían ser:

- a) aceptar tan sólo lo que en la mente no deje lugar a dudas.
- b) Fragmentar las dificultades grandes, en pequeñas.
- c) Argumentar de lo sencillo a lo complejo.
- d) Verificar lo conseguido.

---

<sup>54</sup>.-Op.cit.pág.52.

<sup>55</sup>.-Husserl, Edmund, “Invitación a la fenomenología”, Paidós, Barcelona, 1998, Cit,pág. 18.

Tamaño problema le dejó al hombre, la ciencia objetivista no se ve los derechos de la subjetividad, más bien se desentiende de ella, entonces arroja lo psíquico al conocimiento científico natural.

No puede tomarse cerebro por espíritu, no debe confundirse la pretensión de objetividad científica aplicada al estudio del espíritu, con la posibilidad de realizar estudios científicos del espíritu.

Nuestras actividades prácticas y teóricas, terminan por dirigir nuestra mirada hacia la vida de la conciencia, en la cual el mundo es para nosotros precisamente “el mundo”, el que está ahí delante, esto es una nueva situación cognoscitiva. Todo sentido, tiene para nosotros, su sentido general e indeterminado, el sentido se va determinando conforme a las singularidades reales, esto es un sentido consciente en la interioridad de nuestra propia vida perceptiva, representativa, pensante, valorativa, y un sentido que nos formamos en nuestra subjetividad; toda validez de ser, se lleva a cabo en nosotros mismos, toda evidencia de la experiencia y de la teoría que fundamenta esa validez está viva en nosotros y nos motiva habitualmente sin cesar.

El “presentarse”, el ser-para-nosotros del mundo en cuanto mundo, sólo alcanza validez por la subjetividad y lleva a la evidencia fundamentada, requiere explicación. La vida de conciencia, cuando por primera vez se percata del mundo, lo hace como vacía generalidad. El “mundo” entonces, sólo cobra sentido en “nuestra conciencia”, eidética, entendida como operación mediante la cual se retienen solo las notas esenciales de la vivencia o del objeto.

Para fundar las Ciencias posibles en general, de una forma radical, liberada de toda crisis de fundamentos, ello nos conduce al a priori universal en la fundamentación radical, esto es en la fundamentación fenomenológica. Es por esta razón, que previo a toda fenomenología empírica, hubo un pensamiento metódico fenomenológico eidético.

“Partimos de la convicción, (...) de que todo objeto individual alberga una esencia y que a toda esencia corresponden hechos individuales, aunque no es forzosa que éstos se den actualmente en la experiencia; basta con que sean simplemente posibles. La distinción entre esencias y hechos permite

separar dos grupos de ciencias: las ciencias eidéticas, que descansan en la intuición de las esencias, y las ciencias fácticas que parten de la experiencia sensible”.<sup>56</sup>

### **7.3.- La filosofía armoniza la lógica y la ciencia**

Para Husserl, desde la fenomenología, se pueden resolver las antítesis filosóficas. La intuición es el camino que lleva a la abstracción, no se requiere de una dialéctica argumentativa.

La filosofía debe tener el rigor de una ciencia, para que sus producidos sean confiables, pero querer hacer de la Filosofía una ciencia es algo muy distinto. Quienes sienten el impulso de llevar los estudios filosóficos al terreno científico y reniegan de su objeto, el cual es ab initio filosófico, lo hacen en la esperanza de que sus resultados serán evidentes y por esto libres de crítica. Entrevemos entonces la aparición de la “patencia”.

El científico aspira a un saber objetivo apoyado sobre la experiencia. Busca seguridad intelectual, a ver si así constriñe al resto de los hombres a pensar como él lo hace. Pero desde el principio fundante de toda ciencia: “la falsación”, sabemos que ella es incapaz de elaborar un sistema de verdades definitivas, pues continuamente revisa y se ve obligada a modificar sus resultados. Esto empero no la hace cejar en su búsqueda de la “verdad”. Las “Investigaciones lógicas” de Husserl, serían más tarde, el régimen filosófico establecido, cuya principal novedad consistiría en la recuperación de la filosofía como ciencia estricta con nivel ontológico, que, a su juicio, hubiera desaparecido durante la segunda mitad del siglo XIX, si fuese algo de lo que el hombre pudiera prescindir.”El propósito de todo filósofo es alcanzar una ciencia universal del mundo, un saber de saberes. ¿Es un objetivo alcanzable?: La experiencia tanto personal como comunitaria muestra lo relativo y provisional de nuestros conocimientos. Pero Husserl no se

---

<sup>56</sup> .-Husserl, Edmund, “La filosofía como ciencia estricta”, Nova, Buenos Aires, 1981.Cit.pág.27.

corta:¿acaso no posee el hombre razón, un lenguaje, una capacidad de argumentar?.<sup>57</sup>

Así el hombre de ciencia, formula enunciados y aspira a fundarlos, procurando que sus fundamentos sean convincentes para todos, aspira a lograr la “evidencia”.

Para Husserl la evidencia se define como la conciencia inmediata de la verdad, como el correlato del juicio verdadero. La filosofía va mas allá de la ciencia, pues aspira a realizarla (a la ciencia), más luego se remonta a las primeras evidencias, al punto de partida y al fundamento de todo saber ulterior.

Hay que “ir a las cosas mismas”, emancipado de interpretaciones previas o teorías explicativas, esto se logra mediante la intuición, conocimiento directo, aprehensión inmediata, visión no enturbiada por prejuicios. La exclusión de supuestos obliga a prescindir de la deducción, ateniéndose a la intuición. Si la descripción es empírica, el resultado será el escepticismo, en cambio si la descripción es eidética, fundándose en la experiencia, esta presenta un estrato sensible y un estrato intelectual. La intuición se apoya en el estrato sensible, pero no se detiene en el, continua hacia la esencia, eliminando por reducción los momentos contingentes.

La conciencia retrocede desde los objetos hasta los modos de conciencia en que aquellos se muestran. Así, a la reducción eidética que permite el tránsito del hecho a la esencia, se añade la reducción “fenomenológica” que autoriza el pasaje del yo empírico al yo trascendental.

La fenomenología, entonces despliega el yo, junto al problema de la temporalidad y la intersubjetividad. Al retrotraerse a la profundidad del yo, actitud reflexiva, conduce a una subjetividad, que está fuera, detrás del mundo, a una subjetividad trascendental. El mundo es dejado así en suspenso, para llegar al “mundo de la vida”, a la totalidad formada por ego y mundo circundante, es el hombre el que precede a toda reducción.

---

<sup>57</sup> .-Husserl, Edmund, “Invitación a la fenomenología”, Paidós, Barcelona, 1998.Cit. pág.21.

#### **7.4.- El mundo de la razón vital**

Para Ortega, nunca hallamos patente todo lo que pensamos, ni en una, ni en muchas visiones del objeto. Siempre pensamos de él, más de lo que tenemos presente, siempre nuestro concepto supone algo, que la visión no nos ha puesto delante. Lo cual significa que de todas las cosas tenemos una intuición incompleta e inadecuada, pues la intuición de las cosas materiales, puede ser perfeccionada indefinidamente, pero nunca será total. “A esta intuición inadecuada, pero siempre perfeccionable, siempre más cerca de ser adecuada, llamamos “experiencia”. Y por eso de lo material sólo cabe conocimiento de experiencia, es decir, meramente aproximado y siempre susceptible de mayor aproximación”.<sup>58</sup>

No podemos describir de igual manera el proceso que acontece cuando el objeto con el que nos encontramos es inmaterial, como una figura geométrica, pues ella no es visible en forma sensual, sin embargo tenemos noticia de ella. De todo lo que tenemos noticia, debe en un inicio habérsenos hecho presente, para luego poder pensarlo y generar el concepto.

Si pensamos el concepto de “infinito”, caemos en cuenta que éste implica la posibilidad de reconocer que el concepto no contiene todo lo que intenta, pues en su naturaleza está la posibilidad de “agregar uno más...”, este concepto rebasa nuestro concepto de él. Si comparamos un objeto material con nuestro concepto de él, veremos que la intuición “da más”, de lo que teníamos en el pensamiento, es más rica. En cambio la intuición de lo ideal, inmaterial, continuo, como el concepto de “infinito”, es irreductible al concepto, al logos o ratio. Es decir que lo continuo es irracional, transconceptual o metalógico. Al decir de Ortega, el racionalismo es por esencia misma un soberbio vivir de ilusiones, de que cabría reducir a concepto, a logos, el infinito matemático.

---

<sup>58</sup> .-Ortega y Gasset, José, “¿Qué es Filosofía?-Unas Lecciones De Metafísica, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, D.F, 1998.Cit. pág.58.

El hombre para vivir necesita, quiera o no, pensar, formarse convicciones, o lo que es igual, vivir es reaccionar a la inseguridad radical construyendo la seguridad de un modo, creyendo que el mundo es de este o del otro modo, para en vista de ello dirigir nuestra vida, vivir. Hay que precisar cuál es el ámbito de las esencias, la región donde, según Husserl, “se dan las cosas con claridad absoluta”, antes de toda interpretación, y donde se puede fundamentar en absoluto el conocimiento y satisfacer el apetito ontológico de la filosofía. De la radicalidad ontológica y epistemológica que caracteriza a las proposiciones de la filosofía, se desprende que las cosas de la filosofía no son las cosas que se nos dan en la experiencia sensible ni las objetividades construidas a priori por la razón. La filosofía se mueve en un plano más radical y primario. Ortega, con sesgo fenomenológico, descubre el ámbito de la filosofía en una región más honda que la de las construcciones, teorías o significados culturales: en el plano de la experiencia antepredicativa o de la realidad fenoménica, o sea, en lo que se aparece ante la conciencia en tanto que se aparece, lo que se nos presenta inmediata y preculturalmente, esto es lo que Husserl llama “mundo vital” o “natural”, y Ortega “vida” o “realidad vivida”. De aquí procede el paralelismo que se observa en la primera etapa de la filosofía personal de Ortega (1913-1929) entre las nociones de conciencia y vida. En suma, la aclaración del objeto de la filosofía obligará a analizar la conciencia.

Mientras Husserl sostiene que la fenomenología “quiere ser una ciencia descriptiva de las esencias de las vivencias puras trascendentales en actitud fenomenológica”, Ortega la presenta como una “descripción de esencias”, y añade que “el tema cuyas esencialidades describe, es todo aquello que constituye la conciencia”. Husserl considera que “el campo infinito de las vivencias absolutas”, o sea, la conciencia, es el “campo fundamental de la fenomenología”, el tema de la filosofía. La descripción de esencias en que consiste la fenomenología se traduce en descripción de los fenómenos de conciencia. La esencia o logos que la filosofía tiene por objeto no es, en rigor, el fenómeno; más bien, el fenómeno, la presencia inmediata de las cosas, es el marco de experiencia o plano de realidad donde se da la esencia. La esencia es del fenómeno, pero no es fenoménica: está en él,

pero latente, profunda, por desvelar. Por esto, la filosofía es fenomeno-logía, manifestación del logos del fenómeno; en términos raciovitales, Ortega la denomina, explicitación, verificación de la “posible plenitud” o esencia de la cosa que subyace implícita en ella, sólo indicada, anunciada en lo que se muestra, como una posibilidad.

Ortega se separará del método propuesto por la fenomenología de Husserl, dejando constancia de las limitaciones que detecta en este nuevo “modo de pensar”. Para el autor, el novedoso método propuesto por Husserl (método riguroso mediante el cual se describen los contenidos puros de la conciencia: lo que “aparece” tal y como aparece, sin intentar buscarle algún tipo de explicación causal), se acerca peligrosamente al idealismo y avisa del error que conlleva la radicalización de dicha metodología, ya que supone el abandono de la primera realidad natural de la conciencia, y de su valor ejecutivo, a favor de una problemática y no clara actitud reflexiva.

El alejamiento de la fenomenología, se deberá a que “...en un primer momento todo objeto es sentido por un determinado sujeto que reacciona emocionalmente, y sobre él, después, se construyen las metáforas representativas de la intimidad del ser: obra de arte o concepto. Pero es en Investigaciones Psicológicas donde Ortega culmina este proceso de separación, ya que al analizar la consistencia del “fenómeno conciencia” desde la concepción del Espíritu de Scheler (pura actualidad intencional o el darse cuenta de algo), rechaza la reflexividad inmediata de la conciencia en la percepción, organizando el proceso cognitivo según una ordenación en la que están presentes Kant, Nietzsche, Husserl y Scheler”.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> .- González-Sandoval Buedo , José, “El método de la razón vital”, sociedad de filosofía de la región de Murcia, [www.um.es/sfrm/publicac/pdf.../n2.../esp\\_02\\_arti\\_met\\_gonsan.pdf](http://www.um.es/sfrm/publicac/pdf.../n2.../esp_02_arti_met_gonsan.pdf)

## **8.- El método de la “razón vital”**

Ortega entiende la historia como un proceso acumulativo de experiencias en el que cada etapa debe su modo de ser a la que le precede, de manera que la última generación del siglo XIX lleva en sí, encapsuladas, todas las anteriores.

En su opinión “cuando encontramos lo que una cosa es, ya tiene para nosotros sentido”. El logos no está, pues, en las cosas; está en la cultura. Las dos caras complementarias de la modernidad, idealismo y positivismo, coinciden en su reducción de las cosas a hechos, en el sentido de desposeerlas de logos y volverlas puro non-sens. Ante la situación en que se encontraba la filosofía moderna, Ortega considera que la localización del objeto de la filosofía en las cosas del mundo vital significa una renovación absoluta de la filosofía, decisiva para su porvenir.

Configurar así a la persona humana como centro proyectado hacia los altos valores del espíritu, en eso consiste el “humanismo”, el cual debe hallarse unido desde raíz al tema de la “educación”. “Educar no puede ser sino fomentar lo humano en el hombre”.<sup>60</sup>

Para Francisco Romero (Sevilla 1891 - Buenos Aires 1962) el hombre es un ser extraño, una especie de viajero hacia si mismo; un ente que no es propiamente lo que actualmente es en cada instante, sino la suma de su actualidad y su posibilidad, pero no una posibilidad vacía e indiferente, apta para llenarse de cualquier contenido, sino como posibilidad efectiva de configuración de la persona humana como centro proyectado hacia los altos valores del espíritu.

La persona se define por su asentimiento a los valores de la verdad, la belleza y el bien ético; por su vocación a realizarlos. El hombre avanza en tanto refuerza su personalidad, renunciando a cada instante a lo que en él hay de animalidad ancestral y esto implica trabajo, esfuerzo y educación en

---

<sup>60</sup> .-Romero, Francisco, “Ortega y Gasset y El Problema de la Jefatura Espiritual”, Buenos Aires, Editorial Losada, 1960.Cit. pág.103.

libertad. La libertad, no es ciega arbitrariedad, ni comodidad, pues cómodo y fácil es ir hacia atrás y hacia abajo y convertirse en “masa” (como calificativo psíquico contrario a la personificación y sinónimo de anonimato irresponsable).

El método de la “razón vital” de Ortega, es tema controvertido, por lo diverso y disperso, del tratamiento que se le da al tema. Julián Marías, en su descripción “la razón vital en marcha”, considera que son seis los puntos, o pasos sucesivos, establecidos por Ortega en la aproximación metódica a un tema: “1º, tomar contacto con el tema, es decir, tener presente la realidad que nos es cuestión, sin deformarla con interpretaciones previas...; 2º, referir esa realidad a la totalidad de la vida en que se da; 3º, desligarla de lo que simplemente tiene que ver con ella, para descubrir su mismidad...; 4º, investigar su mismidad o esencia, buscando los requisitos que la condicionan y constituyen; pero esto obliga: 5º, a estudiar esa realidad en su concreción, por tanto, circunstancialmente, y esto implica que el logos utilizado sea un casi-relato, que la razón sea narración; ... este logos no es otra cosa que forma expresiva de la razón vital; 6º, desde esa vida en que radica la realidad en cuestión, es menester ir dando razón de las dimensiones de ella que antes habíamos encontrado y que nos forzaron a recurrir a esa vida en su totalidad; hay pues, un camino de ida y vuelta; y este regreso confirma empíricamente la teoría abstracta de la vida que se llegó”.<sup>61</sup>

El pensar dialéctico de Ortega es muy particular, pues la condición humana que como tiene la inevitable obligación de “seguir pensando”, al encontrarse en cada momento de su vida en una situación en la que, por un lado, no ha pensado nada por completo y, por otro, necesita integrar lo nuevo conocido con lo pensado con anterioridad, so pena de sentirse perdido en cada una de las nuevas situaciones en que la vida le sitúa, tanto en el terreno mediato especulativo, como en el inmediato práctico.

