



**Rodolfo L. Vigo**

Pontificia Universidad Católica Argentina, Argentina  
rodolfovigo@uca.edu.ar

**Prudentia Iuris**

núm. 101, 2026

Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Argentina

ISSN: 0326-2774

ISSN-E: 2524-9525

Periodicidad: Semestral

prudentia\_iuris@uca.edu.ar

Recepción: 27 octubre 2025

Aprobación: 02 febrero 2026

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.7267>

URL: <https://portal.amelica.org/ameli/journal/797/7975668003/>

**Resumen:** El artículo realiza un balance crítico de la teoría estándar de la argumentación jurídica (TEAJ), centrado especialmente en la obra de Robert Alexy. Destaca sus aportes, como el paso de la interpretación a la argumentación, la admisión de la razón práctica, la incorporación de principios y la superación del juridicismo, así como la relevancia del diálogo racional. A la vez, señala límites y desafíos, entre ellos la insuficiente atención a la tradición clásica, la retórica, las falacias, las premisas fácticas, las emociones, las virtudes y el precedente judicial. Luego, se propone la TEAJ mediante una visión más amplia del derecho, abierta a la prudencia, la verdad, la experiencia y el pluralismo jurídico contemporáneo. En conclusión, la TEAJ constituye un avance significativo, pero requiere ampliaciones para ofrecer una comprensión más integral del razonamiento jurídico.

**Palabras clave:** Argumentación jurídica, Robert Alexy, Manuel Atienza.

**Abstract:** The article presents a critical assessment of the standard theory of legal argumentation (STLA), focusing particularly on Robert Alexy's work. It highlights its contributions, such as the shift from interpretation to argumentation, the recognition of practical reason, the incorporation of principles, and the rejection of strict legal formalism, as well as the importance of rational dialogue. At the same time, it identifies limitations and challenges, including insufficient attention to classical tradition, rhetoric, fallacies, factual premises, emotions, virtues, and judicial precedent. The author proposes complementing STLA with a broader view of law, open to prudence, truth, experience, and contemporary legal pluralism. In conclusion, STLA represents a significant advance but requires further development to achieve a more comprehensive understanding of legal reasoning.

**Keywords:** Legal argumentation, Robert Alexy, Manuel Atienza.

**Sommario:** L'articolo propone un bilancio critico della teoria standard dell'argomentazione giuridica (TEAJ), con particolare attenzione all'opera di Robert Alexy. Ne evidenzia i

contributi, come il passaggio dall'interpretazione all'argomentazione, l'ammissione della ragione pratica, l'inclusione dei principi e il superamento del giuridicismo, nonché il ruolo del dialogo razionale. Al contempo, segnala limiti e sfide, tra cui l'insufficiente considerazione della tradizione classica, della retorica, delle fallacie, delle premesse fattuali, delle emozioni, delle virtù e del precedente giudiziario. L'autore propone di integrare la TEAJ con una visione più ampia del diritto, aperta alla prudenza, alla verità, all'esperienza e al pluralismo giuridico contemporaneo. In conclusione, la TEAJ costituisce un progresso rilevante, ma richiede ulteriori sviluppi per una comprensione più completa del ragionamento giuridico.

**Parole:** Argomentazione giuridica, Robert Alexy, Manuel Atienza.

## BALANCE DE LA TEORÍA ESTÁNDAR DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

### Para citar este artículo:

Vigo, Rodolfo L. “Balance de la teoría estándar de la argumentación jurídica”. *Prudentia Iuris*, 101 ( ):  
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.7267>

### 1. Propósito

Nos proponemos en el presente artículo concretar un balance de la llamada “teoría estándar de la argumentación jurídica” (TEAJ), tal cual fue formulada por autores como R. Alexy, A. Aarnio, N. MacCormick o M. Atienza, entre otros. Ese rótulo se lo debemos a Atienza<sup>[2]</sup> y ha resultado exitoso, aunque también genera polémicas. Precisemos que dicha propuesta se perfilará con sus rasgos distintivos en las tres últimas décadas del siglo XX, y estimamos que la obra de aquel doctrinario alemán, “*Teoría de la argumentación*”, editada en 1978, es un hito decisivo y distintivo de la TEAJ. Más aún, confesamos que en este trabajo, y a los fines del análisis a concretar, nuestra atención privilegiará la obra de Alexy, pues la consideramos suficientemente central e influyente en la TEAJ, y de ese modo, evitamos modalizaciones y complicadas disquisiciones que impondría entrar a ver otros representantes. Por supuesto que los arriba nombrados tienen diferencias entre ellos, e incluso pueden detectarse distintas opiniones a lo largo de sus trayectorias. Quizás es en la obra de Atienza donde se detecta una importante y permanente movilidad y apertura, incluyéndose el tratamiento de temas que nos parecen procedentes, pero que sin embargo no se corroboran en otros integrantes de la TEAJ o en su formulación originaria.

Parece difícil suponer que autores importantes que adscriben a una misma escuela coincidan en todas las tesis características de esa orientación. Algo parecido ocurre en las filas del iusnaturalismo o realismo jurídico clásico, atento a las divergencias significativas que se verifican entre M. Villey, J. Finnis y G. Kalinowski. De todas maneras, entre los referentes de la TEAJ es posible detectar una base filosófica común que proviene centralmente del constructivismo kantiano, y una distancia explícita con posturas respaldadas por el iusnaturalismo nutrido por el realismo metafísico de Aristóteles y Tomás de Aquino.

Este proyectado balance se orienta a poner de relieve tesis que consideramos positivas y que compartimos, pero también a identificar ciertos desafíos o cuestiones pendientes o insuficientemente estudiadas que estimamos deben ser atendidas apropiadamente. Estos puntos pendientes no implican en todos los casos reclamos dirigidos a la teoría bajo estudio, sino que se trata de una agenda de cuestiones que nos parece se orientan a completar o profundizar los desarrollos logrados por la misma. Por sobre las coincidencias, es indiscutible que partimos de filosofías distintas y que, en consecuencia, ellas se proyectan en fundamentos y tesis que nos diferencian.

### 2. Lo positivo

Empecemos este balance identificando aquello en lo que coincidimos a grandes rasgos desde nuestra filosofía jurídica, la que no es estrictamente coincidente con los académicos arriba mencionados. Es que estos, sin perjuicio de reconocerse como no positivistas jurídicos, apelan –reiteramos– centralmente como respaldo filosófico de sus trabajos a una visión constructivista o kantiana. Ninguno de ellos confiesa adhesión al iusnaturalismo de raigambre aristotélica-tomista, e incluso en algunos se observa una clara preocupación en los debates filosóficos respectivos por traer a colación cuestiones ajenas a los mismos, en tanto frecuentemente confunden el plano estrictamente racional de aquellos con el plano de la teología, la religión

o la referencia a personajes políticos históricos. Recordemos que nos movemos en el terreno de la filosofía, donde proceden solo argumentos de razón, y no en el terreno de la teología, que apela a argumentos proporcionados por la fe. Reiteramos que en el campo de la teoría jurídica los autores de la TEAJ son no iuspositivistas, y ello supone –a tenor de Alexy– conexiones esenciales (no meramente contingentes) entre la moral racional y el derecho, lo cual implica una coincidencia importante acerca de la concepción del derecho respecto a la teoría realista jurídica clásica, aunque persisten diferencias significativas en los fundamentos y en temas trascendentes.

Por nuestra parte, no ocultamos que adscribimos a aquella teoría clásica cuyos cimientos están en Aristóteles y Tomás de Aquino, que constituye, al decir de Isaiah Berlin, la “tradicción central de occidente”<sup>[3]</sup>, aunque siempre hemos insistido que pretendemos argumentar y discutir racionalmente en un terreno –insistamos– estrictamente filosófico. También vale tener presente la obvia salvedad de que un argumento racional no pierde tal naturaleza por ser coincidente con una verdad postulada desde la fe. En síntesis, el presente balance se inscribe en una lectura racional o filosófica.

### 2.1. De la interpretación a la argumentación

En el marco del Estado de Derecho Legal (EDL) instaurado en Europa continental en el siglo XIX, y en buena medida apelando al iuspositivismo legalista promovido por la exégesis francesa, la escuela histórica alemana y el primer Ihering, se enseñará que el trabajo propio de los juristas se lleva a cabo por medio de la interpretación jurídica. El objeto de dicha tarea es desentrañar el sentido de una norma jurídica legal o “reconstruir el pensamiento del legislador ínsito en la ley”<sup>[4]</sup> (Savigny), y ello constituirá la premisa mayor de ese silogismo que elaborará el juez. A los fines de ese trabajo judicial, se enseñan los métodos interpretativos que son los caminos que conducen a develar y conocer aquel sentido prescriptivo contenido en las “entrañas” de la ley. Savigny enseña cuatro métodos (gramatical, lógico, histórico y sistemático) e Ihering le agrega el teleológico, y de ese modo queda garantizado el seguimiento del intérprete a la *voluntas legis* o *voluntas legislatoris*, pero la interpretación –como advirtió Ihering– “nada nuevo crea para el derecho”<sup>[5]</sup>. La otra premisa menor coincidirá con el caso individual del genérico previsto en la norma legal a la que el jurista recurre. Configuradas esas premisas corresponde derivar silogísticamente la conclusión, que es proyectar al caso individual la consecuencia jurídica prevista para el caso genérico en la ley. En definitiva, dictada la sentencia respectiva nada nuevo se ha creado para el derecho, solo se ha repetido la ley, de modo que nada ganamos cognoscitivamente apelando a dicha resolución judicial. Recordemos que ese modo en el que el juez debe realizar su trabajo se prescribe coercitivamente definiendo en el Código Penal la figura del prevaricato (dictar “resoluciones contrarias a la ley”, según el art. 269 Código Penal argentino).

Destaquemos que hoy es Ferrajoli con su “iuspositivismo-crítico” el que defiende un modelo de actuación judicial muy similar al precedentemente descrito, pues según dicho profesor italiano, lo propio de un juez es el “saber” y lo patológico y deslegitimador es el “poder” de crear derecho o apartarse de la norma jurídica. Concluye el profesor italiano: “[...] lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda”<sup>[6]</sup>. A ese respecto, Guastini<sup>[7]</sup>, desde su inequívoco iuspositivismo, ha señalado que el juez ferrajoliano se parece demasiado al juez de Montesquieu.

En la actualidad (tiempos del Estado de Derecho Constitucional o EDC), cuando hablamos de argumentación jurídica se apunta centralmente a lo mismo que la interpretación jurídica promovida por el EDL<sup>[8]</sup>, o sea, remite al método o cómo corresponde que haga el jurista a la hora de prestar su servicio que consiste en “decir el derecho” a quien necesita saberlo o tiene dudas acerca del mismo. Ese imprescindible trabajo se debe hacer construyendo un razonamiento en donde cada una de las premisas o juicios que el jurista pone requiere ser avalado o fundamentado por medio de argumentos o razones jurídicamente válidas. Por medio de la conexión de aquellos respetando la lógica, se logra alcanzar la conclusión que consiste en la petición del abogado al juez o en la sentencia de este en el proceso que lo resuelve. De ese modo, se da un doble camino justificativo, por un lado, la llamada “justificación interna”, que alcanza la conclusión si no se violentan las exigencias de la lógica, y por el otro, la “justificación externa”, en tanto se respalda lo que se vaya afirmando a través de argumentos o razones que les brindan a los juicios incluidos en el razonamiento el respaldo respectivo. Esa doble justificación la reclaman originariamente Alexy, Aarnio y Wróblewski, aunque será el autor alemán quien la desarrolla en detalle. Conforme a la misma se requiere de la lógica, pero ella no se reduce a silogismos ni tampoco basta su respeto para que la conclusión quede amparada racionalmente. A esos fines se reclama que las premisas y los juicios incluidos en el razonamiento estén justificados con argumentos suficientes, presentes en el derecho vigente y válido desde el que se habla. Por eso, más que de métodos interpretativos cabe consignar argumentos<sup>[9]</sup>, y en ese marco podemos encontrar distintas nóminas de los mismos, desde los trece de Perelman hasta los veintisiete que de nuestra parte hemos estudiado.

Pongamos un ejemplo banal de ese cambio que va de la “interpretación” a la “argumentación”: en el expediente que tengo para resolver en mi tribunal se trata de un testamento en donde el testador le deja en propiedad a uno de los herederos el inmueble que pretenden los tres hijos declarados herederos, pero el problema es que el testador no ha indicado su nombre, sino que se ha limitado a consignar la fórmula “mi hijo más querido”, y de ese modo tengo que resolver un problema “terminológico” o “lingüístico” que resolveré apelando a las cartas que envió en vida el testador a sus hijos, pues solo en las cartas dirigidas al hijo Juan aparecía entre paréntesis aquella fórmula. Como se ve, ninguno de los métodos interpretativos me auxilia al problema jurídico terminológico enfrentado, por lo que lo resolveré respaldado por un argumento de esa naturaleza leído en las cartas que he tenido a la vista.

El trabajo del jurista en tiempos del EDC sigue teniendo como objeto el “decir el derecho” (*iuris dictio*) a quien lo requiera cuando tenga dudas al respecto (*res dubia*), aunque se ha tornado mucho más complejo y creativo respecto al que se hacía en el marco del EDL. Esos cambios hacen aconsejable no conservar el rótulo de “interpretación jurídica”, y que –al mismo tiempo– resulte procedente hablar de “argumentación jurídica”. Se trata de dejar atrás la experiencia promovida en Europa continental durante la vigencia de aquel paradigma, y asumir los cambios en el modo en que el jurista presta hoy su servicio a tenor de los cambios en el derecho y en el Estado, evitando de ese modo que se asimilen trabajos que recurren a exigencias y posibilidades marcadamente diferentes. Quizás, y en aras de evitar propuestas muy disruptivas, podemos concluir que la interpretación es parte de la argumentación, en tanto su objeto se reduce a definir el significado de textos que el jurista necesita para cumplir con su función “jurisdiccional”. Esta propuesta puede aducir en su respaldo que el libro de Aristóteles *Peri hermeneias*, traducido al latín como “De interpretatione”, y comentado por Aquino, “trata fundamentalmente del significado de palabras”<sup>[10]</sup>.

A modo de conclusión, digamos que nos parece apropiado recuperar el viejo y apropiado nombre de la argumentación para designar el trabajo del jurista cuando debe decir el derecho, como ha insistido al respecto la TEAJ. Al mismo tiempo, resulta esclarecedor dejar de lado el rótulo de la interpretación jurídica y los respectivos métodos interpretativos según los cambios relevantes experimentados en aquel trabajo jurisdiccional<sup>[11]</sup>. Seguramente cualquier jurista de nuestro tiempo tiene la experiencia de que, al tratar profesionalmente un caso, corrobora que el derecho vigente y válido le posibilita escoger habitualmente de entre más de una respuesta jurídica, y ello se visibiliza cuando se constatan distintas soluciones dadas en la respectiva sentencia por los integrantes del mismo tribunal. Esa alternativa impone exigencias argumentativas en orden a exhibir las mejores y más sólidas razones que respaldan esas diferenciadas decisiones judiciales. Muy lejos queda “la boca que repite la ley” y la inexorable persecución penal de algunos de los que emitieron votos contradictorios contradiciendo a la ley o invalidándola.

## 2.2. Admisión de la razón práctica

Desde Aristóteles sabemos que recurrimos a la razón “teórica” para que ella nos permita conocer las cosas que nos interesan por medio de su descripción. Aunque a la razón también podemos formularle preguntas de índole valorativa en relación a nuestras alternativas de comportamientos, en aras de que nos indique cuál es la respuesta más buena o justa (razón práctica). Kant suscribe esa distinción, aunque por un camino diferente al Estagirita, en tanto ya no se confía en el aporte del conocimiento sensible; sin embargo, los sentidos se harán presentes en el esfuerzo cognoscitivo brindando el material caótico, que luego ordenarán las formas *a priori* de los sentidos y del entendimiento, que están en el sujeto. El filósofo de Königsberg parte de la imposibilidad de conocer las cosas como ellas son, aunque queda el camino constructivo de las mismas apelando a matrices contrafácticas. Kant<sup>[12]</sup> distingue en el alma: conocimiento, voluntad y sentimiento, y su *Crítica de la razón práctica* se aboca a fundar la moral, o sea, responder a la pregunta sobre lo que debemos hacer. Dicho fundamento no se apoya en la materia del acto sino en la forma, es decir, por la intención que lo anima, y tendrá valor moral si se ajusta al deber prescripto por la razón pura y su imperativo categórico, o sea, por el deber mismo, dado que carecerá del mismo si es realizado por inclinación distinta al cumplimiento del deber. La “buena voluntad” es lo único bueno en sí, pero ella “no es buena por lo que efectúa o realice [...] es buena solo por el querer; es decir, es buena en sí misma”. “El destino verdadero de la razón es el de producir una buena voluntad”, y esta se logra cuando se procede sin consideración de ventajas e intereses y ajustándose al deber por el deber mismo. El valor moral aparece cuando se obra bajo el solo móvil del “respeto a la ley”, pues “el concepto del deber contiene el de una buena voluntad”<sup>[13]</sup>.

La TEAJ, apoyándose en ese camino constructivo, asume un cierto objetivismo y cognitivismo sin el cual resultaría imposible confiar en una elección racional de argumentos que le permita acceder a una solución valiosa y descartar decisiones gravemente injustas. Si no hay razón práctica, desaparece la alternativa de confiar en nuestros argumentos racionales capaces de ser comprendidos y aceptados por el interlocutor. Posturas radicalmente escépticas en aquel terreno ético o moral, como la kelseniana o la ferrajoliana, asocian inevitablemente el ámbito decisional humano a la voluntad, sin la posibilidad de que la razón discierna la alternativa más valiosa o manifiestamente disvaliosa. Así, leemos en Kelsen que a la pregunta sobre si la

interpretación es un acto de conocimiento o de voluntad, su respuesta es esta última<sup>[14]</sup>. Ferrajoli, acentuando su escepticismo ético, concluye con inequívoca exageración y falacia: “El cognitivismo ético supone el objetivismo moral y lleva inevitablemente al dogmatismo y al absolutismo moral”<sup>[15]</sup>. A lo sumo, lo que queda luego de ese reductivismo de la razón a visiones exclusivamente descriptivistas, es el camino de una razón meramente utilitaria o pragmática como los adscriptos a las corrientes críticas o posmodernas, que se orientan por alcanzar el objetivo trazado, sin asumir límites éticos a la hora de escoger medios idóneos.

