

I&D

IDEAS & DERECHO

Nº 19 | 2020 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO



IDEAS & DERECHO

Nº 19 | 2020 | Buenos Aires | ISSN 2314-0321



ASOCIACIÓN ARGENTINA DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ideas & Derecho es una revista de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho que comenzó a publicarse como anuario en el año 2001. Abarca todas las escuelas de pensamiento referidas a la Teoría Jurídica, a la Filosofía del Derecho, a la Filosofía Política y a la Filosofía Social. Procura, asimismo, que las investigaciones científicas que se publican en sus páginas respondan a las necesidades de la comunidad jurídica y política nacional y extranjera. Por ello, la revista está abierta tanto a las contribuciones que aborden un análisis iusfilosófico general (desde el enfoque teórico de su preferencia), como a los estudios de áreas más específicas del campo jurídico, político y social, en la medida en que adopten una perspectiva iusfilosófica. Las contribuciones podrán pertenecer a las siguientes categorías: a) Estudios; b) Diálogos y ensayos, y c) Reseñas.

La revista Ideas & Derecho tiene como objetivos primordiales:

- a) Difundir los resultados de los avances logrados en el marco de la Teoría Jurídica, la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política y la Filosofía Social.
- b) Contribuir al debate acerca de las diferentes escuelas de pensamiento sostenidas a lo largo de la historia y las de la actualidad.
- c) Promover la construcción de pensamiento crítico en torno al mundo jurídico y a las disciplinas afines.
- d) Incentivar el desarrollo de la investigación y la docencia en estas materias.

Ideas & Derecho es una revista arbitrada que utiliza el sistema de doble ciego y recurre a evaluadores externos a la AAFD para la selección de los artículos a publicar.

Los artículos publicados no constituyen necesariamente la opinión oficial de la AAFD.

Ideas & Derecho. ISSN 2314-0321

Periodicidad semestral - N° 19, junio 2020

© ASOCIACIÓN ARGENTINA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO (AAFD)

San Martín 569, piso 5º, of. "12" - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4011-1312 - info@aafder.org - URL: <http://www.aafder.org/ideasderecho/>

© EDITORIAL ASTREA SRL

Lavalle 1208 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
(+54-11) 4382-1880 - 0800-345-ASTREA (278732)
www.astrea.com.ar - editorial@astrea.com.ar

La edición de esta obra se realizó en EDITORIAL ASTREA, y fue impresa en Prosa-Amerian, en la segunda quincena de junio de 2020.

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

I M P R E S O E N L A A R G E N T I N A

AUTORIDADES DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

PRESIDENTE

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

VICEPRESIDENTE

Diego Duquelsky Gómez

SECRETARIA

Débora Ranieri

TESORERO

Juan Pablo Alonso

VOCALES TITULARES

Jorge Eduardo Douglas Price

Paula Gaido

Marina Goralí

Ricardo Guibourg

Daniel Alejandro Herrera

Claudina Orunesu

Julio Raffo

María Gabriela Scataglini

Eduardo Sodero

María Claudia Torrens

Rodolfo Vigo

VOCALES SUPLENTE

Luciana Álvarez

Eugenio Bulygin

María Isolina Dabove

Eduardo Quintana

REVISORAS DE CUENTAS

Mercedes Ales (titular)

Alicia Enriqueta Carmen Ruiz (suplente)

REVISTA IDEAS & DERECHO

DIRECTORES GENERALES

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA) - Juan Pablo Alonso (UBA)

SECRETARÍA DE REDACCIÓN

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Diego Luna (UBA)

María Florencia Vazzano (Unicen)

COMITÉ EDITORIAL

María Isolina Dabove (Conicet-UBA)

Juan Bautista Etcheverry (Conicet-U. Austral)

Claudina Orunesu (UNMdP)

María Gabriela Scataglini (UBA)

Débora Ranieri (UCA)

María Claudia Torrens (UNR)

CONSEJO ACADÉMICO

Robert Alexy (Alemania)

Javier Ansuátegui Roig (España)

Manuel Atienza (España)

Andrés Botero Bernal (Colombia)

Eugenio Bulygin (Argentina)

Juan Ramón Capella (España)

Carlos Cárcova (Argentina)

Mario Chaumet (Argentina)

Miguel Ciuro Caldani (Argentina)

Paolo Comanducci (Italia)

Raffaele De Giorgi (Italia)

Alberto Filipi (Italia)

Juan Antonio García Amado (España)

Ricardo Guibourg (Argentina)

Carla Huerta (México)

Santiago Legarre (Argentina)

Raúl Madrid Ramírez (Chile)

José Juan Moreso (España)

Pablo Navarro (Argentina)