---

<sup>61</sup> .-Marías, Julián Obras. (V). Revista de Occidente, Madrid, 1960, Cit. pág 375.

Este método, es el resultado de la integración entre fenomenología y dialéctica.

Al orden inmediato del percibir corresponden los cuatro sucesivos momentos a través de los cuales se completa el proceso de percibir un objeto.

Toda “cosa” se presenta bajo un primer aspecto que nos lleva a un segundo, este a otro y así sucesivamente. Porque la “cosa” es “en realidad” la suma integral de sus aspectos. Por lo tanto, lo que hemos hecho ha sido: 1º. Pararnos ante cada aspecto y tomar de él una vista. 2º. Seguir pensando o pasar a otro aspecto contiguo. 3º. No abandonar, o conservar los aspectos ya “vistos” manteniéndolos presentes. 4º. Integrarlos en una vista suficientemente “total” para el tema que en cada caso nos ocupa. “Pararse”, “Seguir”, “Conservar”, “Integrar” son pues, las cuatro acciones que el pensar dialéctico ejecuta. A cada una de estas acciones corresponde un estado de nuestra investigación o proceso de comprensión o pensamiento.

Aquí vemos por un lado la influencia y por otro la independencia de Ortega de sus antecesores (dialéctica y fenomenología).

El primer momento, “parar” (único momento estático de todo el proceso), se hace patente la figura del “yo ejecutivo” como presencia inmediata de una “cosa” (o un estado de “cosas”) que afecta su sensibilidad emotiva o circunstancial. Aquí Ortega hace la descripción de una cara, una vista, un hecho, una teoría... que le afecta vital y circunstancialmente; después determina tal asunto como problemático, en cuanto que los contenidos de la ciencia en ese momento (recogidos en las teorías de sus máximos representantes a las que hace referencia de manera esquemática) ofrecen soluciones contradictorias.

En el segundo momento, “seguir”, la situación se moviliza y se transforma en algo dinámico, dialéctico y vivo. En el orden del pensar es desarrollado según una confrontación dialéctica (tesis-antítesis) en la que se detectan los errores de cada una de las soluciones aducidas, que hacen ver la necesidad de buscar una nueva solución, una nueva interpretación, por considerar las anteriores insuficientes aunque parcialmente correctas; en el orden del percibir se constituye como un proceso de vivificación que se hace efectivo, bien mediante el movimiento del sujeto alrededor del objeto para ir

viendo sucesivas vistas, o bien el sujeto se transforma en el espectador y la realidad fluye ante él, para que así vaya describiendo las vistas que ésta le ofrece.

En el tercer momento, conservar, a partir de la confrontación dialéctica efectuada, rechaza los elementos que considera erróneos, e indica aquellos que considera válidos, para con ellos, y desde las soluciones previas, o el nivel del pensamiento del autor, elaborar una nueva explicación en la que ambos resultan sintetizados y el problema resuelto, en ese momento.

En el cuarto estado, integrar, los elementos “salvados” son unificados según una nueva visión del tema, por medio de la cual ofrecer una nueva orientación y un nuevo sentido en su vida, que será provisional y dispuesta para una nueva confrontación dialéctica, consecuencia de una nueva información, una nueva vista, un nuevo elemento por integrar o un nuevo descubrimiento de algún científico considerado relevante.

Esta serie sintética puede ser aplicada a cualquier asunto teórico o práctico, desplegándose, según la estructura interna de la dialéctica hegeliana, como el conjunto de pensamientos a través de los cuales el espíritu del hombre sale de la duda en que le sumerge toda situación problemática –de la vida o de la ciencia-, orientándolo según una nueva convicción personal, por medio de la cual se siente orientado de nuevo en ese momento de la vida.

### **8.1.- Métodos y métodos**

La gran diferencia existente entre la dialéctica orteguiana y aquellas guiadas por un ciego formalismo lógico (hegeliana y platónica), consiste en Ortega en que es la realidad la que empuja las vivencias concretas de cada ser humano, obligando al pensamiento a coincidir con ellas.

Resulta así en esta serie, superadas la dialéctica platónica, admirada por el madrileño, ya que posee la estructura formal adecuada, relacionando internamente las ideas, sin embargo, al basarse en la inducción (de la experiencia y la analogía) y que el carácter de verdad de las diferentes “opiniones” no tienen validez científica, rechaza la pretendida aspiración de verdad universal de las conclusiones y, por tanto, la validez científica del

método.

Las verdades definitivas alcanzadas por la dialéctica, son para Ortega una “utopía”, el construye su modo de proceder: dialogante y abierto del mundo.

Los cuatro momentos vienen acompañados por una serie de recursos que constituyen lo más característico del modo de decir de Ortega, que pueden ser entendidos como claves para comprender, el sistema raciovitalista.

En el primer estado “parar”, que es donde hace la presentación temática, la circunstancialización y la sinestesia (llamada a varios sentidos a la vez), la presencia de estos recursos imprime al discurso.

En el segundo estado, en el que la “descripción” de las sucesivas vistas sobre los asuntos tratados son transformados en narraciones, se añaden la paradoja, la ironía, los desvíos y el dramatismo interno del proceso dialéctico.

En el tercer estado, al que podemos considerar como el momento de la persuasión, dirige la atención del oyente destacando aquellos aspectos o vistas que considera acertados, de la realidad vista o de las más recientes teorías científicas, y elimina y desacredita los aspectos considerados como errores.

Este destacar y eliminar aspectos parciales prepara y predispone al oyente, para que la conclusión final sea considerada como “evidente”.

En este apartado se mantienen los recursos anteriores, aunque, a veces, para atraer todavía más la atención del lector y empujarle a tomar posición respecto al tema, utiliza la ironía y la paradoja como armas para irritar, que es otro modo de persuadir.

En el cuarto momento, al ser cada conclusión un eslabón de una serie dialéctica siempre en disposición de una próxima confrontación dialéctica, el dramatismo y la seguridad en el decir se hace patente. Esta accidentalidad y provisionalidad de las conclusiones, nos da la clave de por qué este modo de pensar lleva consigo la reestructuración parcial de su contenido en una nueva, y siempre inevitable, superación y síntesis.

Javier Lerín Riera (Universidad de Barcelona) en “Ortega y el método”, indica los tres siguientes pasos del método orteguiano: “1º) Detectar las

insuficiencias de soluciones previas. 2º) Descubrir el origen de dichas insuficiencias que, básicamente, será la falta de reflexión. 3º) Desarrollar esa reflexión que falta.”<sup>62</sup>

## **8.2.- El logos de la razón vital de Recaséns Sichés**

Para Recaséns Siches (Guatemala 1903- México D.F 1977) el hombre que interpreta, el hombre que argumenta lo hace desde un “logos” especial, que implica todo un andamiaje para su aplicación. Sostiene el autor que la vida humana se va haciendo signada por la “razón vital” y la “razón histórica”. Llámase razón vital al conocimiento que el hombre tiene de lo que él ha sido, de lo que le ha pasado, de lo que ha vivido. “Con otras palabras: la razón vital es el conjunto de sus experiencias, empleando aquí la palabra experiencia en el sentido que tiene en el lenguaje habitual y corriente, es decir, como conocimiento de lo vivido y como suma de aleccionamientos y enseñanzas que de ello se derivan”.<sup>63</sup>.

La vida del hombre es, en cada uno de sus momentos, otra diversa de la que fue. En él influyen su propia vida pretérita, y la de las demás gentes que le precedieron y los que están siendo sus coetáneos. Aprende de sus experiencias y de las experiencias de los otros individuos, cuya conducta conoce e interpreta; pero sobre todo aprende de la acumulación colectiva de las experiencias de los demás, convertidas en patrimonio colectivo que se va formando a lo largo de la historia. La acumulación de esas experiencias humanas socializadas y de las lecciones condicionantes del comportamiento futuro, es lo que se llama “razón histórica”.

La “razón vital” y la “razón histórica” están constituidas por experiencias de vidas humanas, son experiencias sobre la inseparable conexión entre el yo y el mundo, sobre los modos de relación entre el sujeto y su contorno. En el patrimonio de la razón histórica (conjunto de

---

<sup>62</sup> .-Lerín Riera,J “Ortega y el método”, en J. San Martín, Ortega y la Fenomenología. UNED, Madrid, 1992.

<sup>63</sup> .-Recaséns Siches, Luis, “Filosofía del Derecho”, México, Porrúa, Primera edición 1959, edición 2008.Cit.pág.141.

experiencias ajenas socializadas) se hallan objetivadas series de conexiones de sentidos, de significaciones vitales.

En la argumentación, la persona, autora de una serie de actos y juicios, es un ser duradero, en torno del cual se agrupan los más variados fenómenos a los cuales da coherencia y significación.

“Por acto, entendemos todo lo que puede considerarse emanación de la persona, ya sean acciones, modos de expresión, reacciones emotivas, tics involuntarios o juicios.(...).En efecto, concediendo cierto valor a un juicio, se da, por eso mismo, una apreciación sobre su autor; además , a veces el juicio permite juzgar al juez...”<sup>64</sup>

Para Recaséns Sichés, la interpretación está empapada de juicios de valor. La norma jurídica es una estructura de finalidad. La finalidad y la valoración están regidas por una lógica especial, por una particular provincia del logos, que juega un papel decisivo en la interpretación.

“Ese logos de la interpretación-que yo llamo “lógica de lo razonable”, a diferencia de la lógica racional pura de tipo matemático, de la lógica de la física matemática- presenta, entre otras, las siguientes características: A) Está circunscrito por la realidad concreta del mundo social humano en el cual opera.B) Esta regido por valoraciones. C) Tales valoraciones son concretas, es decir, están referidas a una determinada situación, y, por lo tanto, toman en cuenta las posibilidades de una cierta realidad, y las limitaciones que esta impone. D) Está regido por razones de congruencia o adecuación:1º, entre la realidad social y los valores (cuáles sean los valores pertinentes para la regulación de una determinada realidad social); 2º, entre los valores y los fines (cuales sean los fines valiosos);3º, entre los fines y la realidad social concreta(cuales son los fines de realización posible); 4º, entre los fines y los medios, en cuanto a la conveniencia de los medios para los fines;5º, entre los fines y los medios respecto de la corrección ética de los medios, y 6º, entre los fines y los medios en lo que se refiere a la eficacia de los medios. E) Está orientado por las enseñanzas sacadas de la experiencia

---

<sup>64</sup> .-Perelman Chaim-Tyteca Olbrechts, “Tratado de la Argumentación, La Nueva Retórica”, Madrid, Gredos, 2006, Cit. pág .458.

vital e histórica-esto es, de la experiencia individual y social-, y se desenvuelve al calor de esta experiencia”.<sup>65</sup>

El “logos” de Recaséns Sichés, el que vive en la interpretación que realiza el jurista, contiene juicios de valor, estimaciones y exigencias de justicia aunque dentro de las mallas del derecho positivo.

Para el autor la actitud negadora de la axiología, de la estimativa jurídica, fue una actitud que calificó de “casi terrorista” por parte de los positivistas extremos de la segunda mitad del siglo XIX, pero que sin embargo no lograron imponerse, pues durante su apogeo incluso, la jurisprudencia de los tribunales conservaron principios estimativos para lo jurídico, como lo prueban las expresiones: “el espíritu de justicia”, “las exigencias éticas”, “la equidad”, “la naturaleza de las cosas”, el “correcto razonamiento”, entre otras.

“Podemos observar que siempre la conciencia humana ha mantenido la creencia en unos ideales jurídicos que sirvan de norma para la crítica del derecho positivo y de orientación para lograr su mejoramiento”.<sup>66</sup>

La lógica tradicional es insuficiente para abarcar el universo de la interpretación jurídica, pues es una lógica meramente enunciativa del ser y del no ser, pero no contiene puntos de vista de valor ni estimaciones sobre la corrección de los fines.

---

<sup>65</sup> .-Recaséns Siches, Luis, “Filosofía del Derecho”, México, Porrúa, Primera edición 1959, edición 2008. Cit. pág. 7.

<sup>66</sup> .-Op. cit. pág. 375.

### **8.3.- El logos de lo humano**

Al oponer la razón vital a la razón físico- matemática no se trata de conceder permisos al irracionalismo. Al contrario, la razón histórica es aún más racional que la física, más rigurosa, más exigente que ésta. La física renuncia a entender aquello de que ella habla, pues se limita a explicar nexos causales entre hechos ininteligibles, mientras que la razón vital no acepta nada como mero hecho, quiere comprender.

Así Recaséns nos ofrece lo que a su entender es el auténtico sentido de la equidad en las normas. No se trata de “corregir la ley”, se trata de otra cosa: se trata de “interpretarla razonablemente”. “Lo que se solía llamar “equidad” no es un procedimiento para corregir leyes imperfectas. Es la manera correcta de interpretar todas las leyes, absolutamente todas. Es la manera correcta de entenderlas. Es la manera correcta de tomarlas como base para elaborar las normas individualizadas.(...).La equidad no es un recurso “extraordinario” para “suavizar” la aplicación de ciertas leyes. Por el contrario, debemos reconocer que debe ser el “procedimiento ordinario” para tratar con todas las leyes”.<sup>67</sup>

Debemos suponer, que el legislador, mediante las normas generales que emite, se propone lograr el mayor grado posible de realización de la justicia y de los valores que ella implica, en una determinada sociedad concreta. Cuando el juez intenta plasmar la justicia en la interpretación al caso singular, es mucho más fiel a la voluntad del legislador y más fiel al fin que éste propuso que cuando interpreta de manera literal, o reconstruyendo imaginativamente la voluntad auténtica del legislador, si esos métodos aplicados al caso producen una solución menos justa.

El autor supera el estadio en el que se requería de una pluralidad de métodos de interpretación, pues cree que no eran más que formas de legitimar la solución estimada como justa, usando para ello artificios de lógica que la presentasen como de estricto acuerdo con la ley, cuando tal

---

<sup>67</sup> .-Recaséns Siches,Luis, “Filosofía del Derecho”, México, Porrúa, Primera edición 1959, edición 2008.Cit.pág.655.

acuerdo no resaltaba a primera vista como evidente. Una vez tomada la decisión que se creía justa, se ensayaba el método tradicional y admitido que la avalaría en la sentencia.

El método del “logos de lo razonable” o de lo humano, aplicado a la interpretación jurídica, supera aquella pluralidad de métodos. Lo razonable, abarca la realidad más el sentido de los hechos, más las valoraciones del orden jurídico positivo y las producidas por el juez en armonía con dicho sistema positivo, las cuales darán la solución satisfactoria.

La “solución satisfactoria”, es aquella que expresa el sentido de justicia del orden jurídico, lo será desde un punto de vista estimativo, valoral. El orden jurídico tiene varios órganos como el legislador y el juez, si bien podría haber orden jurídico sin legislador, no puede haber orden jurídico sin órgano jurisdiccional.

#### **8.4.- El juez realiza un juicio estimativo**

El juez juzga, juzgar entraña siempre un juicio estimativo, no un juicio cognoscitivo. Con su juicio estimativo el juez expresa lo que se debe hacer en el caso controvertido.

La sentencia, no es una declaración de realidades, no es una descripción de hechos, no es sólo una narración, sino que es una estimación normativa, dotada de fuerza ejecutiva. El juez es un juzgador, desde el juicio normativo, tomará en cuenta determinados aspectos de unos hechos y determinados aspectos de la existencia de unas reglas jurídicas en vigor y los enfocará desde la valoración.

No es entonces la lógica tradicional la que deberá aplicar en la sentencia judicial, pues esta lógica es apropiada para tratar con ideas o con realidades, desde el punto de vista de lo que las realidades son. No es la función del juez determinar unas realidades puras, sino decidir lo que se debe hacer frente a determinados aspectos de ciertas realidades, y elaborarlos desde criterios estimativos.