Advertimos que la razón práctica puede asumir una dimensión sustancial o material, pero también una dimensión solo enfocada en aspectos procedimentales o formales. En la perspectiva de esa distinción nos parece claro que Alexy<sup>[16]</sup> privilegia decididamente la última definición de la razón práctica, en tanto confía en que el diálogo racional con sus 28 reglas (una especie de “código de la razón práctica”<sup>[17]</sup>) se constituya en la matriz del derecho legítimo o correcto, y ello no obstante advertirnos en clave kantiana que será imposible que un diálogo humano satisfaga completamente aquellas exigidas dispuestas por la razón, por lo que esa matriz servirá como pauta ideal o contrafáctica de racionalidad, definiendo diálogos más o menos racionales aunque nunca satisfaciendo todas las exigencias establecidas por la razón. Construido por Alexy aquel camino dialógico que parte de aseveraciones formuladas con la “pretensión de corrección”, puede concluirse que los que lo aceptan estarán aceptando al mismo tiempo los derechos humanos, en tanto ellos son presupuestos éticos de dicho diálogo, en donde cabe distinguir lo “discursivamente imposible” y lo “discursivamente necesario”, y entre ambos queda un amplio espacio para lo “discursivamente posible”. De ese modo, afirma Alexy: “El discurso ideal como idea regulativa y la pretensión de corrección son las dos caras de la misma moneda”<sup>[18]</sup>, y en consonancia con Kant y Habermas concluye: “[...] son correctas y por tanto válidas aquellas que en un discurso ideal serían estimadas correctas por todos”<sup>[19]</sup>. Una síntesis de la teoría alexyana la encontramos en la siguiente afirmación: “El discurso necesita del derecho para alcanzar la realidad, y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad”<sup>[20]</sup>.

Luego de afirmar Alexy que “los problemas de justicia son problemas morales”<sup>[21]</sup>, y reivindicar un firme objetivismo, precisa: “Si en lugar de juicios y aserciones quedasen solamente sentimientos y opiniones, las fundamentaciones se transformarían en persuasión, y en lugar de la corrección y la verdad se situarían manipulaciones y convicciones firmes. Todo sería subjetivo, nada objetivo” o “la pretensión de corrección sería sustituida por algo parecido a una pretensión de poder”<sup>[22]</sup>. Vale poner de relieve que ese enclave de la argumentación jurídica en la argumentación práctica se traducirá en la tesis del caso especial (*Sonderfallthese*), en tanto “inextricable unión del discurso jurídico con el discurso práctico general”, atento a: “1) la necesidad del discurso jurídico sobre la base de la naturaleza del discurso práctico general; 2) la coincidencia parcial en la pretensión de corrección; 3) la coincidencia estructural de las reglas y formas del discurso jurídico con las del discurso práctico general; y 4) la necesidad de argumentación práctica de tipo general en el marco de la argumentación jurídica”<sup>[23]</sup>. Si bien la teoría discursiva se ofrece como formal y procedimental (un enunciado normativo es correcto si y solo si puede ser el resultado de un procedimiento), cabe preguntarnos con Kaufmann<sup>[24]</sup> si es posible “llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o del procedimiento”, o si cabe denunciar con Höffe<sup>[25]</sup> que se incurre en una “falacia normativista”; pues a esos riesgos nos hemos referidos y a las apelaciones alexyanas algo ocultas o incurriendo en ciertos saltos argumentativos retóricos<sup>[26]</sup>.

Al procedimentalismo de Alexy que habilita cierto objetivismo y cognitivismo cabe diferenciarlo de otros procedimentalismos de inspiración hobbesiana que operan en un procedimiento de negociación y decisiones volitivas; aunque corresponde reconocer en la propuesta alexyana apelaciones que se tornan sospechosas de materialidad o sustancialidad, como los derechos humanos, el Estado democrático constitucional o reclamando en su teoría de la justicia “tener en cuenta en la medida adecuada los intereses y las necesidades, además de la tradición y la cultura, de los individuos implicados” e incluir, al hablar de la justicia, exigencias de corrección en la distribución y en la compensación, señalando como elementos fundamentales a “la libertad e igualdad de las personas, y la neutralidad y objetividad de los argumentos”<sup>[27]</sup>.

Obviamente que desde la teoría iusnaturalista se ha sostenido una razón capaz de guiar y regular el comportamiento humano. A grandes rasgos hoy se detectan al menos dos versiones acerca del modo en que corresponde interpretar los textos principalmente tomistas respecto al conocimiento del derecho natural, o más genéricamente sobre las exigencias de índole moral o ética que se proyectan al campo del derecho. De ese modo, hay una versión tradicional que entiende que el texto decisivo acerca de la ley natural o ley de la moral humana es la q.94,a.2 en la *Suma Teológica* II-II, en donde leemos: “[...] el bien tiene naturaleza de fin, y el mal naturaleza de lo contrario, todas las cosas hacia las que el hombre siente inclinación natural son aprehendidas naturalmente como buenas y, por consiguiente, como necesariamente practicables; y sus contrarias, como malas y vitandas. Por tanto, el orden de los preceptos de la ley natural es paralelo al orden de las inclinaciones naturales”. Al hilo de ese camino el bien humano remite a tres inclinaciones fundamentales en el ser humano: i) a conservar la vida (alimento, salud, etc.); ii) procreación y educación de la prole; y iii) la vida social, el conocimiento, la cultura. En definitiva, para conocer el bien hay que ir a la metafísica, o mejor, a la antropología.

Frente a la señalada y clásica visión de la razón práctica o moral, hoy contamos también con la nueva escuela anglosajona del derecho que entiende en clave tomista –en palabras de J. Finnis<sup>[28]</sup>, o sea, su representante más difundido– que ley natural: “[...] significa simplemente el conjunto de proposiciones verdaderas que identifican los bienes humanos básicos, los requerimientos generales de la elección correcta y las normas morales específicas deducibles de estos requerimientos en cuanto tienen que ver (o dependen de) los bienes básicos particulares”<sup>[29]</sup>. Las claves de esta perspectiva son: i) el hombre, al reflexionar sobre qué hacer, recurre –al margen del acierto o error en sus conclusiones– a “una serie de principios prácticos básicos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar”<sup>[30]</sup>; esos principios, que son los también llamados principios más generales (*communissima*) de la ley natural, al expresar “las formas básicas del bien humano” o “bienes humanos básicos”, constituyen “el sustrato valorativo de todos los juicios morales”<sup>[31]</sup>. Todo hombre con uso de razón y experiencia suficiente conoce por evidencia esos bienes básicos comprendiéndolos “como oportunidades o fines deseables y potencialmente realizables y, por ende, como que-han-de-ser-buscados y realizados en la propia acción, acción a la cual uno ya está comenzando a dirigirse por este mismo acto de comprensión práctica”<sup>[32]</sup>; ii) “El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad [...] El bien del ser humano es estar conforme con la razón y el mal humano es estar fuera del orden de la razonabilidad [...] para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo a la naturaleza humana, sino qué es razonable”<sup>[33]</sup>; iii) la nómina de bienes humanos básicos que Finnis brinda en su ley natural es la siguiente: 1. vida (salud, transmisión de la vida, etc.), 2. conocimiento (preguntas y respuestas, búsqueda de la verdad), 3. juego (actividades que se disfrutan en sí mismas), 4. experiencia estética (búsqueda y valoración de las formas bellas), 5. sociabilidad (amistad), 6. razonabilidad práctica (orden inteligente en acciones, hábitos y actitudes prácticas) y 7. religión (orden personal y orden en

el cosmos); iv) la razón práctica moral tiene una dimensión sustancial (los bienes humanos básicos) y una dimensión formal o procedimental (1. plan de vida coherente, 2. ninguna preferencia arbitraria entre los valores, 3. ninguna preferencia arbitraria entre personas, 4. desprendimiento y desapego, 5. compromiso, 6. eficiencia razonable, 7. respeto a todo valor básico, 8. las exigencias del bien común y 9. seguir la propia conciencia); v) el concepto del derecho es analógico, pero se destaca la necesidad del derecho positivo, siendo Aquino “el primero en proponer que todo el derecho de una comunidad política puede ser filosóficamente considerado como derecho positivo”<sup>[34]</sup>; vi) el derecho positivo es ordenación de la razón práctica sustancial y formal (ratifica Finnis las ocho desideratas “del derecho natural formal” de Fuller) de la autoridad para el bien común político, derivándolo desde la ley natural, aunque más por determinación que por conclusión; vii) hay absolutos morales<sup>[35]</sup>, o sea, normas morales negativas que son inexcusables para la razón práctica, y ellas excluyen las opciones cuyo objeto es ir contra un bien humano básico; viii) el objeto de los derechos son los bienes humanos básicos y ix) en el comportamiento humano están implicadas no solo la razón y la voluntad, sino también las emociones<sup>[36]</sup>. En definitiva, la prioridad en el conocimiento de la moral está en la gnoseología, pues la experiencia más elemental y universal revela que en aras del florecimiento humano o felicidad el hombre “quiere” aquellos bienes humanos básicos.

Desde la teoría iusnaturalista realista debemos asumir que se ha insistido predominante en una razón práctica enfocada en su dimensión sustancial o material y un interés mucho más debilitado en los aspectos procedimentales; sin embargo, si vamos a los textos de Aristóteles o Aquino, nos encontraremos abundantes e importantes referencias al método “dialéctico o retórico” que la razón práctica aconseja en orden a encontrar la mejor respuesta jurídica para el caso jurídico. Junto a los razonamientos apodícticos o necesarios contamos con los razonamientos dialécticos que parten de premisas verosímiles o probables que requieren un esfuerzo argumentativo a los fines de que resulten avaladas por el auditorio al que el jurista se dirige<sup>[37]</sup>. Al margen de esas posibilidades que pueden razonablemente elegirse, cabe recordar que existen límites (los derechos humanos o absolutos morales) que excluyen ciertas opciones<sup>[38]</sup>.

### 2.3. *Inclusión de los principios*

La visión de que en el derecho había solo normas o reglas triunfa en Europa Continental en el siglo XIX; y el iuspositivismo legalista primero y luego el iuspositivismo normativista kelseniano brindarán el aparato conceptual requerido al EDL. De ese modo, el derecho se formula por medio de juicios en donde se define un supuesto fáctico genérico, al que se le imputa una cierta respuesta explícita o una específica consecuencia jurídica frente al supuesto de que se dé un caso individual de aquel genérico. Recordemos que el Código Civil napoleónico, fiel al dogma rousseauiano de la “voluntad general” infalible canalizada por el Poder Legislativo, no contemplaba mecanismos de integración dado la inexistencia de lagunas en la ley. El único que creaba derecho era el legislador y luego al Poder Administrador le correspondía ejecutarlo y al Poder Judicial aplicarlo a los casos individuales. La costumbre *contra legem* se rechazaba, mientras que se toleraban la “interpretativa” y la “supletoria” de la ley. En cuanto a los principios generales del derecho que algunos Códigos (como el argentino de Vélez Sarsfield de 1869) se atrevieron a incluir, se suponía que ellos estaban puestos por el codificador implícitamente, de modo que no habilitaban la posibilidad de respuestas jurídicas contrarias a la voluntad consagrada expresamente por el mismo. Como ya dijimos, un derecho reducido a normas garantizaba el pretendido silogismo judicial y la irrelevancia de las sentencias más allá de las partes del proceso. Hoy es Ferrajoli en esa sintonía un crítico de un derecho principialista, y en su teoría se alienta solo el recurso a las reglas, llegando a oponerse a autores como Alexy, Dworkin o Atienza, a los que acusa de ser iusnaturalistas por su defensa a los principios, por postular la argumentación y su cognitivismo ético.

Es cierto que durante ese siglo y medio de vigencia monopólica del EDL las únicas y escasas voces que hablaban de los “principios” como la otra fuente de respuestas jurídicas junto a las normas, provenían de autores iusnaturalistas que gozaban de limitada presencia académica e influencia entre los juristas. De todas maneras, tengamos presente que desde Aristóteles hasta el proceso codificador, nunca se dejó de pensar que al legislador le resultaba imposible contemplar anticipadamente todos los casos que podían presentarse en tribunales, y que para ello el juez contaba con el “principio de equidad” (justicia del caso) a los fines de evitar brindar la respuesta legal para ese particular caso que debía resolver, dado que en ese supuesto su proyección resultaba gravemente absurda, irracional o injusta. Ese ejemplo puede extenderse a otros principios en orden a preservar que el derecho no puede renunciar a ser un orden racional con el fin del buen vivir en sociedad, definiendo prohibiciones o exigencias respecto de ciertas conductas sociales, aunque sin prohibir todo lo que está mal, ni exigir todo lo que está bien.

Una de las banderas exitosas de la TEAJ fue enarbolar los principios junto a las normas pero sin invocar la autoridad de autores iusnaturalistas. En ese movimiento, Dworkin<sup>[39]</sup> se anticipa a Alexy para sostener que en el derecho están los principios sin “test de origen o *pedigree*”, en tanto no se puede saber quién los incorporó al mismo, aunque ello no impide que los jueces acudan a esos “principios” a los fines de obtener la respuesta correcta. En el profesor norteamericano se advierte una presencia del constructivismo kantiano en su juez Hércules, en su deontologismo y al invocar el fundamento de los derechos preexistentes. En el segundo libro importante de Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, de 1985, encontramos formulada con detalles su perspectiva de los principios, defendiendo la tesis de que su diferencia con las normas no es cuantitativa sino cualitativa. Ellos implican contenido moral y forma jurídica, y prestan un servicio decisivo en orden a suplir cuatro problemas que presentan inevitablemente las normas: i) imprecisiones o indeterminaciones: pues ellas, en los supuestos fácticos genéricos o en las consecuencias jurídicas, exhiben imprecisiones que los principios contribuyen a solucionar; ii) antinomias: a veces, el jurista dispone de más de una norma a la que puede acudir para resolver el caso, pero el problema es que resultan contradictorias, y en esas circunstancias puede ir a los principios para que lo guíen en la elección de la mejor respuesta; iii) lagunas: a veces, falta la respuesta jurídica, y el jurista puede derivarla de los principios, en tanto ellos son derecho concentrado o respuestas jurídicas en potencia; y iv) el cuarto supuesto es el más polémico, dado que su objeto es si corresponde dejar de lado la solución legal atento que para ese caso implica imponer una injusticia extrema o una solución inequívocamente absurda o irracional, y esa alternativa se posibilita recurriendo a principios en donde están los derechos humanos.

Mientras que “el argumento de la injusticia extrema apunta a una situación excepcional: la de la ley extremadamente injusta. En el argumento de los principios se trata de la vida jurídica cotidiana”<sup>[40]</sup>. Pero antes de avanzar en el análisis de los principios, recordemos que Alexy admite la distinción dentro de las “normas” entre “reglas” y “principios”. Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho previsto en las mismas, ordenan una consecuencia jurídica definitiva; dicho de otro modo: cuando se cumplen determinadas condiciones, las reglas ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Las reglas pueden ser llamadas “mandatos definitivos” y su modo de aplicación característico es la subsunción. Los principios son la otra especie alexyana de normas, y ellos tienen la característica de que no ordenan algo definitivo, sino que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que los principios pueden ser realizados en diferente grado, y que la medida de su realización depende no solo de las posibilidades fácticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas especialmente, además de por las reglas, por los principios opuestos. Los principios son, entonces, como vimos, “mandatos de optimización” y su modo de aplicación característico es la “ponderación”.

Alexy, en el “Epílogo de la teoría de los derechos fundamentales”, contundentemente afirma: “En el centro de este libro se encuentra la tesis de que, más allá de su formulación más o menos precisa, los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización”<sup>[41]</sup>. Ampliando dicha tesis, distingue el profesor de Kiel entre “derechos definitivos”, que son los que se basan en reglas, y “derechos *prima facie*”, que son los que se basan en principios. Los derechos constitucionales, en tanto derechos *prima facie*, requieren al aplicarlos de ponderación más que de subsunción y “el procedimiento de ponderación racionalmente estructurado lo provee la teoría de los principios”. En síntesis, reiteremos que la moral alexyana supone un cognitivismo y objetivismo ético respaldado en el referido diálogo racional.

Insistamos en que la escuela del realismo jurídico clásico nunca suscribió visiones normativistas del derecho, y la cuestión de los principios, entendida por el origen, comienzo o inicio de algo, resulta insoslayable para los juristas (principio es “arje” o “arkhé” en griego, o sea, origen o fundamento). Recordemos con Hermogeniano que por causa del hombre existe el derecho, y para precisar su contenido o características distintivas el camino enseñado por Cicerón es averiguar la naturaleza del hombre. En ese marco apelemos a un principio enseñado por la filosofía clásica: el fin tiene razón de principio, en tanto nuestro movimiento se explica en aras de obtener un bien que se apetece. Otra enseñanza clásica es que el hombre es un animal social y, por ende, político, en tanto requiere de un cierto orden y de una autoridad. Pero si pretendemos un derecho a la medida y al servicio del hombre en sociedad, cabe preguntarnos por aquello que le pertenece por ser miembro de la especie humana (lo dado) y también aquello que le pertenece por disposición de la autoridad o acuerdo con sus semejantes (lo puesto). En ese marco, aunque con una terminología afín al Estado de Derecho Constitucional, podemos asociar los principios a los derechos humanos, y hemos dedicado un libro a estudiar específicamente los principios en clave de iusfilosofía clásica.

En aquella obra<sup>[42]</sup> defendíamos una teoría distintiva entre normas y principios, pero proponiendo que ambas eran especie de las reglas jurídicas en tanto unas y otros son fuente de las definiciones deónticas que hacen los juristas al indicar cuáles son las conductas prohibidas, obligatorias o permitidas según el derecho. Respecto de esa teoría diferenciábamos en perspectiva ontológica una teoría distintiva fuerte entre normas y “principios del derecho”, por un lado, y por el otro, en perspectiva operativa o funcional, una teoría distintiva débil entre normas y “principios jurídicos”. En la teoría “fuerte”, dentro de las reglas jurídicas reconocíamos: 1) los principios del derecho, o principios en sentido estricto, o principios fuertes, o principios iusnaturales originarios, cuyo contenido son los derechos naturales primarios, derechos fundamentales o bienes humanos básicos; y 2) las normas jurídicas, pero dentro de estas diferenciábamos: 2.1) principios jurídicos en sentido amplio o principios débiles (comprensivos de los principios iusnaturales derivados y de los principios iuspositivos) y 2.2) normas jurídicas propiamente dichas. En la teoría “débil”, dentro de las reglas jurídicas reconocíamos: 1) los principios jurídicos en sentido amplio, y dentro de ellos señalábamos: 1.1) principios del derecho, o principios en sentido estricto, o principios fuertes, o principios iusnaturales originarios, cuyo contenido son los derechos humanos naturales originarios o bienes humanos básicos y 1.2) principios jurídicos débiles (comprensivos de los principios iusnaturales derivados o principios mixtos y los principios iuspositivos); y 2) normas jurídicas.

