
La politicidad del derecho y las sentencias judiciales

The Political Character of Law and Judicial Decisions

Javier A. PODREZ YANIZ

Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires

pyaniz@uca.edu.ar

<https://orcid.org/0009-0000-2354-6355>

RECIBIDO: 29/07/2023 / ACEPTADO: 29/09/2023

Resumen: La politicidad del derecho en general, básicamente consistente en su orientación final al bien común político, ha sido sostenida por autorizada doctrina en el ámbito del realismo clásico. Ello no obstante, la procuración del bien común político a través del derecho ha sido predominantemente reconocida en el plano de la actividad legislativa (causa eficiente mediata del derecho) con algún grado de soslayo respecto de su presencia en lo justo concreto y –particularmente– en lo justo concreto judicial (causa eficiente inmediata del derecho). Frente a las prácticas anómalas conocidas como la «politicización del derecho» o la «judicialización de la política» resulta pertinente comprender el alcance y sentido de la politicidad de las sentencias judiciales correctamente concebida.

Palabras clave: derecho; política; prudencia jurídica; sentencias judiciales.

Abstract: The political character of law in general, basically consisting of its final orientation to the political common good, has been recognized by authoritative doctrine in the field of classical realism. Notwithstanding this, the pursuit of the common political good through law has been predominantly admitted at the level of legislative activity (mediate efficient cause of law) with some degree of oblivion regarding its presence in concrete justice and –particularly– in the judicial concrete justice (immediate efficient cause of law). Faced with the anomalous practices known as the «politicization of law» or the «judicialization of politics», it is pertinent to understand the scope and sense of a correctly conceived political character of judicial sentences.

Keywords: Law; Politics; Juridical prudence; Judicial decisions.

I. INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo es analizar la «politicidad»¹ de las sentencias judiciales (en tanto normas jurídicas individualizadoras) como expresión de la politicidad del derecho en general. Ante la noción generalmente aceptada de la politicidad de las leyes (en tanto normas de alcance general) nos proponemos resaltar la politicidad de las sentencias judiciales como instancias de máxima concreción del derecho. Ello, en el entendimiento de que la aquí pregonada politicidad de las sentencias judiciales se nos presenta como cierta continuidad de la politicidad de las leyes.

¹ Permítasenos el uso de este neologismo empleado por inveterada doctrina para expresar «carácter político».

De manera liminar, enunciaremos los lineamientos fundamentales de la politicidad del derecho «a secas», para luego adentrarnos en la consideración específica de la politicidad de las sentencias judiciales, en tanto expresión de lo justo concreto. El análisis aquí propuesto prioriza la perspectiva de la «realidad normativa o valorativa», esto es, la politicidad del derecho (y de las sentencias judiciales en particular) en el marco de la comunidad política como ámbito de desarrollo de la sociabilidad y politicidad inherentes a la naturaleza humana. Partimos de una epistemología de las esencias (adecuación del intelecto a la realidad ontológica y conocimiento de lo universal y necesario por las causas) y nos sustentamos en una noción teleológica de naturaleza de cuño aristotélico-tomista. A tal efecto, abrevamos en autorizada doctrina iusnaturalista europea y latinoamericana (en éste último caso principalmente argentina).

Conscientes de las distorsiones y dificultades suscitadas por los fenómenos contemporáneos conocidos como «la politización de la justicia» y «la juridización de la política», sostendremos que las sentencias judiciales deben caracterizarse por una correcta politicidad, en tanto expresión de lo justo concreto resultante del proceso de decisión prudencial propio de la actividad jurisdiccional.

II. LA POLITICIDAD EN EL ANÁLISIS CAUSAL DEL DERECHO

Siguiendo a Soaje Ramos², entendemos que la politicidad del derecho encuentra sustento principal en el bien común político como causa final de la comunidad política y del derecho, objeto inmediato de la justicia general y consiguiente principio de articulación del orden social y político, del orden jurídico y del orden moral³. Complementariamente, consideraremos la presencia de la mentada politicidad en las causas material, formal intrínseca y formal extrínseca del derecho.

² SOAJE RAMOS, G., «Sobre la politicidad del derecho», *Sep. Bol. de Estudios Políticos de la Universidad de Cuyo*, 1958, reeditado –con permiso del autor– en CASTAÑO, S. R.; SOTO KLOSS, E., *El derecho natural en la realidad social y jurídica*, Academia de Derecho U.S.T., Santiago de Chile, 2005, pp. 15-45.

³ Cfr. LAMAS, F.A., «Justo concreto y politicidad del derecho», versión corregida de la comunicación que el autor enviara al *Convegno di studi per la celebrazione di san Tommaso d'Aquino nel VI centenario*, Génova, 1974.

II.1. *La politicidad en la causa final del derecho*

Nuestro punto de partida para el análisis causal propuesto es el primer analogado⁴ del derecho en clave tomista: «la misma cosa justa» debida a *otro*, como realidad informada por la justicia. Así, nuestra atención se centra en lo justo en sentido objetivo, el orden jurídico realizado en la obra exterior⁵ prescripta con la formalidad de la justicia, es decir «debida a otro en razón de su valor para éste en la vida social»⁶; todo lo cual presupone una exigencia de justicia sustentada en la ley moral y presente en la exterioridad o rectitud objetiva del acto justo (más allá de la intención del agente o sujeto). Lo dicho nos sitúa –indudablemente– en el ámbito de la convivencia social regida por el derecho, es decir, la comunidad política, en tanto «... no puede haber derecho en el sentido primario del término, sino en el seno de la comunidad política»⁷.

La politicidad del derecho en punto a su causa final (el bien común político) ha de entenderse –inmediatamente– a partir de la indagación acerca de la justificación racional de la sociedad política y –mediatamente– en consideración de la naturaleza social y política del ser humano. El Estado o comunidad política responde a las notas de sociabilidad y politicidad inherentes a la naturaleza humana. Como sociedad natural en la que el ser humano encuentra el ámbito necesario para desarrollarse en plenitud, el Estado «posee un carácter de racionalidad y un valor de eticidad» que se proyectan –por extensión– al derecho⁸.

El ser humano ordena su conducta y organiza su convivencia racionalmente. Entre las comunidades que integra se destaca como «perfecta» aquella en la que logra su plenitud de vida (al menos en el orden temporal)⁹. A esa sociedad perfecta¹⁰ (Estado) se ordenan todas las demás comunidades que forma el ser

⁴ Aquel en el que se encuentra más plenamente presente la juridicidad.

⁵ Según enseña Medrano, la *ipsa res iusta* tomista ha sido entendida como «cosa» para referir la exterioridad del derecho, como obra o resultado de la acción, como conducta humana referida a otro (tal es la posición de Soaje Ramos) y como relación (MEDRANO, J.M., *Para una teoría general de la política*, Educa, Buenos Aires, 2012, p. 283).

⁶ SOAJE RAMOS, G., «Sobre la politicidad del derecho», *op. cit.*, p. 76.

⁷ *Ibid.*, p. 80.

⁸ OLGATI, F., *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Eunsá, Pamplona, 1977, p. 220.

⁹ «La perfección de la sociedad política... equivale a la autosuficiencia (*autarkeia*) como participación del máximo fin mundanal» (CASTAÑO, S.R., «Una controversia sobre los principios del orden político», *Intus-Legere Filosofía*, vol. 3, n° 1 [2009], p. 147).

¹⁰ Más allá de las diferencias de matices semánticos sostenidas por la doctrina a través del tiempo, a los fines del presente trabajo, utilizaremos las expresiones «sociedad perfecta», «comunidad perfecta» y «Estado», de manera indistinta, entendiendo por tales la organización social autárquica y soberana en la que el ser humano alcanza su plenitud temporal.

humano pues el fin de la sociedad perfecta es el bien último y más perfecto de la comunidad y sus partes, en el orden temporal: el bien común político. Así, una pluralidad de órdenes sociales (familiar, municipal, etc.) resultan contenidos bajo el orden de la comunidad política; y los bienes individuales y particulares se ordenan al bien común político pues miden su valor en función del bien común político (causa por antonomasia y primer sustento de la legitimidad política y jurídica). En línea con un principio fundamental del pensamiento tomista, se observa aquí la función especificadora del fin sobre las cosas prácticas¹¹.

En lo tocante al derecho también corresponde atenerse al ser (la naturaleza humana) y a sus «leyes racionales». El derecho resulta funcional a la politicidad connatural del ser humano, en tanto «propiedad propia» del orden que constituye la causa formal del Estado¹². En tanto el Estado –como todo de orden– se orienta al bien común político (como su causal final), el derecho como propiedad propia del orden del Estado también tiene al bien común político como causa final. El derecho –como realidad práctica– se encuentra determinado estructuralmente por su fin, el bien común político. Así, de la politicidad del fin (bien común político) resulta la politicidad del derecho. Y es que: «Primero existe el ser, la persona, y luego la actividad, aun política y jurídica. Se parte de la finalidad íntima del ser, para justificar racionalmente el Estado y después el derecho»¹³.

Sostiene Olgiati que la justicia es «fuente verdadera de orden y bienestar»¹⁴. Afirma también que: «El derecho, en el pleno sentido de la palabra –el *jus simpliciter* o *justum simpliciter*, que es lo mismo– se forma y se desarrolla en el seno de la sociedad política, nace y se desenvuelve con ella. No se le puede, pues, representar perfectamente –como muy bien escribe Lachance– sino concibiéndolo como algo incorporado a una comunidad, dirigido por la ley (natural o positiva) y ordenado al bien común»¹⁵. En la misma línea, Lamas aclara que esto «... no significa afirmar que todo derecho sea estatal, en el sentido de que se origine en la autoridad del Estado. Éste, a su vez, es entendido como algo natural y está regido también por el derecho (y la ley jurídico-natural)»¹⁶.

¹¹ CASTAÑO, S.R., «Una controversia sobre los principios del orden político», *op. cit.*, pp. 135-152.

¹² MEDRANO, J.M., *Para una teoría general de la política*, *op. cit.*, p. 265.

¹³ OLGATI, F., *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, *op. cit.*, p. 231.

¹⁴ *Ibid.*, p. 225.

¹⁵ *Ibid.*, p. 227. *Vid.* LACHANCE, L., *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, S.F., Buenos Aires, 1953, p. 97.

¹⁶ LAMAS, F.A., «Validez y vigencia del Derecho», en MADRID RAMÍREZ, R.; WIDOW, F. (coords.), *Jornadas Internacionales de Derecho Natural*, Educa, Buenos Aires, 2009, p. 74.