La elaboración de los contenidos jurídicos, sean estos reglas legislativas, normas individualizadas en la sentencia o en la resolución administrativa, está dada por el logos de lo razonable o de lo humano, por lo

cual no debemos utilizar instrumentos mentales inadecuados como lo son los métodos de interpretación clásicos.

“Al delimitar correctamente (...), los respectivos campos, de la lógica de tipo matemático(lógica de lo racional), y del logos de lo humano(lógica de lo razonable), se suministra al abogado y al juez la posibilidad de una conciencia limpia, de un limpio modo de operar, y se les exime de tener que andar a la búsqueda de disfraces y artilugios que presenten externamente sus dictámenes y sus justos fallos (ya de hecho elaborados por certero presentimiento conforme al logos de lo humano) como si fuesen el resultado de una construcción lógica tradicional, que en verdad no era tal, sino que era tan sólo una pseudoconstrucción”.<sup>68</sup>

Recaséns aceptó la orientación filosófica-existencialista a través del peculiar prisma de interpretación de Ortega y Gasset, quien también lo impactará con la fenomenología y de ésta particularmente la ética material de los valores.

La presencia de éste en su obra es manifiesta. “El autor acepta plenamente el planteamiento orteguiano. Es decir parte del incuestionable principio de que la verdad radical y fundamental, el objeto preciso y centro originante de la filosofía jurídica, como de toda filosofía, es la vida”.

## **9.- Ocupación: “decisor”**

Debemos abordar el tema del “decisor”, pues de lo que aquí tratamos es de saber ¿Qué hace el decisor? ¿En qué consiste su labor? Y sobre todo ¿Cuál es su campo de desempeño?.

El decisor es un señor (diría un famoso jurista: varón/mujer) que interpreta las leyes para “realizar” los derechos del ciudadano.

Esta definición no es completa, si no definimos “ciudadano”, nos serviremos aquí de las explicaciones al respecto de Adela Cortina (Valencia 1947).Ella nos habla de una definición “vacía” de contenido, que debemos “nutrir”, si es que queremos realizar justicia. Así nos dice que “ser” ciudadano es alcanzar las exigencias que cualquier ser humano presenta

---

<sup>68</sup> .-Op.cit.pág.664.

para llevar una vida de acuerdo a su humanidad, esta definición, además debe universalizarse, pues así está establecido en una norma : “La Declaración de Derechos Humanos Universales”.

Entonces, el concepto de “ciudadano” que venimos utilizando desde la época de la polis, es un concepto ligado al de democracia de aquella época y el mundo actual se parece muy poco a aquel en el cual nacieron las ideas y las prácticas democráticas, es por tanto un concepto como podemos advertir bastante...antiguo. Cortina propone pasar al concepto de “ciudadano del mundo”, éste se corresponde a la actualidad, a la sociedad pluralista, esta sociedad que comparte el mínimo de justicia que exige y discrepa en el máximo de felicidad a la que aspira.

Creemos que Hart si pudiese, hoy cambiaría uno de los interrogantes de sus problemas recurrentes por una afirmación: “hoy en día el derecho “es” una cuestión moral”, pues de otra manera, si no lo entendemos en esta relación, el derecho se torna desvío y en vez de ser una herramienta para realizar justicia, se convierte en forma de legitimar injusticia.

Comentaremos para ilustrar esta inquietud compartida por varios filósofos y juristas, el caso de la tesis doctoral, del filósofo y Ph.d Thomas Pogge (Alemania 1953), quien entendió que hay una remisión explícita del derecho hacia la moral, cuando en 1983 bajo la supervisión de su director, John Rawls, postuló ir más allá de la “Teoría de la Justicia” y llevar los principios morales fundamentales al plano de su aplicación global.<sup>69</sup>

El derecho a la “decisión justa” está establecido explícitamente en el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dice:

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

¿Porqué es necesario relacionar derecho y moral, sin por esto adherir al iusnaturalismo?, pues parece ser que éste “rótulo” representa gran parte del problema, para un abordaje conjunto.

El decisor aplica la norma, pero la debe aplicar con justicia, sencillamente por esta escueta razón es que el derecho debe conectarse

---

<sup>69</sup> Ver. Hierro Liborio L. (Universidad Autónoma de Madrid), “Justicia Global y Justicia Legal ¿Tenemos derecho a un mundo justo?”, Doxa 32(2009).

con la moral. Además, calificar una demanda como exclusivamente moral implicaría no aspirar a darle una respuesta jurídico-institucional. Esto a éstas alturas del desarrollo de los Derechos Humanos sería inadmisibles, pues los Derechos Humanos son universales y de allí la renovación del concepto de ciudadano de Adela Cortina: “ciudadano del mundo”, éste para vivir de acuerdo a su humanidad requiere acceso NO, a la salud, sino a una salud de calidad; acceso No, a un proceso jurídico, sino a la Justicia; vivir No, en contacto con la naturaleza, sino en un medioambiente saludable. Así definimos a un ciudadano y es el decisor el que debe garantizar que el derecho se realice como justicia.

Robert Alexy, pone en cabeza del decisor la obligación de “realizar justicia”, cuando habla de los “derechos de protección”: “ habrán de entenderse aquí los derechos del titular del derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros. Los derechos de protección pueden tener como objetos cosas muy diferentes”.<sup>70</sup>

Mediante los derechos de protección, el decisor puede plasmar justicia dentro de todo aquello que es “digno de ser protegido” desde el punto de vista de los derechos fundamentales. Si entonces, como lo entiende Alexy, existe un catálogo escrito de derechos fundamentales, el problema jurídico que éstos originan, es sobre todo, un problema atinente a la interpretación de las formulaciones del derecho positivo revestidas con autoridad. Nosotros traducimos lo dicho por Alexy de este modo: el problema de la interpretación de las normas positivas, no es más que un problema moral del decisor al aplicarlas, pues la obligación jurídica del decisor es “realizar justicia”.

---

<sup>70</sup> Alexy Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, 2ª edición, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007. Cit.pág.398.

### **9.1.-El decisor, la Teoría de la argumentación y la “razón vital”.**

El decisor, debe dar sentido moral a la aplicación normativa para realizar justicia.

La Teoría de la argumentación se mostrará en esta empresa como insuficiente. Si bien se erige en útil herramienta a la hora de dar coherencia y significación a los juicios, no es suficiente para el logro del fin.

El decisor es ante todo un hombre, razón por la cual comparte las características de toda persona, es libre, posee espontaneidad, la posibilidad de persuadir, ser persuadido y resistirse a la persuasión, lo cual hacen del hombre un ser incierto e impredecible.

El hombre es capaz de la actitud ética, porque llega a comprender o realizar objetivamente el ser del otro, su condición de ser un yo, una realidad que es al mismo tiempo dignidad. Lo primario es el hombre, es ser un yo y poseer un mundo objetivo, sólo así puede objetivar el yo ajeno. El hombre que aplica “la razón vital” se siente ordenador, consciente de que debe dotar de sentido a la realidad. La persona se define por su asentimiento a los valores de verdad y bien ético; por su vocación a realizarlos. Pero la proyección hacia los valores no es válida si no es directa y libre, esto es, si no es personal. De aquí la significación de la libertad, sin la cual los más altos valores pierden su jerarquía y se convierten en ficciones, en algo falso y contradictorio.

“El hombre avanza de hecho, históricamente, hacia la personalidad; pero avanza con esfuerzo, porque la persona es renuncia a la animalidad ancestral, es el requerimiento de una libertad que no es ciega arbitrariedad, sino decisión consciente y también responsabilidad”.<sup>71</sup>

La pregunta surge, siempre de una situación vital en que debemos resolver alguna cuestión, en que nos encontramos ante algo oculto, cerrado, enigmático, enmarañado, y la pregunta expresa nuestro afán de emerger de ella, de salir a otra situación de claridad.

---

<sup>71</sup> Romero, Francisco, “Ortega y Gasset y El Problema de la Jefatura Espiritual”, Buenos Aires, Editorial Losada, 1960. Cit. pág. 106.

Al decir de Ortega “no se puede entender bien el sentido de la pregunta, por sencilla que sea, si no se tiene presente la situación vital que la provoca y dispara”.

La situación vital es el hontanar de la filosofía, así todo hacer y preguntar del hombre recae en –la vida del hombre-.

Todo algo que no sea mi vida es o una parte de mi vida, un ingrediente de ella, o tiene que serme notificada en algún modo en mi vida...su realidad primaria consistirá en lo que sea como vivida por mí.

Podemos adelantar entonces nuestra postura, la Teoría de la Argumentación es una herramienta más, de las muchas que puede utilizar el decisor. Lo decisivo a la hora de realizar justicia no será ella, sino el decisor, su vida, lo que en su vida sean las personas que viven el litigio traído a su conocimiento y de allí, de esa vivencia “del otro” en “su vida”, surgirá la sentencia.

## **9.2.-Argumentación desviada y corrupción del decisor**

Generalmente tendemos a simplificar el “fenómeno de la corrupción” y lo circunscribimos a un solo tipo, aquel que evoca al fenómeno consistente en la malversación de fondos por un funcionario público, pero esta definición si bien correcta, abarca sólo un caso de todo aquello que el término denota. Para hablar de corrupción, en sentido iusfilosófico, debemos pensar en sus diferentes alcances.

Al decir del profesor Ciuro Caldani : “para “construir” la noción de corrupción en el ámbito jurídico conviene pensar, con diferentes alcances, por ejemplo, que quizás valga referirse a la desviación de algo que se considera valioso; a ese desvío en el marco social, que tal vez puede ser remitido a la injusticia; al desvío en lo social en beneficio de quien se desvía; al desvío en lo social en beneficio de quien se desvía y de quien promueve el desvío; al desvío en lo social en beneficio de quien se desvía y de quien promueve el desvío, cuando el que cambia la ruta debida es un funcionario público, etc”.<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> .-Caldani, Ciuro Miguel Angel, Filosofía de la Corrupción, revista del centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social, referencia web ISSN 1851-0884.Cit.pág28.

Nos interesa aquí, la relación entre argumentación, decisión y corrupción, pues no será fácil en un terreno “opinable”, distinguir cuando las críticas sean hipócritas y las defensas interesadas, será entonces inevitable debatir la moral.

En su versión más difundida, la ética requiere de las personas una actuación conforme a principios que sean aceptados universalmente, dejando de lado lo específico (sexo, raza, clase social y nacionalidad, entre otros). Hasta aquí suena espléndida la “idea”, de hecho muchos autores la mencionan, podríamos citar a John Rawls.

El problema surge ni bien preguntamos: ¿Cómo deberían utilizarse estos requisitos a la hora de interpretar?; ¿Cómo los relacionamos y priorizamos en las decisiones para ser justos?.

Es preciso referirnos al ciudadano, pues éste pasa casi todo su tiempo político eligiendo y pidiendo cuentas a los representantes que actúan en su nombre. Así como Perelman, supone un “auditorio universal”, el ciudadano “real” elabora juicios respecto a las decisiones que él tomaría si accediera a un cargo de poder. Así surge palmaria la relación entre decisión jurídica y democracia.

Alexy, cuando explica los beneficios de la “ponderación” supone un mecanismo idóneo a implementar sobre unos “principios justos”, que una “constitución justa” contiene y que provienen de una “democracia” a la que entiende “justa”, de allí su teoría de la vinculación entre derecho y moral. De lo que se trata para los autores mencionados, es de “extraer” de la constitución y normas en general, mediante la argumentación, la justicia que ellas contienen. La teoría de la argumentación “oculta” sus posibles desvíos y esto es una forma sofisticada y muchas veces consentida a base de persuasión, de “corrupción”.

Para que adhiramos a las bondades de estos “métodos” sin reparos, deberíamos partir de unas premisas muy débiles: Que toda democracia es justa; que la constitución contiene unos principios que tienen la adhesión de todos los ciudadanos; que los operadores del derecho tienen buen manejo

de “lo racional” y “lo razonable”, entre otras premisas que no creemos poder aceptar sin reparos.

Queremos mostrar que una “teoría argumental”, no puede dejar de lado a sus actores “reales” no “ideales”, emisores y receptores, de allí que compartan sus virtudes y defectos. Las decisiones sobre los particulares no siempre incorporan un único principio teórico y pueden no ser lógicamente deducibles, aun partiendo de un conjunto de principios. Así debemos contemplar la ética política.

“En vez de optar por alguna de las doctrinas estratégicas de la disuasión, demuestra por qué las discrepancias sobre tales doctrinas ponen en cuestión los patrones comunes para juzgar los actos de los funcionarios”.<sup>73</sup>

Para David Gauthier (Canadá 1932), las condiciones de la preferencia racional no exigen que las preferencias de las diferentes personas se adapten a un molde común. Las preferencias de cada persona determinan los valores de esa persona de manera completamente independiente de los valores de los demás.

“De modo tal que una determinada situación se caracteriza no por un valor único sino por un conjunto de valores, uno correspondiente a cada persona, en los cuales se incluyen o pueden incluirse las preferencias. El valor proporciona no una medida uniforme y única de la preferencia sino una medida relativa para cada evaluador. Y aunque los valores se atribuyan a las situaciones, esa atribución tiene que ver con actitudes y no con observaciones, es subjetiva y no objetiva”.<sup>74</sup>

Dice Ortega y Gasset en “una introducción a una estimativa”, que a la esencia de la verdad son indiferentes las vicisitudes del sufragio universal. La coincidencia de todos los hombres en una misma opinión no daría a ésta un quilate más de verdad.

---

<sup>73</sup> .-Thompson, Dennis, “La ética política y el ejercicio de cargos públicos”, Barcelona, Gedisa, 1998. Cit. pag. 19.

<sup>74</sup> .-Gauthier, David, “La Moral por Acuerdo”, Gedisa, Barcelona 1994. Cit. pág. 46.

La corrupción es un fenómeno difundido, en diversos grados, en todo el mundo, con alcances temporales de enorme antigüedad. Las diferencias entre los países y los tiempos están, sin embargo, no sólo en el grado sino en la difusión social y en la reacción del resto de la comunidad ante el fenómeno. En algunos ámbitos, por ejemplo en numerosos países de Iberoamérica, hay cierta admiración por la corrupción como una expresión de inteligencia, de habilidad para vivir.

La conducta de los seres humanos incursos en la corrupción tiene varios actores que desempeñan distintos roles: los repartidores (más activos y pasivos), los beneficiarios (beneficiados y gravados), los objetos (a menudo dinero y favor social), la forma (camino previo para llegar al reparto) y las razones (móviles, razones alegadas y razones sociales).

En cuanto a los repartidores, la corrupción suele abarcar distintos ámbitos: constituyentes, legisladores, administradores, jueces, partidos, organizaciones no gubernamentales, etc.

Desde la perspectiva de los beneficiarios, la corrupción beneficia a sus protagonistas, pero causa perjuicio general, quizás sobre todo a los sectores con menos recursos.

El beneficio con que se corrompe es con frecuencia el dinero, pero puede ser cualquier otro que sirva al sujeto corrupto (cargos, promociones, favores sexuales, etc.).

La forma en que se llega a la corrupción va, desde la negociación y el proceso hasta la mera adhesión y la mera imposición.

Acerca de las razones, es significativo saber los móviles más o menos aceptables o inaceptables de la corrupción, las razones que se alegan para realizar los actos corruptos y la razonabilidad social que en su caso pueden alcanzar los actos corruptos.

La corrupción resulta más grave cuando llega a convertirse en “ejemplar” para el conjunto social. La corrupción puede producirse por acuerdo de corruptos y corruptores, siempre implica un despliegue de poder para los otros interesados que no participan de ella.

“La corrupción tiende a quebrantar la previsibilidad, la solidaridad y el orden. Una sociedad corrupta se hace en gran medida imprevisible. La corrupción ejemplarizada tiene destacada gravedad. El desorden de los repartos es

anarquía y produce el “disvalor” arbitrariedad. La corrupción produce, en consecuencia arbitrariedad”.<sup>75</sup>

### **9.3.-Corrupción en las decisiones jurídicas**

Poco abordado es el caso de la “desviación-corrupción” en las decisiones jurídicas. Mucho se habla de “corrupción en las personas”, en los decisores, pero poco se explica sobre las formas, generalmente consistentes en argumentaciones que encubren disvalores, pero suelen ser profundamente “persuasivas”.

Podríamos señalar este tipo de corrupción en lo que Alejandro Tomasini Bassols denomina: Legalidad absurda e Impartición de justicia viciada.