El iusnaturalismo realista clásico no solo rechaza una visión normativista del derecho en tanto la pregunta por el fin se asimila al principio, y esa juridicidad necesaria en orden a un derecho válido requiere de determinaciones prudenciales que las proyecten y completen históricamente. No solo la presencia de principios en el derecho se corrobora en el tiempo y espacio, sino que el *common law*, a partir de la premisa “judge made law”, torna necesario admitir las posibilidades implicadas en esa fuente potencial de respuestas jurídicas que son los principios jurídicos. Incluso la técnica de la ponderación de los principios en aras de

obtener la respuesta jurídica está implícita en la admisión de los mismos; y, así, yendo al ejemplo de Aristóteles de hacer una excepción apoyándose en el principio de equidad a la regla del *pacta sunt servanda*, en el supuesto del arma dada en depósito cuando el depositante le pide que se la devuelva al depositario advirtiéndole que quiere matarlo con la misma, en ese caso corroboramos que como resultado de “pesar” el cumplimiento de lo pactado, por un lado, y, por el otro, la vida del depositario, cabe concluir que no se devuelva el arma.

#### ***2.4. No incurrir en juridicismo***

El juridicismo defiende la tesis de que la mirada del jurista debe limitarse al contenido de la norma jurídica, ahí está todo lo que a él debe interesarle. De ese modo, se afirma la total independencia del derecho con las otras dimensiones de la vida social, especialmente con la moral y la política. De los abundantes testimonios de la escuela exegética francesa recordemos a Mourlon, cuando decía: “Un magistrado humilla su razón ante la razón de la ley, porque no hay ni puede haber mejor razón ni mejor equidad, que la razón y equidad del legislador”, y a Bugnet que, desde su cátedra universitaria, afirmaba: “Yo no enseño derecho civil, sino código de Napoleón”. También puede traerse a colación a Savigny, al definir la interpretación como la “reconstrucción del pensamiento del legislador ínsito en la ley”, llegando así a prescindir radicalmente de los problemas fácticos. El juridicismo de Kelsen también es inequívoco, recordemos: persona jurídica es un centro de imputación normativa; el deber jurídico es la conducta contraria a la sancionada; el Estado es el orden jurídico normativo; la especificidad de lo jurídico se identifica con la coerción estatal; etc. Ferrajoli, en la misma perspectiva jurídicista, denuncia que se incurre en una “falacia ética” cuando el jurista va afuera del derecho para juzgar su contenido. En definitiva, en ese juridicismo procede el recurso a un Rey Midas que convierte en derecho todo lo que toca, sin que al jurista le interese o pueda conocer qué era aquello antes de lo que hoy luce como derecho. Recordemos que para el profesor italiano su “modelo integrado de ciencia jurídica” incluye la “teoría del derecho” (junto a la sociología jurídica, la dogmática o ciencia jurídica propiamente dicha, y la filosofía jurídica o filosofía política), a la que le compete definir el aparato conceptual al que recurrirán los juristas, pero a esos fines el teórico no se encuentra limitado por exigencias éticas o sociológicas.

Alexy no duda en sostener que el derecho guarda inescindibles conexiones con la moral y la política, así como por ejemplo la fórmula de Radbruch, “la injusticia extrema no es derecho”, también los principios jurídicos con su contenido moral y forma jurídica, y una tercera manifestación de la conexión esencial entre el derecho y la moral es el derecho humano a no cumplir la ley respaldándose en la moral personal racional. Igualmente recordemos del autor alemán manifestaciones que lo alejan del juridicismo, como las siguientes: i) postura intermedia del constitucionalismo moderado entre legalismo y constitucionalismo; ii) la moral personal queda excluida de la decisión legislativa, aunque el límite de la misma es la moral pública, o sea, “aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello”<sup>[43]</sup>; iii) la legitimación judicial recurriendo a razones esgrimidas por una sociedad con conciencia constitucional y constituida en una comunidad ideal de diálogo; iv) la tesis de que si se pretende legitimarse una Constitución deben positivizarse o convertirse los derechos humanos en derechos fundamentales; v) los principios como mandatos de optimización según posibilidades fácticas y jurídicas; vi) las variadas funciones asignadas a la ciencia jurídica lejos del mero descriptivismo, incluida la normativa o valorativa; vii) la reconstrucción de las reglas de ponderación a partir de la jurisprudencia constitucional alemana; viii) el rechazo de la norma fundamental hipotética kelseniana en orden a validar la primera constitución; etc.

Por supuesto que esa distancia con miradas juristicistas de Alexy guarda conexión con la mirada clásica, aunque de pronto esa visión es escasamente frecuentada por los miembros de la TEAJ. Frente a ciertos prejuicios o directamente ignorancia de tesis aducidas explícitamente por Aquino, creemos procedente recordar algunas de ellas que confirman que la comprensión del derecho necesita abrirse a la sociedad superando cualquier “insularismo jurídico”: i) “El temor al castigo es la disciplina de las leyes [...] (es mejor inducir a la virtud por consejos que por la coacción) [...]”. Como dice el filósofo, “mejor es que todas las cosas estén reguladas por la ley que dejarlas al arbitrio de los jueces [...] se impone la necesidad, siempre que sea posible, de instituir una ley que determine cómo se ha de juzgar, y de dejar poquísimos asuntos a la decisión de los hombres [...] es necesario encomendar a los jueces algunas cosas tan particulares que no pueden ser comprendidas en la ley” (*Suma Teológica*, I-II,95,2); ii) “La fuerza de la ley depende de su justicia [...] su conformidad a la norma de la razón [...] Los principios comunes de la ley natural no pueden ser aplicados del mismo modo a todos los hombres, por la gran variedad de los asuntos humanos; y de aquí proviene la diversidad de las leyes positivas en los distintos pueblos [...]”. Por eso dice el filósofo que en tales casos “es necesario acatar el juicio de los expertos, de los ancianos o de los prudentes en sus enunciados no demostrables y en sus opiniones tanto como en sus demostraciones” (I-II,95,2); iii) “El fin de la ley humana es la utilidad de los hombres [...] apropiada a las costumbres del país conveniente al lugar y al tiempo” (I-II,95,3); iv) “Las leyes han de establecerse a base de lo que con más frecuencia sucede, no conforme a lo que tal vez puede acaecer en un caso aislado [...] existe un justo legal, llamado así no porque sea ley, sino por ser una aplicación de la ley común a hechos singulares. Tales son las sentencias judiciales, que tienen fuerza de ley [...] basta la certeza de que una cosa es verdadera en la mayoría de los casos, aunque puede fallar en contadas ocasiones” (I-II,96,1); v) “Más que a las palabras de la ley se ha de atender a las razones que movieron al legislador [...] Como el legislador no puede tener en cuenta todos los casos particulares, propone la ley de acuerdo con lo que más frecuentemente sucede, poniendo siempre su intención en la utilidad común [...] Tratándose de un caso dudoso, debe obrar conforme al texto literal o consultar al superior. Nadie es tan sabio que pueda prever todos los casos particulares” (I-II,96,6); vi) “Por parte de la razón, vemos que es natural a esta avanzar gradualmente de lo imperfecto a lo perfecto [...] La ley humana no puede ser completamente inmutable” (I-II,97,1); y vii) “La costumbre tiene fuerza de ley, puede abolir una ley y es intérprete de las leyes [...] aunque las personas particulares no pueden instituir leyes, la totalidad del pueblo sí puede instituir las” (I-II,97,3).

Massini<sup>[44]</sup> se ha encargado de destacar en Finnis una doble dimensión de la validez jurídica: fáctica-social y racional-moral, que se conecta con lo que Alexy llama “la doble naturaleza del derecho”. En plena sintonía con la filosofía clásica, el profesor oxoniense suscribe sin ambages que la razón práctica exhibe inescindibles conexiones entre el derecho, la moral y la política; en uno de sus textos leemos: “[...] las teorías de la ley natural sostienen tan fuertemente como cualquier teoría positivista que una adjudicación segura y legitimada da prioridad a una atención consciente y experta a las fuentes social-fácticas y a las reglas y principios enraizados en esas fuentes, poniendo estas aparte solo si son, y en la extensión que lo sean, ‘demasiado injustas para ser aplicadas’, y adaptan la nueva regla resultante para que resulte coherente todo lo que sea posible con las restantes (y no tan injustas) doctrinas, normas y principios del sistema jurídico particular en que el juez ejerce su jurisdicción”<sup>[45]</sup>.

## ***2.5. Reivindican el diálogo racional***

La importancia del diálogo en la aparición del derecho ha sido subrayada por muchos autores. Entre ellos, apelemos a Villey cuando afirma que el método tradicional de la filosofía será el camino del “diálogo, la dialéctica, en el sentido clásico de esta palabra: arte de la discusión bien organizada [...] La dialéctica fue, al principio, el método filosófico por excelencia, en las escuelas griegas y en la escolástica aún no degenerada de la Edad Media”<sup>[46]</sup>. El profesor francés insiste en que Aristóteles “fue el teórico de la dialéctica”, practicándola en todas sus obras, incluso en su metafísica, aunque sobre todo en la ética y la política, y Tomás de Aquino de igual modo recurrió a ella, como lo acredita en su *Suma Teológica*. Villey identifica ciertas reglas de esa dialéctica cuna de la filosofía y del derecho: i) selección de jugadores: en el procedimiento dialéctico solo entraban “esas personas que estaban dispuestas al juego de la especulación desinteresada” en búsqueda dialógica de lo justo o lo suyo de cada uno, por eso quedaban marginados la mayoría de los hombres que se sentían atraídos por la vida activa y también las personas que no estaban dispuestas a aceptar argumentos del contrario; ii) control de autoridades: además de los puntos de vista de los interlocutores, también se recurre a otros autores, aunque comprobando su competencia y el valor de sus testimonios, como enseñaba Aquino, la autoridad constituía el más débil de los argumentos; iii) posición de la causa: es imprescindible antes de comenzar el diálogo fijar claramente cuál es el problema acerca del cual se debatirá, es decir: *ponere causam*, y la causa sobre la que se disputa entre filósofos realistas es una cosa, una realidad y no palabras; iv) de la argumentación: en el diálogo filosófico se recurría a los diversos instrumentos propios de la investigación dialéctica; así, el dialéctico ha de descubrir los diversos lugares –topoi– desde donde considerar la cosa debatida, buscará superar las ambigüedades de las palabras, seguirá técnicas de argumentación, empleará en la demostración de su tesis silogismos dialécticos que, a diferencia del científico, se fundan en opiniones discutibles y premisas verosímiles, etc.; v) la verdad como finalidad común: los interlocutores tienen por objetivo no vencerse, sino “conciliar, superar las divergencias, alcanzar una verdad común”, procurando adecuar el pensamiento y las palabras a las cosas, a la realidad; vi) conclusiones : cuando el diálogo llegaba a su término, se lograba una definición (*oroi*, en griego) de la cosa sobre la que se discutía, el diálogo, a veces, necesitaba ser clausurado y, para ello, el maestro lo cerraba por medio de una decisión que tenía cierta discrecionalidad, pero que estaba respaldada por el camino ya recorrido, donde habían estado presente los diferentes puntos de vista.

Insistamos que debemos a Aristóteles la distinción entre razonamiento apodíctico y necesario que estudió en su *Analítica*, y, por el otro, el razonamiento dialéctico o tópico apoyado en premisas verosímiles y aceptadas por todos, por la mayoría o bien por los sabios (*endoxa*). Si bien no todo en el derecho es dialéctico –recordemos lo consignado cuando hablamos de los principios y los “absolutos morales” de Finnis–, es evidente que en un proceso judicial se recurre a esas premisas verosímiles, que condicionan que las conclusiones sigan la debilidad de esas premisas respecto de las cuales es imposible pretender una naturaleza apodíctica o necesaria. Esa debilidad puede ser suplida recurriendo a la Retórica en tanto ciencia y arte cuyo objeto es la persuasión, y de ahí el consejo que viene de Grecia de auxiliar a la verdad y a la justicia recurriendo a la Retórica. Los *Tópicos* de Aristóteles comienzan: “El objeto de este tratado es encontrar un método que nos ponga en condiciones de argumentar sobre todo problema propuesto, partiendo de premisas probables, y de evitar, cuando nosotros sostenemos un enunciado, decir lo contrario”<sup>[47]</sup>, asimilando los tópicos a “proposiciones que son aceptadas por todos, o por la mayoría, o por los sabios, o por los más prestigiosos de estos” (I,10,104 a.8). Recordemos la definición de argumento que nos provee Cicerón: “[...] rationem quae rei dubiae faciat fidem”<sup>[48]</sup>, y en términos parecidos Tomás de Aquino: “[...] argumentum dicitur, quod arguit mentem ad assentiendum alicui” (se llama argumento lo que arguye la mente para convencer a alguien; *Quaestiones disputatae. De veritate*, q.14,a.2), y en la *Suma Teológica* dice: “Argumentum dupliciter dicitur.

Quandoque dicitur argumentum quaecumque ratio ratio rei dubiae faciens fidem. Quandoque autem dicitur argumentum aliquod sensibile signum quod inducitur ad alicuius veritatis manifestationem” (Se llama argumento a dos cosas: una, cualquier razón que hace ver como cierta una cosa dudosa, y otra, la alegación de un signo sensible por que se induce a otro la manifestación de una verdad) (III,q.55,a.5), mientras que Isidoro afirma: “[...] argumentatio fidem adsertionibus facit” (*Etimologías*, 2,7,1). Procede aquí recordar el “trívium” que se enseñaba en las Universidades medievales y que incluía: gramática, dialéctica (lógica) y retórica.

Aquel diálogo racional que debe esforzarse por justificar con razones juicios que no pueden ser demostrados categóricamente, no tiene cabida en el marco del iuspositivismo legalista o en el del iuspositivismo normativista, en tanto la matriz del derecho es la voluntad. Como es sabido, Alexy construye su filosofía del derecho valiéndose del aparato conceptual creado por Habermas inspirado en la ética de Kant, aunque siguiendo la matriz pragmática formal trascendental o universal, en consonancia con Apel y Habermas, respectivamente, en torno a la teoría de la acción comunicativa. Sin duda que el aporte especialmente habermasiano en torno a la racionalidad y acción comunicativa constituye una pieza medular de la teoría discursiva dialógica de Alexy. “La tesis central que presenta Habermas es la de que todo agente que actúe comunicativamente tiene que entablar con la ejecución de cualquier acto de habla pretensiones universales de validez, y suponer que tales pretensiones universales pueden realizarse. Tales pretensiones son, someramente: la de estarse expresando inteligiblemente, la de estar dando a entender algo, la de estar dándose a entender, y la entenderse con los demás. La inteligibilidad nos lleva al entendimiento mutuo; la verdad, a compartir el saber; la veracidad, a la creencia en la sinceridad de la manifestación; y la rectitud, a la concordancia intersubjetiva en relación a las expectativas de conducta que entablamos en todo acto de comunicación”<sup>[49]</sup>. En el ámbito de la racionalidad comunicativa Habermas remite a la argumentación: “[...] la racionalidad inmanente a la práctica comunicativa cotidiana remite, pues, a la práctica de la argumentación como instancia de apelación que permite proseguir la acción comunicativa con otros medios cuando se produce un desacuerdo que ya no puede ser absorbido por las rutinas cotidianas y que, sin embargo, tampoco puede ser decidido por el empleo directo, o por el uso estratégico del poder”<sup>[50]</sup>, y en cuanto a la argumentación Habermas sin vueltas afirma: “Llamo argumentación al tipo de habla en que los participantes tematizan pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de ejecutarlas o recusarlas por medio de argumentos. Una argumentación contiene razones que están conectadas sistemáticamente con la pretensión de validez de la manifestación o emisión problematizada”<sup>[51]</sup>.

Reiteremos una síntesis nuclear de aquella perspectiva en palabras del mismo profesor de Kiel cuando dice: “El diálogo racional necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del diálogo racional para alcanzar legitimidad”. El derecho viene a suplir ciertas debilidades que son propias del diálogo racional, como por ejemplo el riesgo de una prolongación desmesurada en el tiempo, el incumplimiento de lo acordado como resultado del diálogo o arbitrar desde el derecho medidas que faciliten la posibilidad del diálogo instituyendo órganos, competencia y procedimientos. Pero lo central es que la matriz del derecho, a los fines de su legitimidad o corrección, consiste en recurrir al diálogo sujeto a las reglas que la razón dispone sobre el mismo. Aceptar ese diálogo implica necesariamente el respeto de los derechos humanos en tanto estos son presupuestos éticos del mismo.

El voluntarismo que nutre a los iuspositivismos legalista y normativista se apoya en la decisión de la autoridad y se desinteresa –en términos de su racionalidad– del proceso anterior a la misma. En ese marco puede entenderse que, en orden a la validez de una ley, la jurisprudencia haya definido que la sanción de la misma por la voluntad del Parlamento purga eventuales defectos que se hayan cometido en el trámite anterior. Asimismo, las exposiciones de motivos de las normas autoritativas legales o administrativas se constituyen en un requisito de escasa o nula relevancia en tanto lo importante está en el articulado

prescriptivo de sus respectivos textos. Guarda sintonía con lo señalado, que en la tradición europea no quedan registrados los votos en disidencia de las sentencias judiciales, de ese modo se afirma la apariencia que la voz de la ley es clara y unívoca, y lo que le corresponde hacer al tribunal es repetirla sin más. El contraste entre los modos de la enseñanza del derecho en los ámbitos del *common law* y del civil revela inequívocamente que en este último lo decisivo es la palabra monopólica del profesor enseñando el derecho por medio de clases magistrales en donde el alumno debe limitarse a registrar lo dicho y luego repetirlo en el examen. La TEAJ desde su rehabilitación de la razón práctica habilita al diálogo racional como un ámbito propicio para escoger la mejor respuesta jurídica, en esa sintonía resulta propicio recordar las instituciones dialógicas de la Atenas del siglo V a. C., las enseñanzas de Aristóteles defendiendo que cuatro ojos ven mejor que dos, y toda la estructura de la misma *Suma Teológica* de Tomás de Aquino apoyada en “quaestio” o preguntas que se responden luego de identificar argumentos y contraargumentos.