De esta manera, el derecho en tanto regulador de la convivencia política (aspecto normativo) y realizado mediante acciones (causa material) recibe su legitimidad y su fuerza coactiva del fin al que se orienta, el bien común público. No es casualidad, por tanto, que el Estado y el derecho tengan por causa final el bien común político y que éste sea el principio de articulación del orden social y político, del orden jurídico y del orden moral¹⁷.

Complementariamente, ha de tenerse presente el rol desempeñado por la autoridad política en el plano de la concretización del orden jurídico (ver puntos II.4 y V.2.3 *infra*). Así, la causa fundante (primera *quoad se*) de la politicidad del derecho positivo es su ordenación al bien común político; en tanto que su causa concretizadora (primera *quoad nos*) es la autoridad política que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad y dice el derecho.

II.2. *La politicidad en la causa material del derecho*

El derecho se nos presenta como una realidad práctica, un principio perfecto de la vida humana en el ámbito social. La causa material o principio determinable y potencial del derecho es cierto tipo de conducta humana; aquella (a) dotada de exterioridad y alteridad; (b) ordenada y rectificada por las reglas jurídicas (dada su relevancia para la sociedad); (c) consecuentemente debida a otro, en el marco de la comunidad política; y (d) realizable mediante medios sociales. Tal conducta (materia inmediata o próxima del derecho) puede –además– involucrar objetos o bienes exteriores (materia mediata)¹⁸.

Conforme lo señalado, a la «justicia jurídica» le interesan específicamente los actos (propios del obrar) objetivos y exteriores en tanto referidos a otro y realizables en el medio social. El acto justo posibilita el bien de otro sujeto: el acreedor y receptor de la cosa justa conmensurada (como veremos al tratar la causa formal) con su justo título¹⁹. Consecuentemente, la conducta justa es

¹⁷ Cfr. LAMAS, F.A., «Justo concreto y politicidad del derecho», *op. cit.*, p. 8. Vid. WIDOW, J. L., «La naturaleza política de la ética», *El Derecho* (8-5-13), p. 6; SCARLATTA, N. O., «El bien común en algunos aspectos del derecho administrativo argentino», *El Derecho*, t. 2013 (marzo y abril, 2013) p. 459 y MAINO, C. A. G., «El bien común político», *Prudentia Iuris* (octubre, 2020) p. 133.

¹⁸ Seguimos a este respecto las enseñanzas de VIGO, R. L. en *Las Causas del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.

¹⁹ Sobre la eticidad exterior del acto justo y la intención del sujeto que lo realiza, *vid.* VIGO, R. L., *Las Causas del Derecho*, *op. cit.*, p. 47; y OLGATI, F., *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, *op. cit.*, p. 156.

en sí misma socialmente relevante y valiosa en tanto contribuye a la vigencia del orden, la paz y la seguridad (elementos constitutivos del bien común político)²⁰. Así, la causa material del derecho expresa claramente su politicidad.

II.3. *La politicidad en la causa formal intrínseca del derecho*

La causa formal intrínseca del derecho –en tanto principio de especificación y perfección de la conducta juridizable– es la adecuación de tal conducta exterior al título jurídico del otro conforme cierto modo de igualdad.²¹

La propiedad de la politicidad es fácilmente verificable en el caso de la justicia legal, también denominada «*justicia del bien común*»: «los deudores de lo justo general o legal son los individuos y grupos sociales que deben igualar sus operaciones y cosas con lo suyo de la comunidad política, la sola condición de ser miembros de una comunidad política implica una serie de débitos en vista del bien común»²².

Por su parte, la justicia distributiva tiene como agente «deudor» al Estado. Lo suyo debido se sustenta en este caso en una igualdad proporcional y tiene por agente proveedor a la comunidad política.

En lo que respecta al ámbito interindividual, las disputas entre particulares se ventilan primordialmente ante los tribunales de la *societas perfecta* o admiten –cuando menos– la recurrencia a la justicia estatal como autoridad revisora o correctora de eventuales arbitrariedades en los casos de instancias privadas de resolución de conflictos. Y esto es así en la medida en que ninguna comunidad política puede legítimamente desentenderse de la procuración de un orden justo en el marco de la convivencia social como elemento fundamental del bien común político. Consecuentemente, las conductas interindividuales impactan en la consecución del bien común político acrecentándolo o deteriorándolo²³. Todo lo cual conduce a concluir que la comunidad política es beneficiaria mediata de la justicia conmutativa²⁴. Volveremos sobre esta temática al referirnos a la politicidad de lo justo concreto (ver IV.1 *infra*).

²⁰ Vid. CASTAÑO S. R., *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Ábaco, Buenos Aires, 2006, p. 55.

²¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 57, a.1.

²² VIGO, R.L., *Las Causas del Derecho*, op. cit., pp. 66-67.

²³ CASTAÑO, S. R., «Una controversia sobre los principios del orden político», op. cit., p. 140.

²⁴ «Todo orden jurídico –positivo o natural– desenvuelve y explicita la triple forma de lo justo descrito, y en la determinación de lo justo particular, de manera inmediata o mediata, está siempre presente lo justo general o el bien común» (VIGO, R. L., *Las Causas del Derecho*, op. cit., p. 67).

II.4. *La politicidad en la causa formal extrínseca y la causa eficiente moral del derecho*

La presencia de la politicidad es también notoria en la ley como causa formal del derecho. La ley es «cierta razón del derecho»²⁵, es causa ejemplar o modélica de la conducta justa en procura de la consecución del bien. Los trazos ejemplares contenidos en la ley preceden intencionalmente a la realización del orden jurídico²⁶. El derecho se conforma a la ley, encuentra en ella su medida. La ley positiva dispone la justa medida de lo debido, lo obligatorio, lo permitido y lo prohibido, a partir de un acto de imperio de la autoridad política. Ella es causa próxima de la concreción positiva del derecho

La ley natural (co-extensiva a la moral) procura la bondad integral del ser humano; la ley humana limita la bondad procurada al ámbito de los actos exteriores constitutivos de lo justo objetivo. Ella es esencialmente regla y medida por la cual se determina el derecho y éste –a su vez– es medida de la conducta justa conmensurada a otro²⁷. Como veremos en el punto V *infra*, la concreción del derecho positivo requiere inevitablemente la determinación autoritativa resultante del ejercicio de la potestad pública (soberanía)²⁸. Consecuentemente, la politicidad se manifiesta también en las causas formal extrínseca y eficiente moral del derecho.

III. LA POLITICIDAD DEL DERECHO Y LOS DERECHOS SUBJETIVOS

La defendida politicidad del derecho también tiene expresión en el ámbito de los derechos subjetivos. El Estado debe reconocer tales derechos y afirmarlos, en tanto se inscriben dentro del fin de la *societas perfecta*, es decir, el bien común político: «... mientras el derecho objetivo define lo que en nombre de la justicia se requiere inmediatamente o mediatamente por el *bonum commune*, el derecho subjetivo parte de lo que objetivamente tiene la nota de la juridicidad y deduce de ahí las aplicaciones consiguientes para la persona»²⁹.

²⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 57, a.1.

²⁶ «... la razón determina lo justo conforme a una idea preexistente en el entendimiento como una cierta regla de prudencia» (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, VI, c. 8, 1141b).

²⁷ SOAJE RAMOS, G., «Sobre la politicidad del derecho», *op. cit.*, p. 77.

²⁸ CASTAÑO, S.R., *Principios políticos para una teoría de la constitución*, *op. cit.*, p. 58.

²⁹ OLGIATI, F., *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, *op. cit.*, p. 237.

Si el ser humano no fuese social y político por naturaleza (*zoon politikon*) no habría lugar alguno para el derecho y la justicia. De esta manera, la politicidad del derecho no requiere el hecho de la existencia anterior del Estado³⁰. Los derechos subjetivos tampoco dependen del reconocimiento del Estado. Sí puede afirmarse que el derecho, en tanto regulador de la convivencia humana, tiene una orientación intrínseca finalista hacia la *societas perfecta* (y es inherente a tal sociedad la vigencia y efectividad de los derechos subjetivos en tanto participaciones del bien común político)³¹.

El análisis último de la politicidad del derecho no puede plantearse sino en un plano metafísico y desde una perspectiva teleológica de la realidad: «Quien admite el valor del concepto de ente –y, por lo mismo, del concepto de esencia que implica la racionalidad y la finalidad intrínseca de la realidad–, quien admite el valor racional de las leyes del ser y el consiguiente imperativo moral que obliga a seguirlas en la vida práctica, no puede menos que repetir la antigua frase: *homo animal politicum*, en cuya expresión está implícita la politicidad del derecho»³².

IV. LA POLITICIDAD DE LO JUSTO CONCRETO

IV.1. *Lo justo concreto judicial*

Ya hemos dicho que el derecho –en su faz normativa³³– es medida de conductas y tiene por función regular conductas humanas concretas y singulares. En otros términos, el derecho en sentido normativo nos ubica en un plano de generalidad (las leyes son y deben ser generales); en tanto que «lo justo»³⁴ es la conducta singular debida a otro. Y la mentada tensión (generalidad/particularidad) se presenta en la misma configuración de los valores jurídicos (y los

³⁰ Los derechos humanos o derechos subjetivos naturales son anteriores al Estado sólo en consideración del título, no de su potencialidad de realización (*vid.* CASTAÑO, S.R., «El control de convencionalidad y la pretendida primacía del tratado sobre la constitución», en HERRERA D., LAFFERRIERE, N., MAINO G., RANIERI, D. (coords.), *Estado de derecho y derechos humanos*, Educa, Buenos Aires, 2018, p. 275.

³¹ Sobre la relación entre el bien común político y los derechos individuales puede verse CASTAÑO, S. R., «El bien común político en Natural Law and Natural Rights en cotejo doctrinal con el tomismo», *Persona y derecho*, 83 (febrero, 2020), pp. 611-635.

³² OLGIATI, F., *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, *op. cit.*, p. 246.

³³ Analogado secundario del concepto derecho o *ius secundum quid*.

³⁴ Primer analogado del derecho (*ius simpliciter*) o la misma cosa justa.

valores en general): la justicia, la seguridad, el bien común, ofrecen aspectos generales o universales constitutivos que tornan legítima la abstracción³⁵, a la vez que –en tanto valores reales– se efectivizan en un plano concreto.