Legalidad absurda: La activa creación de corrupción se genera básicamente en el hecho que el ordenamiento jurídico de lugar a situaciones de injusticia. La normatividad vigente genera reacciones de descontento. Cuando el marco jurídico es insensato, la gente se pregunta: ¿Qué sentido tiene vivir en armonía con la ley, si se puede actuar al margen de ella?. Si el ciudadano encuentra que la lógica y el sentido común chocan con la legalidad imperante, entonces seguirá su sentido común y no la ley.

Impartición de justicia viciada: Una vez desencadenada la corrupción se manifestará de manera sistemática, a mayor corrupción y deshonestidad, mayor “evolución desviada”.

Las consecuencias serán las asimetrías sociales injuriosas, la corrupción surge de la inversión del principio de igualdad, entonces diremos “no somos iguales ante la ley”.

La corrupción requiere dos enfoques, uno institucional y otro de corte individual.

En el institucional, la persona corrupta es descripta como aquella que en el marco de instituciones funcionando en un estado de derecho, en una sociedad estable, este individuo actúa al margen de la legalidad, exceptuándose de la ley, pues quiere ser un privilegiado.

---

<sup>75</sup> Caldani Ciuro, Miguel Angel, “Filosofía de la corrupción”, [www.centrodefilosofia.org.ar/](http://www.centrodefilosofia.org.ar/) Rev. del Centro I.F.J.y F.S. N° 30.Cit.pág.31.

En el aspecto individual, serán la ignorancia y la inmoralidad (entendida como egoísmo y cinismo), el terreno propicio para “cultivar” un individuo corrupto.

En el terreno argumental, será corrupción la utilización “moraloide” de la semántica. “Esta consiste en dotar a la frase de sentido moral. La idea sería que al usarla la gente se detuviera porque el mero contacto auditivo con ella le haría pensar en algo sublime, digno de respeto superior”.<sup>76</sup>

Pero de la ley, no emana justicia por su sola lectura, ni por el hecho de que sus operadores “digan” mediante sus sentencias que en ellas se ha desarrollado un razonamiento jurídico que traduce el contenido de justicia que la ley posee. Nuevamente citaremos al profesor Bassols cuando dice que tal proceder implica un problema de interpretación, porque la frase aunque se desgaste es buena, “pero si la lectura moralizante es errada, entonces ¿Cuál es buena? ¿Qué es al final de cuentas eso del “imperio de la justicia”?”.<sup>77</sup>

La argumentación, puede estar al servicio de la justicia, pero aquélla al ser un instrumento poderoso de persuasión, no siempre nos muestra el camino, sino muchas veces su “desvío”, el cual puede ser percibido por el auditorio o no.

La fascinación que despertó en algunos sectores la “solución correcta de Dworkin”, parece echar por tierra problemas lingüísticos conocidos por todos: que las expresiones lingüísticas son oscilantes, dependiendo de quienes las utilicen, que el uso varía según las convenciones de época respecto al sentido, que los sentidos de los términos no son unívocos incluso utilizados dentro del mismo discurso, siendo esto así no puede asegurarse una única solución “correcta”, ni una única interpretación “verdadera” del discurso.

A Dworkin le parece un argumento contundente, el hecho de que cada jurista, cuando presenta sus razonamientos y conclusiones sobre un caso,

---

<sup>76</sup> Bassols Tomasini, Alejandro, “Reflexiones sobre la corrupción en México”, (Ensayo presentado para el concurso sobre corrupción) publicado en La Gaceta UNAM en septiembre 2003.Cit.pág.20.

<sup>77</sup> Op.cit.pág.20

se halle muy convencido “el mismo” y así proporciona la “única respuesta correcta” admitida por el discurso jurídico para el caso.

Esto es groseramente manipulable, así lo expresa el profesor Haba, en relación a lo que denomina el “bluff Dworkin” : “Argumento bien ”serio”, a todas luces. No menos que este otro: el planeta tierra es llano e inmóvil, sin duda...¿o ignora usted que sus habitantes no lo ven esférico o elipsoide, ni lo sienten moverse bajo sus pies?”.<sup>78</sup>

Debemos clarificar dónde situamos el problema de la corrupción en la argumentación, dónde se genera el “desvío”, o quizás debamos preguntarnos ¿En quién?...

Citaremos a John Ackerman (UNAM): “El comportamiento honesto a favor del interés público nunca nace espontánea o naturalmente del buen corazón de los funcionarios públicos, ciudadanos o empresarios. Es el resultado de un proceso arduo, con frecuencia conflictivo, de diseño institucional”.<sup>79</sup>

La corrupción obstaculiza la prestación de los servicios públicos, la cual deviene ineficaz y la ineficacia en el terreno de los operadores jurídicos se traduce en “injusticia”.

No debemos incurrir en el reduccionismo de entender la corrupción como “enriquecimiento ilícito” solamente, ni tampoco abordar el tema como un fenómeno circunscripto a la “gestión pública”, en la cual el único rol posible para combatirla sería el control y la sanción.

Hay finas distinciones por realizar en este tema, al decir de los norteamericanos “first mover”: ¿Quién corrompe? ¿El servidor público o el ciudadano?.

---

<sup>78</sup> Haba, Enrique, “Rehabilitación del no-saber en la actual teoría del derecho. El bluff Dworkin”, Doxa-24(2001).Cit.pág.177.

<sup>79</sup> Ackerman, John.M, “La nueva agenda para el combate de la corrupción en México” (Ponencia presentada en la Primera Conferencia Internacional sobre corrupción y transparencia, Laboratorio de documentación y análisis de la corrupción y la transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales UNAM, ciudad de México 23-25 de marzo de 2006.Cit.pág.4.

Es un tema sumamente interesante, poco explorado y curiosamente “obvio”, puesto que ya Aristóteles había estudiado el problema, cuando en expresa referencia a la corrupción en la polis, mientras los debates giraban en torno del desempeño del “gobernante”, él decía: “No nos olvidemos del ciudadano, pues el gobernante no es más que uno de nosotros que accedió al poder”. Muchos autores gustan distinguir entre “pequeña y gran corrupción”, esto nos resulta tragicómico, es como hablar del “pequeño corrupto” y distinguirlo del “gran corrupto”, lo cual es inadmisiblemente lógica, ética, argumental y filosóficamente hablando.

Volviendo al servidor público, el agente auténticamente virtuoso actúa sobre la base de un juicio verdadero y racional. La teoría aristotélica de las virtudes, debe, por tanto presuponer la distinción crucial entre lo que tiene por bueno para sí cualquier individuo en particular en cualquier tiempo en particular y lo que es realmente bueno para él como hombre.

Alasdair MacIntyre ilustra de este modo: “Tales medios piden juicio y el ejercicio de las virtudes exige, por lo tanto, la capacidad de juzgar y hacer lo correcto, en el lugar correcto, en el momento correcto y de la forma correcta. El ejercicio de tal juicio no es una aplicación rutinaria de normas”.<sup>80</sup>

Soslayar la relación entre la virtud y la ley, es condenar la ley a la aplicación injusta. Si sostuvimos que corromper es desviar, ahora agregamos que desviar la justicia es deshonorar la ley.

Ejemplificaremos con un caso que comenta MacIntyre. Nos relata un conflicto entre la tribu india wampanoag y la ciudad de Mashpee, Massachusetts. Los indios wampanoag pretenden que sus tierras tribales les fueron ilegal e inconstitucionalmente expropiadas y luchan para que se les devuelvan (el caso acaba de decidirse contra la pretensión de los wampanoag mediante un veredicto del jurado notable sólo por su incoherencia). Esto será apelado, tardará y en ese lapso de tiempo el valor de la propiedad se depreciará, lo cual crea general penuria para los propietarios jubilados, que contaban con el dinero de la venta de sus propiedades para mudarse cerca de sus hijos. En este tipo de situación,

---

<sup>80</sup> .-MacIntyre, Alasdair, “Tras la virtud”, Barcelona, Crítica, 2004. Cit.pág.190.

¿Qué exige la justicia?, debemos poner de relieve que ninguno de los dos conceptos de justicia avanzados por los filósofos morales contemporáneos nos da soluciones. John Rawls argumenta que las desigualdades sociales y económicas deben resolverse de modo que se produzca el mayor beneficio para los desfavorecidos y Robert Nozick afirma que las posesiones de una persona son justas si su propiedad viene avalada por la justicia de su adquisición y transferencia. Pero el problema de Mashpee concierne a un período de tiempo en que no sabemos ni quién posee justos títulos para adquirir y transferir, porque esto es precisamente lo que debe decidir el tribunal, ni cuál es el grupo menos favorecido de Mashpee, dado que eso resultará como consecuencia del fallo. Si se produce de una manera, los wampanoag resultarán el grupo más rico de Mashpee; si no, seguirán siendo el más pobre. No obstante, una solución justa fue propuesta: que todos los terrenos de un acre o menos ocupados por una vivienda se exceptúen de la demanda (no fue aceptada). Sería difícil presentar esto como la aplicación de una norma; en realidad se ideó, porque ninguna aplicación de normas podía hacer justicia a los pequeños propietarios. La solución es resultado de un difícil e ingenioso razonamiento. Juzgar “kata ton orthon logon” (de acuerdo con la recta razón en “Ética Nicomaquea”) es, en realidad, juzgar sobre más o menos y Aristóteles intenta usar la noción de un punto medio entre el más y el menos para dar una caracterización general de las virtudes: la justicia está entre cometer o padecer injusticia. Un vicio debe atender las circunstancias. Por tanto el juicio, tiene un papel indispensable en la vida del hombre virtuoso, que no es lo mismo que el hombre, mero obediente de la ley.<sup>81</sup>

Volvemos al principio y a Aristóteles, pues la virtud central es la phrónesis, caracterizada por saber lo que le es debido y tener orgullo en reclamar lo que se le debe, que viene a ser lo mismo que saber ejercer el juicio en casos particulares. Si bien la phrónesis es una virtud intelectual, sin ella no pueden ejercerse las virtudes del carácter. Las virtudes intelectuales se adquieren por enseñanza y las de carácter por el ejercicio habitual. “El ejercicio de la inteligencia práctica requiere la presencia de las virtudes de

---

<sup>81</sup> Op.cit. ver.comentario Alasdair MacIntyre Cap.12.

carácter; de otro modo degenera o resulta ser solamente un género de astucia susceptible de enlazar medios para cualquier fin, antes que para aquellos fines que son auténticamente buenos para el hombre”.<sup>82</sup>

#### **9.4.- Lo virtuoso no requiere persuasión**

Persuadir es una palabra que si nos atenemos a su significado lexicográfico, refiere al inducir con razones o fundamentos. Pero su utilización, muchas veces lo es en un sentido “pícaro”, el cual sugiere un manejo particular de lo sutil y en ocasiones una “manipulación” del juicio del persuadido. Puede entonces la persuasión utilizarse para “disfrazar” e inducir a engaño. No es de extrañar, entonces, que el despliegue eficaz de la persuasión, realice justicia en “apariencia” y la funde con el disfraz de lo racional, cuando en realidad tras ella, hábilmente se disimula corrupción, siendo esta última un recurso y un proceder.

En la primera visión, la corrupción referida como un recurso expeditivo, se utiliza para acelerar los procesos y, por tanto, el corrupto es “un experto en atajos”. Esta característica racional por excelencia sustrae al corrupto del orden de la inadvertencia, siendo jamás inocente, pues siempre sabe lo que hace, está sujeto a la vigilia cognitiva, al darse cuenta.

Desde la segunda perspectiva, la corrupción es un proceder, un modo de hacer para obtener beneficios. Este proceder tiene una característica sustancial, que es la desviación respecto de una cierta normatividad, o sea, la obtención del beneficio, se lleva a cabo, al margen de la conducta normal. La desviación puede hacerse respecto a una norma jurídica o normas éticas. Surge dentro del ejercicio de una función asignada, donde el individuo corrupto intenta siempre encubrir activamente su comportamiento.

La corrupción se traduciría, por una parte, en la aparición de fuentes de poder alternativas, capaces de manipular la situación a favor del individuo que transgrede la norma e imponer otra norma alternativa en propio

---

<sup>82</sup> Op.cit.pág.195.

beneficio y, por otra parte, a una mayor tolerancia de la opinión pública frente a este tipo de acciones ilícitas.

La corrupción implica siempre un acto de deslealtad o hasta de traición con respecto al sistema normativo, pero esta valoración tiene un punto de referencia, la calidad ética del orden jurídico, la cual no puede ser conferida por el orden mismo sino sólo tomando en cuenta los principios y reglas de un sistema moral crítico o ética, éste último sistema, será así un sistema normativo justificante.

El destinatario del acto corrupto (quien corrompe) puede ir tras la obtención de algo para lo que tiene derecho en el orden jurídico, pero que, debido a la violación de una obligación por parte del decisor es sólo obtenible a través de un acto o actividad corruptora. Este decisor, por ejemplo, con actitudes lentificadas y dilatorias puede incumplir su obligación.

El corrupto necesita conservar su posición en el sistema, ya que es ésta la que le permite, ocupando un lugar de "legitimidad", gozar de ventajas adicionales. La ventaja así obtenida deviene "extraposicional", pues es externa a su natural actividad.

Con una mirada hacia la actividad práctica, el decisor corrupto, desde su posición legítima obtendrá ventajas de una manera selectiva violando discretamente sus obligaciones. Que sea discreto, no quiere decir que el efecto corrosivo sea menor, pues pocas cosas hay tan amenazantes al orden jurídico y destructivas del sistema moral, como la corrupción.

La corrupción consiste en "una violación de las reglas y de las normas asociadas a lo que se percibe como interés general en la sociedad política en un momento dado, en el curso de un intercambio clandestino entre los mercados social, político y económico".<sup>83</sup>

La convicción de que el Estado es siempre patrimonio de otros, hace que nadie se sienta obligado respecto de él, al contrario. La ausencia de hábitos

---

<sup>83</sup> Velasco, Demetrio, "corrupción pública e inmoralidad privada", en "Corrupción y ética", Cortina, A., Peces Barba, G., Velasco, Demetrio, Zarzalejos, J.A, número 9, universidad Deusto. 1996. Cit. pág. 42.

democráticos y del ejercicio de una responsabilidad político-pública, está en el corazón de una actitud que Ortega describe: “pervierte los usos y costumbres y lo más grave no son los abusos sino los usos”.

Llamaremos natural a la moral que le adjudicamos a todo hombre, para distinguirla de la moral posicional, esta última adquirida y relativa a la posesión de un cargo, por ejemplo el de decisor.

Al decir de John Rawls “También quien asume un cargo público está obligado con respecto a sus conciudadanos cuya confianza ha buscado y con quienes coopera en una sociedad democrática. De manera similar asumimos obligaciones, cuando nos casamos y cuando aceptamos posiciones en la justicia, en la administración o alguna otra autoridad. Adquirimos obligaciones a través de promesas y acuerdo tácitos y cuando participamos en un juego, es decir, la obligación de jugar de acuerdo con las reglas y ser un buen deportista”.<sup>84</sup>

El corrupto, entonces necesita conservar su actividad, la cual es percibida como racional, pues es la que ocupa según le indica el orden jurídico y a su vez viola ése mismo orden para obtener unos beneficios extraposicionales. Debe este decisor hacer jugar dos sistemas, uno legal (orden jurídico) y un subsistema de corrupción en su provecho.

Para Becquart-Leclercq (Universidad Lille II), podemos distinguir dos dimensiones del fenómeno:

.-Dimensión simbólica: adhesión retórica al orden jurídico, incluye el propósito de las leyes en la medida en que es definido por el legislador, independientemente de su aplicación práctica. Esto implica la negación de lo que H. L. A. Hart llama "punto de vista interno", es decir, la aceptación del sistema en el sentido fuerte de ver en él la justificación última de las obligaciones de todo decisor. Si, siguiendo también a Hart, se admite que el punto de vista interno de los decisores es condición necesaria para la estabilidad y hasta la existencia de un orden jurídico, el acto o la actividad corrupto(a) es antisistémico, disfuncional para el orden jurídico.

---

<sup>84</sup>Carbonell, Miguel, Vazquez, Rodolfo, coordinadores, “Poder, derecho y corrupción”, siglo XXI, Buenos Aires, 2003.Cit.pág.23.