## 2.6. Dejan de lado un sistema jurídico fuerte

La preocupación sistémica en el derecho aparece con Savigny en su obra *Sistema de derecho romano actual* (1840), y guarda conexión con el propósito de lograr que la ciencia jurídica quede acreditada con ese ansiado estatus epistemológico siguiendo el modelo de las ciencias físico-matemáticas. Pero ese objetivo se alcanzará definitiva y plenamente con Kelsen y su divulgada pirámide jurídica. Esta acredita cumplir con las exigencias rigurosas de un sistema plena y perfectamente logrado. En ella hay solo normas creadas a instancia de otra norma superior, o sea, juicios hipotéticos en donde la consecuencia jurídica coercitiva acredita la juridicidad de aquellas. No se incluyen ni principios, ni derechos humanos, pues su presencia se torna indigerible para la teoría pura que pretende alcanzar una ciencia objetiva y exacta, según leemos en el Prólogo de la *Teoría pura del derecho*. El problema de la validez de la primera constitución queda saldado por el presupuesto gnoseológico de la norma fundamental hipotética y la eficacia de aquella. La cadena de validez o existencia de las normas revela la jerarquía que se constata entre las mismas en tanto las superiores posibilitan la existencia de las inferiores. El aporte científico de la “norma de clausura” estableciendo que lo que no está prohibido está permitido garantiza la completitud del sistema jurídico ofreciendo todas las respuestas que requiere el jurista. La coherencia normativa entrará en crisis frente a la polémica propuesta kelseniana de la cláusula alternativa tácita, pero ella no altera la inercia sistémica más consolidada que confía en los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad para resolver las eventuales antinomias.

Claramente, Alexy toma distancia del sistema kelseniano. Por empezar, la presencia de los principios como “mandatos de optimización” impacta en todo el sistema, generando jerarquías móviles, posibilitando invalidación de normas, generando nuevas respuestas jurídicas, alterando interpretaciones y cubriendo lagunas. Sin perjuicio de que el profesor de Kiel admite que “la validez jurídica de las normas de un sistema desarrollado se basa en una Constitución, escrita o no, que dice bajo qué condiciones una norma pertenece al sistema jurídico y por qué vale jurídicamente”<sup>[52]</sup>. Aunque esa validez de las normas infraconstitucionales conlleva el problema de la validez misma de la Constitución. A tales fines Alexy considera que el “presupuesto de la validez de una constitución es que, en general, sea socialmente eficaz”. Si bien la validez social es un requisito necesario de la validez constitucional, no es un requisito suficiente porque la validez jurídica requiere de validez moral. Esta validez moral se introduce con la pretensión de corrección, dado que, si no hay formulación de tal pretensión, el sistema de normas no podrá valer jurídicamente. Pero en ese terreno de la

justificación moral también tenemos que traer a colación el argumento de la injusticia, de tal manera que, si aquella conexión “clasificante” de la pretensión de corrección no es satisfecha mínimamente, como ocurre cuando las normas jurídicas superan el umbral de la injusticia extrema, esa ausencia relevante de corrección moral conlleva la pérdida del carácter jurídico. Las normas constitucionales no escapan a ese límite moral, y así, si desaparece el número mínimo de normas necesario para la existencia de ese sistema, el mismo se derrumbará inexorablemente.

El análisis alexyano de la validez no se agota en lo señalado, ya que sostener que la Constitución vale jurídicamente porque ha sido realmente promulgada y es socialmente eficaz es incurrir –recuerda en consonancia con las enseñanzas humeanas– en una falacia naturalista, ya que de enunciados exclusivamente empíricos no se siguen lógicamente enunciados normativos. Ese paso del “ser” al “deber ser” requiere de una premisa adicional, que es la norma fundamental (*Grundnorm*). El participante en un sistema jurídico, si quiere sostener la validez jurídica de la Constitución o que ella “debe ser”, necesita presuponer una norma fundamental. La función que ella necesariamente cumple es la de posibilitar el paso del ser al deber ser, estableciendo qué hechos son realmente creadores del derecho y, por otro lado, ella, al ser el fundamento último de validez, posibilita la creación de unidad del sistema jurídico. Siendo la “norma fundamental” la norma suprema del derecho que nos permite introducirnos al mismo, ella no puede ser fundamentada por otra norma del derecho, pero a esos fines sí puede recurrir a razones morales o normativas de otra índole. Aquí Alexy encuentra el auxilio de Kant cuando este fundamenta la competencia del legislador para dictar las leyes positivas, en una ley natural o en una norma del derecho racional cuya “obligatoriedad puede ser conocida *a priori* por la razón, también sin una legislación externa”<sup>[53]</sup>. Esta fundamentación iusracional se encuentra en la tradición de las teorías del contrato social cuyo objeto será asegurar, ya en el estado civil o estatal, los derechos que los hombres tienen en el estado de naturaleza basados en la razón. La norma fundamental kantiana está exclusivamente orientada hacia la seguridad y la paz jurídicas, y, en consecuencia, interesa poco el contenido del derecho y no se admite el derecho de resistencia. Esta conclusión, que puede explicarse por el predominio de concepciones autoritarias del Estado en la época de Kant, no es compartida por Alexy, quien consecuentemente enriquece o corrige la norma fundamental kantiana con la fórmula de Radbruch (Radbruch’sche Formel) que niega la juridicidad de aquellas normas que son extremadamente injustas, respecto de las cuales ya no existe deber de obediencia.

A los fines de completar la visión alexyana recordemos que el profesor alemán indica que el sistema tiene tres elementos: por un lado, tenemos el derecho que se formula por medio de reglas cuyas especies son las normas y los principios, pero esa es la dimensión estática o fotográfica del derecho; junto a ella tenemos la dimensión dinámica, procedimental o la película del derecho que tiene por objeto ver las reglas en movimiento. Este tercer nivel tiene por objetivo asegurar un máximo de razón práctica en el sistema jurídico, lo que depende de la posibilidad de fundamentación racional de los juicios prácticos, morales o de valor, y para ello la propuesta alexyana es el discurso práctico racional en cuanto teoría procedimental, cuyas reglas y principios tienen por objeto procurar una argumentación práctica racional. Otro análisis efectuado por Alexy sobre el sistema jurídico que permite, por un lado, ciertas confirmaciones y, por otro, un enriquecimiento de su teoría, es el referido a lo que ha llamado “modelo procedimental en cuatro niveles”. En efecto, la razón práctica discursiva que reclama su institucionalización en el derecho asumiendo los discursos reales no se concreta de manera abrupta y antojadiza, sino gradual y progresiva. Así lo consigna Alexy: “El armazón de mis consideraciones sobre el sistema derecho como un sistema de procedimientos está constituido por un modelo procedimental a cuatro niveles”<sup>[54]</sup>, a los que individualiza como: 1) el procedimiento del discurso práctico general, 2) el procedimiento de creación estatal del derecho, 3) el procedimiento del discurso jurídico y 4) el procedimiento del discurso judicial.

La preocupación por configurar un cierto orden en el material jurídico que rige en una sociedad parece una exigencia que se deriva del carácter racional del derecho, pues lo propio de la razón es poner orden y de ese modo facilitar el uso de esa realidad ordenada. De todas maneras, esa pretensión de lograr un ordenamiento jurídico adquiere con el iusnaturalismo racionalista de Leibniz y Wolff características especiales que se expresan en la propuesta de sistematización del derecho. En este punto cabe reiterar la alusión a Savigny y a su obra *Sistema de derecho romano actual*, la que se considera que funda la ciencia jurídica moderna. El autor alemán no solo subraya la decisividad del sistema en orden a defender su propuesta epistemológica, sino que lo especifica en términos iuspositivista, logicista, cerrado, legalista, autosuficiente y jurídicista. Pero insistamos que ese esfuerzo será culminado y completado con Kelsen en aras de una ciencia “objetiva y exacta”.

En la teoría jurídica realista clásica no se detecta la centralidad de una preocupación equivalente a la referida arriba que defendieron Savigny o Kelsen. Incluso en el mundo anglosajón, más fiel que el *civil law* en continuar la tradición que viene de Roma, no se corroboran esfuerzos sistémicos como aquellos, ni siquiera en autores como Hart con su *system of rules*<sup>[55]</sup>. Será la obra de Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*<sup>[56]</sup>, de 1953, la que se constituye en un alegato fuerte contra el pensar sistemático-axiomático y se opta por el pensar problemático-aporético, según la alternativa alentada por Nicolai Hartmann (ese contraste en Giambattista Vico se reproduce entre pensar geométrico y pensar antiguo). Tomando distancia con el modelo del paradigma científico forjado alrededor de una racionalidad matemática y geométrica, el apoyo conceptual del trabajo de Viehweg será dado por Aristóteles y Cicerón. Está en Aristóteles la distinción crucial entre, por un lado, lo apodíctico o necesario, que es el campo de la verdad, y por el otro, lo opinable o verosímil, que es el campo de la dialéctica y la retórica. Estas dos disciplinas son correlativas (*antistrofos*) y “tratan de cosas que en cierto modo son de conocimiento común a todos y no corresponden a ninguna ciencia determinada” (*Retórica* 1355b 25). En el libro *Retórica*, el Estagirita se encarga de precisar que ella tiene por objeto “los medios de persuadir que hay para cada cosa”; y en *Refutaciones sofisticas* define la dialéctica como “razonar [...] entre las cosas que se dan como plausibles”, lo que se completa cuando en la *Tópica* señala: “[...] son cosas plausibles las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados” (*Tópicos* 100b 20). Focalmente –al decir de Viehweg–, la tópica es una técnica para resolver un problema, o sea, “toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta”<sup>[57]</sup>, a lo que se agrega como cuestión central “que es lo justo aquí y ahora”<sup>[58]</sup>. Con las consideraciones precedentes, lo que queremos destacar es que el derecho que se escoge y prescribe, habitualmente, supone recurrir a razonamientos que apelan a premisas verosímiles y que por consiguiente ello impacta en la pretensión de contar con una ciencia sistémica que brinde certezas necesarias y apodícticas. El camino del diálogo argumentativo –dialéctico y retórico– supone ir identificando nuevas, mejores o inéditas respuestas jurídicas. Por supuesto que no todo el razonamiento jurídico es dialéctico, hay premisas necesarias o no opinables, pero fuera de ese ámbito queda un amplio espacio para la razón prudencial definiendo el derecho circunstanciadamente.

En definitiva, las propuestas sistémicas iuspositivistas normativistas como las de Savigny, Kelsen o Bulygin-Alchourrón no tienen sintonía en el marco de una teoría iusnaturalista que habla de principios como derecho concentrado, que confía –como mínimo– en una razón práctica capaz de respondernos preguntas morales, que reivindica la prudencia como un saber idóneo para discernir mejores y peores respuestas jurídicas concretas, que insiste en el bien común político como fin del derecho que tiene razón de principio, que no reduce el derecho al ámbito de los Estados nacionales y que reconoce la relevancia de los casos en orden a obtener la mejor justicia. Con esas remisiones se puede entender lo que Villey de manera exagerada concluye:

“Lo reconozco, nuestro adversario es, en efecto, este postulado de la unidad del orden jurídico [...] No hay orden positivo. Al menos a un poco de desorden (sin volver necesariamente a la exageración de incertidumbre de las antiguas civilizaciones) sería a lo que nos conduciría la doctrina del derecho natural”<sup>[59]</sup>. Grzegorzczuk vincula las propuestas sistémicas en el derecho a una ficción que lo aleja de la realidad: “[...] la ilusión de tomar el modelo por la realidad, otorgando al derecho cualidades sistémicas que él no posee, y que no podría jamás poseer”<sup>[60]</sup>.

A margen de lo concluido en torno al sistema jurídico desde la mirada aristotélico-tomista, cabe consignar que un lógico y metafísico de dicha escuela ha intentado modelar el sistema jurídico recurriendo a la lógica. Se trata de Georges Kalinowski, quien propone un sistema normativo que denomina Na en el que se recurre a tesis primarias o axiomas y reglas metodológicas que permiten la admisión de tesis secundarias o teoremas. Leemos: “El sistema Na no tiene nada de la fijeza de los sistemas lógicos o matemáticos, ni de su rigidez. Es, por el contrario, dinámico, en perpetuo cambio, flexible al extremo para adaptarse a la vida. Sus normas primarias evidentes permanecen inmutables y, en conjunto con las reglas metodológicas, aseguran la unidad del sistema y sirven de base a conclusiones tan variadas como numerosas, dictadas por las premisas secundarias y a menudo tomadas de la realidad del momento”<sup>[61]</sup>, y a ello Massini agrega: “Esta síntesis de razón y realidad, de principios racionales y soluciones prudenciales, de normas universales y aplicaciones contingentes, hacen del sistema Na un eficaz instrumento de equilibrio entre el legalismo racionalista y el situacionismo sin principios y lo convierten en un modelo especialmente apto para el conocimiento de las normas jurídicas y de su estructura ideal”<sup>[62]</sup>.

Al margen de lo señalado en clave del iusnaturalismo clásico, pensamos que es posible plantear una alternativa que podríamos rotular como la de un sistema débil, principialista, abierto, no juricista, casuístico, dinámico y racional. En aras de esta propuesta consignemos algunas tesis que posibilitarían su construcción: i) el sistema se considera como algo positivo en tanto pone orden en el material que integrará el mismo, y de ese modo, se facilita el uso del mismo. Si mis libros están sobre el piso, recurrir a ellos para facilitar un trabajo profesional será mucho más complicado que si los ordeno en anaqueles según criterios sistémicos; ii) la propuesta es ordenar el material jurídico sin sacrificar nada del mismo, en una palabra, que el esfuerzo sistematizador se proyecte sobre todo ese material, tanto aquel que resulte fácil como aquel que resiste dicho trabajo; iii) el orden del que hablamos se define en función del sentido del derecho, de su fin, pues el fin tiene razón de principio<sup>[63]</sup>. Ese fin no es otro que asegurar y promover que a cada uno de los miembros de la sociedad y a ella misma se le respete lo que le es suyo, sea en virtud de su condición humana o en virtud de lo dispuesto racionalmente por la autoridad; iv) sin perjuicio del punto anterior, que remite a exigencias intrínsecas o constitutivas del derecho, cabe destacar que es la Constitución, y la respectiva jurisprudencia constitucional, la que pone el toque circunstanciado e histórico del sentido y características del derecho para esa sociedad política; v) el material jurídico a sistematizar debe ser aquel que encontramos como vigente y válido a tenor de la jurisprudencia. En una palabra, descartamos que el esfuerzo sistematizador se haga –como lo refleja habitualmente la ciencia jurídica predominante– sobre el material legislado sin considerar otros materiales jurídicos. Interesa la ley en cuanto aplicada, pues como metafóricamente lo señaló Cossio, el derecho es como una esfera que se apoya sobre el punto en el que se apoya, pero sobre este se hace presente toda la esfera; vi) atento al contenido racional, axiológico y teleológico contenido en la Constitución, su comprensión y operatividad necesita recurrir a la filosofía del derecho, no resultando suficiente acudir a las ciencias dogmáticas focalizadas en las tradicionales ramas del derecho; vii) en los casos

jurisprudenciales relevantes de naturaleza constitucional se van confirmando o corrigiendo las características que tiene el sistema jurídico en cuestión. En efecto, podremos identificar cuáles reglas forman parte de ese sistema; los criterios para la admisión de las mismas; el contenido axiológico al que remiten derechos humanos o principios; la jerarquía y el significado normativo que se va estableciendo de ese material jurídico; y las lagunas, indeterminaciones o antinomias que se detectan y cómo se las resuelve. La vigencia de la Constitución equivale a su eficacia, pero su validez remite a la racionalidad (teórica y práctica).

## 2.7. *Asumen interés por los casos*

En la gestación del derecho y antes de la producción de las normas –como lo pone de relieve Villey– mucho tuvo que ver la lectura jurídica que hicieron los iurisprudentes de los hechos. Ese método y la importancia que tiene la premisa fáctica en la obtención de la respuesta jurídica fue claramente confirmado por Aristóteles y ratificado por Aquino: “Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular, de tener solo uno, debe tener más bien éste, es decir, el conocimiento de lo particular, que es más próximo a la acción” (S. Tomás, *In VI Ethicorum*, lect. 6, n. 1194); lo que se reitera cuando comentando el pasaje de Aristóteles en que señala que los jóvenes pueden ser buenos matemáticos pero no prudentes dado que les falta experiencia, afirma: “[...] la prudencia versa sobre los singulares, que nos son conocidos por experiencia. Ahora bien, el joven no puede ser experto, porque para la experiencia se requiere mucho tiempo” (S. Tomás, *In VI Ethicorum*, lect. 7, n. 1208). Santiago Ramírez completa esa explicación consignando que “la experiencia o el experimento propiamente dicho es función específica del sentido interno de la cogitativa”<sup>[64]</sup>.

Volviendo a la “filosofía del derecho romano-aristotélica” de Villey, traigamos a colación un texto elocuente del profesor francés: “Deducimos el derecho de la observación de la naturaleza. De la naturaleza exterior de las cosas. Observando fuera de nosotros mismos [...] podremos descubrir el derecho en el interior de esos grupos sociales [...] El orden está en las cosas y no, como lo querría Kant, en nuestros anteojos”<sup>[65]</sup>. No duda Villey en identificar el derecho natural como el “derecho extraído de la naturaleza”<sup>[66]</sup>, o en Aquino, donde el derecho es la “*ipsa res iusta*”, y en esa sintonía Ulpiano sostuvo que la jurisprudencia es “estudio de realidades” (*rerum notitia*, D.I, 10.2). Encuentra Villey que Europa a partir del EDL rompe con aquella tradición que viene de Roma, y será el *common law* el que se mantiene más conectado con aquel pasado realista. Y es verdad que muchos de los rasgos distintivos de aquel derecho originario se constatan hoy en el mundo anglosajón, donde a los hechos se les brinda una atención privilegiada y anticipada en orden a decir el derecho. Por empezar la clave de bóveda de ese sistema es “judge made law”, en consecuencia, el derecho se conoce leyendo jurisprudencia y no leyes, y en autores del realismo norteamericano como Jerome Frank se subraya que el resultado de un juicio depende más de los hechos que de las normas implicadas en el mismo. El conocimiento de los hechos supone al mismo tiempo una respuesta jurídica ajustada a los mismos, de modo que resulta insostenible la tajante separación y consideración entre la *quaestio facti* y *quaestio iuris* como está supuesta en el recurso de casación creado en la Francia revolucionaria y en plena armonía con las ideas del EDL.