Sostiene Lamas que «lo justo concreto es la conducta máximamente determinada que se ajusta a la pretensión legítima de otro, fundada a su vez ésta en un título determinado»³⁶. En tanto el derecho es conducta justa, realidad concreta, determinada y singular, nos interesa visualizar su politicidad en el plano de lo justo concreto y singular. Ello es así pues la conducta justa en su mayor grado de concreción posible confiere sentido al complejo de *realidades* jurídicas conformado también por normas generales, facultades y tecnicismos³⁷.

En primer lugar, es de toda evidencia que no basta con la sanción de las normas de alcance general tendientes a hacer posible una convivencia justa y pacífica (las normas positivas constituyen sólo un primer paso de concreción de los lineamientos más generales y abstractos de la ley natural)³⁸. La conducta exigida en una norma general será una conducta justa posible, una medida, un término de referencia. Por eso es que André-Vincent –extremando el argumento– sostiene que «... el verdadero derecho no es sino un derecho concreto, aquel que es elaborado por los actos individuales y especialmente aquel que definen con autoridad las decisiones judiciales»³⁹.

En lo que interesa a este trabajo, se plantea el desafío de todo juez, de plasmar en los casos concretos y singulares sometidos a su *jurisdictio*, las reglas inevitablemente establecidas con un sentido abstracto y general. En un primer nivel, la ley natural⁴⁰ ofrece preceptos generales y abstractos. Ya hemos dicho que el derecho positivo constituye el primer paso hacia la concreción

³⁵ Cfr. LAMAS F.A., «Justo concreto y politicidad del derecho», *op. cit.*, p. 1. Afirma Lamas que «... cuando se alude a la necesaria generalidad del Derecho debe atenderse a dos sentidos del término ‘general’, de una parte, la generalidad o universalidad lógico-predicamental de los conceptos, términos y enunciados jurídicos, propia del pensamiento y la comunicación humanos y, de otra, la generalidad real causal que ejerce el bien común y los demás fines jurídicos, así como las normas en cuanto son reglas de conductas sobre los miembros de un cuerpo social determinado» (LAMAS, F. A., *Los principios jurídicos y el derecho natural*, Educa, Buenos Aires, 2002, pp. 28 y 29).

³⁶ LAMAS, F.A., «Justo concreto y politicidad del derecho», *op. cit.*, p. 6.

³⁷ Cfr. MASSINI CORREAS, C.I., «La prudencia jurídica» y «La prudencia jurídica II», *Prudentia Iuris*, Nros. 4 y 5 (1981).

³⁸ COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, «En busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural (Roma 2009)», *Prudentia Iuris*, Nro. 72 (noviembre, 2011), p. 42.

³⁹ ANDRÉ-VINCENT, P., *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Ghersi, Buenos Aires, 1978, p. 62, cit. por MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica», *Prudentia Iuris*, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁰ Entendida como participación racional de la Ley Eterna.

normativa, en tanto complementa la abstracción y generalidad de la ley natural. La ley positiva, a su vez, es producto del saber prudencial del legislador y es ordenamiento de la razón tendiente al bien común político. Y la actividad judicial ocurre en una etapa potencialmente ulterior del mentado proceso de concreción normativa. El juez interpreta la ley orientada a la consecución del bien común político y la aplica al caso singular que tiene ante sí, mediante la emisión de una sentencia como norma individualizadora.

IV.2. *La relevancia de las circunstancias y el contexto comunitario*

Siguiendo a Lamas, hemos de destacar la necesidad de que, en la consideración de la «concretidad»⁴¹ de cada caso, se tenga presente no sólo sus «circunstancias particulares», sino también sus «circunstancias comunes». Así, además de la tensión entre generalidad y singularidad, lo justo concreto nos muestra la tensión entre totalidad y particularidad en las dos notas de «interacción» y «comunidad» propias del *fenómeno jurídico en tanto social*⁴². En la misma línea, Castaño ha sostenido que «... la politicidad del derecho como horizonte de totalidad significa que lo justo, sea como conducta, como norma o como derecho subjetivo, es real y verdaderamente tal en la medida en que se integra dentro de un plexo de relaciones en el cual toda justicia se hace posible y desde la cual toda justicia se mide»⁴³.

A partir de esta condición de fenómeno social, «... el derecho se enmarca en una totalidad concreta y dinámica que tiene una estructura relacional compleja, correlativa a las tres divisiones clásicas de la justicia...»⁴⁴. Son propias de la justicia general las relaciones sociales de integración de las partes en el todo. Las relaciones sociales de subordinación y proporcionalidad caracterizan a la justicia distributiva. Finalmente, son propias de la justicia conmutativa las relaciones sociales de coordinación y cooperación⁴⁵. Y es que «... ningún fenómeno jurídico puede entenderse adecuadamente fuera del marco situacional total en el que adquiere su sentido»⁴⁶.

⁴¹ Neologismo empleado en LAMAS, F.A., «Justo concreto y politicidad del derecho», *op. cit.*

⁴² Vid. LAMAS, F.A., *Los principios jurídicos y el derecho natural*, *op. cit.*, p. 30.

⁴³ CASTAÑO, S.R., *Principios políticos para una teoría de la constitución*, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁴ LAMAS, F.A., *Los principios jurídicos y el derecho natural*, *op. cit.*, p. 30.

⁴⁵ A título de ejemplo: el cumplimiento de un contrato entre particulares contribuye participativamente a la vigencia del valor seguridad jurídica en la comunidad política en que éstos operan.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 30.

Consecuentemente, ha de tenerse presente la incidencia de las totalidades comunitarias que sirven de ámbito de realización de lo justo concreto: «Los grupos sociales constituyen un marco circunstancial de una conducta, a su vez, hay un marco jurídico-político que abarca una totalidad concreta accidental de orden y que está constituido por la comunidad política que otorga a una conducta mayor concreción»⁴⁷.

IV.3. *La politicidad del derecho, la justicia y el bien común concretos y la prevalencia de la justicia general o del bien común*

En clave aristotélico-tomista, hemos sostenido que el bien común es la causa final de la comunidad política y el derecho, el más alto fin temporal y –consiguientemente– el principio de articulación de los órdenes moral, político y jurídico. Como fin real, el bien común público es «la concreta perfección de una comunidad política, perfectiva de cada uno de sus miembros, la concreta perfección posible en el contexto de una situación histórica, social, geográfica, étnica, económica, cultural, etc.»⁴⁸. Sostiene Lachance que: «Las reglas jurídicas pretenden satisfacer necesidades comunes mediante la promoción de valores sociales o bienes públicos. Y el equilibrio de los bienes producidos se modela sobre la fisonomía de la colectividad así como sobre el orden de sus necesidades. De esta manera, el bien común engendrado, aun siendo idéntico en sus líneas fundamentales, varía de un pueblo a otro en cuanto a la forma exterior y a su perfección»⁴⁹. Y es –en definitiva– el fin de las personas individuales que componen la comunidad política⁵⁰. Así las cosas, «la primera perspectiva de lo justo concreto será el ámbito de un todo de orden jurídico-político relativamente completo, cuyo paradigma será el orden estatal»⁵¹.

Aristóteles afirma la principalidad de la justicia legal o general frente a la justicia particular⁵². Y tal prevalencia se sustenta en que la justicia legal procura directamente el bien del todo. En tanto el bien de la comunidad política

⁴⁷ LAMAS, F.A., «Justo concreto y politicidad del derecho», *op. cit.*, p. 2.

⁴⁸ Conf. LAMAS, F. A., «Justo concreto y politicidad del derecho», *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹ LACHANCE, L., *Humanismo político, Individuo y Estado en Tomás de Aquino*, Eunsa, Pamplona, 2001, p. 293. Sobre los aspectos permanentes e históricos del bien común político, *vid.* SANTIAGO, A. (h) *Bien común y derecho constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, p. 112.

⁵⁰ *Vid.* SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 58, ar. 9, ad. 3.

⁵¹ LAMAS, F. A., «Justo concreto y politicidad del derecho», *op. cit.*, p. 10.

⁵² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, V, c. I.

(participado por todos sus miembros) es mejor que el de la parte, también es el objeto principal de la justicia; «lo principalmente debido por los hombres es realizar el bien común político y el principal acreedor no es otro, en consecuencia, que la totalidad de la comunidad política»⁵³. De ello se deriva que la justicia general (lo justo debido a la comunidad o justicia del bien común) goza de cierta preponderancia o principalidad frente a la justicia particular (es decir, la justicia distributiva y la conmutativa). Ello es así a partir de la circunstancia de que «... la justicia del bien común es el fundamento de las formas de justicia particular, la justicia distributiva consiste en dar proporcionalmente igual a cada uno lo suyo pero en vistas del bien común, que es el máximo criterio que rige la distribución y la justicia conmutativa supone, como dato previo, las distribuciones en función de las cuales puede hablarse de lo suyo de alguien»⁵⁴. Y conforme lo anticipado *supra*, en todo acto de justicia (aun en el plano de la justicia conmutativa) hay una referencia al bien común político.

Como corolario de la principalidad de la justicia legal, la problemática de lo justo concreto generalmente planteada en el plano de la conflictividad entre partes (propio de la justicia conmutativa) ha de resolverse en consideración prioritaria del bien común político en su dimensión de concreción: justicia legal concreta y real orientada al bien común político concreto y real. Y de ello se deriva la concreción de todo el orden jurídico, incluyendo la equidad o *epieicheia*⁵⁵ (como rectificación de la ley) en tanto la justicia legal está regida por ella⁵⁶. Todo lo cual concuerda con el pensamiento aristotélico: «... la justicia se ha de entender equitativamente y lo equitativamente justo es lo que se ordena a la convivencia de la ciudad entera y a la comunidad de los ciudadanos»⁵⁷.

V. LA POLITICIDAD Y LA PRUDENCIA JUDICIAL

La respuesta a la problemática jurídica de la tensión entre la generalidad de la ley y la concreción de las conductas humanas (ver punto IV.1 *supra*), se encuentra en la aplicación de los preceptos generales a los casos singulares,

⁵³ LAMAS, F. A., «Justo concreto y politicidad del derecho», *op. cit.*, p. 9.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 9.

⁵⁵ Nos referimos a ella en más detalle en el punto V.2.2 *infra*.

⁵⁶ Conf. LAMAS, F.A., «Justo concreto y politicidad del derecho», *op. cit.*, p. 9.

⁵⁷ ARISTÓTELES, *Política*, l. III, c. 13, 1283 b, cit. por LAMAS, F.A., «Justo concreto y politicidad del derecho», p. 9.

razón práctica mediante, a través del hábito operativo mediador de la prudencia⁵⁸.