.- Dimensión estratégica: red de complicidad basada en el acuerdo expreso o tácito entre corruptor y corrupto. Esta complicidad crea lazos de cooperación entre los beneficiarios del subsistema de la corrupción.

Esto genera alianzas de diferentes actores, los cuales juegan un juego de distribución, allí donde las reglas no lo prevén es decir, juegan el juego de la distribución con medios no permitidos. Donde unos esperan un tratamiento preferencial de sus deseos e intereses basados en relaciones de complicidad. Así, se produce una distorsión de los criterios de decisión impuestos por el orden jurídico sobre la base de relaciones de reciprocidad excluyentes, distorsionando inequitativamente las decisiones oficiales.

### **9.5.- La racionalidad del decisor no siempre es razonable**

Hemos tratado hasta ahora la racionalidad de los juicios, pero nada hemos dicho de la “racionalidad del decisor”. La “decisión” parte de un proceso en el cual el actor (decisor), enfrentado a un problema, se encuentra en situación de elegir. Elige sus preferencias, se propone objetivos, fija sus valores, selecciona sus ventajas. Luego busca las alternativas disponibles para responder el problema e identifica sus efectos y sus méritos específicos.

Seguidamente adopta un criterio de elección tan objetivo como sea posible; es decir, que permita determinar la mejor relación entre las ventajas y los inconvenientes de cada alternativa. La cantidad de alternativas disponibles será explorada finalmente con la ayuda de este criterio, y de allí saldrá la solución.

Postular un decisor (racional) es utópico, pues si actúa de modo racional, adopta un comportamiento en el que únicamente cuentan la verdad, la inteligencia y el saber como partes del proceso de actividades.

La teoría del decisor racional para Ives Meny y Jean Claude Thoenig descansa en estos postulados:

“- En cualquier circunstancia hay un criterio objetivo accesible a quien debe decidir y cuyo valor comparte todo el mundo, si es razonable;  
- Las preferencias no son ambiguas sino estables y explícitas;  
- El decisor conoce o puede conocer todas las alternativas posibles. El mundo es una casa transparente;  
- El decisor se comporta como puro intelecto, como una máquina inteligente. Nada lo moviliza, salvo el problema que gestiona”.<sup>85</sup>

Sabemos que solo podemos aspirar a una “racionalidad limitada”, pues nuestro utópico decisor racional se comporta como si se moviera en el mundo de la racionalidad triunfante o absoluta. Ningún condicionamiento cognoscitivo o político pesa sobre él y sobre su situación y muy por el contrario, la realidad, no es ideal, como nuestro decisor no es racionalidad absoluta. Quien decide, tropieza con mayores apremios. Las obligaciones que administra dependen de diversos factores: la información debe conseguirse, producto de una investigación, lo que implica transcurso de tiempo y dependencia de terceros que poseen la información. Por otra parte, no es evidente su asimilación. La información, al ser procesada por el decisor, pone en juego “su visión del mundo”, sus valores, su experiencia, los prejuicios de su educación, los cuales ha adquirido en su trayecto vital.

El decisor racional, evalúa alternativas, pero los individuos varían en su capacidad de administrar la complejidad.

Un proceso decisorio trae aparejado momentos de incertidumbre, presión y tensión, producto de la discusión intereses.

La capacidad del decisor para soportar psicológicamente la elección varía de forma considerable de una persona a otra.

“Durante la decisión, el actor maneja a la vez: un contenido, un problema; un proceso, una situación. La racionalidad absoluta no tiene sentido, salvo que se admita que encubre situaciones en las que la persona que decide se comporta como una máquina programada para la tarea pendiente de resolver. Pero éste no es el caso. Los compromisos ejercen una dura

---

<sup>85</sup> Meny Ives - Thoenig Jean Claude “Las políticas Públicas”, Ariel ciencia política, Barcelona, 1992.Cit.pág.140.

tiranía sobre el proceso, sobre la situación. Lo subjetivo, lo sectorial, lo no consensual o lo no reproducible por terceros constituye un dato esencial. Es cierto que hay racionalidad, pero se trata de una racionalidad limitada”.<sup>86</sup>

La ética posicional, de la que hablábamos anteriormente, se compone de las expectativas y los valores con los que el ciudadano presiona sobre una jerarquía, una función pública, un mandato. La presión social expresa su existencia, ante el decisor, por el hecho de ocupar esta función, este mandato, tiene que adaptarse a las esperanzas y a los valores de esa presión, salvo que se arriesgue a perder su estatuto, su credibilidad o incluso su situación. La presión social, la opinión pública genera un mecanismo de efectos conservadores y compromete poderosamente la elección de las alternativas.

Al decir de Douglas Price: “...a medida que las crisis de ingobernabilidad de las democracias incipientes latinoamericanas se han hecho más graves, el sistema de la política ha tendido a transferir sus responsabilidades al sistema de administración de justicia (fenómeno que ha dado en llamarse “judicialización de la política”).<sup>87</sup>

Se desvirtúa así, en las expectativas colectivas, lo que debe entenderse por función del juez, la cual consiste en adjudicar consecuencias normativas a conductas pasadas. Y se carga a la función judicial con la responsabilidad social, de que ése fallo no será considerado sólo como “un precedente”, sino que se lo eleva a la categoría de “...previsión de sus propias decisiones sobre conductas futuras de actores genéricos e indeterminados”.<sup>88</sup>

A veces parece generarse en la sociedad una confusión, que hace que el juez no sea visto como el responsable de la sentencia, sino como el culpable del litigio.

---

<sup>86</sup> Op.cit.pág.142

<sup>87</sup> Douglas Price, Jorge Eduardo, “La Decisión Judicial”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012. Cit.pág 286.

<sup>88</sup> Op.Cit.pág.287

## **9.6.-Lo razonable como justificación de la norma perversa**

Tema que debemos abordar para entender el “desvío normativo” que implica la corrupción, es el que Miguel Fernández Dols (Universidad Autónoma de Madrid), denomina “norma perversa”. En esta se ponen de manifiesto dos procesos normativos paralelos que no parecen responder a los mismos principios y que guardan unas relaciones sumamente ambivalentes, difíciles de explicar mediante un proceso lineal de creación y formalización de normas jurídicas. Las normas que representan el orden jurídico “son” y “no son” las normas para un determinado grupo. Ambos sistemas normativos, el “informal” y el estatal, pueden llegar a un grado tal de imbricación que conviven en un proceso que para unos observadores es parasitario y para otros, es inexistente.

En realidad no hay una escisión entre dos grupos que luchan por imponer normas opuestas: la existencia de la “norma perversa” descansa en el hecho de que existan unas normas jurídicas que vulnerar, para obtener de esa vulneración un determinado provecho. La sociedad, entonces ve como sus derechos se convierten en algo que no se les otorga, o se les otorga como un favor, lo cual constituye un “desvío”. La situación de “corrupción” no se generó así por “consenso activo”, sino por la existencia de normas jurídicas crónicamente “no cumplidas” pero “veladamente/discretamente” por el decisor.

La existencia, omnipresente, de una norma jurídica no cumplida, o mejor dicho “transgredida por interpretación forzada” del decisor. Una norma que, sin embargo, no es anulada y cobra, si cabe, más fuerza a medida que transcurre el tiempo, pues es ella, la medida de la transgresión.

Pretendemos deslizar la inquietud, respecto a la teoría de la argumentación, a las lógicas racionales y todo intento de ser categóricos respecto a la “decisión jurídica única correcta”, mostrar que esto es utópico, lo que queda siempre es “el decisor”, el cual puede manipular la norma

jurídica, canalizando intereses que distan de los colectivos originales, del bien común. La única lógica que se supone debe aplicar el decisor a la norma jurídica es la del provecho colectivo.

Los seres humanos no somos cognitivamente muy agudos a la hora de autoevaluar objetivamente el grado en que nuestra conducta es justa, correcta o incluso sensata.

Las personas juzgan los errores de los demás en términos trascendentales (como una manifestación de fallos intrínsecos al individuo) y los errores propios en términos banales (como una infeliz conjunción de circunstancias).

La norma perversa, tiene el efecto de desmoralizar a los ciudadanos, que observan, ya sea la incompetencia del decisor o el poco control de exigencia de la “ética posicional” que lo debe acompañar, generando una intensa crítica social, en un principio. Sostenida la crítica en el tiempo, sufre un desgaste y como dicta uno de los orígenes del filosofar: “el asombro”, se pierde y el ciudadano se acostumbra a la norma perversa, a la cual naturaliza. Siendo esto último caótico para la sociedad. La implicancia de que las sanciones administradas por el decisor sean arbitrarias, genera desconfianza hacia la autoridad y relajamiento general frente a las normas, causas de corrupción.<sup>89</sup>

“La corrupción, es, desde el punto de vista que hemos adoptado en nuestro equipo de investigación, una enfermedad de la racionalidad. No es, pues, una enemiga externa de la racionalidad, como las formas de poder que, equivocadamente, se confunden con la corrupción sino un problema

---

<sup>89</sup> .- Ver sobre el tema Fernández Dols, José Miguel-Oceja, Luis, V, “El reconocimiento de la norma perversa y sus consecuencias en los juicios de las personas”, universidad autónoma de madrid (dialnet).

interno, consustancial a los intentos, siempre imperfectos, de establecer un orden racional en una sociedad humana”.<sup>90</sup>

Quizás al jurista le cuesta abandonar el “paternalismo” o en términos de Rawls “la etapa de autoridad”, que no es más que una falta de madurez moral.

En la etapa de autoridad, Rawls, nos decía que es la primera etapa por la que atraviesa todo hombre en su desarrollo moral, es aquí donde “el niño” necesita del padre o tutor (la autoridad), para saber si una conducta es correcta o no. El niño necesita la aprobación del adulto para formarse en criterios morales, pues no tiene aún desarrollados esquemas complejos abstractivos que le permitan “decidir” por sí sólo. De allí la importancia que tiene en este estadio la entidad moral de la “la autoridad”, pues si la autoridad tiene parámetros inmorales, en este mismo sentido formará al niño.

Pero hecha esta digresión, a modo de comparar al niño, con la actitud tomada por el “decisor”, volvamos sobre este último. El decisor busca la adhesión, busca el consenso de un público, de un auditorio, para “compartir” su toma de decisión.

Esta actitud, es cuanto menos inmadura, pues si suponemos un adulto de una “moral principista”(Rawls), autónomo(Aristóteles), este adulto no puede pensar en función de si su decisión impactará y agrada al auditorio, sino que tiene que asumirse como sujeto autónomo moral y decidir “ir a las cosas” y producto de su propia e íntima convicción, elaborar sus argumentaciones, pensando en mostrarle a ese “auditorio universal”, que en realidad “existe y es real” que él logró encontrar por la vía racional/razonable conectar la norma, con el caso llevado a su conocimiento y “realizó justicia”. Pues de lo que se trata es de impartir justicia y no de ser demagógicos.

---

<sup>90</sup> .-Fernández Dols, José Miguel, “Corrupción: Lo Que Nunca Se Quiere Saber Pero Siempre Gusta Preguntar”, Universidad Autónoma de Madrid  
,<http://www.copmadrid.org/webcopm/publicaciones/juridica/1997/arti10.htm>.cit.pág.8.

Esto recuerda a Aristóteles cuando habla del significado de “ser autónomo moral”, en un ejemplo en el cual lo ilustra con el “honor”. Así dice el estagirita que es deseable buscar el “honor”, que nuestras conductas sean honorables, pero muchas veces el orden natural de las cosas se invierte y podemos confundirnos. Así está muy bien que honren las buenas acciones con “honores”, que podríamos traducir en aplausos del público, pero dista mucho de esto, el realizar determinadas acciones buscando “el aplauso”. La contrapartida de esto sería creer que el día que dejan de aplaudir, sería porque la conducta es disvaliosa. Una persona “moralmente autónoma” debe actuar moralmente en base a su convicción, si le dispensan “honores” (aplausos) por esto, será agradable, pero si no lo hacen no le debe interesar. La conducta tiene un valor intrínseco a ella, no por su reconocimiento externo.

## **9.7.-Conclusión**

Luego de analizar y comentar los distintos matices que los autores asignan a la Teoría de la Argumentación, postularé la “inversión” de la teleología de dicha Teoría, pues ella se “muestra como medio (camino) para alcanzar el fin (solución)”.

La inversión expuesta en esta Tesis, consiste en postular que la Teoría de la argumentación, no señala “el camino a la respuesta”, sino que una vez pensada una solución por el decisor, éste recurre a la Teoría de la argumentación, para “justificar”, lo a priori por él decidido.

La Teoría de la argumentación, no consiste en “el método” para hallar la “verdad”, ni mucho menos “la justicia”. Ella aparece a posteriori de la “decisión”, la cual siempre es a priori.

Al decir de Minor Salas, respecto a las corrientes actuales de la Teoría de la argumentación:“... distinguiendo entre tres vertientes básicas: la primera (catalogada como “muy optimista”) sostiene que los métodos jurídicos son esenciales para alcanzar una solución correcta y justa en el derecho; la segunda vertiente (considerada “no tan optimista”) alberga alguna esperanza de que dichos métodos sean útiles –ya no para encontrar la respuesta única–, pero sí para argumentar mejor; esto es, más racionalmente; finalmente, la tercera vertiente (denominada “nada optimista”) advierte que los métodos del derecho rara vez cumplen una tarea sustantiva que vaya más allá de la mera legitimación ulterior de las decisiones”.<sup>91</sup>

Para Alejandro Nieto (Profesor emérito de la Universidad Complutense de Madrid), asistimos a una confrontación de modelos, los cuales no giran en torno a “la facultad decisoria del juez” sino al “arbitrio judicial”, que no es lo mismo.

En el paradigma jurídico tradicional el orden jurídico positivo tiene una solución y sólo una para cada litigio; la actividad judicial tiene por objeto

---

<sup>91</sup> Salas, E. Minor, “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica :una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”, Isonomía N° 27, Universidad de Costa Rica, octubre 2007. Cit.pág 1.

encontrar dicha solución. Del éxito en el hallazgo de la misma, dependerá la corrección de la sentencia, de su fracaso, la obligación de corrección por el órgano superior.<sup>92</sup>

En el nuevo paradigma, la realidad indica, que el juez mediante el uso de su arbitrio, escoge ante una multiplicidad de soluciones correctas. Vuelvo a la clásica pregunta: ¿Qué es interpretar? y respondo : se trata de un acto de voluntad.

Las preconcepciones implícitas en la sociedad respecto al “prestigio” de determinadas profesiones, en especial las que conllevan a la función pública, ha cambiado.

Así como ha mutado en el ideario del ciudadano el concepto de “Legislador”, como identificado a “Prohombre”, a “mente Preclara”, también ha cambiado la imagen del “decisor”, al cual ya no se piensa en términos de “Hombre Ecuánime, Sabio y Templado”. El modelo paternalista ha caído en desuso, hoy la sociedad exige “unos” resultados, tiene unas expectativas de “justicia” (a menudo poco elaboradas), por las cuales presiona y no considera relevante las “calidades del juez” mientras éste, respete la voluntad colectiva.

Los binomios ley-legislador; juez-justicia, metáforas que hipostasiaban “una realidad que no era”, pero en la cual la gente creía, pues era alentada desde la concepción paternalista que indicaba que el legislador siempre dictaba la mejor ley en provecho del ciudadano y el juez siempre “sabía” dónde estaba la justicia para la comunidad, ya no son representativos de la mirada de la sociedad.

Arroja luz sobre esta cuestión Julio Cueto Rúa: “El legislador es una suerte de órgano de la comunidad, habilitado para notificar a quienes la integran el sentido que recibirán sus actos y omisiones.”<sup>93</sup> Mientras que respecto del juez comenta: “Su tarea principal consiste en formular un juicio normativo

---

<sup>92</sup> (Ver) Nieto, Alejandro, “El arbitrio judicial”, Barcelona, Ariel, 2000.

<sup>93</sup> Cueto Rúa, Julio, “El buen juez de primera instancia”, Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 4, número 8, 2006, ISSN 1667-4154, págs. 195-209. Cit.pág.197.

individual sobre los concretos comportamientos humanos constitutivos del litigio traído a su conocimiento para su resolución.”<sup>94</sup>

Del juez no puede esperarse nada más, NI NADA MENOS, que esto.