Quizás corresponda hoy destacar, como lo indicaremos en el punto 3 de este trabajo, que en orden al conocimiento de los hechos, contamos con el aporte de saberes no jurídicos que en los procesos judiciales auxilian al juez en orden a aquel objetivo por medio de peritos. En ese terreno corresponde asumir todos los trabajos realizados por Michele Taruffo que pueden ser receptados por teorías no positivistas jurídicas que confían en la posibilidad de acceder a la verdad. Precisamente al respecto, el profesor italiano ha cuestionado con fuerza a los *deniers* de la verdad mencionando a Richard Rorty entre otros críticos y posestructuralistas, y defiende una noción de la verdad basada en la “correspondencia”, y si bien prefiere acudir al respaldo de Alfred Tarski, ella remite también a Aristóteles. La tesis de que la verdad es “una” y que ella es condición de la justicia, supone un sano realismo con respaldo metafísico, en tiempos donde se escuchan muchas voces reclamando dejar atrás la verdad y la metafísica.

Resulta evidente el contraste con lo señalado si vamos a la definición que brinda Savigny de interpretación jurídica arriba transcripta, en donde ni una palabra se dice sobre los hechos. Ello revela que el trabajo de jurista consiste en identificar la norma donde estaba el caso genérico del caso individual que él iba atender, pues la confianza en la voluntad infalible y previsor de legislador aseguraba esa propuesta metodológica, y luego el camino del silogismo deductivo permitía concluir en la resolución del caso. Tampoco encontramos en *La teoría pura del derecho* consideraciones significativas acerca de los hechos, y el trabajo interpretativo en el mejor de los supuestos se reducía a escoger por medio de la voluntad una de las opciones contempladas en la norma superior. Hoy Ferrajoli escasa atención les presta a las premisas fácticas y asume una perspectiva cognitivista apoyada en la evidencia proporcionada por la prueba producida en los procesos.

Aunque luego denunciaremos una atención insuficiente sobre los hechos, no debemos silenciar que frente al silencio total sobre la complejidad cognoscitiva que suscitan los mismos en el marco de la interpretación jurídica promovida por el EDL, constatamos que al menos la teoría de la argumentación de Alexy se abre al mundo de las premisas fácticas al mencionar la llamada regla de transición<sup>[67]</sup>: (6.1) “Cualquier hablante puede en cualquier momento pasar a un discurso teórico (empírico)”. El tema de los hechos también aparece en la ponderación de “principios jurídicos” en razón de que ellos mandan lo mejor a tenor de las posibilidades jurídicas y fácticas. Asimismo, al formular Alexy su polémica ecuación matemática recomendada para la ponderación, el impacto de la seguridad de las premisas fácticas es sensiblemente menor al de las premisas jurídicas. De todas maneras, se trata de una atención que estimamos marcadamente insuficiente, aunque Alexy asume en su obra *Teoría de la argumentación jurídica* que no hará un examen en detalle de las premisas fácticas, sin perjuicio de reconocer que “en numerosas disputas jurídicas la apreciación de los hechos juega un papel decisivo”<sup>[68]</sup>. Paradojalmente debilita esa última afirmación con la siguiente: “Si hay acuerdo sobre los enunciados normativos que hay que aceptar, la decisión depende únicamente de qué hechos hay que tomar como base”<sup>[69]</sup>; pues así Alexy pareciera confiar en la prioridad que tienen las normas sobre los hechos y rechaza aquel círculo hermenéutico enriquecedor entre el enunciado normativo y los casos que el mismo regula. En conexión con la crítica consignada recordemos que Alexy conserva la tajante distinción entre creación y aplicación del derecho.

## 2.8. Descartan una visión científicista

Las Facultades de Derecho creadas en el siglo XIX funcionales al EDL promovieron a las Ciencias Jurídicas abocadas centralmente a interpretar, describir o sistematizar una de las ramas del derecho que serán receptadas dentro de las currículas de aquellas. Lo que el futuro jurista iba a estudiar eran los Códigos en donde encontraría todo el derecho de aquellas ramas, y de ese modo sus respectivos Libros o Partes establecían el orden y las correlatividades del Plan de Estudios (Libro Primero del Código Civil corresponde a Civil I, el Libro Segundo Civil, etc.). Las materias que eventualmente se estudiarían, y que no contaban con un Código, son visualizadas como de escasa o nula importancia en la formación del futuro jurista.

Un ejemplo de esas materias consideradas irrelevantes puede ser la Filosofía Jurídica, es que dos de las principales preguntas que se le asignan para que las responda, a saber: qué es el derecho y la justicia del mismo, encuentran clara respuesta en la teoría iuspositivista legalista que proveerá el aparato conceptual que los juristas utilizarán para comprender y operar el EDL. En efecto, respecto a la primera pregunta, se proclamará que el derecho es lo escrito por el legislador en los Códigos, y nada más que eso, dado que no puede aceptarse como derecho lo que es *contra legem*. En cuanto a la segunda pregunta, el dogma rousseauiano de la “voluntad general infalible”, canalizada a través del Poder Legislativo, establecía que la ley era siempre justa, y los que pensaban lo contrario estaban equivocados.

Si vamos a Kelsen, se corrobora que su propósito al elaborar *La teoría pura del derecho* fue “elevar la ciencia jurídica al rango de una verdadera ciencia, caracterizada por su objetividad y su exactitud”. Esta pretensión fue explícitamente confesada en el Prólogo de la primera edición de aquella obra. De ese modo, quizás lo que corresponda señalar es que a Kelsen no lo animó construir una teoría iusfilosófica, sino una visión específica de la ciencia jurídica. Ese cientificismo kelseniano se replica en Ferrajoli con su “modelo integrado de ciencia jurídica”, que abarca: i) teoría del derecho: cuyo objeto es construir sin condicionamiento ninguno los conceptos que usarán los otros saberes; ii) sociología jurídica: procura analizar cómo han ido configurándose en una sociedad particular aquellos conceptos; iii) dogmática o ciencia jurídica propiamente dicha: identifica, en la rama del derecho que estudia, los conceptos formulados por la teoría; y iv) la filosofía del derecho, filosofía política o filosofía de la justicia: postula valores con los cuales se pueden fundamentar los conceptos de la teoría.

Alexy, en un artículo que lleva el comprometedor título de “La naturaleza de la filosofía del derecho”<sup>[70]</sup>, se ha encargado de defender la existencia y necesidad de la filosofía del derecho para todo jurista en tanto debe contar con un concepto del derecho y criterios para definir cuándo corresponde otorgar validez a una norma jurídica y es precisamente en aquella donde encontrará las explicaciones pertinentes. Además, el profesor alemán en ese escrito precisa que una filosofía del derecho en definitiva se obtiene mediante la proyección de una cierta filosofía al campo del derecho, y vale conectar esa definición con otra tesis que compartimos de Alexy que, en materia de racionalidad práctica, cabe apoyarse en cuatro alternativas principales: Aristóteles, Hobbes, Kant o Nietzsche. El planteo del profesor de Kiel no se queda en defender a la filosofía del derecho, sino que respalda también a la ciencia jurídica (recordemos que Alexy fue profesor también de derecho público), asignándole seis funciones<sup>[71]</sup>: i) de estabilización (se fijan y se siguen soluciones jurídicas); ii) de progreso (la discusión jurídica científica posibilita mejora en las soluciones jurídicas); iii) de descarga (contribuye a evitar reiterar discusiones con respuestas consolidadas); iv) técnica (contribuye a mejorar la enseñanza del derecho); v) control (potencia la coherencia jurídica y evita errores jurídicos); y vi) heurística (proporciona modelos de soluciones a problemas jurídicos). Y si incluimos en la gnoseología jurídica el saber jurídico aplicativo, determinativo, prudencial o ponderativo, lo encontramos contemplado en la perspectiva alexyana a ese camino noético (por supuesto que por fidelidad a Kant no podemos llamarlo prudencial), pues toda su teoría de la ponderación remite a esa instancia de concreción del derecho.

El iusnaturalismo clásico ha promovido una gnoseología variada e integral. El jurista requiere de la filosofía jurídica para que ella le responda al menos estos cuatro problemas: i) el ontológico, conceptual o definicional: necesita contar con una noción de lo que es el derecho dado que él pretende conocerlo y decirlo; ii) el gnoseológico: debe saber las características que tiene el saber sobre el derecho (teórico o práctico, puro o impuro) y los caminos que posibilitan ese objetivo; iii) el lógico: su objeto son los problemas que estudia la lógica (formal y material) y que se visualizan en el derecho (retórica, falacias y sistema); y iv) el axiológico: a qué criterios cabe recurrir en orden a establecer el valor (validez) para el bien común político de las respuestas que brinda el derecho. También está el campo de la ciencia jurídica que se ocupa del derecho vigente y válido con la finalidad de: describirlo, sistematizarlo, interpretarlo y valorarlo. Finalmente, tenemos el saber prudencial jurídico que procura discernir cuál es la conducta concreta y circunstanciada que el derecho establece como obligatoria, prohibida o permitida para ciertos sujetos en un tiempo y lugar establecido. Por supuesto que esa tríada cognoscitiva debe guardar coherencia y se enriquecen recíprocamente, y Martínez Doral desde la teoría iusnaturalista clásica llama a esa unidad “cultura jurídica”<sup>[72]</sup>.

### 3. Los desafíos y reclamos

El balance efectuado precedentemente queda claro que se concreta apoyándonos en una perspectiva aristotélico-tomista, y también destacamos que nuestro análisis se ha concentrado en la teoría de Robert Alexy. A este respecto ya consignamos que la TEAJ se verifica en distintos autores y que el rasgo distintivo de los mismos es su filiación kantiana y su rechazo a ser confundidos con autores iusnaturalistas. Esta precisión es importante porque varias de las críticas incorporadas en el balance no encajan exactamente con los desarrollos teóricos hechos, por ejemplo, por Manuel Atienza.

#### 3.1. *El marginamiento de la teoría jurídica clásica*

Alexy, en su obra decisiva de 1978, *Teoría de la argumentación jurídica*, especifica que discutirá a “fondo” con diversas teorías y autores, mencionando en su “Introducción” expresamente a Stevenson, Hare, Toulmin, Baier, Habermas, Perelman y a la Escuela de Erlangen, y más allá de que a lo largo del libro aparecen otros nombres importantes, hay un notable silencio de pensadores ubicados temporalmente en la edad antigua y medieval, pues la única excepción es Aristóteles, aunque con una atención escasa. Atienza, por su parte, menciona “dos fases en el desarrollo de las teorías de la argumentación jurídica: la de los precursores y la de la elaboración de la teoría estándar”. Aclara el profesor de Alicante que “lo que caracterizó a los precursores, en los años cincuenta del siglo pasado, fue la tesis de que el razonamiento jurídico no podía verse como un tipo de razonamiento deductivo”<sup>[73]</sup>, y a los que reconoce como precursores son a Recaséns Siches, Viehweg, Perelman y Toulmin.

No deja de sorprendernos el silencio denunciado. Nos parece muy difícil estudiar temas como retórica, dialéctica, argumentación, tópica o falacias ignorando los autores que por siglos los estudiaron y los practicaron, fijando sus respectivas identidades y sus posibilidades en orden al razonamiento y regulación de las conductas humanas. La característica de los precursores, según Atienza, alude expresamente a una distinción aristotélica muy importante entre los razonamientos apodícticos o necesarios, por un lado, y, por el otro, los razonamientos dialécticos que parten de premisas posibles o verosímiles, distinción esa que se enriquece con los tres géneros de la retórica (deliberativo, judicial y epidíctico). Por supuesto que Atienza conoce muy bien lo que estamos señalando, pues su ecléctica propuesta “pragmática” incluye la dimensión dialéctica y la dimensión retórica que remiten a los autores clásicos sobre esos temas. Pero no podemos dejar de señalar que nos parece un evidente error el rótulo de precursores de las teorías de la argumentación a los autores mencionados de la década de 1950<sup>[74]</sup>.

Sintéticamente: nuestro reclamo se orienta a reivindicar una explícita atención de esa larga lista de autores que van de Aristóteles a Aquino, pasando por Cicerón, Quintiliano y muchos más, que lograron generar un aparato conceptual que nutre a la argumentación jurídica, al margen de las renovaciones y actualizaciones que correspondan.

### 3.2. *El olvido de la retórica*

Es sabida la relevancia que adquirió el recurso a la retórica en aquella Atenas democrática del siglo V a. C. Esa importancia práctica de la retórica supuso un desarrollo conceptual y teórica que se revela paradigmáticamente en la obra que con ese título escribió Aristóteles, cuyo objeto será la persuasión del auditorio al que se dirige el orador o retor. Los referentes destacados de aquella retórica clásica son, además de Aristóteles, Cicerón en el siglo I a. C. y Quintiliano en el I d. C. De ellos hemos heredado las partes en que puede dividirse el discurso retórico: inventio (individualización de la cuestión a debatir y registro de los argumentos a utilizarse); dispositio (organización del discurso), que incluía el exordio (la introducción); la narratio (los hechos involucrados); la divisio (identificar lo que se coincide y discrepa con el oponente); la argumentatio (las pruebas que se aducen y la descalificación de las presentadas por la otra parte); la peroratio (la conclusión que se postula) y la elocutio (incluía los recursos que contribuían a facilitar la persuasión del discurso).

Por nuestra parte, hace varios años defendimos una particular teoría de la interpretación jurídica que denominamos “prudencial-retórica”<sup>[75]</sup>, en tanto confiábamos en un saber idóneo para dilucidar en concreto lo que le correspondía a cada uno de los implicados en el problema jurídico a regular, pero también reconocíamos la necesidad de que los argumentos a utilizarse debían formularse de manera persuasiva. Este último reclamo remite a la retórica que, al decir de Aristóteles, es “paralelo al de la dialéctica, porque ambas tratan de aquello que comúnmente todos pueden conocer de alguna manera y que no pertenece a ninguna ciencia determinada. Por eso, todos poseen ambas artes en alguna forma, como quiera que todos tratan, hasta cierto punto, de buscar razones y sostener lo que afirman y se ingenian para defender y acusar” (*Retórica*, Libro I, cap. 1). La retórica razona con lo verosímil y con lo opinable intentando encontrar en cada caso “aquello que es apto para persuadir” y sobre esta base el Estagirita procura destacar la utilidad de dicho arte:

“Naturalmente, lo verdadero y lo justo son mejores que sus contrarios, de manera que si nuestros juicios no se realizan como conviene, se seguiría necesariamente de ello que seremos vencidos por los contrarios, lo cual es digno de represión”, y, además de ese beneficio que reporta la retórica haciendo triunfar lo verdadero y lo justo, añade Aristóteles que a veces aunque poseemos la ciencia más exquisita no es fácil persuadir a ciertas personas si hablamos basándonos en ella, “por lo contrario, es necesario componer las pruebas y los argumentos por medio de los lugares comunes” (*Retórica*, Libro I, cap. 1).

La teoría kantiana se centra en el deber y no el bien como en la ética clásica; según aquella, “la buena voluntad” es lo único bueno en sí, pues ella “por lo que efectúa o realice [...] es buena en sí misma”, “El destino verdadero de la razón es producir una buena voluntad”, y esta se logra cuando se procede sin consideración de ventajas e intereses y ajustándose al deber por el deber mismo. El valor moral aparece cuando se obra bajo el solo móvil del respeto a la ley, “el concepto del deber contiene el de una buena voluntad”<sup>[76]</sup>. En ese marco de recortes a una mirada realista y completa de lo humano resulta comprensible el desprecio kantiano por la retórica, a la que califica de inmoral por “[...] aprovechar las debilidades de las personas para las propias intenciones [...]”, por lo que no la consideró digna “de ningún respeto”<sup>[77]</sup> y la cuestionó por “engañar por medio de bellas apariencias”<sup>[78]</sup>. Tampoco Alexy recepta el aporte de la retórica en su teoría de la argumentación jurídica confiada en un diálogo sujeto al código de la razón práctica, con la salvedad de que esas reglas constitutivas del mismo son contrafácticas, en tanto nunca las veremos total y completamente respetadas en la realidad.

### 3.3. Escasa atención a las falacias

Aristóteles estudió y clasificó las falacias, o sea, aquellos razonamientos que parecen correctos pero que en realidad no lo son. Su obra *Refutaciones sofisticas*, considerada un apéndice de los *Tópicos*, se ocupa de aquellas distinguiéndolas en dos grandes grupos: las generadas en las palabras o el lenguaje (*in voce*) y las generadas fuera del lenguaje o en las cosas (*in re* o *extra dictionem*). Recordemos que Kant, en el Prefacio de la segunda edición de su *Crítica de la razón pura* (1787), afirma que la lógica aristotélica “tiene toda la apariencia de ser perfecta y estar completa”, y el tratamiento de las falacias o paralogismos es marginal, pues su “lógica trascendental” “hace abstracción de todo contenido del conocimiento [...] y no considera más que la forma lógica bajo la relación de los conocimientos, es decir, la forma del pensamiento en general”, agregando Fraile que esa lógica pura kantiana carece de principios empíricos y deja de lado principios psicológicos<sup>[79]</sup>. En cuanto Aquino, escribió un trabajo referido a las falacias que lleva por título *Elenco sofisticado o Sobre las falacias*, y siguiendo a Beuchot<sup>[80]</sup>, mencionamos entre los sofismas lingüísticos los siguientes: de equívoco, de anfibología, de composición y de división, de acento y de dicción; y, en cuanto a las falacias fuera del lenguaje, las siguientes: de accidente, del tránsito de lo relativo a lo absoluto, de ignorancia del elenco, de petición de principio, de consecuente, de falsa causa y de interpretación múltiple.

Si vamos a la teoría de la interpretación jurídica funcional al EDL expandido por Europa continental en el siglo XIX, el tema de las falacias termina siendo irrelevante o de escasa importancia. La explicación de ello remite a que los Códigos donde estaba todo el derecho eran el fruto de la voluntad infalible del legislador, y este dogma descartaba la posibilidad de que el derecho legal incurriera en razonamientos erróneos, los que tampoco podían resultar del trabajo judicial asimilado a un silogismo deductivo donde no se detectaba ninguna creación ni discreción por parte del juez.

Es cierto que en la obra de Alexy no hemos encontrado referencias específicas a falacias, aunque ellas quedarían reclamadas genéricamente vía la regla del diálogo racional, e incluso esa conclusión se deriva directamente de algunas de las 28 reglas a las que debe ajustarse dicho diálogo. Al respecto, recordemos que entre las seis “reglas fundamentales” del discurso práctico que rigen incluso para monólogos están la ausencia de contradicción y la claridad lingüística y conceptual, y en el campo de la justificación interna operan dos reglas: (J.2.1.) para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal; y (J.2.2.) la decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones. Ese silencio sobre las falacias en la TEAJ habilita un reclamo en ese punto dado que en aras de una argumentación correcta corresponde alertar por eventuales errores, al margen de las intenciones que los acompañen.