Desde una perspectiva general (no limitada a lo jurídico) corresponde señalar que la prudencia es una virtud intelectual y moral⁵⁹. En tal sentido, se ha dicho que la prudencia es «una virtud intelectual, concretamente del intelecto práctico, que tiene por objeto establecer y prescribir lo que es recto en el obrar propiamente humano»⁶⁰. Al «establecer» el recto obrar lo hace en el plano de la causa formal (aquella que especifica la conducta a realizar y la diferencia de otras conductas posibles)⁶¹. Y en punto a la puesta en práctica de tal obrar, opera en el plano de la causa eficiente: «en el plano de la especificación –escribe Gauthier– la prudencia es conocimiento y constituye, por sus juicios, los valores objetivos... En el plano de la eficacia, la prudencia es mandato y produce a través de sus imperativos, actos que comprometen a todo el sujeto»⁶².

Lo dicho presupone entender el bien (y consecuentemente, el recto obrar) como aquello que es perfectivo del ser⁶³. En tanto recta razón en el obrar⁶⁴, la prudencia es la primera de las virtudes morales porque el bien que procura se sustenta en el conocimiento de la verdad y ésta presupone el ente como objeto cognoscible. Si se desconoce la verdad no es posible obrar rectamente: «se trata de la realidad de las cosas humanas, de aquello que es debido, prohibido o permitido en unas circunstancias dadas, de la medida de lo que debe hacerse aquí y ahora para la perfección total del hombre; el establecer esta medida es la tarea propia de la prudencia, sin la cual el justo no podrá saber qué cosa es justa o el valeroso en qué consiste el valor en una situación determinada»⁶⁵. Así, la prudencia es una perfección habitual que potencia el conocimiento orientado al obrar, determinando primero y luego moviendo la conducta en procura de la realización del bien.

⁵⁸ MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica», *op. cit.*, p. 22.

⁵⁹ Más específicamente, es una virtud formalmente intelectual y materialmente moral pues aplica los principios de la razón práctica a la material moral (Conf. RAMÍREZ, S., *La Prudencia*, Palabra, Madrid, 1978, p. 55-67, cit. por MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica», *op. cit.*, p. 28).

⁶⁰ MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica», *op. cit.*, p. 25.

⁶¹ *Vid.* puntos II.3 y II.4 *supra*.

⁶² MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica», *op. cit.*, p. 25.

⁶³ *Vid.* CARDONA, C., *La metafísica del bien común*, Rialp, Madrid, 1966, pp. 13-27.

⁶⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 57, a. 3.

⁶⁵ MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica», *op. cit.*, p. 29.

En el plano de la formalidad y en lo atinente a lo jurídico, corresponde diferenciar la determinación autoritativa del derecho positivo⁶⁶ mediante: (a) la causa formal extrínseca remota de la conducta prudencialmente determinada, que «... está constituida por las normas generales, por las leyes que establecen, en general, los tipos de conducta debida para una clase de situaciones determinadas en forma más o menos abstracta»⁶⁷; y (b) la causa formal extrínseca próxima, «... constituida por una norma singular referida a una conducta concreta y que determina desde fuera el modo de ser del obrar humano, en su máxima proximidad y concreción»⁶⁸. Por intermedio de la prudencia, la causa formal extrínseca se aplica al obrar singular y concreto. Así, «la mediación de la prudencia es absolutamente necesaria para la actuación de la normatividad en el orden de la praxis»⁶⁹.

La prudencia jurídica es aquella cuya función es determinar lo justo concreto, el acto conmensurado al título de otro. Y su ejercicio corresponde a todos los operadores del derecho: legisladores, funcionarios administrativos, abogados asesores y litigantes y jueces. Y es que «... el objeto terminal de la gnoseología jurídica es siempre una decisión a tomar en una circunstancia concreta, y es responsabilidad del nivel prudencial el procurar aquí y ahora la realización de la operación que dé o no le quite al otro lo suyo; a tales fines tiene que indicar cuál es ella y llevarla a cabo. El momento ‘determinador’ y ‘creador’ de los suyos de los individuos, grupos y la sociedad política, pasa por la prudencia jurídica»⁷⁰. El rol de la prudencia es tal que «... la justicia sin la regulación de la prudencia, no es ni siquiera virtud, es una mera afirmación de voluntad que está condenada a desembocar en la anarquía o en el despotismo»⁷¹.

La prudencia en la actividad legislativa permite establecer una suerte de ejemplaridad genérica de lo justo en el ámbito de la comunidad política por determinación o por derivación del orden natural (prudencia legislativa arquitectónica como causa formal extrínseca remota). Y en lo que interesa a este trabajo, la prudencia judicial posibilita la determinación de lo justo en casos individuales y singulares (prudencia judicial como causa formal extrínseca próxima). En ambos planos (legislativo y judicial) se hace presente la políti-

⁶⁶ Vid. punto II.4 *supra*.

⁶⁷ MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica», *op. cit.*, p. 25.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 27.

⁷⁰ VIGO, R.L., *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1999, p. 87.

⁷¹ SOAJE RAMOS, G., «Sobre la politicidad del derecho», *op. cit.*, pp. 104 y 105.

dad del derecho a partir de: (a) la causa final de éste: el bien común político y (b) la determinación autoritativa del derecho positivo por la autoridad pública.

Por otro lado, plantear la tarea del intérprete del derecho como propia del saber prudencial implica afirmar su perfil ético-personal, en la medida en que el acto prudente requiere que la determinación del acto no sea sólo racional, sino también producto del querer: «La prudencia se da realmente en la razón como en su propio sujeto, pero presupone, como principio, la rectitud de la voluntad»⁷². Consecuentemente, adquiere una importancia central el comportamiento ético-personal del operador del derecho en general y del juez en particular⁷³.

Lo señalado va de la mano con la naturaleza práctica del saber jurídico, cuyo objeto son las conductas humanas concretas y singulares que procura dirigir. Y la creación y aplicación del derecho a través de la razón práctica es lo que permite aspirar a la realización de la justicia. En los términos de Lachance, declarar o definir el derecho pertenecerá a la prudencia⁷⁴.

La razón práctica plasmada a través de la prudencia permite que el juez desarrolle una tarea interpretativa tendiente a la consecución del bien expresado como justicia y –más ampliamente– del orden justo propio del bien común político. Así, la prudencia jurídica viabiliza la presencia de la politicidad tanto en la actividad legislativa como en la actividad jurisdiccional mediante las cuales se determina lo justo concreto en sendas etapas potencialmente sucesivas (*vid.* punto IV.1 *supra*).

Según lo reiteradamente expuesto, la politicidad del derecho se funda en su causa final, el bien común político. La ley (producto de la prudencia arquitectónica del legislador y causa formal extrínseca remota del derecho) es ordenamiento de la razón práctica tendiente al bien común político y primer estadio en el proceso de concreción del derecho. A su vez, la aplicación de la ley a las conductas singulares y concretas por parte de los jueces merced a la prudencia judicial (causa formal extrínseca próxima), hace posible la vigencia del orden justo constitutivo del bien común político en los casos singulares sometidos a la *jurisdictio*. De cierta forma, entonces, el bien común político como causa final es el hilo conductor tendido entre la politicidad de la ley general –prudencia legislativa mediante– y la politicidad de las sentencias judiciales –prudencia judicial mediante–.

⁷² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 56, 2 ad. 3.

⁷³ Conf. MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica», *op. cit.*, p. 28.

⁷⁴ LACHANCE, L., *El concepto de derecho en Aristóteles y Santo Tomás*, *op. cit.*, p. 121.

V.1. *La prudencia jurídica como parte de la prudencia política*

En la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles distingue entre prudencia personal, económica y política. Y como partes de la prudencia política menciona la prudencia deliberativa y la judicial⁷⁵. En sus *Comentarios a la Ética a Nicómaco*, Santo Tomás de Aquino se hace eco de la clasificación de Aristóteles; en tanto que en la *Suma Teológica*, propone diferenciar entre prudencia personal y social, y –en éste último caso– distinguir entre prudencia familiar o económica, militar y política. Y dentro de ésta última, el Aquinate distingue la prudencia gubernativa y la civil⁷⁶. Consecuentemente, no se incluye en esta última clasificación ninguna referencia expresa a la prudencia que el propio Santo Tomás denominaba judicial.

Conforme lo anticipado, en el sentido de que la prudencia judicial (causa formal extrínseca próxima) es una suerte de potencial continuadora –en punto a la concreción del derecho– de la prudencia legislativa (causa formal extrínseca remota), y según lo ya expuesto en torno a la politicidad del derecho (fundamentalmente en lo tocante al bien común político como causa final de la comunidad política y el derecho) ha de considerarse a la prudencia judicial como parte de la prudencia jurídica (tanto como lo es la prudencia legislativa en lo atinente a materias de intrínseca juridicidad)⁷⁷. Así, la prudencia judicial y legislativa integran la prudencia jurídica⁷⁸ y, en tanto el derecho es político, la prudencia jurídica es parte de la prudencia política.

V.2. *La politicidad en las distintas etapas del conocimiento práctico prudencial presente en la actividad jurisdiccional*

A partir de las enseñanzas del Aquinate sobre la prudencia en general, consideraremos tres actos en el proceso tendiente a la determinación prudencial de lo justo concreto: la deliberación y el juicio (propias de la faz cognosci-

⁷⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, l. VI, c. 8, 1141b.

⁷⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 47 y 48.

⁷⁷ Conf. MASSINI CORREAS, C.I., «La prudencia jurídica», *op. cit.*, p. 31.

⁷⁸ «... si bien es cierto que no puede reducirse la prudencia jurídica a la que se refiere a la aplicación judicial de las normas del derecho y que existe una prudencia legislativa en materia jurídica y una prudencia de los particulares, v. gr. respecto al modo de cumplimiento de un contrato, resulta evidente que su modo judicial es donde se pueden apreciar más claramente las notas y particularidades de la prudencia jurídica. La prudencia judicial es, entonces, la prudencia jurídica por excelencia...» (MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica», *op. cit.*, p. 33).

tiva de la prudencia) y el mandato de cumplimiento de lo justo (expresión de la faz imperativa de la prudencia)⁷⁹. Y lo haremos a partir del entendimiento de que si bien la determinación de la conducta justa conmensurada al título de otro tiene una multiplicidad de sujetos posibles (el legislador en el plano de generalidad ya mencionado, los asesores jurídicos y los propios sujetos de las relaciones jurídicas) encuentra en la actividad jurisdiccional su expresión más decisiva, o –en todo caso– definitiva (tratándose de decisorios inapelables). Ello es así pues «... todo cuanto constituye realidad jurídica va orientado al juez, pues es jurídico precisamente porque puede dar lugar, eventualmente, a una declaración judicial»⁸⁰.