Al decir de Nieto:“...Los ciudadanos ya no se dejan impresionar por la magnificencia de los palacios de justicia, ni por la solemnidad de los oficios que allí se celebran. Saben que en los juzgados los dorados son falsos, los terciopelos están apolillados y algunas sentencias salen a subasta. Se ha despojado a los jueces de su toga y debajo de ellas han aparecido hombres de carne y hueso, que no valen de modelos sociales individuales y que resultan vulnerables a todo tipo de presiones: políticas, económicas, de corporación y de casta”.<sup>95</sup>

Así como Alexy sostiene la existencia de una “dimensión ideal” del derecho, cuando postula una conexión necesaria entre derecho y moral y esto es una característica cualificatoria, pero no definitoria. La identificación del juez como juez –justo, también es una característica cualificatoria, pues el binomio plantea una “dimensión ideal”. Clarificaré con un ejemplo de John Austin: “El tratado del Dr. Paley sobre Filosofía Política y Moral ejemplifica la tendencia natural de los intereses mezquinos y dominantes para desviar el curso de la investigación de su legítimo propósito. Con respecto a la media, este famoso e influyente escritor fue un hombre sabio y virtuoso. Por las cualidades de su mente y de su corazón, por el estilo de su talento y sentimientos, estaba en buenas condiciones para buscar la verdad ética y divulgarla con éxito. Tenía una inteligencia clara y recta, un sano desprecio por las paradojas y por las sutilezas inútiles; (...) Sin embargo, la nefasta influencia de la posición que desafortunadamente ocupaba paralizó sus generosos sentimientos y desvió la rectitud de su inteligencia.”<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup>Op.cit. pág.198.

<sup>95</sup> Cienfuegos Salgado, David, “Las otras visiones del arbitrio judicial(una visita a la obra de Alejandro Nieto)” en “Estudios sobre interpretación y argumentación jurídicas”, Baez Silva, Carlos, Cienfuegos Salgado, David, Guerrero Olvera, Sergio, instituto de investigaciones jurídicas UNAM, biblioteca jurídica virtual UNAM, ISBN 97860776679103.Cit. pág.64.

<sup>96</sup> Austin, J.L, “El Objeto de la Jurisprudencia”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.Cit.pág.93.

El “decisor” es un funcionario público, cuya profesión consiste en tomar decisiones sobre litigios ajenos, a veces sin conocer cabalmente los datos reales y sin disponer del tiempo ni los recursos jurídicos y materiales suficientes para sentenciar de un modo responsable. Es un hombre (varón/mujer) agobiado por el trabajo y las presiones, que hace lo que puede y en ocasiones las flaquezas de su humanidad, ceden ante las insuficiencias y presiones que la misma sociedad y la estructura del Estado le imponen.

El juez quiere objetivizar su labor apostando a una desmedida confianza en el “giro lingüístico” que inició cuando Wittgenstein sugirió el estudio del lenguaje previo “a toda forma de hacer filosofía”, muchos juristas creyeron entonces, encontrar en el estudio y análisis del lenguaje jurídico, todas las respuestas. Esto llevó, en mi opinión, a un exceso de expectativas puestas en el lenguaje y por ende en la palabra de la ley, pese a esto, hoy en día muchos juristas continúan en este pensamiento.

La tarea del juez es mucho más que “hacer jugar las palabras” con inteligencia, el juez no debe jugar sudoku con el orden jurídico.

Él entiende, siente y percibe: “De esta manera, así como el juez selecciona hechos, también selecciona normas para su aplicación al caso. El juez puede encontrar proposiciones normativas ambiguas y vagas, dotadas de varias significaciones posibles. Al dictar su sentencia, el juez despeja las incógnitas suscitadas por las variadas significaciones normativas.

“Transforma lo lógicamente posible en realidad individual y concreta.(...)”

El paso de la posibilidad a la realidad, insisto en toda sentencia con cualidad de cosa juzgada, acredita la función creadora del juez. Antes de la sentencia final estaba abierta la posibilidad de la selección fáctica y normativa. Con la sentencia final y definitiva, la posibilidad ha desaparecido. Una nueva situación jurídica ha sido creada por el juez.”<sup>97</sup>

Mientras Holmes (EEUU 1809-1894) se preguntaba ¿Qué hacen los jueces?, agrego a este interrogante, el siguiente: ¿Quiénes SON los jueces?.

---

<sup>97</sup> Cueto Rúa, Julio, “El buen juez de primera instancia”, Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 4, número 8, 2006, ISSN 1667-4154, págs. 195-209. Cit. pág. 200

Esta última pregunta no tiene por respuesta un nombre y un apellido, sino que al ser un interrogante de linaje filosófico, exige una respuesta del mismo nivel ontológico.

La ocupación del “decisor”, su trabajo, no es aquéllo en lo que consiste el mismo, sino en lo que para él consiste. Al decir de Ortega, cuando alguien nos dice que “está muy ocupado”, suele darnos a entender que tiene en suspenso su verdadera vida. El que trabaja, espera así ganar con ello un día la liberación de su vida, ése día comenzará a vivir de verdad. Frente a la vida “como trabajo”, se erige la vida como “delicia y felicidad”. Este tema es de mayúscula importancia para el tema que nos ocupa, pues en las ocupaciones “felicitarias”, se revela la vocación del hombre. Luego de Aristóteles, para quien la felicidad conlleva esfuerzo, la filosofía dejó de elaborar teorizaciones sobre la felicidad.

¿Qué puesto tiene hoy en nuestra sociedad el “decisor”?

¿Es parte de la felicidad del “decisor”, su trabajo, pues es su vocación? O ¿Simplemente es un trabajo?.

El verdadero trabajo del “decisor” consiste en estar a la altura, en honrar el cargo que ocupa, pues su trabajo es de unas calidades especiales, él trabaja para “realizar justicia”. Un pasaje de la *Ética Nicomaquea* es oportuno ahora: “La justicia así entendida es la virtud perfecta, pero no absolutamente, sino con relación a otro. Y por esto la justicia nos parece a menudo ser la mejor de las virtudes; y ni la estrella de la tarde ni el lucero del alba son tan maravillosos. Lo cual decimos en aquel proverbio: “En la justicia está toda virtud en compendio””.<sup>98</sup>

La justicia parece ser la única de las virtudes que es un bien ajeno, porque es para otro. Cuanta razón y cuan vigente está el dicho de Bías (de Priene filósofo griego siglo VI a.C): “el poder mostrará al hombre”. El juez es un hombre con poder, así como el Estado debe ser responsable cuando inviste a un hombre de éste, previo a esto, el hombre (futuro juez) debe ser responsable en sus aspiraciones.

---

<sup>98</sup>Aristóteles, “*Ética Nicomaquea*”, México,D.F, Editorial Porrúa, 1998. Cit.pág.59.

El que mira desde su actualidad una vida pretérita, ve junto a los problemas que la abrumaron las soluciones, mejores o peores, que estos problemas recibieron. De esto se deduce que toda vida pasada se presenta como más fácil, menos angustiosa que la actual, pues la solución la sabemos de antemano. Estos problemas han dejado de estar abiertos, pues la solución los cerró. Esta vida aparece completa y la actual por definición afronta el trabajo y el esfuerzo de lo incompleto. La justicia mecanizada falsifica el juicio en pos de lograr una sentencia. Para Recaséns, la Ley no contiene la decisión, sólo ofrece pautas para resolver los conflictos.

Existen múltiples actividades humanas en las que se involucran percepciones y razonamientos, sin que las mismas posean relevancia jurídica. Lo que caracteriza el acto de juzgar es el que esas percepciones y razonamientos se dirijan a obtener unas determinadas consecuencias jurídicamente relevantes. Por ello, las sentencias o fallos judiciales se denominan también: “decisiones”. El juez, tras percibir determinadas situaciones a través de sus sentidos, y tras su pertinente discernimiento racional establece lo que en Derecho procede para resolver un conflicto, reconocer un derecho o imponer una obligación. La decisión judicial exige, por tanto, un acto de voluntad por parte del juez a través del cual se pone fin a un proceso, mediante el establecimiento de lo que en Derecho procede. “Fija, de esta forma, la conclusión de una causa y lo que es, en términos procesales, la “verdad jurídica”, provisoria o definitiva, según asuma o no la calidad de cosa juzgada “. <sup>99</sup>

Para Genaro Carrió: “la labor de los jueces — no se desarrolla en el misterio sino a la vista de todo el mundo, y constituye un aspecto central del funcionamiento de cualquier sociedad organizada. Los miembros de la magistratura no se reclutan entre los iniciados de alguna secta esotérica... los fallos judiciales se publican...”<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Pérez Luño, Antonio, Universidad de Sevilla “¿QUÉ SIGNIFICA JUZGAR? “, Doxa 32 (2009).Cit.pág.170.

<sup>100</sup> Ver Carrió, Genaro, «Los jueces crean Derecho», Cit., pág. 80-81.

Esta publicidad, este perfil conocido del decisor, nos permite compararlo con el filósofo. Al decir de Ortega y Gasset, en referencia al trabajo del filósofo, que bien puede ser aplicado al del jurista y al del “decisor”, el “prestigio” es una operación social: “He ahí otra dimensión para la filosofía: la historia ondulante del prestigio y desprestigio del filósofo. Pocas investigaciones pueden revelarnos más secretos hondos de la historia humana como el intento de reconstruir la curva del destino social que ha gozado y sufrido el filósofo, la precisión sobre el puesto que en cada sociedad y en cada época correspondió al que filosofaba”.<sup>101</sup> En este sentido, ¿Qué puesto en esta sociedad y en esta época corresponde al juez?

La teoría del discurso sería característica de los regímenes democráticos de países desarrollados. Esto implica que con destacar los modelo de razonamiento que los juristas utilizan, es revelar la racionalidad o razonabilidad de sus decisiones, por este sólo hecho.

Autores como Dworkin sostienen que la tónica de Viehweg o la argumentación razonable de Perelman se erigen en las “soluciones” actuales, cuando en realidad les asigna una importancia que en el momento de su surgimiento no tuvieron.

Alexy sostiene mediante el despliegue de técnicas y fórmulas la posibilidad de “asegurar” la racionalidad procedimental de los discursos jurídicos.

Es difícil imaginar unos jueces u otros operadores del derecho puestos a recrear un “escenario ideal” en el cual aplicar modelos teóricos, previamente estudiados al caso que les llega a estudio.

El “wishful thinking” (pensamiento ilusorio) está presente en las propuestas de racionalización de la decisión jurídica, piénsese en la ilusión sostenida en un tipo de argumentación que postula que los juristas reales se parezcan a otros juristas supuestos e imaginarios tratando de persuadir a un auditorio también inexistente y que pretende equiparar a uno real, sería una “racionalidad putativa”, pues la realidad es que los juristas no son Andrew Wiles (matemático británico. Cambridge 1953), pero parece que muchos resienten no serlo.

---

<sup>101</sup> Ortega y Gasset, José, “Obras Completas” Tomo VI, Madrid, Taurus, 2006. Cit. pág. 154.

“Es errónea la noción de que el conocimiento sistemático de las proposiciones normativas genéricas es suficiente para el desempeño apropiado de la función judicial. Un juez que sólo conociera bien las proposiciones normativas generales y las teorías abstractas elaboradas a su respecto no habría ganado suficiente conocimiento del Derecho tal como se lo vive y se lo experimenta en la vida cotidiana de la Nación, y, en particular, de sus tribunales.”<sup>102</sup>

Para quienes ven la solución del conflicto en el método, el derecho es visto como un “tejido”, cuyas alternativas dependen de las preferencias específicas y contradictorias de los locutores concretos llamados a interpretarlo.

No creo que exista método para “hacer justicia”, pues al decir de Radbruch: “La interpretación jurídica es una mezcla indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivo y subjetivo. Radbruch 1970:15)”.<sup>103</sup>

## **9.8.-Mi Propuesta**

Mi propuesta posee una perspectiva netamente filosófica, como todo objeto de esta disciplina, es “obvio” y por esto mismo pasa muchas veces, inadvertido.

La manera de acercarnos a la justicia, es mediante un “decisor” virtuoso. Entonces no diremos como los realistas: Hay que mirar al juez, sino que nos situaremos en un estadio previo y allí preguntaremos: ¿Quién será juez? La inversión teleológica de la que hablábamos anteriormente consiste en enfocar al “factor humano” más que al “factor procedimental”.

Antes decíamos: Si el método es correcto entonces, cercanía a la justicia.

Ahora diremos: Si el juez es virtuoso entonces, cercanía a la justicia.

---

<sup>102</sup> Cueto Rúa, Julio, “El buen juez de primera instancia”, Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 4, número 8, 2006, ISSN 1667-4154, págs. 195-209. Cit. pág. 196.

<sup>103</sup> .-Haba, Enrique, “semiótica ilusionista y semiótica encantadora”, Doxa 23 (2000). Cit. pág. 182.

La formación de hombres (varón/mujer) probos será la alternativa a la decisión justa y generará condiciones desfavorables para el surgimiento y extensión de la corrupción.

Un juez debe ser versado en lo disciplinar, pero de igual importancia resultan los hábitos en los que templó su carácter, pues son ellos los que le permitirán razonar con claridad en la adversidad y llevar adelante su labor o apartarse de ella si lo cree pertinente, siendo éste último un acto de coherente responsabilidad. “Si las valoraciones vigentes en el seno de la comunidad no están a la altura de sus propias valoraciones, el juez siempre tiene a mano el remedio de su renuncia a la función judicial y la alternativa del camino político para modificar esa realidad.”<sup>104</sup>

La formación en el trayecto vital será la clave, en la etapa de Autoridad Rawlsiana, se habrán enseñado “valores”, pero los valores tienen polaridad, debemos asumir que muchos valores aprendidos no son los conducentes al “bien común”, como no lo son, aprender a pensar en categorías ajenas, siempre en términos de éxito individual, en detrimento de la comunidad.

Así como sostuve que: “la ley no opera justicia, por su sola mención”, ahora digo que “hablar de valores en abstracto, sin contenido, no realiza virtudes”. El “amor al lucro”, la “ambición desmedida” y el “trato despectivo”, son “valores” contraproducentes para la sociedad que se aprenden de manera asistemática, pero continua.

El mejor obstáculo para la corrupción, es formar en “valores”, pues éste es el camino a la “autonomía del ser” (Aristóteles), quien logra autonomía no se corromperá por tentaciones externas, pues encuentra la satisfacción en la interioridad del “ser” y no en la exterioridad del “tener”.

Seres que no saben vivir más que para sus requerimientos inmediatos e intereses privados, son las bases de ulteriores conflictos y el triunfo de la sinrazón moral.

---

<sup>104</sup> Cueto Rúa, Julio, “El buen juez de primera instancia”, Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 4, número 8, 2006, ISSN 1667-4154, págs. 195-209. Cit. pág. 200.

El profesor Bassols, señala que debe darse a la enseñanza de los Derechos Humanos la más amplia extensión. Quienes ocupan un puesto de poder, deben estar concientizados y sensibilizados respecto a determinados hábitos que su función requiere. Por ejemplo: Comprometerse a velar por que el dinero de las instituciones que dirigen sea empleado de manera socialmente útil. El desperdicio y el despilfarro no sólo no corresponden a su proceder, sino que es una forma de “mal educar a los “otros” (que observan e imitan). Reproduzco aquí una noticia que leí en Internet: “Estudiarán en hotel de lujo cómo se mide la pobreza”(sic), para debatir sobre medición multidimensional de la pobreza e indicadores de alerta temprana .” El encabezado, resulta chocante y lleva a reflexionar: ¿Qué pensarán quienes sufren la pobreza de ése encabezado?.

El juez debe ser virtuoso, además de ser académicamente sólido, pues es aquéllo, la prudencia (sabiduría) lo que le será de utilidad para percibir matices y sutilezas, en cada caso.