### 3.4. *Más atención a la antropología*

En el año 2004 Alexy publica un artículo que lleva por título una pregunta: “¿Derechos humanos sin metafísica?”<sup>[81]</sup>, la que es respondida negativamente. Varias tesis pueden desprenderse de ese trabajo: i) la metafísica que afirma el pensador alemán es una constructiva que se apoyará en el tercer mundo que propone Frege, o sea, el de los objetos abstractos o ideales (aquí las normas en tanto conceptos semánticos), diferente al mundo de los objetos físicos y al de los objetos psíquicos; y ii) la fundamentación explicativa (y existencial) siguiendo la filosofía trascendental kantiana y remitiéndose a nuestra disposición comunicativa que implica el reconocimiento del otro como autónomo y como persona con dignidad. La teoría del discurso alexyano se formula por medio de reglas formales, “tienen poco que ver con la corrección del contenido de los enunciados normativos sustantivos. De ahí que para establecer una conexión entre el procedimiento del discurso y la corrección sustantiva sea preciso un tercer elemento. Este tercer elemento es la tesis antropológica conforme a la cual los seres humanos, tal y como existen realmente, están, en principio, en disposición de distinguir las buenas de las malas razones en favor de los enunciados sustantivos. La teoría del discurso asume, pues, que los participantes poseen en principio una suficiente capacidad real de juicio”<sup>[82]</sup>.

En el párrafo anterior aparece que Alexy, no obstante postular una visión de la racionalidad fuertemente procedimental y kantiana, comprueba una cierta dimensión sustancial. De todas maneras, la concepción antropológica alexyana remite a la competencia discursiva y comunicativa, lo cual implica un notable alejamiento de una metafísica realista clásica. Siguiendo esta última alternativa, consignemos que, acudiendo a la definición tradicional del ser humano como unión sustancial de cuerpo y alma, se adopta la postura aristotélico-tomista “hilemórfica” (*hyle*=materia y *morphé*=forma). En una mirada comprensiva de la realidad se distinguen: los entes corpóreos sin vida; los entes corpóreos simplemente vivientes (alma vegetal) pero sin conocimiento; los entes corpóreos vivientes con posibilidad de un conocimiento y apetición sensibles (alma animal); y los entes corpóreos vivientes sensibles, racionales y libres (alma humana). En ese ente anímico-corpóreo que es el ser humano es posible reconocer cuatro funciones principales: i) conocimiento sensible generado por los cinco sentidos externos y los cuatro sentidos internos; ii) conocimiento intelectual, sea especulativo o teórico, por un lado, y por el otro, o práctica o directiva; iii) el apetito racional o espiritual o voluntad; y iv) el apetito sensible.

En la visión aristotélica precisada por Aquino, queda superada la alternativa entre entendimiento y voluntad, y se postula “la mutua causalidad y complementariedad”<sup>[83]</sup>. Asimismo, la inteligencia tiene una función especulativa cuando se ocupa de conocer la verdad, y también una función práctica abocada a dirigir la conducta humana por medio del bien cognoscible. La voluntad es apetito o tendencia hacia el bien conocido, aunque ella mueve al entendimiento para que se aboque a lo que ella quiere, y la voluntad quiere el bien provisto por su conocimiento. Es cierto que al ser humano lo moviliza el fin de la felicidad, y cada uno tendrá que ir modelando su vida a tenor de sus posibilidades personales y circunstancias.

En ese esfuerzo de la razón concreta o prudencial, Finnis señala en su dimensión sustancial los bienes humanos básicos (vida, conocimiento, juego, estética, amistad, razonabilidad práctica y religiosidad), y también el profesor oxoniense consigna una dimensión formal o procedimental en nueve exigencias: 1. un plan de vida coherente; 2. ninguna preferencia arbitraria entre los valores; 3. ninguna preferencia arbitraria entre personas; 4. desprendimiento y desapego; 5. compromiso; 6. eficiencia razonable; 7. respeto a todo bien humano básico en todo acto; 8. exigencias del bien común; y 9. seguir la propia conciencia. Reconoce Finnis que dichos requerimientos son el método para elaborar el modo en que se conducirá mi vida conforme a una moral razonable o correcta. Aquino advierte que “en diversos aspectos, la voluntad precede a la razón y la razón a la voluntad. Por eso el entendimiento puede llamarse voluntario, y el acto de la voluntad puede llamarse racional”<sup>[84]</sup>; en fórmula aristotélica: “inteligencia deseosa y deseo inteligente”.

En rápida síntesis acerca de la relación entre la razón y la voluntad nos gustaría identificar distintas posturas al respecto: i) ruptura entre esas facultades que surge a partir de Grocio y Descartes; ii) luego viene Kant, en donde la voluntad queda sometida o identificada con la razón práctica pura a la razón en el plano moral y la desconexión con el derecho; iii) Ockham y Lutero auspician el voluntarismo divino; iv) Hobbes significa la razón sometida a la voluntad humana estatal; v) la muerte de la razón y la voluntad en Nietzsche; y vi) frente a la alternativas anteriores Aristóteles y Aquino afirman la indispensable colaboración entre razón y voluntad.

### ***3.5. El papel de las emociones***

Las emociones en terminología clásica remiten a las pasiones, o sea, los actos de los apetitos sensibles (irascible y concupiscible), y ellas han generado a lo largo del tiempo mucha controversia. Las apreció como malas el estoicismo y luego el racionalismo, que nutre buena parte de la filosofía moderna desde Descartes a Kant, también rechazó las pasiones o las puso como distantes o peligrosas para el hombre racional, lo que será avalado asimismo por la teología protestante. En el otro extremo, tenemos visiones que reducen el hombre a emociones (de Hume a Nietzsche), o la perspectiva que focaliza el estudio de las pasiones en un terreno exclusivamente científico-experimental, en autores como Darwin, James o Freud. Sin embargo, desde hace un tiempo se verifica un esfuerzo teórico por superar aquel silencio o el rechazo de la filosofía sobre las emociones, y a procurar generar puentes entre ellas y la razón y la voluntad.

En la ética de Aristóteles y en la de Aquino las emociones son valoradas positivamente, y aunque ellas pueden traspasar el control de la razón, a veces, también pueden reforzar la decisión de conseguir el bien. “Así como es mejor –afirma el Aquinate– que el hombre no solo quiera el bien, sino que lo realice por un acto exterior, de igual modo pertenece a la perfección del bien moral que el hombre se mueva al bien no solo según la voluntad, sino también según el apetito sensible” (*S.T.*, I-II, q.24, a.3.).

Giuseppe Abba ha estudiado la fractura que se comprueba entre la filosofía moral moderna (de Descartes a Kant) y aquella clásica que se remonta a Aristóteles y Aquino, y el núcleo de esa distancia consiste en que se substituyó “el antiguo punto de vista de la primera persona o del sujeto agente, por el moderno punto de vista de la tercera persona o del observador, del juez, del legislador [...] la ética no solo no puede subestimar el punto de vista del sujeto agente, sino que debe tenerlo como punto de vista principal”<sup>[85]</sup>. Destaquemos que el Estagirita asimilaba metafóricamente la ausencia de pasión a un orador a quien le falta el énfasis de la excitación, y subrayó en la *Retórica* la relevancia del “pathos” del auditorio a los fines de lograr su persuasión. Pieper, en sintonía con la ética tomista, concluye: “La corporeidad es, por tanto, buena, tan buena que la ‘insensibilidad’ no solo se considera un defecto, sino un *vitium*, una falta moral, la capacidad de enojo es buena; la energía sexual es buena”<sup>[86]</sup>. En la *Suma Teológica*, al hablar de pasiones, encontramos referencias como que la tristeza apresura la muerte y para mitigarla sugiere: amigos, dormir y baños; también con mucho realismo, y apoyándose en la experiencia humana, afirma que los placeres sensibles son más fáciles de conocer y más deleitables para la mayoría que los placeres espirituales. Un autor seguidor de las enseñanzas aristotélico-tomistas critica algunas interpretaciones iusnaturalistas en tanto confían exageradamente en la razón y se olvidan del apetito y de las virtudes en el ser humano, e incluso con cierta exageración llega a decir que Aristóteles y Aquino están más cerca de Hume que de Kant<sup>[87]</sup>.

Los seres humanos experimentamos conexiones entre nuestras pasiones y nuestra razón y voluntad, y al respecto Manzanedo advierte que “la razón está más cerca de la voluntad y de los actos volitivos que al apetito sensitivo y a las pasiones; pero estas están más próximas al bien apetecible particular que a la razón universal”<sup>[88]</sup>. En el obrar humano está comprometido todo el sujeto, y se requiere que él acierte a imperar las conductas conformes a la recta razón en sintonía con el apetito recto del fin, aunque puede ocurrir que los apetitos sensibles se ajusten a esa dirección o se rebelen y conduzcan la libertad. Las pasiones son actos afectivo-sensitivos y Aristóteles, en la *Retórica*, señala tres pasiones principales: el deseo, la ira y el miedo, a las que siguen la audacia, la envidia, el gozo, la amistad, el odio, el celo, la misericordia y todo lo que puede generar alegría o dolor. Las pasiones en el esquema de Aquino son once: seis del apetito concupiscible (amor, odio, deseo, aversión, gozo, tristeza) y cinco del apetito irascible (esperanza, desesperación, temor, audacia e ira).

Todos los señalamientos en este punto responden a un doble objetivo: por un lado, a ilustrar el tema de las pasiones o emociones en la perspectiva aristotélico-tomista en razón de que me imagino que serán muy pocos los que las conocen; y en segundo lugar, para destacar el rechazo que al respecto impulsó Kant, y de algún modo, comprobamos en Alexy un parecido silencio o ausencia de un tratamiento explícito al respecto.

### ***3.6. Tener presente las virtudes***

Sabido es que hay un significativo contraste entre Aristóteles y Kant en relación a la concepción de las virtudes y su papel en la vida moral, y ello ineludiblemente termina proyectándose en las teorías jurídicas que remiten a esos autores centrales en la historia de la filosofía.

La definición de virtud que viene de Grecia y repite Aquino es “hábito operativo bueno”, que perfecciona la potencia en la que inhiere en tanto la dispone a que obre bien con agrado, prontitud y facilidad, y de ese modo concluye Aristóteles que la virtud “hace bueno al que la tiene y hace buena su obra”. Las virtudes se clasifican según las facultades en las que se instalan, y en base a ese criterio distinguimos entre virtudes intelectuales (su objeto es solo conocer) y virtudes morales (su objeto es dirigir racionalmente la conducta humana). Ambos conocimientos se desarrollan desde primeros principios evidentes, intuitiva y naturalmente conocidos. Estos principios en el campo práctico son el resultado de la “sindéresis” y coinciden con los fines o

tendencias fundamentales del ser humano, de ahí su formulación clásica “debe hacerse (o procurarse) el bien y evitarse el mal”; ella refleja en el campo propiamente humano la inclinación a la felicidad, generada en la posesión del bien, y conviene recordar con Aristóteles que el bien es lo que todas las cosas apetecen. Cruz Pardos, luego de insistir en que la tarea de ser felices y de realizar una acción buena no consiste en deducir o aplicar reglas, con contundencia escribe: “Se entiende bien que para Aristóteles y Santo Tomás la medida del conocimiento moral no sea otra que la del virtuoso, que es un tipo de subjetividad. El verdadero bien es el que así le parece al virtuoso, pues a éste las cosas se le presentan como realmente son [...] Por esto, Santo Tomás afirma, siguiendo a Aristóteles, que el virtuoso es la regla y medida de todo lo concerniente a los hombres, porque los asuntos humanos son en particular como el virtuoso los juzga”<sup>[89]</sup>.

Las virtudes cardinales en Aquino, en tanto goznes para nuestra vida moral, son cuatro (prudencia, justicia, fortaleza y templanza), pero ellas se dividen en especies; también están las llamadas partes o virtudes integrales, que son partes concurrentes a la virtud cardinal que se trate, y las virtudes o partes potenciales o anejas, que son adjuntas, imperfectas o en una materia especial respecto a la virtud principal. La prudencia inhiera en la razón práctica y su tarea es guiar en el terreno de lo circunstanciado a las potencias humanas (voluntad, apetito concupiscible y apetito irascible). No se adquiere la prudencia mediante el estudio, sino aprovechando la experiencia de la vida bien vivida. La justicia tiene por objeto disponer que le demos al otro lo debido o lo que le corresponde, y dentro de esas deudas sociales hay algunas posibles de juridizarse y otras que resultan imposibles, dado que no se pueden saldar (lo debido a los padres) o no se pueden cumplir vía la coerción (el agradecimiento). La fortaleza como virtud supone que el apetito irascible está dispuesto a afrontar las dificultades y peligros que implica el buen comportamiento conforme al bien. La virtud de la templanza se ocupa de ajustar a la razón la búsqueda de los bienes deleitables (comida, sexo, bebida, etc.).

Ese decisivo mundo moral aristotélico-tomista, orientado a su manera por cada ser humano virtuoso hacia el fin de la felicidad, nada tendrá que ver con la moral y virtud kantiana. En su “Introducción a la doctrina de la virtud”, dentro de la *Metafísica de las costumbres*, el filósofo de Königsberg entiende a la virtud como la fuerza de la voluntad para someterse al deber como imperativo categórico y dejar de lado las presiones en contrario que provienen de la naturaleza y la subjetividad. Kant descarta la clasificación de las virtudes cardinales definidas en Grecia y la prudencia queda separada de la moral universal y asociada a la búsqueda de beneficios subjetivos. Alexy tiene un artículo específico sobre “Justicia como corrección”, en donde medularmente afirma: “Son correctas, y, por tanto, justas, aquellas normas relativas a distribuciones y compensaciones, a las cuales todos los participantes en un discurso ideal prestarían el propio asentimiento”<sup>[90]</sup>. Como se ve en el profesor de Kiel la exigencia de justicia queda desvinculada de la virtud y remitida a la idea regulativa del discurso práctico como matriz de corrección.

Desvincular al que ejerce el poder de los hábitos por los que se lo conoce está lejos de favorecer la confianza ciudadana y se aparta de lo que enseña la más elemental experiencia humana en orden a facilitar la opción correcta. No olvidemos –con Villey– que fueron los prudentes los que en Roma crearon la juris-prudentia.

### *3.7. La ética profesional*

Es cierto que entre las reglas fundamentales del discurso práctico alexyanas hay algunas que pueden entenderse como exigencias estrictamente éticas. Así, por ejemplo, la que exige del hablante que “solo puede afirmar aquello que él mismo cree”, pero al respecto corresponde destacar la marcada imprecisión y subjetividad que conlleva esa regla, en tanto la apelación a la creencia no considera cuánto pesan las variantes de cada caso (el mismo Alexy subraya que no hay dos casos iguales), los contextos sociales y culturales en los que está inmerso el hablante y el rol jurídico cambiante que asume el mismo. Por lo demás, la identificación de la propia creencia en temas jurídicos implica alternativas que pueden aducirse argumentativamente en un diálogo racional y que van corrigiéndose según los avances y concesiones recíprocas entre los hablantes. Se han escuchado críticas a la posición de Alexy en cuanto en ella se privilegia la posición que asume el juez, y lo que corresponde reconocer es que pesan distintas y diferenciadas exigencias a tenor del papel que asumen, por ejemplo, en un proceso judicial.

Por nuestra parte, nos inclinaríamos a exigir en aras de la racionalidad del diálogo jurídico el respeto a los deberes que marca la ética profesional, lo cual supone una mayor precisión, objetividad y amplitud respecto a lo que reclaman las creencias de los hablantes. Dicha ética, en el caso de un juez, lo obliga a asumir su trabajo con responsabilidad, pero el contenido concreto de ese principio ético depende de enormes factores que van desde el tiempo que le brinda la ley hasta las invocaciones y argumentos aducidos por los hablantes. La dimensión institucional del derecho se hace presente también en los comportamientos y consensos posibles aduciendo pluralidad de argumentos cuyo peso siempre será polémico. El recurso a apelar a una “idea regulativa” encubre problemas complejos que deben asumirse sin apelar a recursos ficticios.

### ***3.8. Completo reconocimiento de la jurisprudencia y del precedente***

En el marco del EDL el único que creaba derecho era el legislador, y el juez se limitaba a aplicarlo a un caso, pero sin crear nada, dado que se limitaba a “repetir” la ley. La teoría pura del derecho admite dentro del sistema jurídico que en su base están las normas jurídicas individuales aportadas por los jueces en sus sentencias. Ferrajoli, respecto al derecho “ilegítimo”, asimilado a lagunas (ausencia de las normas infraconstitucionales que garanticen o efectivicen los derechos fundamentales consignados en la Constitución) y antinomias (presencia de normas infraconstitucionales que contradicen lo establecido en la Constitución), solo le reconoce a los jueces constitucionales (no a los ordinarios) la posibilidad de resolver las antinomias; es que el profesor italiano identifica la función judicial con “saber-poder”, en tanto es el saber lo fisiológico de los jueces y lo que los legitima, mientras que el poder asignado a aquellos es patológico y fuente de deslegitimación.

Hemos criticado a Alexy por mantener la distinción entre creación jurídica y aplicación del derecho, incluso entre otros apoyos recurre a la decimonónica autoridad de Savigny como aval doctrinario. Por otro lado, autores como Klaus Günther han criticado la teoría alexyana por no distinguir entre los discursos de fundamentación o justificación de la validez de las normas y los discursos de aplicación. Es cierto que la sofisticada teoría de la ponderación alexyana se basa en la jurisprudencia constitucional, pero recordemos que el modelo europeo de control constitucional, concentrado en manos de la Corte Constitucional, deja afuera del mismo al Poder Judicial ordinario, por ende, no se puede asimilar una sentencia constitucional con una sentencia ordinaria. Nuestro reclamo, entonces, es que se asuma la creación judicial del derecho en base a precedentes en todo tribunal, como se constata en la realidad. No obstante, se comprueba fácilmente cuántas prevenciones y resistencias suscita aquella tesis, especialmente entre académicos europeos. Recordemos que ese temor remite al marco del EDL y es funcional a su diseño político, pues estaban presentes en ese paradigma los riesgos y peligros de que los jueces no se sometieran al monopolio jurígeno en manos del Poder Legislativo.

De todas maneras, es cierto que Alexy incluye entre sus reglas del diálogo racional dos específicas referidas al precedente, a saber: (J.13) “Cuando pueda citarse en favor o en contra de una decisión, debe hacerse”; y (J.14) “Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación”. A esas dos reglas cabe agregar que la tesis alexyana del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico en tanto la libertad de este queda limitada por la ley, el precedente, la dogmática y las leyes procedimentales<sup>[91]</sup>. Sin perjuicio de ello, sorprende la obligación de citar tanto los precedentes que avalan una postura como los contrarios a la misma, pues ese deber en el mejor de los casos es de naturaleza estrictamente ética y puede enfrentarse a deberes estrictamente jurídicos que imponen al abogado defensor a esgrimir los argumentos que favorecen a su defendido, estando a cargo de la otra parte aducir lo que puede perjudicarlo.