En nuestra referencia a los mentados actos mencionaremos tangencialmente las partes integrales y potenciales de la prudencia (contenidas en el Tratado de la Prudencia de la Suma Teológica II-II, q. 47 a 56) que estimamos más relevantes en punto a la politicidad de las sentencias judiciales⁸¹.

V.2.1. Deliberación y prudencia judicial

Según el análisis etimológico propuesto por Santo Tomás, el término deliberación refiere a *consilium* –es decir– reunión de muchos que se sientan a deliberar juntamente⁸². En su Ética a Nicómaco, sostiene Aristóteles que no se dialoga o delibera sobre «lo eterno», ni sobre «lo necesario», ni sobre «lo azaroso»; la deliberación tiene como objeto específico «lo realizable» en el ámbito de la *praxis* y se refiere a los medios, no a los fines (sobre éstos se proyecta la certeza teórica resultante de la naturaleza del objeto conocido que hace innecesaria la deliberación)⁸³.

La deliberación es una investigación, un intento esforzado de conocimiento analítico o resolutivo sobre una materia práctica en su máxima concreción, a fin de determinar los medios necesarios para alcanzar el fin práctico

⁷⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 47, a.8.

⁸⁰ D'ORS, A., *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1963, pp. 18 y 19, cit. por MAS-SINI CORREAS, C.I., «La prudencia jurídica», *op. cit.*, p. 32.

⁸¹ Una descripción completa de tales partes integrales y potenciales podrá verse en PORTELA, J. y MAINO, C., «Prudencia jurídica, argumentación y razonamiento judicial», en PUY MUÑOZ, F. y PORTELA J. (comp.), *La argumentación de los operadores jurídicos*, Educa, Buenos Aires, 2005, p. 334.

⁸² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 14, a. 3.

⁸³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, l. III, c. 3, 1112 a.

propuesto (en el caso que nos ocupa, lo justo concreto en el marco del obrar ético-social). La parte potencial de la prudencia correspondiente a esta etapa es la *eubulia* o buen consejo⁸⁴.

Y conforme ya se ha dicho, el derecho como realidad práctica nos coloca en el plano de lo contingente, en cuyo ámbito sólo es posible lograr una certeza probable: «lo que hace de las realidades prácticas, en el nivel de los medios, objeto propio del acto deliberativo, es su contingencia, variabilidad e indeterminación; estos caracteres sustraen a la consideración de los medios prácticos del ámbito de la ciencia, de la demostración rigurosa y hacen necesario otro método de conocimiento distinto que sea capaz de adecuarse a las exigencias de este tipo de objetos... particulares, complejas y mudables son las soluciones que el derecho exige a los juristas y jueces; cada caso de justicia es irrepetible y único y debe contarse con circunstancias distintas y posibilidades de solución diversas... el discurso deliberativo es parte fundamental de todo conocimiento de lo justo concreto»⁸⁵.

En tanto la conducta jurídica, animada por la justicia, asegura el suyo de otro (o el bien de otro), permite al ser humano actualizar sus potencias y así avanzar hacia el desarrollo pleno de su naturaleza. Es por ello que tal conducta se inscribe en el ámbito del obrar o ético. Así, el saber jurídico es práctico y ético. En tanto cultor de un saber práctico, el jurista debe conducirse con conclusiones probables. Todo ello, derivado de la contingencia del ámbito en que opera, en el que «... las mismas normas se proyectan de manera distinta según las circunstancias cambiantes...»⁸⁶. Así, «... al jurista, su objeto le impone el alcanzar verdades que carecen de la necesidad propia de los saberes teóricos, verdades que se obtienen en la deliberación, en el diálogo y en la valoración de los distintos recorridos que llevan al mismo fin... En definitiva, aquellos que se abocan a la dilucidación de verdades prácticas, deben estar conscientes de las características cognoscitivas de su esfuerzo, y ello, lejos de constituir un motivo de envidia o de complejo frente a los saberes teóricos, tiene que ser un acicate para procurar que sus juicios o estimaciones resulten razonables y fundados en lo humano y en su tendencia a su plenificación y felicidad»⁸⁷.

⁸⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 57, a. 6.

⁸⁵ MASSINI CORREAS, C.I., «La prudencia jurídica II», *op. cit.*, p. 20.

⁸⁶ VIGO, R.L., *Interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 99.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 99 y 100.

La deliberación propia de la prudencia jurídica es «... una búsqueda destinada a definir qué normas jurídicas aplicaremos (premisa mayor) y en torno a qué hechos (premisa menor). Precisar la norma que apoyará la conclusión no es propiamente una tarea previa y aislada del otro término del razonamiento, sino que supone cierta simultaneidad dialéctica entre premisas y conclusión. Asimismo, en la búsqueda de una norma jurídica presente en la interpretación está implicada la verificación de si ella es válida extrínseca e intrínsecamente y vigente. Esta construcción del silogismo prudencial interpretativo está cargada de dificultades y problemas; así, en cuanto a los hechos debe distinguirse entre los visibles y los ocultos, los probados y los presumidos, los importantes y los prescindibles, los directos y los indirectamente vinculados; y en cuanto a la norma jurídica, su elección tiene en consideración al resto del ordenamiento en donde aparecen normas naturales y positivas, válidas e inválidas, vigentes y no vigentes (...) la deliberación versa sobre los distintos medios igualmente posibles de conducir a un bien con el objeto de hallar el mejor. El jurista frente al problema de tener que determinar cuál es el suyo de alguien tendrá, con su ‘razón industriosa’, que inventar el silogismo que posibilite la solución más correcta, y para ello afectará su esfuerzo en deliberar sobre los diferentes silogismos valorándolos. De ahí que la deliberación requiere apropiada versación jurídica para la selección de la o las normas que fundarán la conclusión, docilidad para escuchar los argumentos de los que defienden las diversas alternativas, previsión de las consecuencias inmediatas y mediatas que se derivarían de cada una de ellas, y una circunspección que permita el conocimiento completo y pormenorizado del hecho que constituye el problema sobre el que debe expedirse el intérprete»⁸⁸.

Por otro lado, la ley está conformada por signos lingüísticos cuyo sentido es preciso determinar a los fines de su aplicación al caso concreto. La interpretación que realiza el juez es práctica porque pretende precisamente la regulación de la conducta singular y concreta del caso de que se trate. No es determinante lo que el legislador haya intentado plasmar en el texto, sino –a partir de tal texto– hallar las pautas o directivas que resuelvan el caso bajo análisis de la mejor forma posible en procura de lo justo concreto. No se trata –por tanto– de dilucidar el sentido teórico sino el sentido normativo del texto en procura de la realización concreta de lo justo. Ocurre, entonces, una deliberación o diálogo entre el juez y los abogados de las partes en torno

⁸⁸ VIGO, R.L., *Interpretación jurídica, op. cit.*, pp. 97 y 98.

a (a) la determinación de la norma aplicable y (b) el sentido que corresponde asignar a los signos lingüísticos de la norma de que se trate de modo que permitan la consecución de lo justo concreto. La resultante del referido diálogo es la sentencia «... por ello el orden jurídico concreto sólo surge cuando entre los sujetos jurídicos aparece un tercero que no tiene interés personal en las pretensiones recíprocas y que puede, por ello, superarlas y encontrar una solución racional, fruto de una adecuada interpretación de los textos jurídicos. Es por esto que la retórica no agota el discurso jurídico; más allá de los argumentos de las partes en uno u otro sentido, se encuentra la decisión del juez, que supera la controversia y produce un juicio práctico con pretensiones de verdad...»⁸⁹.

En el análisis de los medios tendientes a la consecución de los fines propuestos ha de cumplir un rol principal la circunspección del juez en la consideración de las circunstancias presentes y pasadas (incluyendo las circunstancias sociales y grupales relevantes a los efectos del caso). Dicho en otros términos, el juez debe ser alguien situado socialmente⁹⁰.

La consideración de las circunstancias presentes en cada caso, contribuye a la adecuada conformación de la premisa menor del silogismo jurídico mencionada *supra*. Y es que «... el conocimiento de esta proposición singular en que se formula el caso concreto y que maridándose con la proposición universal de la sindéresis, da lugar a la conclusión particular que ya es nuestra acción humana, es llamada por los tomistas intelecto. Esta inteligencia de las cosas singulares que se obtiene con la colaboración de la cogitativa o razón particular es la que permite al prudente elaborar el cuasi-silogismo práctico, que tendrá como conclusión el juicio directivo de la conducta humana»⁹¹.

En la dimensión de lo justo concreto el conocimiento de la premisa menor (los hechos de cada caso) es generalmente mediato, ocurre a través de los medios probatorios; «por ello es muy difícil para el juez conocer con total objetividad los detalles de la situación controvertida y necesita de una especial intuición, de una penetración que es fruto de la experiencia».⁹² Se trata, en todo caso, «... de acciones contingentes, en las cuales puede mezclarse lo verdadero

⁸⁹ MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica II», *op. cit.*, p. 29.

⁹⁰ Vid. PEKELIS, A. H. y SANDOVAL R., «Una jurisprudencia del bien común», *Project Muse*, <https://muse.jhu.edu/book/67429> [14/11/2022].

⁹¹ MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica II», *op. cit.*, p. 26.

⁹² *Ibidem*.

y lo falso, lo malo con lo bueno, debido a la gran variedad de situaciones en que se presentan estas acciones»⁹³. Todo lo cual suscita la exigencia de que el juez actúe con perseverante precaución.

La deliberación se enriquece con la participación de varios⁹⁴ y los tribunales de instancias superiores cuentan con pluralidad de miembros en consideración de la complejidad de los asuntos de que se ocupan. Y cuando no se dispone de una pluralidad de sujetos para el análisis deliberativo y el intercambio de visiones, de todas formas, el juez interactúa con los abogados de las partes, la doctrina y la jurisprudencia antecedente. Lo dicho nos lleva a visualizar la memoria (conocimiento del pasado) como elemento integral de la prudencia «... ya que a raíz de la variabilidad y contingencia de las cosas humanas, el único modo de lograr cierta seguridad en los juicios consiste en el recurso al pasado, extrayendo pautas y parámetros de decisión de la experiencia que sólo él puede darnos»⁹⁵. Importan sobremanera las circunstancias y situaciones grupales y comunitarias (referidas en el punto IV.2 *supra*) que ofrezcan cierto grado de permanencia: «Es dificultoso el conocimiento práctico de lo concreto... las circunstancias son múltiples y variables, y dentro de esta materia hartó móvil, viva, la razón debe descubrir la regla de rectitud. Pero hay ciertas circunstancias que presentan una mayor estabilidad y que por constituir una unidad concreta de orden, tornan más factible la observación. Son las circunstancias permanentes de una comunidad política o aún, de una determinada época de dicha comunidad»⁹⁶.