Julio Raffo (Argentina)

Cristina Redondo (Argentina)

Eligio Resta (Italia)

Oscar Sarlo (Uruguay)

Julián Sauquillo (España)

Lenio Luiz Streck (Brasil)

Damaso J. Vicente Blanco (España)

Rodolfo Vigo (Argentina)

Francesco Viola (Italia)

TABLA DE CONTENIDO

ESTUDIOS

Eugenio Andrés Camadro Jáuregui	
Analiticidad y positivismo jurídico. Un mapa conceptual	3
Marcelo Fernández Peralta	
Las virtudes del juez	31
Alfredo Silverio Gusman	
Reflexiones sobre el activismo judicial a partir de la obra de Duncan Kennedy	51
Lucía I. Lapenta	
Nuevos planteamientos en torno a la figura del sujeto en tiempos del neoconstitucionalismo. Un enfoque trialista	67

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

Ariel Mastronardi	
Mirada egológica de los derechos humanos luego de la reforma constitucional de 1994	81

RESEÑAS

Marianela Fernández Oliva	
Libro: DABOVE, MARÍA ISOLINA, <i>Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance</i> (Buenos Aires, Astrea, 2018)	95
Normas de publicación para los autores	103
Declaración de originalidad	111

ESTUDIOS

ANALITICIDAD Y POSITIVISMO JURÍDICO. UN MAPA CONCEPTUAL*

EUGENIO ANDRÉS CAMADRO JÁUREGUY**

Resumen. En este trabajo se realiza una tarea de elucidación conceptual sobre las relaciones existentes entre positivismo jurídico y filosofía analítica, buscando clarificar las posibles relaciones existentes. Con este objeto, en primer lugar, se indagan las corrientes analíticas actualmente presentes en el ámbito del estudio del derecho –identificando tres acepciones centrales–. Luego, se examina el conjunto de ideas que conforman el positivismo jurídico por medio del desarrollo de los que se consideran sus caracteres centrales –a partir de tres tesis conceptuales del llamado positivismo analítico– aplicados a tres núcleos de significados o concepciones históricas atribuidos por BOBBIO. Se expone, finalmente, una serie de relaciones formalizadas que determinan los alcances de la teoría analítica del derecho y su relación con el positivismo jurídico.

Palabras clave: positivismo jurídico, analiticidad, filosofía, tesis conceptuales.

ANALITICITY AND LEGAL POSITIVISM. A CONCEPTUAL MAP

Abstract. The present work proposes a conceptual elucidation of the relationship between legal positivism and analytic philosophy of law in order to clarify the possible conceptual connections between them. Different analytical expression currently present in the law will be analyzed to stress three core meanings.

* Recepción: 27/7/2020; evaluación: 3/8/2020; aceptación: 10/8/2020.

** Abogado. Magíster en Global Rule of Law and Constitutional Democracy, Università degli Studi di Genova, Facoltà di Giurisprudenza, Italia. Investigador del Seminario permanente sobre Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata. Correo electrónico: eugenio88cj@hotmail.com.

Then, the idea of legal positivism will be examined, first through its central characters and then by means of three meanings or historical conceptions proposed by BOBBIO. Finally exposing a series of formalized relationships that determine the scope of the analytical theory of law and its relation to legal positivism.

Keywords: legal positivism, analyticity, philosophy, conceptual thesis.

ANALICIDADE E POSITIVISMO JURÍDICO. UM MAPA CONCEITUAL

Resumo. Neste trabalho, realiza-se uma tarefa de elucidação conceitual sobre as relações entre o positivismo jurídico e a filosofia analítica, buscando esclarecer as possíveis relações existentes. Para tanto, em primeiro lugar, as correntes analíticas atualmente presentes no campo do estudo do direito –identificando três significados centrais– são investigadas. Em seguida, o conjunto de idéias que compõem o positivismo jurídico é examinado a partir do desenvolvimento daquilo que são consideradas suas características centrais –a partir de três teses conceituais denominadas positivismo analítico– aplicadas a três núcleos de significados ou concepções históricas atribuídos por BOBBIO. Finalmente, expondo uma série de relações formalizadas que determinam o alcance da teoria analítica do direito e sua relação com o positivismo jurídico.

Palavras chaves: positivismo jurídico, analiticidade, filosofia, tese conceitual.

§ 1. ***INTRODUCCIÓN***

El positivismo jurídico y la filosofía analítica suelen entenderse como ideas vinculadas, ello a tal punto que muchas veces se confunden. Este trabajo indaga la relación conceptual existente entre la corriente filosófica analítica y el positivismo jurídico, procurando definir las tesis centrales del llamado positivismo analítico, explorando si es posible afirmar, a partir de estas, la independencia o no de la llamada teoría analítica del derecho respecto del conjunto de ideas propias del positivismo jurídico.