“La virtud y la justicia son lo mismo en su existir, pero en su esencia lógica no son lo mismo, sino que, en cuanto es para otro, es justicia, y en cuanto es tal hábito en absoluto, es virtud”.<sup>105</sup>

Mucho se declama el tema de “Derechos Humanos”, pero en su aplicación conceptual, el conocimiento de los mismos es muy reducido, incluso para quienes deberían saber más de ellos. Tuve oportunidad de asistir, el día 26 de junio de 2013, a una disertación en la ciudad de La Plata, “Derechos humanos y lucha contra la pobreza”, el expositor, Director de la Sección Española de Amnistía Internacional, Sr. Esteban Beltrán Verdes, explicó que la temática de los Derechos Humanos, se hallaba generalmente identificada, en el ideario general que la ciudadanía tiene de ella, limitada a temas relativos a violencia o vejaciones. Comentó que en realidad no se dimensiona, en su vastedad, extensión y riqueza conceptual, los Derechos Humanos. Desarrolló la estrechez conceptual del término “pobreza”, la cual se mide siempre en relación a una variable económica, como por ejemplo el ingreso per cápita, dijo. Cuando en realidad, quien no accede a un servicio

---

<sup>105</sup> Aristóteles, “Ética Nicomaquea”, México, D.F, Editorial Porrúa, 1998. Cit.pág.59

de salud, alimentación o educación, de calidad, es pobre. De igual modo considero “vacío” distinguir la “pobreza” de la “pobreza extrema”, distinción económica y no “humana”, pues quien es “pobre” padece y si un economista le dice: pero usted no está en la “pobreza extrema”, esta distinción en su vida es irrelevante, pues las discusiones semánticas no le cambian una “calidad de vida carente”.

La corrupción afecta Derechos Humanos, por ejemplo: quien comete un desfalco a la Nación, me afecta a mí en cuanto ciudadano y si el Estado no me protege de esa agresión (corrupción), entonces mis derechos humanos están siendo violados.

A los jueces les es posible producir resultados (realizar acciones tales como dictar sentencias, condenar, absolver, embargar bienes, ordenar restricciones, etc.) que tienen gran impacto sobre los intereses de los afectados y que a los que no somos jueces nos resultan simplemente imposibles de producir. El poder de los jueces es pues, un aspecto de la “realidad” del Derecho que es ineliminable y que a nadie le puede pasar inadvertido.

El juez teme valorar, le teme a ser juzgado por el “auditorio universal”. Los miedos del juez son, entre otros:

- .-El miedo a la pérdida de la neutralidad valorativa
- .-El miedo al subjetivismo
- .-El miedo a la imposición de la moral como consecuencia de abrazar el relativismo.

Pero como ilustra Aguiló Regla: “la exacerbación de la “conciencia jurídica formal” acaba generando un ideal de juez cuya principal función es la de aislar el razonamiento jurídico respecto del razonamiento moral general. Los deberes éticos del juez se ven, en consecuencia, no como una determinación o concreción de la moral general (como una moral aplicada), sino como una moral diferenciada que sólo adquiere pleno sentido por oposición a la moral general”.<sup>106</sup>

Al decir de Julio Cueto Rúa: “Sentencias judiciales bien fundadas y mejor escritas traen paz a la comunidad, pues el mensaje del juez dotado de

---

<sup>106</sup> Aguiló Regla, Joseph, “Dos concepciones de la ética judicial”, Doxa 32 (2009).Cit.pág.535.

adecuada capacidad expresiva pone de manifiesto la racionalidad de la decisión.”<sup>107</sup>

Siguiendo a Ortega, quien sostiene que todo lo que el hombre hace es utópico y no tiene sentido exigir su realización plena, como no tiene sentido cuando se camina hacia el Norte obstinarse en llegar al absoluto Norte que, claro está, no existe. De igual modo pretender haber encontrado la fórmula de la decisión justa, por cualquier método que se postule, es utópico. “Nuestra filosofía se convierte automáticamente en eslabón de la cadena báquica “cuyos miembros están todos ebrios”-decía Hegel-y tiende la mano al eslabón futuro, lo anuncia, postula y prepara. En los sitibundos desiertos de Libia se suele oír un proverbio de caravana, que dice así:”bebe del pozo y deja tu puesto a otro””.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Cueto Rúa, Julio, “El buen juez de primera instancia”, Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 4, número 8, 2006, ISSN 1667-4154, págs. 195-209.Cit. pág.206.

<sup>108</sup> Ortega y Gasset, José, “Obras Completas”Tomo VI, Madrid, Taurus, 2006.Cit.pág.171.

## **9.9 .-BIBLIOGRAFÍA**

**.-Ackerman, John.M**, “La nueva agenda para el combate de la corrupción en México” (Ponencia presentada en la Primera Conferencia Internacional sobre corrupción y transparencia, Laboratorio de documentación y análisis de la corrupción y la transparencia, Instituto de Investigaciones Sociales UNAM, ciudad de México 23-25 de marzo de 2006.

**.-Aguiló Regla, Joseph**, “Teoría General de las Fuentes del Derecho”, Barcelona, Ariel, 2000.

**.-Aguiló Regla, Joseph**, “Dos concepciones de la ética judicial”, Doxa 32 (2009).

**.-Alvarez Gardiol, Ariel**, “Pensamiento Jurídico contemporáneo”, Rosario, Ediciones AVI, 2009.

**.- Alexy, Robert**, “Teoría de la Argumentación Jurídica”, Lima, Palestra, 2007.

**.- Alexy, Robert**, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, 2º edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

**.-Alexy, Robert**, “Teoría del Discurso y Derechos Humanos”, Bogotá, Editora Universidad Externado de Colombia, 2004.

**.-Alexy, Robert**, “Tres escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

**.- Alexy, Robert /Bulygin Eugenio**, “La pretensión de corrección del derecho”, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2001.

**.- Alexy, Robert**, “El concepto y la validez del derecho”, Buenos Aires, Gedisa, 2008.

**.- Alexy, Robert**, “El concepto y la naturaleza del derecho”, Madrid, Marcial Pons, 2008.

**.-Alexy, Robert**, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, Doxa 5 (1988).

**.-Amor , Claudio**, “Rawls post Rawls”, Buenos Aires, Prometeo,2006.

- .-**Aristóteles**, “Metafísica”, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2004.
- .-**Aristóteles**, “Ética Nicomaquea”, México,D.F, Editorial Porrúa, 1998.
- .-**Aristóteles**, “La Política”, Buenos Aires, Editorial Clásicos Petrel, 1986.
- .- **Aristóteles**, “Acerca del Alma”, Buenos Aires, Losada,2004.
- .-**Aristóteles**, “Magna Moralia”, Buenos Aires, Losada, 2004.
- .-**Aristóteles**, “Tópicos”, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010.
- .-**Aseff, Lucía María**, “Argumentación Jurídica y Semiosis Social”, Rosario (Argentina), Editorial Juris, 2003.
- .-**Austin,J.L**, “Cómo hacer cosas con palabras”, Buenos Aires, Paidós, 2006.
- .-**Austin,J.L**, “El Objeto de la Jurisprudencia”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,2002.
- .- **Bassols Tomasini, Alejandro**, “Reflexiones sobre la corrupción en México”, (Ensayo presentado para el concurso sobre corrupción) publicado en La Gaceta UNAM en septiembre 2003.
- .-**Baumann, Gerd**, “El Enigma Multicultural”, Barcelona, Paidós, 2001.
- .-**Bentham, Jeremy**, “Los principios de la moral y la legislación”, Buenos Aires, Claridad, 2008.
- .-**Bergson,Henri**, “La evolución creadora”, Buenos Aires, Cactus, 2007.
- .-**Bergson,Henri**, “Materia y memoria”, ”, Buenos Aires, Cactus, 2007.
- .-**Blasco, Pedro Luis**, “La Justicia entre la moral y el derecho”, madrid, trota,2013.
- .-**Bobbio , Norberto**, “Estado, Gobierno y Sociedad”, México, D.F, Editorial Fondo de Cultura Económica,2004.
- .-**Bobbio, Norberto**, “El Existencialismo”, Santiago de Chile, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1998.
- .-**Bobbio, Norberto**, “La razón en el derecho(observaciones preliminares)”, Ponencia inaugural del congreso “La ragione nel diritto”, Bolonia, diciembre 1984.
- .-**Bochenski, I.M**, “La Filosofía Actual”, Mexico ,D.F,Fondo de Cultura Económica,1992.
- .-**Boisriou de Valentine y otros**, “¿Inactualidad del Bergsonismo?, Buenos Aires, Colihue, 2006.

- .-Bornia, Mónica Beatriz**, “Hommo Ethicus”, Buenos Aires, Anales-La Ley, 2007.
- .-Brentano, Franz-Natorp,Paul**, “Platón y Aristóteles”,Buenos Aires, editorial Quadrata, 2004.
- .-Buber, Martin**, “Imágenes del bien y del mal”, Buenos Aires, Lilmod, 2006.
- .-Bunge, Mario**, “Ética Ciencia y Técnica”, 2º edición, Buenos Aires,Editorial Sudamericana,1997.
- .-Bunge, Mario**, “Ciencia,Técnica y Desarrollo”,Buenos Aires,Editorial Sudamericana,1997.
- .-Bunge, Mario**, “Intuición y Razón”, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1996.
- .-Bunge,Mario**, “Las Ciencias Sociales en Discusión-una perspectiva filosófica”,Buenos Aires, Editorial Sudamericana,1999.
- .-Caldani Ciuro, Miguel Angel**, “Filosofía de la corrupción”, [www.centrodefilosofia.org.ar](http://www.centrodefilosofia.org.ar) / Rev. del Centro I.F.J.y F.S. Nº 30
- .-Calsamiglia,Albert**. “Postpositivismo”, DOXA 21-I (1998).
- .-Carpio, Adolfo**, “La Metafísica como Libertad y sentido”,Buenos Aires, Glauco,1998.
- .-Casaubon Juan.A**, “Historia de la Filosofía”, Buenos Aires, Abeledo – Perrot, 1994.
- .-Cassin, Bárbara**: “El Efecto Sofístico”, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- .-Changeaux-Jean Pierre/Ricoeur Paul**, “La Naturaleza y la Norma lo que nos hace pensar”,México, D.F, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2001.
- .-Carbonell,Miguel,Vazquez,Rodolfo**, coordinadores, “Poder,derecho y corrupción”, siglo XXI, Buenos Aires,2003.
- .- Cienfuegos Salgado,David**, “Las otras visiones del arbitrio judicial (una visita a la obra de Alejandro Nieto)” en “Estudios sobre interpretación y argumentación jurídicas”, Baez Silva, Carlos, Cienfuegos Salgado, David , Guerrero Olvera, Sergio, instituto de investigaciones jurídicas UNAM, biblioteca jurídica virtual UNAM, ISBN 97860776679103.
- .-Cortina.A, Peces, Barba, G,Velasco, Demetrio, Zarzalejos, J.A**,”Corrupción y ética”, número 9, universidad Deusto,1996.

- Cossio, Carlos**, “La Teoría Ecológica del Derecho”, 2º edición, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1964.
- Cossio, Carlos**, “La Plenitud del Ordenamiento Jurídico”, 2º edición, Buenos Aires, editorial Los Andes, 2005.
- Cossio, Carlos**, “El derecho en el derecho judicial”, Buenos Aires, El Foro, 2002.
- Cracogna,Dante**, “El tema de la moral y el derecho en Kelsen”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- Cueto Rúa, Julio**, “Derecho y moral en la concepción de Roscoe Pound”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- Cueto Rúa,Julio**, “El buen juez de primera instancia”, **Academia**. Revista sobre enseñanza del Derecho, año 4, número 8, 2006, ISSN 1667-4154, págs. 195-209
- Da Silveira, Pablo**, “Historia de Filósofos”, Buenos Aires, Editorial Punto de Lectura, 2002.
- Deleuze,Gilles**, “Lógica del sentido”, Buenos Aires, Piados, 2008.
- Dewey, John**, “Una Fe Común”, 1º edición, Buenos Aires, Editorial Losada, 2005.
- Descartes, René**, “Discurso del Método”, Buenos Aires, Longseller, 2006.
- Douglas Price, Jorge Eduardo**, “La Decisión Judicial”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2012.
- Doury, Marianne-Moirand Sophie**, “La argumentación hoy”, España, Montesinos, 2004.
- Dworkin, Ronald**, “Liberalismo, Constitución y Democracia”, Buenos Aires, Editorial La Isla de la Luna, 2003.
- Dworkin, Ronald**, “El Imperio de la Justicia”, Barcelona, Gedisa , 2005.
- Dworkin, Ronald**, “La Democracia Posible”, Barcelona, Paidós, 2007.
- Dworkin, Ronald/Hart, H.L.A**, “La Decisión Judicial”, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005.
- Farrell, Martín Diego**, “Ética en las relaciones internas e internacionales”, Barcelona, Gedisa,2003.
- Farrell, Martín Diego**, “Privacidad, autonomía y tolerancia”, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.

- Fernandez Dols, José Miguel**, “Corrupción: lo que nunca se quiere saber pero siempre gusta preguntar”, Universidad Autónoma de Madrid, <http://www.copmadrid.org/webcopm/publicaciones/juridica/1997/arti10.htm>.
- .- Fernández Dols, José Miguel-Oceja, Luis,V**, “El reconocimiento de la norma perversa y sus consecuencias en los juicios de las personas”, universidad autónoma de madrid (dialnet).
- .-Ferrater Mora , José**, “Diccionario de Filosofía abreviado”, 25º edición, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 2004.
- .-Feteris, Eveline T**, “Fundamentos de la Argumentación Jurídica”, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- .-Finnis, John**, “Ley Natural y Derechos Naturales”, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 2000.
- .-Fiss, Owen M**, “La ironía de la libertad de expresión”, Barcelona, Gedisa, 1999.
- .-Fronzizi,Risieri**, “¿Qué son los Valores?”, 6º reimpresión, México, D.F, Editorial Fondo de Cultura Económica, 1986.
- .-Fronzizi,Risieri**, “Introducción a los problemas fundamentales del hombre”, México, D.F, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2004.
- .-Fustel De Coulanges**, “La Ciudad Antigua”, México D.F, Porrúa, 2007.
- .-García Amado, Juan Antonio**, “La Filosofía del derecho de Habermas y Luhmann”, Buenos Aires, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- .-García Amado, Juan Antonio**, “Tópica, derecho y retórica jurídica”, Doxa 4 (1987).
- .-García Morente**, “La filosofía de Henri Bergson”, Madrid, Encuentro, 2010.
- .-Gardner, Howard**, “Inteligencias Múltiples”, Paidós, Buenos Aires, 2008.
- .-Gauthier, David**, “La Moral por Acuerdo”, Gedisa, Barcelona 1994.
- .-Gauthier, David**, “Egoísmo, moralidad y sociedad liberal”, Barcelona, Paidós, 1998.
- .-Ghirardi,Olsen**, “Introducción al razonamiento forense”, Dunken, Buenos Aires, 2003.
- .-Ghirardi,Olsen**, “Lecciones de Lógica del Derecho”, Córdoba.
- .-Ghirardi,Olsen**, “Teoría y Práctica del Razonamiento Forense”, Córdoba, Advocatus, 1999.

- .-Goldschmidt,Werner**, “Introducción Filosófica al Derecho”,6º edición, Buenos Aires, Editorial Depalma,1987.
- .-González-Sandoval Buedo**, José, “El método de la razón vital” , sociedad de filosofía de la región de Murcia  
www.um.es/sfrm/publicac/pdf.../n2.../esp\_02\_arti\_met\_gonsan.pdf
- .-Haba, Enrique**, “semiótica ilusionista y semiótica encantadora”, Doxa 23 (2000).
- .-Haba, Enrique**, “Rehabilitación del no-saber en la actual teoría del derecho. El bluff Dworkin”, Doxa-24(2001).
- .-Haba, Enrique**, “Debate sobre teoría de la argumentación: avatares de lo «racional» y lo «razonable», cuando son eximidos de tener carnet de identidad (como también sobre unos ecos, en Teoría del Derecho, de la perenne dicotomía entre «El científico y el político»”,Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 14, 2011, pp. 239-316 D.L. M-32727-1998 ISSN 1575-7382.
- .-Habermas, Jürgen**, “La ética del discurso y la cuestión de la verdad”, Buenos Aires, Editorial Paidós, 2004.
- .-Habermas,Jürgen**, “El Futuro de la Naturaleza Humana”, Buenos Aires,Paidós,2004.
- .-Hart, H.L.A**, “Derecho, Libertad y Moralidad”, Madrid, Dykinson, 2006.
- .-Hart, H.L.A**, “El concepto de derecho”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.
- .-Heidegger, Martin**, “El Ser y El Tiempo”,6º reimpresión, Buenos Aires, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2006.
- .-Heidegger, Martin**, “Los Problemas Fundamentales de la Fenomenología”, Madrid,Editorial Trotta, 2000.
- .-Heidegger, Martin**, “La Pobreza”, Buenos Aires, Amorrortu, 2006.
- .-Heráclito, Parménides, Empédocles**,“Textos Presocráticos”,Ediciones Edicomunicación, Barcelona,1995.
- .-Herrera,María-De Greiff,Pablo**, “Razones de la Justicia, Homenaje a Thomas Mc Carthy”, México, Universidad Autónoma de México, 2005.
- .-Hierro Liborio L.** (Universidad Autónoma de Madrid), “Justicia Global y Justicia Legal ¿Tenemos derecho a un mundo justo?”, Doxa 32(2009).