En el contexto descripto, la tradición merece un rol central: «las circunstancias políticas por más movedizas que puedan ser, siempre son más estables que las circunstancias individuales; y dentro de ellas, la más firme y más rica de contenido es la tradición. Iluminados los fines a los ojos del prudente por la *sindéresis*, hecho el balance de los medios a su alcance vinculados ambos por la tradición, están dadas las condiciones para la intelección práctica verdadera de

⁹³ PORTELA J. y MAINO, C., «Prudencia jurídica, argumentación y razonamiento judicial», *op. cit.*, p. 361.

⁹⁴ «El consejo propiamente implica confrontación entre muchos, como su mismo nombre indica, pues consejo equivale a sesión conjunta, porque muchos se sientan a conferenciar juntos. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, en los contingentes particulares, para llegar a conocer algo cierto, es necesario considerar muchas condiciones y circunstancias que no son fáciles para considerarlas uno solo, sino que las perciben con más certeza muchos, pues lo que uno advierte otros no» (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 14, a. 3.).

⁹⁵ MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica II», *op. cit.*, p. 25.

⁹⁶ LAMAS, F. A., «Justo concreto y politicidad del derecho», *op. cit.*, p. 11.

la realidad política, del bien común político y, consecuentemente, de lo justo general»⁹⁷.

El momento deliberativo también se proyecta hacia el futuro. Santo Tomás enseña que la parte integral más importante de la prudencia es la providencia, es decir, la capacidad de ver hacia adelante, de avizorar las eventuales consecuencias de un determinado curso de acción⁹⁸. La relevancia de la providencia en la actividad jurisdiccional resulta de la necesidad de que los jueces contemplen no sólo los efectos de sus decisiones sobre las partes involucradas en cada caso, sino también los posibles efectos de tales decisórios sobre la comunidad política toda. Ello es así en tanto el bien común político resulta afectado cualquiera sea el ámbito de la justicia a considerar (*vid.* punto IV.3 *supra*). La mentada afectación resulta inmediata tratándose de la justicia legal y la justicia distributiva y mediata en el ámbito de la justicia conmutativa.

Si bien ya hemos dicho que lo contingente es propio del ámbito de la *praxis*, va de suyo que el grado de contingencia será mayor si se trata –como en este caso– de conocer o prever situaciones futuras: «la deliberación, el intercambio de pareceres y puntos de vista acerca de consecuencias futuras, tiende a disminuir este carácter aleatorio; una decisión bien llevada, con rigor y seriedad, considerando la mayor cantidad de variables posibles, conducirá probablemente, a consecuencias felices. Pero jamás se logrará esa certeza absoluta en las cosas futuras... ni el dogmatismo legalista, ni el deductivismo judicial, han logrado su intento de eliminar la contingencia del mundo del derecho; lo que corresponde es asumirla con la convicción de que el único camino para reducirla y delimitarla, consiste en la correcta deliberación sobre las cosas humanas»⁹⁹.

Así, a partir de consideraciones prudenciales sustentadas en los encuadramientos políticos y jurídicos de los casos y sus circunstancias pasadas, presentes y futuras, lo justo concreto puede ser determinado con menor grado de riesgo de defección, interpretando el derecho como expresión de un orden jurídico concreto orientado a la consecución de un bien común político concreto y evitando –tanto como sea posible– recortes arbitrarios de la realidad. Ello, en tanto lo justo concreto (la misma cosa justa) se efectiviza en el marco de relaciones de justicia expresivas de un orden tendiente a la consecución del

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 49 a. 6.

⁹⁹ MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica II», *op. cit.*, p. 31.

bien común político. Si la deliberación supone la consideración de los distintos medios disponibles para la consecución de un fin, tratándose de la prudencia judicial y estando el orden jurídico orientado a la consecución del bien común político, resulta indiscutible la presencia de la politicidad del derecho en esta etapa del proceso de determinación judicial de lo justo concreto.

V.2.2. Elaboración del juicio y *epiecheia*

Finalizada la etapa deliberativa, ocurre la formulación del juicio¹⁰⁰ mediante la resolución del cuasi-silogismo que presupone haber: (a) establecido e interpretado la norma de alcance general a aplicar (premisa mayor) y (b) determinado los hechos a considerar a efectos de la aplicación de la mencionada norma (premisa menor). «El juez deberá, por cierto, analizar y apreciar hechos pasados, interpretar leyes ya existentes y valorar las situaciones sociológicas, pero todo ello no tiene sentido ni razón de ser por sí mismo, sino que debe hacerlo en función de un juicio final operativo de conducta humana concreta diciendo el derecho (*iurisdictio*), en virtud de lo cual decide lo que alguien debe dar, hacer o no hacer»¹⁰¹.

La premisa mayor o planteamiento de generalidad del cuasi-silogismo práctico propio de la prudencia judicial es la norma de alcance general o ley jurídica. Según Santo Tomás, la ley es una proposición universal de la razón práctica¹⁰² que –por definición– nos ubica en un plano de generalidad. Por su parte, la percepción jurídica aporta la premisa menor. Tal percepción «... es el conocimiento actual del derecho en su manifestación como fenómeno, que siempre es una conducta o un hecho social con significación jurídica. A partir de ello, resulta posible el desarrollo del pensamiento jurídico... la percepción jurídica confiere la premisa menor al silogismo jurídico-prudencial en el que se verifica la aplicación o la determinación de la ley»¹⁰³.

Cabe aclarar, no obstante, que la estructuración del mentado cuasi-silogismo no nos sitúa en un plano de mera lógica formal a-valorativa, presupone –por el contrario– la tarea estimativa consistente en valorar la norma seleccio-

¹⁰⁰ Vid. LAMAS, F. A., *Los principios jurídicos y el derecho natural*, op. cit., pp. 54 y 55.

¹⁰¹ GUZMÁN BRITO, A.; MASSINI CORREAS, C. I.; MONTEJANO, B.; SOLER MIRALLES, J. E.; VIGO R. L., *La función judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1981, prólogo de ROSSI, A., p. XII.

¹⁰² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90 a. 1. ad. 2.

¹⁰³ LAMAS, F. A., *Los principios jurídicos y el derecho natural*, op. cit., p. 22.

nada para su aplicación y proceder a su interpretación axiológica con miras a la determinación de lo justo concreto orientado a la consecución de un bien común político concreto. Ocurren, entonces, sendas decisiones del juez al establecer cada una de las premisas y a partir de allí se deriva la conclusión por imperio de la lógica formal¹⁰⁴.

Y las etapas del proceso prudencial se suceden de forma tal que: «El fruto de la deliberación jurídica es la determinación, o sea definir un suyo de alguien para que luego se pueda enseñar, aconsejar o mandar la conducta que lo satisfice. Pero ese camino de deliberación y juzgamiento prudencial e interpretativo no es solo obra de la razón, sino también de la voluntad; ésta aportará a la deliberación el consentimiento de los diferentes medios para que después la razón práctica pueda establecer cuál es el más conveniente y, consiguientemente, la voluntad quererlo como tal y posibilitar su existencia»¹⁰⁵. En efecto, hay en la decisión judicial un elemento volitivo, pero debe darse en el marco de un ejercicio prudencial de la razón práctica.

Por otro lado, es pertinente señalar que en esta etapa del proceso prudencial son relevantes dos virtudes anexas y partes potenciales de la prudencia: la *synesis* y la *gnome* que aportan sensatez en la oportunidad de resolver ante situaciones de normalidad y de excepción, respectivamente¹⁰⁶. Y la referencia a ésta última nos lleva a considerar el rol de la equidad (*epieicheia*) en la interpretación judicial, como rectificadora del mandato legal con miras a la consecución de la justicia en aquellos casos en que la ley por su generalidad requiera su auxilio en la determinación de lo justo concreto. Ello en tanto «... la equidad no es sino la prudencia actuando en el ámbito de la justicia, en función de encontrar y decidir la medida concreta de lo justo de cada uno en el caso particular»¹⁰⁷.

Y es que una las aporías relevantes para el derecho es la de «normalidad versus excepción». Por un lado, el orden jurídico que opera dinámicamente, con regularidades y recurrencias que adquieren la forma de instituciones hace posible cierta estabilidad y previsibilidad. En el fundamento de esta previsibilidad y estabilidad se encuentra la naturaleza humana y sus notas esenciales e inmutables. Por otro lado, esa naturaleza se encuentra expuesta al dinamismo

¹⁰⁴ Vid. MASSINI CORREAS, C. I., «La prudencia jurídica II», *op. cit.*, p. 33

¹⁰⁵ VIGO, R. L., *La interpretación jurídica*, *op. cit.*, p. 98.

¹⁰⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 57, a.6.

¹⁰⁷ ROSSI, A., prólogo a *La Función Judicial*, *op. cit.*, p. XIII.

de sus tendencias perfectivas. En efecto, Aristóteles admitía cierto grado de mutabilidad de la naturaleza humana en cuanto individual y afectada por las condiciones materiales de su existencia. A ello se suma el carácter contingente derivado de la libertad de elección de los medios más o menos adecuados para la obtención de los fines naturales. De todo ello resulta una «... doble raíz de la contingencia del mundo humano y por lo tanto del derecho, fuente de hechos, conductas o circunstancias que escapan a la regularidad natural (lo que suele acontecer según el curso ordinario y natural de las cosas) e incluso a las regularidades estadísticas (lo que simplemente suele acontecer en la mayoría de los casos). Surge así la cuestión de la excepción, de lo que acontece *per accidens* la menor parte de las veces, lo que es anormal, o al menos simplemente raro, lo no previsible por la generalidad de la ley pero que, sin embargo, no se opone a los fines de ésta y, por lo tanto, es en principio ordenable a éstos. Normalidad y excepción constituyen, pues, categorías fácticas que el derecho no puede ignorar, pero que tampoco puede resolver aplicando sólo las reglas generales de la previsibilidad social»¹⁰⁸.