No obstante lo consignado por Alexy respecto al uso de los precedentes, subrayemos que al mismo tiempo el profesor alemán advierte que la cuestión genera la discusión “de si se les puede atribuir el carácter de fuente del derecho”<sup>[92]</sup>; sin embargo, nos parece extraño que confiese que ese problema no lo discutirá. Es que, una vez planteado el tema, la pregunta ineludible y más relevante es la que procura eludirse. Percibimos que esa omisión de tratamiento remite a una inercia muy extendida en la doctrina europea continental de resistencia a reconocer el derecho que crean los jueces a tenor de las características tradicionales que se le reconocen al *civil law*. Es que nos parece evidente que un juez en cualquier resolución particular, además de definir algún derecho o deber a las partes de ese proceso, ha recurrido a ciertas razones jurídicas que justifican la misma, pero que, al mismo tiempo, ellas se constituyen en una especie de “autoprecedente” para cualquier otro asunto futuro que resulte suficientemente parecido al problema jurídico que fue resuelto por aquella decisión. Dicho lo mismo de otro modo, todo juez, al decidir una cuestión bajo su competencia, crea una norma jurídica individual que se ha derivado racionalmente de otra especie de norma jurídica de alcance general que se incorpora al derecho vigente y válido de esa sociedad y que ha creado el juez. Esa doble creación jurídica que realiza un juez se visibiliza con mayor claridad en una sentencia propiamente dicha, en donde puedan leerse las resultas del proceso, sus considerandos y el resuelto, pero también hay una creación jurídica análoga a una sentencia en un decreto de mero trámite en donde sus considerandos, aunque se expresen mínimamente, pasan a ser autoprecedentes.

Queremos decir que en el razonamiento judicial resolutorio si hubiera solo premisas particulares nada lógicamente se podría concluir, pero si ello es posible es porque el juez incluye alguna premisa general que es en definitiva el precedente. Este casi nunca es la exacta reproducción de una norma legal, sino un enunciado (un juicio redactado por el juez) normativo (regula conductas), jurídico (define derechos y/o deberes jurídicos), judicial (formulado por el juez) y general (en tanto, además de haber posibilitado la norma jurídica particular que resuelve la causa planteada, se incorpora al derecho vigente y válido de esa sociedad y la razón le obligará al juez a tratar igual a lo que resulta suficientemente parecido). A las partes de ese proceso les interesa especialmente la norma particular que atribuye algún derecho o deber con las respectivas consecuencias jurídicas que pueden sobrevenir si no la cumplen, pero el criterio jurídico en el que se apoya aquella norma judicial se constituye como auto precedente y obliga a los jueces inferiores a conocerlo, dado que pasa a formar parte del derecho. Ese precedente permanece en el derecho hasta el momento en que es revocado o cambiado por otra jurisprudencia o una norma que se ha previsto institucionalmente que valga más en términos jurídicos.

El fundamento consignado por Alexy en el uso de los precedentes es el principio de universalidad. Obviamente que nos parece aceptable ese argumento, aunque estimamos que hay otros argumentos que respaldan aquel uso, los que aportan mayor respaldo al seguimiento del precedente. Entre ellos, mencionemos los siguientes: economía procesal, contribuye a la seguridad jurídica, reduce la discrecionalidad, es funcional a la estabilidad del derecho, esclarece el contenido de la norma, dilucida la regla de reconocimiento, favorece la presunción de la racionalidad, posibilita la conclusión del silogismo, potencia la legitimidad, visibiliza la coherencia y la consistencia del ordenamiento, dilucida la teoría de la interpretación y argumentación jurídica, etc.

Sintéticamente, reconocemos que en Alexy es una tesis positiva el admitir los precedentes en su teoría argumentativa frente a lo que se enseñó en el marco del EDL. Tanto es así que dudamos si incluir una novena tesis en el balance de lo “positivo” que hicimos en el punto 2 de este trabajo, pero, sin embargo, optamos por referirnos al precedente dentro de los “desafíos y reclamos” en función de que nos gustaría un tratamiento más completo y contundente que reconozca al precedente y la jurisprudencia como fuente del derecho. En este punto mencionemos la definición de fuente del derecho que nos brinda Cueto Rúa como “criterios de objetividad de los que disponen jueces, abogados y juristas para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social que sean susceptibles de ser compartidos por los integrantes del núcleo”<sup>[93]</sup>, y también acudimos a Raz con su énfasis puesto en las instituciones que aplican el derecho y no en las que lo crean, ello implica que “el único medio para determinar cuáles son las instituciones y los procedimientos jurídico-creadores de un sistema jurídico dado, es determinando qué fuentes del derecho son reconocidas por los tribunales”<sup>[94]</sup>.

### ***3.9. Importancia de las premisas fácticas y peritos judiciales***

Alexy, hablando de la justificación jurídica externa, incluye explícitamente a la “argumentación empírica”, aunque aclara que “no puede examinarse aquí en detalle”. A ese respecto, nos gustaría destacar la relevancia del tema en relación a la argumentación jurídica en tiempos del EDC, y consiguientemente, reclamar a la TEAJ una mayor y actualizada agenda al respecto. Remitimos en lo que sigue a un artículo titulado “Los hechos en el paradigma legalista y en el paradigma constitucionalista”<sup>[95]</sup>, en el que tratamos de poner de relieve el contraste entre una y otra visión sobre las premisas fácticas.

Reiteremos –en buena medida siguiendo en este punto a Taruffo– que en el marco del EDL el derecho era lo contenido en la ley y los jueces la aplicaban a casos individuales de los genéricos previstos en aquella. Desde esa lógica termina habiendo una mirada irreal sobre los casos, e irreal porque no hay prácticamente posibilidad de que la ley agote con palabras la descripción exhaustiva, completa y pacífica de un caso genérico que cubra sin problemas la necesidad judicial de identificar casos individuales de los mismos. El problema en buena medida se remite a la analogía, o sea, a identificar casos suficientemente parecidos a los que se les dio la respuesta contemplada en una norma. Como ya señalamos, los problemas ineludibles del lenguaje legal y la riqueza de los casos hace que resulte imposible el trabajo judicial como lo definió Montesquieu. Más aún, estimamos que los jueces no están para atender casos fáciles donde la respuesta que merecen está fácilmente identificable en el derecho vigente. Si ello fuera cierto, debería haber muchas demandas contra esos abogados que se empecinan en perder juicios procurando respuestas jurídicas inexistentes. Recordemos que Aristóteles originariamente, y luego Aquino (*In VI Ethicorum*, lect. 6, n. 1194), sentenciaron que hay más riesgo de errar en la solución jurídica de un caso si se desconocen sus características particulares, que si se ignora la norma a la que se acudirá para su solución.

La suposición de que la juridicidad de los hechos la determinaba el legislador es otro punto que el EDC puso en crisis. Pues la enseñanza que viene de Núremberg es que la injusticia extrema no es derecho<sup>[96]</sup>, y esa fórmula descarta como válida toda norma jurídica, incluso la que haya puesto el Constituyente. Desde el momento en que aceptamos los derechos humanos como aquello que nos pertenece por el solo hecho de ser miembros de la especie humana, solo se requiere para la existencia del derecho la relación entre al menos dos miembros de esa especie, y puede faltar la ley y la autoridad, pero igualmente tendremos relaciones jurídicas elementales en tanto comprobamos el respeto o la vulneración de aquello que le pertenece como ser humano.

Enseña la hermenéutica alemana que uno de los “círculos hermenéuticos” que corresponde reconocer a los juristas es el que se da entre los textos de las normas y los casos que son regulados por los mismos, de esa manera una norma es no solo su enunciado, sino también los casos a los que brinda respuesta. Así, al día siguiente de su promulgación casi no sé nada de ella, pero al cabo de varios años de vigencia y aplicación estaré en condiciones de saber mucho más de esa norma. Si coincidimos en la metáfora de Engisch de que la decisión se devela en un “ir y venir de la norma a la cosa”, podemos concluir que el ignorar la jurisprudencia condena al jurista al desconocimiento completo de relevancia jurídica.

Una de las tesis relevantes reivindicadas por Taruffo es que la verdad es condición de la justicia, y consecuentemente, al proceso judicial se lo identifica con una empresa epistémica orientada a conocer la verdad de los hechos de la causa, y ella es definida en términos de “correspondencia”, dado que consiste en saber cómo sucedieron realmente aquellos, sin perjuicio de los límites que el derecho establece en función de otros valores a los medios epistemológicos idóneos para la verdad. Ese interés del juez por alcanzar una sentencia justa implica ejercer su poder en los términos institucionales establecidos. En este punto Taruffo ha escrito: “En los sistemas procesales del *civil law* ha surgido, en la segunda mitad del siglo XX, la tendencia a atribuir al juez civil un papel activo en la adquisición de las pruebas y en la averiguación de la verdad”<sup>[97]</sup>. El recordado profesor de Pavia se encarga de rechazar fundadamente las críticas (fuertemente ideológicas) que imputan a esos nuevos poderes del juez a visiones totalitarias, pues de lo que se trata es de comprender que el proceso tiene por fin la justicia, y para ello es necesario la verdad, y esto requiere de un juez “activo” (en un papel subordinado y complementario) aunque no “inquisitivo”<sup>[98]</sup>.

Pero para adquirir la verdad se advierte que cada vez resulta más relevante el papel que asumen los peritos que auxilian al juez aportándole un saber del que carece, pero que se considera importante en orden a la verdad. En relación a la prueba científica cabe advertir que el nivel de certeza que ella provee varía a tenor de la ciencia desde la que habla el perito, y aquí, siguiendo a Taruffo, podemos distinguir: i) ciencias duras con métodos controlables y verificables (como la física, la química, la biología, etc.); ii) ciencias blandas (como psicología, sociología, crítica artística, etc., en donde hay escuelas con posiciones muy distintas); iii) pseudociencias (como la grafología, análisis de huellas dactilares, máquinas de la verdad, etc.); y iv) ciencia basura o mala ciencia (astrología, quiromancia, etc.). En relación a la participación de los peritos y la prueba científica quedan muchos temas que suscitan interrogantes y disputas, como el papel de los peritos de parte, la acreditación del conocimiento actualizado de los peritos oficiales, la certificación de los medios tecnológicos usados por el perito, las características que debe incluir el informe pericial, la idoneidad ética del perito, etc.

El debido proceso legal alcanza a la sentencia judicial que debe ser motivada, fundada o justificada, o sea, donde las diferentes afirmaciones o premisas del razonamiento contenido en ella cuentan con argumentos o razones jurídicas válidas, coherentes, suficientes e idóneas que las respaldan. Esta pretensión de racionalidad judicial abarca el campo de las premisas fácticas, quedando totalmente descartadas alternativas como la íntima convicción o premisas sin justificación racional. Taruffo también se ha referido a la “lógica del juicio de hecho”, aludiendo “a los modelos lógicos elaborados con el fin de racionalizar la valoración de la prueba y los argumentos en los que se basan los juicios admisibles de verdad o falsedad acerca de los enunciados

fácticos. Una tendencia histórica va en el sentido de utilizar esquemas traídos de la teoría de la probabilidad para racionalizar las decisiones que toman los jueces en situaciones de incertidumbre, como las que versan sobre los hechos. No obstante, parecen inaplicables los cálculos de la probabilidad estadística, de manera que una orientación más admisible es la que parte de la concepción de la probabilidad lógica como confirmación de hipótesis sobre la base del conocimiento disponible en cada caso. Se hace esencial, entonces, el análisis de las formas de inferencia y de los relativos encadenamientos que representan el fundamento de la validez lógica del juicio de hecho. Los modelos que se derivan de allí son instrumentos de racionalización del razonamiento probabilístico, y, por tanto, son también instrumentos de control de la admisibilidad de las hipótesis de hecho que se asumen como verdaderas a los fines de la decisión”<sup>[99]</sup>.

El trabajo del jurista transita por el saber prudencial, y el mismo es una especie de puente entre las exigencias o normas genéricas y los hechos contingentes e irrepetibles a los que se debe ajustar equitativamente, pero –como advierte Tomás de Aquino–, de escasear en el conocimiento de uno de esos dos extremos (la norma jurídica en la que se subsumiría el caso, por un lado, y por el otro, las características de este último), es preferible que lo sea de lo universal, no de lo particular (*In VI Ethicorum*, lect. 6, n. 1194)<sup>[100]</sup>.

### ***3.10. La crisis del Estado nacional***

No confirmamos en la TEAJ una atención significativa a esa crisis que supone el surgimiento de poderes con capacidad para crear derecho además de aquel que formulan los tres clásicos poderes de los Estados nacionales, ni tampoco se observa una atención apropiada al derecho comparado y al convencional. En concordancia con el EDL sintetiza Bobbio: “La tendencia a identificar el derecho con el derecho estatal, que hoy todavía existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno”<sup>[101]</sup>. De ese modo, a los Estados nacionales modernos se los reconoció como soberanos, con *summa potestas*, o sea, con el poder último e incondicionado de dictar sin sujeción a nadie ni a nada, el derecho para sus ciudadanos. En el siglo XIX ese derecho quedó encomendado al Poder Legislativo, por donde se canalizaba la voluntad general infalible, y que, según la presunción del legislador racional, se asumía dogmáticamente que ella siempre era clara, justa, no redundante, etc., de modo que el derecho era lo contenido en la ley y así no había derecho prelegal, ni supralegal, ni poslegal. Todas las fuentes distintas de la ley quedaban subordinadas a ella y se invalidaba expresamente a aquellas normas que la contradecían. Al Poder Ejecutivo o administrador se le encomendará ejecutar la ley sin alterar su espíritu; al judicial se le asignará la tarea de aplicarla silogística y mecánicamente a los casos contemplados en ella, y a la sociedad, en el mejor de los casos, se le reconocía capacidad jurígena solo en orden a interpretar la ley o a suplirla, pero nunca a contrariarla. Sabido es que Kelsen identifica al Estado con el derecho en tanto aquel equivale al sistema jurídico, de modo que la población queda definida como su ámbito personal, y el territorio, su ámbito espacial. Ross, en la misma línea, afirma “derecho y Estado –como el conjunto de toda voluntad estatal– son magnitudes idénticas”. Esa descripción del Estado en tiempos del EDL se completaba con el órgano donde se publicaría el derecho que regiría en la sociedad, pues el Boletín Oficial –así llamado en la Argentina– posibilitaba expresamente que no aparecieran alteraciones al modelo político adoptado, y brindaba la posibilidad –dogmática– para que todos conocieran exactamente el derecho vigente y pudieran prever las consecuencias que jurídicamente acarrearían sus conductas.

Nos parece que esa visión del derecho como estatal resulta muy difícil de conciliar con la presencia de un derecho infra-estatal o supraestatal que compiten y contradicen al estatal, como también asumir la crisis actual de las soberanías nacionales, el *global law* y la superación de las teorías monistas y dualistas. En efecto, se ha denunciado como una verdadera ficción la imagen de uno y solo un derecho estatal que tiene vigencia y validez en un territorio nacional, dado que en este es posible identificar varios derechos que tienen por destinatarios a los mismos sujetos. Un ejemplo muy claro en Latinoamérica pueden ser los derechos indígenas o de pueblos originarios que están en tensión con el derecho estatal al que procuran vencer o desplazar (pensemos en Bolivia definido como Estado plurinacional), incluso valiéndose de sus instituciones. También en el mismo espacio geográfico y cultural se constata que ya las Cortes supremas nacionales no tienen la última y definitiva competencia para establecer cuál será el derecho nacional respectivo, en tanto está en manos –por ejemplo– de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el determinar las respuestas jurídicas que prevalecerán para todo el continente (ella no sigue la tesis de los “márgenes nacionales” que reconoce la Corte europea), forzando a cambiar leyes y hasta la Constitución. Buenos ejemplos de esta situación pueden ser la condena a Chile por la Corte IDH forzando al cambio constitucional o la invalidación de la reserva que hizo México al someterse a su jurisdicción en materia de tribunales militares. Pérez Luño, con acierto, concluye que “uno de los sectores de vanguardia en el proceso de comunicación y unificación de las fuentes del derecho se halla constituido por los derechos fundamentales. Su devenir puede interpretarse como una trayectoria dirigida a culminar en el *status mundialis hominis*”<sup>[102]</sup>. En ese marco de la globalización del derecho, nuestros máximos tribunales hablan de diálogos jurisprudenciales en tanto los argumentos que justifican sentencias extranjeras potencian la capacidad persuasiva de los fallos nacionales, especialmente en materia de derechos humanos.

Hay muchas respuestas jurídicas disponibles en el derecho vigente y válido que no han pasado por el filtro de las autoridades políticas estatales, pero que sin embargo pueden ser recurridas por las instituciones encargadas de decir autoritativamente el derecho en los casos judiciales. Ello implica una necesaria renovación y actualización en nuestros planes de estudio de abogacía, dado que el jurista que se limite a conocer solo su derecho nacional cada vez sabrá menos derechos. Hoy el derecho convencional, y también el derecho comparado, se incorpora al derecho que genera los órganos del Estado nacional. Se vive una “erosión del Estado-Nación”, y se manifiesta impotente frente a la globalización, y frente a esa realidad autores como Habermas han experimentado cierto giro cosmopolita asociando ser ciudadano con ser ciudadano del mundo, destacando que los derechos humanos “representan el único fundamento reconocido para la legitimidad política de la comunidad internacional”<sup>[103]</sup>. Es bastante claro que esa preocupación favorecedora de una época cosmopolista encuentra antecedentes en Grecia, Roma y las teorías del derecho natural, y que será muy difícil encontrar sólidos fundamentos dando la espalda a la metafísica<sup>[104]</sup>.

Resumiendo, comprender y operar el derecho vigente y válido hoy exige no vincularlo solamente al Estado nacional que nos pertenece. De ahí la posibilidad de que, si necesitamos una respuesta jurídica, derivarla de algún derecho humano puede ser de suma utilidad y hasta necesario recurrir a sentencias judiciales de otros Estados que se derivan del mismo derecho humano. Ello es lo que reclamamos a la TEAJ, al menos desde nuestra propia identidad latinoamericana.