- .-Holmes, Stephen-Cass, Sunstein**, “El costo de los derechos”, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- .-Hume, David**, “Investigación sobre los principios de la moral”, Alianza, Madrid, 2006.
- .-Husserl, Edmund**, “Invitación a la fenomenología”, Paidós, Barcelona, 1998.
- .-Husserl, Edmund**, “La filosofía como ciencia estricta”, Nova, Buenos Aires, 1981.
- .-Ingenieros, José**, “Las Fuerzas Morales”, Buenos Aires, Editorial AGEBE, 2004.
- .-Jacques, Amadeo**, “El Sueño Democrático de la Filosofía”, Buenos Aires, Colihue, 1998.
- .-Jameson, Fredric**, “El giro cultural”, Buenos Aires, manantial, 2002.
- .-Jaeger, Werner**, “Paideia”, decimoséptima reimposición, México, Fondo de Cultura Económica, 2004
- .-Jullien, Francois**, “Conferencia sobre la Eficacia”, Buenos Aires, Katz, 2006.
- .-Jullien, Francois**, “Nutrir la vida”, Buenos Aires, Katz, 2007.
- .-Jünger Ernst-Heidegger Martin**, “Acerca del Nihilismo”, Barcelona, Editorial Paidós, 1994.
- .-Kant, Inmanuel**, “Crítica de la Razón Práctica”, 5º edición, Buenos Aires, Editorial Losada, 1990.
- .-Kant, Inmanuel**, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, Madrid, Col. Austral. Espasa Calpe, 1990.
- .-Kant, Inmanuel**, “Cómo orientarse en el pensamiento”, Buenos Aires, Quadrata, 2006.
- .-Kant, Inmanuel**, “Pedagogía”, Madrid, Akal, 2003.
- .-Kant, Inmanuel**, “Teoría y Práctica”, Buenos Aires, Prometeo, 2008.
- .-Kelsen, Hans**, “Teoría Pura del Derecho”, 13º edición, México, Porrúa, 2003.
- .-Kelsen, Hans**, “Teoría del Pura Derecho”, Buenos Aires, Eudeba, 1983.
- .-Kelsen, Hans**, “Teoría General de las normas”, México, trillas, 2007.
- .-Kitto.D.F**, “Los Griegos”, Buenos Aires, Eudeba, 2007.

- Klimovsky, Gregorio**, “Las desventuras del conocimiento científico”, Buenos Aires, AZ, 1999.
- Korn , Alejandro**, “De San agustín a Bergson”, Buenos Aires, Editorial Nova, 1959.
- Korn ,Alejandro**, “Sistema Filosófico, Buenos Aires, Editorial Nova, 1959.
- Korn, Alejandro**, “La Libertad Creadora”, octava edición, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1963.
- Kwame, Anthony Appiah**, “Cosmopolitismo, la ética en un mundo de extraños”, Buenos Aires, Katz, 2007.
- Laclau, Martín**, Conferencia pronunciada el 3/X/1990 en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, inaugurando el ciclo sobre Derecho y Moral, organizado por la Sección Teoría General de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.
- Laclau, Martín**, “La Historicidad del Derecho”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- Laclau, Martín**, “Conducta, Norma y Valor”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999.
- Ladrière, Jean**, “La Ética en el Universo de la Racionalidad”, San Miguel de Tucumán, Colección Filosofía, 2006.
- La Torre, Massimo**. “Derecho y Teoría del Derecho. Tendencias Fundamentales”. Cap. XII libro: “Tendencias Actuales del Derecho”, Soberanes Fernández, José Luis, compilador, México. Fondo de Cultura Económica, 2º edición, 2001.
- Lerín Riera, J** “Ortega y el método”, en J. San Martín, Ortega y la Fenomenología. UNED, Madrid, 1992
- Locke, John**, “Carta sobre la Tolerancia”, Buenos Aires, Editorial Gradifco, 2005.
- Lorenzano, Julio César**, “La Estructura del Conocimiento Científico”, Buenos Aires, Zavalía, 1996.
- Luhmann, Niklas**, “Sistemas Sociales”, Barcelona, Centro Editorial Javerino, 1998.
- Lyons, David**, “Ética y Derecho”, Barcelona, Editorial Ariel, 1989.
- Lyotard, Jean-François**, “Lo Inhumano”, Buenos Aires, Manantial, 2003.

- .-**Lyotard, Jean-François**, “¿Por qué filosofar?”, Barcelona, Paidós, 2004.
- .-**MacIntyre, Alasdair**, “Tras la virtud”, Barcelona, Crítica, 2004.
- .-**MacIntyre, Alasdair**, “Historia de la Ética”, Barcelona, Paidós, 2006.
- .-**Maliandi, Ricardo**, “Ética, conceptos y problemas”, Buenos Aires, Biblos, 2004.
- .-**Marías, Julián**, “Introducción a la Filosofía”, 3º edición, Madrid, Editorial Alianza, 1985.
- .-**Marías, Julián**, Obras. (V). Revista de Occidente, Madrid, 1960.
- .-**Maritain, Jacques**, “Lecciones Fundamentales de la Filosofía Moral”, Buenos Aires, Editorial Club de Lectores, 1981.
- .-**Maritain, Jacques**, “Los Grados del Saber, distinguir para unir”, Buenos Aires, Club de Lectores, 1978.
- .-**Maritain, Jacques**, “La Persona y el Bien Común”, Buenos Aires, Club de Lectores, 1981.
- .-**Maritain, Jacques**, “De Bergson a Santo Tomás de Aquino”, Buenos Aires, Club de Lectores, 1983.
- .-**Meny Ives - Thoenig Jean Claude** “Las políticas Públicas”, Ariel ciencia política, Barcelona, 1992.
- .-**Mora Sifuentes, Francisco M.**, “Un intento de caracterización del positivismo jurídico incluyente”, Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid, Número: 9 Año: 2010.
- .-**Moro, Tomás**, “Utopía”, Barcelona, Editorial Edicomunicación, 1994.
- .-**Nieto, Alejandro**, “El arbitrio judicial”, Barcelona, Ariel, 2000.
- .-**Nietzsche, Friedrich**, “Más allá del Bien y del Mal”, 2º edición, Buenos Aires, Alianza Editorial, 1993.
- .-**Nietzsche, Friedrich**, “Así hablaba Zaratustra”, Buenos Aires, Editorial Siglo Veinte, 1985.
- .-**Ortega y Gasset, José**, “Entorno a Galileo (1933, Conferencia)”, 1º edición, Madrid, editorial Biblioteca Nueva, 2005.
- .-**Ortega y Gasset, José**, “¿Qué es Filosofía?-Unas Lecciones De Metafísica, cuarta edición, Editorial Porrúa, México, D.F, 1998.
- .-**Ortega y Gasset, José**, “La Rebelión de las Masas”, Barcelona, Editorial Biblioteca de los grandes pensadores, 2004.

- Ortega y Gasset, José**, “Los escritos de Ortega y Gasset en la Nación”, Buenos Aires, La Nación, 2005.
- Ortega y Gasset, José**, “Estudios sobre el Amor”, Madrid, Edaf, 2005.
- Ortega y Gasset, José**, “El Espectador”, Madrid, Edaf, 2004.
- Ortega y Gasset, José**, “Espíritu de la Letra”, Madrid, Revista de Occidente, 1958.
- Ortega y Gasset, José**, “Estética de la Razón Vital”, Buenos Aires, La Rreja, 1956.
- Ortega y Gasset, José**, “Obras Completas” Tomo III, Madrid, Taurus, 2005.
- Ortega y Gasset, José**, “Obras Completas” Tomo VI, Madrid, Taurus, 2006.
- Ortega y Gasset, José**, “Obras Completas” Tomo VII, Madrid, Taurus, 2007
- Perelman, Chaim-Tyteca Olbrechts**, “Tratado de la Argumentación”, Madrid, Gredos, 2006.
- Pérez Luño, Antonio Enrique**, “Los clásicos españoles del derecho natural y la rehabilitación de la razón práctica”, Doxa-12 (1992).
- Pérez Luño, Antonio**, Universidad de Sevilla “¿Qué significa juzgar? “, Doxa 32 (2009).
- Pettoruti, Carlos Enrique**, “Seis filósofos en busca de un lector”, Córdoba, Lerner, 2012.
- Platón**, “República”, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 1985.
- Platón**, “Diálogos”, Buenos Aires, Editorial Bureau, 2000.
- Platón**, “El Banquete”, Buenos Aires, Editorial Quadrata, 2004.
- Przeworski, Adam**, “Qué esperar de la democracia”, Buenos Aires, siglo XXI, 2010.
- Popper, Karl**, “El Cuerpo y la Mente”, Barcelona, Paidós, 2002.
- Portela, Jorge Guillermo**, “La Justificación Iusnaturalista De La Desobediencia Civil y De La Objeción de Conciencia”, Buenos Aires, EDUCA, 2005.
- Portela, Jorge Guillermo**, “Una introducción a los valores jurídicos”, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2008.
- Portela, Jorge Guillermo**, “La relación entre derecho y moral en el pensamiento tomista”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.

- .-Puigarnau Mans, Jaime**, “Lógica para Juristas”, editorial Bosch, Barcelona, 2005.
- .-Puigarnau Mans, Jaime**, “Los Principios Generales del Derecho”, editorial Bosch, Barcelona, 2010.
- .-Rawls, John**, “Liberalismo Político”, México, D.F, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2003.
- .-Rawls, John**, “Teoría de la Justicia”, Buenos Aires, Editorial Fondo de Cultura económica, 1993.
- .-Rawls, John**, “Lecciones sobre la Historia de la Filosofía Moral”, Barcelona, Paidós, 2001.
- .- Rawls, John**, “Sobre las Libertades”, Barcelona, Paidós, 1996.
- .- Rawls, John**, “El Derecho de Gentes”, Paidós, Barcelona, 1999.
- .- Rawls, John**, “Justicia como Equidad”, Madrid, Tecnos, 2002.
- .-Raz, Joseph**, “La ética en el ámbito público”, Barcelona, Gedisa, 2001.
- .-Recaséns Siches, Luis**, “Nueva Filosofía de la interpretación del derecho”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
- .-Recaséns Siches, Luis**, “Filosofía del Derecho”, México, Porrúa, Primera edición 1959, edición 2008.
- .- Ricoeur, Paul**, “El Mal”, Buenos Aires, Nómadas, 2006.
- .-Ricoeur, Paul**, “Historia y Narratividad”, Barcelona, Paidós , 1999.
- .-Ricoeur, Paul**, “Lo Justo”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- .-Ricoeur, Paul**, “Ética y Cultura”, Buenos Aires, Prometeo, 2009.
- .-Ridall, J.G**, “Teoría del Derecho”, Barcelona, Gedisa, 2000.
- .-Rogliano, Adriana**, “Vocabulario de Filosofía y Estética”, 1º edición, Buenos Aires, Ediciones Al Margen, 2003.
- .-Rohde, Erwin**, “Psique, la idea del alma y la inmortalidad entre los griegos”, México D.F, Fondo De Cultura Económica, 2006.
- .-Romero, Francisco**, “Filosofía de la Persona”, 2º edición, Buenos Aires, Editorial Losada, 1951.
- .-Romero, Francisco**, “Ortega y Gasset y El Problema de la Jefatura Espiritual”, Buenos Aires, Editorial Losada, 1960.

- .-**Romero, Francisco**, “Alejandro Korn filósofo de la libertad”, Buenos Aires, Editorial Reconstruir,1956.
- .-**Romero, Francisco**, “Teoría del Hombre”, Madrid, Losada, 2008.
- .-**Russell Bertrand**, “Ensayos Filosóficos”, Barcelona,Altaya, 1997.
- .-**Salas, E. Minor**, “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica:una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”, Isonomía N° 27, Universidad de Costa Rica, octubre 2007.
- .-**San Agustín**, “Confesiones”,Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2005.
- .-**San Agustín**, “La Ciudad de Dios”, México, Porrúa, 2004.
- .-**Santo Tomás de Aquino**, “El Maestro”, Buenos Aires, Ágape,2006.
- .-**Santo Tomás de Aquino**, “Acerca del Ente y de la Esencia”, Buenos Aires,Ágape,2004.
- .-**Santo Tomás de Aquino**, “Tratado de La Ley-Tratado de la Justicia-Gobierno de los Príncipes”,4º edición, México, D.F, editorial Porrúa,1990.
- .-**Schoeck Helmut**, “La Envidia, una teoría de la sociedad”, Buenos Aires,Club de lectores,1970.
- .-**Scopenhauer , Arthur**, “Historia de la Filosofía”,Buenos Aires, Editorial Quadrata,2004.
- .-**Schuster Félix Gustavo**, “Explicación y Predicción”, Buenos Aires, Clacso, 2005.
- .-**Schuster Federico**, Filosofía y métodos de las Ciencias Sociales,Buenos Aires, Manantial, 2002.
- .- **Séneca**, “Tratados Filosóficos”, México D.F, Porrúa, 2006.
- .-**Sieckmann Jan-R**, “El Modelo de los Principios del Derecho”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.
- .-**Sierra Bravo,Restituto**, “Tesis doctorales y trabajos de investigación científica: metodología general de su elaboración y documentación”, España, Thomson-paraninfo,1986.
- .-**Smith, Juan Carlos**, “El Desarrollo de las Concepciones Jusfilosóficas”, 2º edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.
- .-**Sófocles**, “Antígona”, Buenos Aires, Editorial Quadrata, 2004.
- .-**Spencer, Herbert**, “La Justicia”, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1978.
- .-**Strathern, Paul**, “Berkeley”, Madrid, Siglo XXI, 2004.

- .-**Strathern, Paul**, “Nietzsche”, Madrid, Siglo XXI, 2005.
- .-**Taylor, Charles**, “La Ética de la autenticidad”, Barcelona, Paidós, 2002.
- .-**Thompson, Dennis**, “La ética política y el ejercicio de cargos públicos”, Barcelona, Gedisa , 1998.
- .- **Tinant, Eduardo Luis**, “La Pregunta Por El Hombre Esencial”, Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, septiembre 1983.
- .- **Tinant, Eduardo Luis**, “Fundamentos de una Teoría de la Justicia. A propósito de un seminario interdisciplinario consagrado a la filosofía política de John Rawls”, Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.
- .- **Tinant, Eduardo Luis**, “La mirada de la aptitud vocacional (En homenaje a Carlos Cossio)”, Buenos Aires ,La Ley, año LXIII N° 52/ISSN 1636-0024,1999.
- .- **Tinant, Eduardo Luis**, “El “nasciturus” y un fallo tan ajustado como sugerente”, Buenos Aires ,La Ley-Jurisprudencia,1995
  
- .-**Verneaux,Roger**, “Lecciones sobre Existencialismo”, Buenos Aires, Club de Lectores,1984.
- .-**Viehweg,Theodor**, “Tópica y Filosofía del Derecho”, Barcelona, Gedisa, 1997.
- .-**Von Ihering, Rudolf**, “La Lucha por el Derecho”,Sao Paulo, Editorial Heliasta, 1993.
- .-**Von Wright, George**, “Es y Debe”, en A.A.V.V, “La normatividad del Derecho”, Barcelona, Gedisa, 1997.
- .- **Walter, Robert**, “Problemas Centrales de la Teoría Pura del Derecho”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- .-**Weber, Max**, “ La Etica Protestante y el Espíritu del Capitalismo”, Buenos Aires, Terramar, 2006.
- .-**Wintgens, Luc.J**, “Retórica, razonabilidad y ética, un ensayo sobre Perelman”, Doxa 14 (1993).