En línea con lo expuesto, Santo Tomás se pregunta si las leyes deben ser obedecidas invariablemente conforme la rigurosidad de sus términos¹⁰⁹. Y la respuesta a tal interrogante en aquellos casos que manifiestan una particular diversidad respecto de las circunstancias usuales y previsibles consideradas en el texto legal, se encuentra en la virtud de la equidad (que como tal es parte de la justicia) y se sirve de la técnica de la interpretación¹¹⁰. No se trata aquí de aquello que escandaliza a los neo-positivistas: la pretendida violación de los textos legales: «la interpretación no conduce a violar el texto de la ley, sino a comprenderlo inteligentemente y no materialmente...»¹¹¹. Y en punto a esta cuestión en particular reluce nuevamente la politicidad de las sentencias judiciales: se trata de que el juez preserve –mediante el ejercicio de la prudencia judicial en el caso concreto– el bien común que la ley objeto de interpretación tuvo como objetivo¹¹².

Cabe agregar aquí que no se trata de descifrar «la voluntad del legislador» en un caso dudoso: «cuando se interpreta, no es pues la voluntad del le-

¹⁰⁸ LAMAS, F.A., *Los principios jurídicos y el derecho natural*, op. cit., p. 33.

¹⁰⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 6.

¹¹⁰ Vid. BASTIT, M., *El nacimiento de la ley moderna*, Educa, Buenos Aires, 2005, p. 151.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 153.

¹¹² «Contra verba legis, ut servaretur utilitas communis, quam legislator intendit» (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 6).

gislador, según lo que expresan sólo las palabras. La búsqueda se hace a partir de lo que no puede no querer el legislador. Ahora bien, para existir verdaderamente una ley debe ser justa, y por lo tanto, promover el bien común. La intención del legislador que se busca es entonces esta meta del bien común en su objetividad, de él se deriva la determinación de la solución equitativa que finalmente aparece no como la búsqueda de la voluntad, sino de lo que es *hic et nunc* para este caso el bien común»¹¹³.

Conforme lo expuesto, la formulación del juicio mediante el empleo de la prudencia jurídica por parte de los jueces en la determinación de lo justo concreto orientado a la consecución de un bien común político concreto es otra notoria expresión de la politicidad del derecho.

V.2.3. Las sentencias judiciales como actos de mando

La determinación de lo justo concreto no basta a los efectos de la realización del derecho en el marco de un proceso judicial. A la conformación de un precepto por vía silogística a partir de las premisas definidas según se indica *supra*, debe seguir –conforme la naturaleza práctica del derecho– el último acto del *iter* prudencial: el mandato o imperio por cuyo intermedio se pone en movimiento la voluntad del juez como funcionario estatal y –por vía transitiva– de las partes en orden a la realización de la conducta jurídica justa.

En línea con Massini Correas, entendemos que el mandato y su ejecución conforman la etapa final de la *jurisdictio*. En tal sentido, discrepamos con quienes entienden que la presencia del *imperium*, para mandar, obligar y eventualmente forzar el cumplimiento de lo justo no sería propiamente jurídica sino meramente política. Consideramos que es jurídica en tanto etapa final de la función jurisdiccional y –en todo caso– indicativa de la politicidad del derecho entendido como justo concreto. Sin el mandato, el proceso hasta aquí descrito resultaría trunco por carecer de efecto operativo, por no instar la realización de la conducta conmensurada al título de otro. Más aún, en tanto resultante de un saber práctico, el mandato es el momento principal del proceso prudencial porque es el acto más cercano a la finalidad de la razón práctica: «en el campo de lo jurídico esto significa, ni más, ni menos, que todo

¹¹³ BASTIT, M., *El nacimiento de la ley moderna*, op. cit., p. 154.

razonamiento que jueces, abogados o sujetos jurídicos llevan a cabo con el fin de lograr una determinación concreta de lo que es derecho, alcanza su culminación en el imperativo que mueve espiritualmente, al propio sujeto o a los demás, a dar a cada uno su derecho»¹¹⁴.

La prudencia es imperativa (sostiene Aristóteles al diferenciarla de sus partes potenciales *eubulia*, *synesis* y *gnome*)¹¹⁵. En línea con el Estagirita, Santo Tomás muestra cómo la razón práctica produce un acto que, a diferencia de los actos previos de deliberación y juicio, no tiene analogado en la razón teórica: el de *imperium*. En el acto de imperio la razón ordena los instrumentos a utilizarse en la consecución del fin procurado: «aquello que es deliberado por la *eubulia* y juzgado por la *synesis* (y la *gnome*) es, a su turno, preceptuado por la prudencia, sea a las facultades propias, sea a las personas subordinadas»¹¹⁶. Así, puede observarse una relación entre imperio y orden en punto a la organización de los medios o instrumentos tendientes a la efectivización de lo decidido. También se verifica una relación entre el acto de imperio y la voluntad que pone en práctica el mandato de la razón¹¹⁷. Complementariamente, ha de tenerse en cuenta que el acto de la potencia imperada (ejecución) se ordena materialmente al de la potencia imperante (mandato) y el acto motor (mandato) informa el acto instrumental (ejecución)¹¹⁸.

Por otro lado, en punto a los grados de concreción del derecho mencionados *supra* (punto IV.1 *supra*), ha de tenerse presente que tanto las leyes humanas o positivas (como normas de alcance general) como las sentencias judiciales (como normas individualizadoras) son actos de imperio o mando emitidos en el seno de la comunidad política y ordenados a la consecución del bien común político (inmediata o mediatamente en el caso de la *jurisdictio* según el plano de la justicia de que se trate)¹¹⁹.

Las sentencias son actos autoritativos de los jueces, cuyo cumplimiento espontáneo o ejecución coactiva (según sea el caso) expresan relaciones de mando y obediencia de subordinación al poder político y –consecuentemen-

¹¹⁴ MASSINI CORREAS, C.I., «La prudencia jurídica II», *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, l. VI, 1143, a.

¹¹⁶ CASTAÑO, S.R., *La racionalidad de la ley*, *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁷ «La posición tomista sobre el imperio y su sujeto se resume brevemente en un texto que pivotea sobre el tópico de especificación y ejercicio como clave de bóveda de la recíproca interacción de las facultades espirituales del hombre en el proceso psicológico del acto humano» (CASTAÑO, S.R., *La racionalidad de la ley*, *op. cit.*, p. 40).

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 41.

¹¹⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 90.

te— sólo posibles en el ámbito de la comunidad política. A su vez, el poder político estatal (expresado en las sentencias judiciales) es «una propiedad del orden estatal, sin la cual éste se dispersaría y, por consiguiente, el Estado no podría operar ni subsistir. En otras palabras, el orden sin poder se extinguiría y con él Estado; y el poder sin orden sería igualmente caótico y destructivo»¹²⁰. Este poder estatal es diferente de otros poderes sociales, se encuentra especificado por su objeto y fin, el bien común político, y por los medios de que dispone. *Es uno, pero no es «simple»*, es ejercido mediante una multiplicidad de órganos (incluidos en lo que aquí interesa los abogados a la administración de justicia) y «a cada función [incluyendo la judicial] le corresponde una cuota de poder proporcionada sin que esto destruya la unidad pregonada»¹²¹.

Y ha de tenerse presente, que el denominado «Poder Judicial» es una de las instituciones políticas que conforman estructuralmente el Estado moderno como todo integral heterogéneo¹²². Y debe su condición de «institución política gubernamental» a las circunstancias de: (a) tratarse de un órgano o conjunto de órganos dirigido y ordenado esencialmente a la «formación, integración y gobierno» de la sociedad global o Estado y (b) constituir —consiguientemente— parte del «sistema» de gobierno (entendido éste último como una «cierta totalidad institucional»)¹²³. Así, el Poder Judicial —en tanto órgano o conjunto de órganos dotados de funciones y poderes específicos— es una parte potestativa del Estado (todo activo y potestativo).

Para producir sus mandatos o sentencias, el órgano jurisdiccional tiene que estar dotado de la competencia que lo legitime, emanada del poder estatal¹²⁴. Así las cosas, «el mandato jurisdiccional con autoridad de cosa juzgada individualiza las normas generales, limita el campo de su aplicación y establece en concreto la conexión entre las normas reguladoras y los hechos normados... por ello el mandato emanado de fuente jurisdiccional prevalece en todos los casos, dentro del sistema, sobre las disposiciones emanadas de las otras fuentes materiales o formales de producción jurídica»¹²⁵.

¹²⁰ MEDRANO, J.M., *Para una teoría general de la política*, op. cit., p. 276.

¹²¹ *Ibid.*, p. 276 (el agregado es nuestro).

¹²² *Ibid.*, p. 185.

¹²³ *Ibid.*, p. 188.

¹²⁴ Dejamos fuera del análisis las sentencias revisables y los laudos producidos por tribunales arbitrales, en la medida en que carecen del efecto de cosa juzgada que caracteriza las sentencias firmes como normas singulares o mandatos.

¹²⁵ MONTEJANO, B. y NOACCO, J.C., *Estática jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 1969, p. 29.

Conforme lo expuesto, el órgano judicial, en su calidad de institución gubernamental ejerce una potestad estatal (y consecuentemente política) sobre las partes sometidas a juicio. Según Montejano y Noacco, los jueces (a diferencia de los Poderes Ejecutivo y Legislativo), disponen de una «soberanía vinculada» «... porque generalmente requiere[n] de la actividad de las partes subordinadas para poder ejercerse»¹²⁶.

Lo dicho en torno al acto de imperio ha de tenerse presente como cabal expresión de la politicidad inherente a la actividad jurisdiccional. La autoridad judicial ejerce una potestad estatal y –salvo en casos de cumplimiento voluntario– se encontrará legalmente habilitada para ejecutar la sentencia de que se trate (recurriendo eventualmente al uso de la fuerza pública) a fin de asegurar su cumplimiento.

Lo dicho en los párrafos precedentes nos lleva a una inevitable referencia a la nota de coercibilidad del derecho. En tanto coercible, el mandato jurídico contiene una moción autoritativa tendiente al cumplimiento del acto imperado: la conducta justa. Graneris describe la coactividad como uno de los caracteres del *ius*¹²⁷. Ahora bien, según el autor citado, ella puede faltar. Así, en lo que aquí interesa, la nota de coercibilidad¹²⁸ es una característica diferencial aunque no una nota esencial de la ley (no es necesario que ella se efectivice en toda circunstancia). En palabras de Soaje Ramos la norma jurídica es coercible «en alguna medida o relativamente»¹²⁹ y una norma es coactiva «cuando incluye previsiones de penas para el caso de incumplimiento de una conducta prescrita»¹³⁰. De hecho, la ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad, ya es norma jurídica. Ahora bien, por tener lugar dentro del Estado, la autoridad política puede respaldar su cumplimiento mediante el ejercicio legítimo –y obligatorio– de la fuerza. En esto también se ve la diferencia entre *obligación* (ligazón en el fuero interno de la voluntad causada por la norma recta)¹³¹ y la amenaza o aplicación de la *fuerza* física.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 96 y 97.