### ***3.11. Llevar la TEAJ más allá del trabajo judicial***

Alexy, en su *Teoría de la argumentación jurídica*, indica: “Hay tipos totalmente distintos de discusiones jurídicas. Se pueden distinguir así las discusiones de la ciencia jurídica (de la dogmática), las deliberaciones de los jueces, los debates ante los tribunales, el tratamiento de cuestiones jurídicas en los órganos legislativos, en comisiones y en comité, la discusión de cuestiones jurídicas (por ejemplo, entre estudiantes, entre abogados y entre juristas de la administración o de empresa), así como la discusión sobre problemas jurídicos en los medios de comunicación en que aparezcan argumentos jurídicos”<sup>[105]</sup>. A esos ejemplos pretende el profesor de Kiel identificar el elemento que permite reconocerlos a todos ellos como jurídicos, y a ese respecto refiere a: la vinculación al derecho vigente y que en las disputas jurídicas no todas las cuestiones se someten a discusión. En nuestra opinión, si bien aquel listado habla correctamente de la variedad de discusiones jurídicas sin reducirlas a las estrictamente judiciales, al mismo tiempo estimamos que resultan muy imprecisas las aludidas dos notas identificatorias de su juridicidad; más aún, la circunstancia de que en las disputas jurídicas hay cuestiones no sujetas a discusión poco o nada habla del derecho propiamente dicho.

En orden a superar la crítica hecha a Alexy, partimos de un concepto del derecho analógico<sup>[106]</sup> en donde el analogado primario lo identificamos con la conducta que le brinda al otro o no le saca lo que es suyo, y en este suyo corresponde reconocer que hay cosas que corresponden a un ser humano simplemente por ser miembro de dicha especie humana (derecho dado o natural) y cosas que le corresponden por haberlo dispuesto la autoridad o haberlo acordado o dispuesto voluntariamente (derecho creado, puesto o positivo). De ese modo, podremos reconocer como parte del derecho a los analogados secundarios que guardan relación con aquel analogado primario. Especificado el derecho, cabe hablar sucintamente de argumentación jurídica cuando alguien esgrime razones para que se reconozca o respete algún derecho o deber en cabeza de alguien para con otro. Advertimos contra la remisión alexyana precedente al derecho vigente, que, conforme a lo propuesto, puede faltar la norma jurídica y la autoridad pero igualmente puede haber derecho, en tanto alguien le saca al otro lo que le corresponde en tanto humano.

Al margen de lo que entendamos por argumentación jurídica, nos parece que procede hacer distingos y clasificaciones al respecto. Es que la TEAJ queda en buena medida anclada en el ámbito del trabajo judicial, y no se hace cargo plenamente de ámbitos donde hay argumentación jurídica, por ejemplo, a la hora de crear normas jurídicas legales o administrativas, pues ellas necesitan estar justificadas en orden a su validez jurídica. Es decir, estamos reclamando que más allá de las notas características de toda argumentación jurídica, se reconozcan espacios en donde se da también argumentación jurídica pero con peculiaridades distintivas que no se encuentran en la tarea jurisprudencial. Recordemos que Aristóteles reconoce tres especies en la *Retórica* (Lib.1, 3.1.): el deliberativo (consejo y disuasión), el judicial (acusación y defensa) y el epidíctico (elogio y censura). Habermas<sup>[107]</sup> asume que bajo la razón práctica se incluyen cuestiones: pragmáticas, éticas y morales, que pueden operar en la justificación de las normas jurídicas. Seguramente este último reclamo también podríamos hacerlo a teorías de la argumentación jurídica respaldada por la filosofía aristotélica-tomista, aunque hay trabajos que han procurado aportar en ese sentido<sup>[108]</sup>.

#### 4. Conclusión

A manera de conclusión del presente trabajo en el que hemos hecho un balance de la TEAJ, podemos decir:

i) La teoría de la argumentación auspiciada por la TEAJ supone dejar atrás a la auspiciada teoría de la interpretación jurídica funcional al EDL que constituía una ficción que no mostraba ni explicaba la realidad del derecho del EDC.

ii) Como se refleja en este artículo, la TEAJ auspicia la tesis que desde siempre ha avalado la teoría jurídica clásica generada en Aristóteles y Aquino, y por esa vía el derecho europeo continental y latinoamericano encuentran una mayor coincidencia con el *common law*.

iii) Se impone que nuestras Facultades de Derecho realicen un mayor esfuerzo en orden a dejar de lado la visión iusfilosófica (iuspositivista, normativista, juricista e interpretativista) que explícita e implícitamente se transmite a los futuros juristas, y la TEAJ puede ser un medio eficaz a esos fines.

iv) Somos conscientes de que la TEAJ postula tesis y fundamentos que generan inquietudes, especialmente en orden a la seguridad jurídica y a un respeto previsible de los derechos humanos, pero en orden a dichos problemas la alternativa no es volver al EDL y a su teoría de la interpretación jurídica.

v) Hace muchas décadas que venimos practicando una filosofía jurídica que recurre al diálogo racional con otras escuelas y tesis que no compartimos exactamente, y seguimos sosteniendo que ese camino es enriquecedor y evita suponer que nada más podemos aprender o que la verdad completa nos pertenece en exclusividad.

vi) Reiteremos que en este balance hemos concentrado nuestra atención en la teoría de Robert Alexy, y ello genera un análisis finalmente injusto, dado que nuestras denunciadas debilidades y reclamos excluyen estrictamente a autores de la TEAJ como Manuel Atienza.

vii) Como ocurre habitualmente en cualquier trabajo algo extenso, se aconseja leerlo integralmente dado que afirmaciones tomadas aisladamente pueden dar lugar a incorrectas interpretaciones de lo que se quiso decir.

## REFERENCIAS

- Cfr. José Chávez-Fernández Postigo, “El enfoque argumentativo de Manuel Atienza y la Teoría Estándar: dos problemas y un ensayo de solución”, en *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (México: UNAM, 2019), 13.
- I. Berlin, “The Crooked Timber of Humanity”, tomada de R. P. George, *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality* (Oxford: Clarendon Press, 1995), 19.
- F. C. Savigny, “Sistema de derecho romano actual”, en *La Ciencia del Derecho* (Buenos Aires: Losada, 1949), 82.
- R. Ihering, “Espíritu del Derecho Romano en las diversas etapas de su desarrollo”, en *La dogmática jurídica* (Buenos Aires: Losada, 1946), 132.
- L. Ferrajoli, “El constitucionalismo garantista. Entre paleo-positivismo y neo-iusnaturalismo”, *Doxa*, n° 34 (Alicante, 2011), 356.
- R. Guastini, “I fondamenti teorici e filosofici del garantismo”, en L. Gianformaggio (ed.), *Le ragioni del garantismo* (Torino: Giappichelli, 1993), 53.
- El Estado de Derecho Constitucional y Democrático (Quito: CEP, 2020) y *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional* (México: Tirant lo Blanch, 2017).
- La interpretación (argumentación) jurídica... capítulo XII.
- Tomás de Aquino, *Comentario al libro de Aristóteles sobre la interpretación*, traducción e introducción Mirko Skarica, Estudio Preliminar y notas de Juan Cruz Cruz (Pamplona: EUNSA, 1999), VII.
- La interpretación (argumentación) jurídica... capítulo III.
- Visión crítica de la historia de la Filosofía del Derecho (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008), 108-121 y *La reconciliación del derecho con la razón y las emociones* (Lima: Palestra, 2022), capítulo I.
- Las citas de Kant están tomadas de G. Fraile, *Historia de la Filosofía* (Madrid: BAC, t. V, 1975), 84.
- H. Kelsen, *Teoría Pura del Derecho* (México: Porrúa), 353.
- L. Ferrajoli y J. Ruiz Manero, *Dos modelos de constitucionalismo - una conversación* (Madrid: Trotta, 2012), 66. Sobre Luigi Ferrajoli remito a mi libro *El neoconstitucionalismo iuspositivista-crítico de Luigi Ferrajoli* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2019).
- Cfr. mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 3ª ed.), 228-280.
- R. Alexy, *Derecho y Razón Práctica* (Fontamara, 1993), 21.
- R. Alexy, “La institucionalización de la justicia”, *Persona y Dereho* (Universidad de Navarra, vol. 43, 2000), 231.
- Ibid., 228.
- Ibid., 237.
- R. Alexy, “Recht und Moral”, en Härle, Wilfried - Preul, Reiner (eds.), *Ethik und Recht* (Marburg: N. G. Elwert Verlag, 2002), 85.
- Ibid., 223.

R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 273.

A. Kaufmann, “En torno al conocimiento científico del derecho”, *Persona y Derecho* (Pamplona, vol. 31, 1994), 19.

O. Höffe, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia* (Barcelona: Alfa, 1988), 127.

Cfr. mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas...* 260 y ss

R. Alexy, “Giustizia come correttezza”, en *Ragion Pratica* (1997/1999), 108.

Sobre John Finnis remito a mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas...* 281-315.

J. Finnis, “La tradición de la ley natural”, en *Ideas y Derecho* (Buenos Aires, 2008), nº 6, 223.

J. Finnis, *Ley natural y derechos naturales* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000), 57.

*Ibid.*, 91.

*Ibid.*, 78.

*Ibid.*, 69.

J. Finnis, *On the Incoherence of Legal Positivism* (Notre Dame Law Review, 2000), 1599.

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

Cfr. J. Finnis, “Derecho Natural y razonamiento jurídico”, en *Persona y Derecho* (Pamplona, 1995), nº 33.

Cfr. en A. Quintas, “Razonamiento categórico y razonamiento tópico en la jurisprudencia”, *Rev. Ethos*, nros. 10/11 (Buenos Aires, 1982/83), donde hay un tratamiento apropiado entre silogismos: categórico, dialéctico (tópico o probable) y retórico.

Acercas de las aporías del derecho reconocido como dialéctico, aunque no todo es dialéctico, remito a F. A. Lamas, *La experiencia jurídica* (Buenos Aires: Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991).

Sobre R. Dworkin remito a mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas...* 125-158.

R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho* (Barcelona: Gedisa, 1997), 73.

R. Alexy, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (Madrid, 2002), nº 66, 13.

Remito a mi libro *Los principios jurídicos* (Buenos Aires: Depalma, 2000).

R. Alexy, “Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático”, en M. Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid: Trotta, 2003), 40.

C. Massini, “Estudio Preliminar a John Finnis”, en J. Finnis, *Estudios de Teoría del Derecho Natural* (México: UNAM, 2017), XXXIX.

*Ibid.*, 84.

M. Villey, *Compendio de Filosofía del Derecho* (Pamplona: EUNSA, T. II, 1979), 58. Sobre Michel Villey remito a mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas...* 159-226.

Para una visión sintética, pero muy sólida de la racionalidad práctica en términos tomistas, sugerimos: Los Principios y el Derecho Natural (en la metodología de las ciencias prácticas), edición a cargo de Félix Adolfo Lamas (Buenos Aires: EDUCA, 2002); y sobre la tópica, el libro de Juan Antonio García Amado, Teorías de la tópica jurídica (Universidad de Oviedo, 1988).

Cicerón, Tópica, 8.

Evaristo Prieto Navarro, Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), 15.

J. Habermas, Teoría de la acción comunicativa (Madrid: Taurus, vol. I, 1987), 38.

Ibid., 36.

R. Alexy, El concepto y la validez del derecho... 90.

Ibid., 116.

R. Alexy, "Idée et structure d'un système du droit rationnel", en Archives de Philosophie du Droit (t. 33, 1988), 31.

Cfr. R. Caracciolo, "La noción de Sistema Jurídico en Hart", en La noción de Sistema en la Teoría del Derecho (México: Fontamara, 1999).

T. Viehweg, Tópica y Jurisprudencia (Madrid: Taurus, 1964).

Cfr. J. A. García Amado, Teorías de la tópica jurídica... 50.

Ibid., 128.

M. Villey, Consideraciones en pro del derecho natural clásico (Universidad Nacional de Córdoba, 1966), 112.

Ch. Grzegorzczak, "Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit", en APD, N° 31 (París, 1986), 301.

G. Kalinowski, Metateoría del sistema normativo (Mendoza: EDIUM, 1986), 40.

C. I. Massini Correas, Filosofía del Derecho (Buenos Aires: Lexis Nexis, T. I, 2005), 76.

Guarda relación con esta propuesta de un sistema jurídico débil y principialista la obra de Claus-Wilhelm Canaris, El sistema en la jurisprudencia (Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998), 55, en donde define al sistema jurídico "como un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho".

S. Ramírez, La Prudencia (Madrid: Ed. Palabra, 1978), 47.

M. Villey, Los fundamentos de la escuela moderna de derecho natural (Buenos Aires: Ghersi, 1978), 7.

M. Villey, Compendio de filosofía del derecho (Pamplona: EUNSA, 1979), 153.

R. Alexy, Teoría de la argumentación jurídica... 224.

Ibid., 225, sorprende que al análisis de la "argumentación empírica" solo le dedica una página y media.

Ibid.

R. Alexy, "La naturaleza de la filosofía del derecho", Doxa, N° 26 (Alicante, 2003).

R. Alexy, Teoría de la argumentación jurídica... 255.

Cfr. J. M. Martínez Doral, *La estructura del conocimiento jurídico* (Pamplona: Universidad de Navarra, 1993).

M. Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica* (Madrid: Trotta, 2013), 30. Por supuesto que ese reductivismo de Atienza es claramente insuficiente, pues nadie niega el recurso al silogismo deductivo y el reclamo por la corrección se dirige no a la estructura del razonamiento sino centralmente a la obtención de las premisas.

En Rojas Amandi podemos encontrar un registro sintético de autores que trataron temas incluidos en la argumentación a lo largo de la historia desde Grecia hasta los siglos XVII y XVIII, en donde se genera un olvido de la retórica y la dialéctica.

Cfr. mi libro *Interpretación jurídica* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 1999), cap. IV, y una actualización puede verse en mi libro *Cómo argumentar jurídicamente* (Buenos Aires: Abeledo Perrot), 2012.

Citas tomadas de G. Fraile, *Historia de la Filosofía* (Madrid: BAC, T. IV, 1975), 84.

I. Kant, *Kritik der Urteilskraft* (Stuttgart: Philipp Reclam, 1963), 327.

Ibid., 102.

G. Fraile, *Historia de la Filosofía...* 42.

M. Beuchot, *Introducción a la Filosofía de Santo Tomás de Aquino* (México: UNAM, 1992), 75 y ss.

R. Alexy, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, “Ideas y Derecho”.

R. Alexy, “Ley Fundamental y Teoría del Discurso”, en *Las razones de la producción del derecho* N. Cardinaux - L. Clerico - D’Auria (coordinadores) (Buenos Aires: Facultad de Derecho-UBA, 2006), 22.

Remito a mi libro *La reconciliación del derecho con la razón y las emociones...*

Ibid.

G. Abbá, *Felicitá, vita buona e virtù* (LAS, 1989), 100.

J. Pieper, *Filosofía medieval y mundo moderno* (Madrid: Rialp, 1979), 346.

A. Cruz Pardos, *Deseo y verificación. La estructura fundamental de la ética* (Pamplona: EUNSA, 2015), 171.

M. F. Manzanedo, *Las pasiones según Santo Tomás* (Ed. San Esteban, 2004), 56.

A. Cruz Pardos, *Deseo y verificación. La estructura fundamental de la ética* (Pamplona: EUNSA, 2015), 434.

R. Alexy, “La justicia como corrección”, *Doxa*, N° 26 (Alicante, 2023), 167.

R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica...* 38.

Ibid., 262.

J. Cueto Rúa, *El common law* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997), 29.

J. Raz, *The Concept of Legal System* (Oxford University Press, 1970), 191.

Cfr. mi libro *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional...*

Cfr. el libro que coordiné, *La injusticia extrema no es derecho* (de Radbruch a Alexy) (Buenos Aires: Facultad de Derecho-UBA y La Ley).

M. Taruffo, Páginas sobre justicia civil (Madrid: Marcial Pons, 2009), 154.

Ibid., 357.

Ibid., 402.

Frente al escaso tratamiento sobre las premisas fácticas en Alexy, puede resultar ilustrativo ir al libro de Andreas A Meroi, Argumentación para la prueba de los hechos (Buenos Aires: Astrea, 2021), a los fines de constatar la amplitud de problemas incluidos en aquellas.

N. Bobbio, Teoría general del derecho (Bogotá: Temis, 2002), 9.

A. E. Pérez Luño, El desbordamiento de las fuentes del derecho (Madrid: La Ley, 2011), 89.

J. Habermas, La Constitución Postnacional (Barcelona: Paidós, 2000), 154.

Cfr. J. Finnis, "Natural Law and the Ethics of Discourse", en Ratio Juris 12 (4), 354-373.

R. Alexy, Teoría de la argumentación jurídica... 205.

Cfr. mi libro Las causas del derecho (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010).

Cfr. J. Habermas, "Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft", en Erläuterungen zur Diskursethik (Frankfurt, 1991).

Cfr. F. Puy Muñoz - J. Portela (comps.), La argumentación de los operadores jurídicos (Buenos Aires: EDUCA, 2005); F. Puy Muñoz - J. G. Portela (comps.), La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación (Universidade de Santiago de Compostela, 2004); y A. S. Andruet, Teoría general de la argumentación forense (Córdoba: Alveroni, 2001).

## NOTAS

[1] Universidad Católica Argentina, Universidad Austral, Universidad Nacional del Litoral.

# AmeliCA

## Disponible en:

<https://portal.amelica.org/ameli/ameli/journal/797/7975668003/7975668003.pdf>

Cómo citar el artículo

Número completo

Más información del artículo

Página de la revista en [portal.amelica.org](http://portal.amelica.org)

AmeliCA

Ciencia Abierta para el Bien Común

Rodolfo L. Vigo

**Balance de la teoría estándar de la argumentación jurídica**

**Assessment of the standard theory of legal argumentation**

*Prudentia Iuris*

núm. 101, 2026

Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Argentina

[prudentia\\_iuris@uca.edu.ar](mailto:prudentia_iuris@uca.edu.ar)

**ISSN:** 0326-2774

**ISSN-E:** 2524-9525

**DOI:** <https://doi.org/10.46553/prudentia.7267>

**Los autores conservan los derechos de autor y garantizan a PRUDENTIA IURIS el derecho exclusivo de primera publicación. Sin embargo, pueden establecer por separado acuerdos adicionales para la distribución de la versión publicada del artículo, con un reconocimiento de su publicación inicial en esta revista. El contenido se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Se permite y se anima a los autores a depositar su obra en repositorios institucionales y temáticos, redes sociales académicas, sitios webs personales y/o donde consideren pertinente de acuerdo con nuestra Política de Autoarchivo**



**CC BY-NC-SA 4.0 LEGAL CODE**

**Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.**