¹²⁷ GRANERIS, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1977, pp. 40 y 41.

¹²⁸ Siguiendo a Soaje Ramos, utilizamos los términos «coactivo/a» y «coercible» (y sus respectivos derivados «coactividad» y «coercibilidad») como sinónimos (cfr. SOAJE RAMOS G., «El concepto de derecho», 2da. parte, INFIP, Cuadernos Didácticos Nro. 3, versión mimeografiada, Buenos Aires, 1977-1978).

¹²⁹ SOAJE RAMOS, G., «El concepto de derecho», *op. cit.*, p. 37.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 38.

¹³¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 4.

Y es que la coercibilidad es un accidente propio de la ley, que se deriva de ésta a partir de su obligatoriedad como ordenación de la razón tendiente al bien común político: «supuesta la necesidad del orden jurídico para la existencia misma de una vida social organizada, la observancia de las normas jurídicas no puede quedar librada a la voluntad de los destinatarios de éstas... ese orden jurídico para que sea efectivamente real implica la exigencia estricta de que tales destinatarios realicen las conductas prescritas y esto de modo cierto... a esa exigencia responde la coacción en sus diversas formas»¹³². La coercibilidad se hace potencialmente presente en el plano de la ejecución del derecho, de sus consecuencias operativas¹³³ y –consiguientemente– en las circunstancias de concreción del derecho mediante sentencias judiciales en punto a lo que interesa al presente trabajo¹³⁴.

VI. CONCLUSIONES

Conforme lo hemos expuesto, la clave de bóveda de la politicidad del derecho el bien común político en tanto causa final de la comunidad política y el derecho y punto de articulación del orden moral, político y jurídico. A partir de allí, hemos considerado la politicidad del derecho como propiedad del orden de la comunidad política (*societas perfecta*) requerida por la sociabilidad y politicidad inherentes a la naturaleza humana. En este contexto, el derecho se nos presenta como «el fruto de la planta política»¹³⁵ y el orden jurídico como parte del orden político.

Consecuentemente, puede constatararse la presencia de la politicidad en la causa material del derecho, es decir, en la exterioridad y alteridad de las conductas «juridizables» debidas a otros en razón de su valor en la vida de la comunidad política. Ello, en tanto se trata de conductas que trascienden la subjetividad del agente y desenvuelven su accionar conmensurado al justo título de otro que siempre es la sociedad política (inmediata o mediatamente), todo lo cual presupone la existencia de relaciones sociales en el marco de la comunidad política.

¹³² SOAJE RAMOS, G., «El concepto de derecho», *op. cit.*, p. 40.

¹³³ Vid. ROSSI, A., prólogo a *La Función Judicial*, *op. cit.*, p. X.

¹³⁴ Vid. GRANERIS, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, *op. cit.*, pp. 51 y 52 y SOAJE RAMOS, G., «El concepto de derecho», *op. cit.*, p. 39).

¹³⁵ Vid. OLGIAITI, F., *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, *op. cit.*, p. 232.

En el mismo sentido consecuente, la presencia de la politicidad en punto a la causa formal intrínseca del derecho resulta del protagonismo inmediato o mediato de la comunidad política en la especificación de las conductas debidas en procura de su adecuación en relación de igualdad al título jurídico que corresponde satisfacer en cada caso en los tres planos de la justicia legal, distributiva y conmutativa.

A su vez, conforme lo expuesto en el acápite referido a la causa formal extrínseca y la causa eficiente moral del derecho positivo y, dado el carácter práctico del orden jurídico, los actos de concreción del derecho (remota en el caso de la ley y próxima en el caso de lo justo concreto judicial) en tanto emanados de la autoridad pública, constituyen una clara expresión de su politicidad. La ley humana (producto de la prudencia arquitectónica del legislador y causa formal extrínseca remota del derecho) es ordenamiento de la razón práctica tendiente al bien común político. La aplicación de la ley a los casos concretos por parte de los jueces merced a la prudencia judicial (causa formal extrínseca próxima), hace posible el orden justo constitutivo del bien común político. Ello permite sostener que la politicidad de las leyes generales se proyecta hacia lo justo concreto judicial mediante el ejercicio de la prudencia judicial.

Por otro lado, hemos destacado la presencia de la politicidad en lo justo concreto judicial orientado a la consecución de un bien común político concreto merced a la incidencia de las circunstancias, situaciones y contextos comunitarios sobre la actividad jurisdiccional. Todo ello, en la inteligencia de que la justicia legal o del bien común como justicia principal (enriquecida en cuanto correspondiere por la equidad) infunde politicidad a lo justo concreto; de modo que en todo acto de justicia hay una referencia (mediata o inmediata) al bien común político.

Finalmente, la politicidad se nos presenta en las distintas etapas de la actividad jurisdiccional (la deliberación, la elaboración del juicio y el acto de imperio de lo justo concreto). La inteligencia, el raciocinio, la memoria, la docilidad, la circunspección, la precaución y la providencia permiten que el juez realice un análisis situado socialmente e interprete las normas a aplicar como expresión de un orden jurídico concreto orientado a la consecución de un bien común político concreto, evitando –tanto como sea posible– recortes arbitrarios de la realidad. Asimismo, la politicidad del derecho se manifiesta en las sentencias judiciales en tanto expresiones del máximo grado de concreción del orden jurídico a través de actos de mando o *imperium* (actos principales de la prudencia judicial en punto a su practicidad). En tales actos observamos relaciones jurídico-políticas de supeditación cuyo sujeto activo es la autoridad

judicial como titular del poder del Estado y –en tal condición– órgano legalmente habilitado para ejecutar sus decisorios (con la eventual asistencia de la fuerza pública).

Insistimos en lo señalado al principio: hemos centrado nuestro trabajo en el plano de la realidad normativa. Lamentablemente la realidad fáctica de nuestros tiempos nos muestra a diario casos de mala politicidad del derecho (es decir de una politicidad del derecho en sentido equívoco) consistente en su manipulación desconectada del bien común, así como el fenómeno inverso –y no menos traumático– de la exacerbada juridización de la política. Frente a ello nuestro planteamiento es el de una auténtica o verdadera politicidad de las sentencias judiciales como expresión de lo justo concreto ordenado a la consecución del bien común político.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1981.
- BASTIT, M., *El nacimiento de la ley moderna*, Educa, Buenos Aires, 2005.
- CARDONA, C., *La metafísica del bien común*, Rialp, Madrid, 1966.
- CASTAÑO, S. R., *Principios políticos para una teoría de la constitución*, Ábaco, Buenos Aires, 2006.
- CASTAÑO, S. R., «Una controversia sobre los principios del orden político», *Intus-Legere Filosofía*, vol. 3, n.º 1 (2009).
- CASTAÑO, S. R., «El control de convencionalidad y la pretendida primacía del tratado sobre la constitución», en HERRERA, D.; LAFFERRIERE, N.; MAINO, G.; RANIERI, D. (coords.), *Estado de derecho y derechos humanos*, Educa, Buenos Aires, 2018.
- CASTAÑO, S. R., «El bien común político en Natural Law and Natural Rights en co-tejo doctrinal con el tomismo», *Persona y derecho*, 83 (febrero, 2020).
- COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, «En busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural (Roma 2009)», *Prudentia Iuris*, Nro. 72 (noviembre, 2011).
- GRANERIS, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1977.
- LACHANCE, L., *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, S.F., Buenos Aires, 1953.
- LACHANCE, L., *Humanismo político, Individuo y Estado en Tomás de Aquino*, Eunsa, Pamplona, 2001.
- LAMAS, F. A., «Justo concreto y politicidad del derecho», versión corregida de la comunicación que el autor enviara al *Convegno di studi per la celebrazione di san Tommaso d'Aquino nel VI centenario*, Génova, 1974.
- LAMAS, F. A., *Los principios jurídicos y el derecho natural*, Educa, Buenos Aires, 2002.

- LAMAS, F. A., «Validez y vigencia del Derecho», en MADRID RAMÍREZ, R.; WIDOW, F. (coords.), *Jornadas Internacionales de Derecho Natural*, Educa, Buenos Aires, 2009.
- MAINO, C., «El bien común político», *Prudentia Iuris* (octubre, 2020).
- MASSINI CORREAS, C.I., «La prudencia jurídica» y «La prudencia jurídica II», *Prudentia Iuris*, n.º 4- 5 (1981).
- MEDRANO, J. M., *Para una teoría general de la política*, Educa, Buenos Aires, 2012.
- MONTEJANO, B. y NOACCO, J.C., *Estática jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 1969.
- OLGIATI, F., *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Eunsa, Pamplona, 1977.
- PEKELIS, A. H.; SANDOVAL, R., «Una jurisprudencia del bien común», *Project Muse*, <https://muse.jhu.edu/book/67429> [14/11/2022].
- PORTELA, J. y MAINO, C., «Prudencia jurídica, argumentación y razonamiento judicial», en PUY MUÑOZ, F. y PORTELA J. (comp.), *La argumentación de los operadores jurídicos*, Educa, Buenos Aires, 2005.
- GUZMÁN BRITO, A.; MASSINI CORREAS C. I.; MONTEJANO, B.; SOLER MIRALLES, J. E.; VIGO R. L., *La función judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1981.
- SANTIAGO, A. (h) en *Bien común y derecho constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 1998.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, BAC, Madrid, 1956.
- SCARLATTI, N. O., «El bien común en algunos aspectos del derecho administrativo argentino», *El Derecho*, 2013 (marzo y abril, 2013).
- SOAJE RAMOS, G., «Sobre la politicidad del derecho», *Sep. Bol. de Estudios Políticos de la Universidad de Cuyo*, 1958. Reeditado –con permiso del autor– en CASTAÑO, S. R.; SOTO KLOSS, E., «El derecho natural en la realidad social y jurídica», Academia de Derecho U.S.T., Santiago de Chile, 2005.
- VIGO, R. L., *Interpretación jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 1999.
- VIGO, R. L. en *Las Causas del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.
- WIDOW, J. L., «La naturaleza política de la ética», *El Derecho* (8-5-13).