Para ello, en primer lugar, se busca dilucidar en qué consiste la analítica en la filosofía del derecho y cuáles son sus manifestaciones

medulares. Expresiones como “analítica”, “analítico” y distintas derivaciones son usualmente usadas –tanto con carga peyorativa como positiva– sin mayores precisiones en el discurso filosófico jurídico, evidenciando así una gran ambigüedad y confusión respecto de cuál es el sustrato de significado común a todas ellas.

En segundo lugar, se busca entender el conjunto de ideas asociadas y sostenidas por el positivismo jurídico, etiqueta que es usada de manera más ambigua que la anterior. Para ello, como estrategia, se reelaboran las distintas concepciones o aspectos que suelen atribuirse a esta corriente, a partir de la exposición de la discusión doctrinal sobre las distintas tesis conceptuales constitutivas de esta forma de entendimiento del fenómeno jurídico y se las compara con los criterios de uso más corrientes de dicho vocablo.

Como objetivo final, se traza un mapa conceptual que, en la medida de lo posible, da cuenta de las relaciones existentes entre las diversas formas de analiticidad presentes en el derecho, con los elementos constitutivos del positivismo jurídico y las diversas concepciones respecto de él, con el objeto de clarificar el interrogante mencionado.

§ 2. **LA ANALITICIDAD EN EL DERECHO. TRES CORRIENTES**

La idea de análisis es recurrente a lo largo de la historia del pensamiento y de la filosofía, y es reconocible sobre todo como un método o forma de abordaje y estudio que se opone a la dialéctica y la síntesis¹; se remonta en sus antecedentes a la búsqueda de definiciones prácticas de SÓCRATES, las sistematizaciones de ARISTÓTELES, las naturalezas simples de DESCARTES, la resolución psicológica de las ideas complejas de los empiristas y el análisis trascendental de KANT².

El núcleo común de la idea de análisis parte de la reducción de fenómenos complejos en sus partes constituyentes más simples, y son identificables tres sentidos diversos de análisis: un *modo regresivo*,

¹ Es conveniente distinguir aquí los enfoques analíticos y sintéticos de las proposiciones analíticas y sintéticas. Los primeros refieren a la forma de abordaje del objeto de estudio (a partir de la totalidad o de sus partes). Las segundas, a si para determinar la veracidad de un juicio se requiere una constatación empírica o se puede efectuar a partir de la definición de sus propios términos. Solo la primera referencia a la síntesis es contraria al análisis como enfoque.

² GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 40 y siguientes.

fundamentado en la idea del regreso o búsqueda de los principios o causas elementales que explican un fenómeno.; un *modo descomposicional*, consistente en dividir la estructura de un objeto o fenómeno e identificar los elementos que lo componen y cómo funcionan, y un *modo transformativo*, consistente en emplear la paráfrasis y el empleo metódico de la definición para dar cuenta de los distintos fenómenos³.

Por fuera de las discusiones estrictamente filosóficas sobre el concepto de “analiticidad” y sus alcances, que exceden el marco de este trabajo⁴, al prestarse atención al empleo que se hace de estos términos dentro del discurso jurídico, se puede observar la referencia, directa e indirecta, a tres grandes corrientes íntimamente vinculadas, pero independientes entre sí, a saber: la *analytical jurisprudence*, la filosofía analítica del siglo xx y la tradición jurídico-filosófico analítica.

§ 3. **LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA (“ANALYTICAL JURISPRUDENCE”)**

La jurisprudencia analítica (*analytical jurisprudence*⁵) es un movimiento jurídico nacido en el ámbito anglosajón durante el siglo XVIII y consolidado en el siglo XIX. Se identifica con una concepción jurídica de corte legalista que sostiene el carácter imperativista y coactivo de los ordenamientos jurídicos; se distingue por un análisis general y comparativo de la jurisprudencia y el derecho en su conjunto, de un modo riguroso y avalorativo, distinguiendo el derecho que es del que debe ser, partiendo en términos filosóficos de una visión positiva, realista y pragmática del fenómeno analizado.

En cualquier intento de trazar un mapa conceptual que pretenda dar cuenta de la jurisprudencia analítica y del positivismo jurídico, JEREMY BENTHAM resulta un punto obligado. Ello tanto por su influencia general en los procesos de codificación como por el hecho de ser en

³ JIMÉNEZ CANO, *Una metateoría del positivismo jurídico*, p. 43.

⁴ Respecto de las proposiciones analíticas, cfr. ALCHOURRÓN, “La metamorfosis de la analiticidad”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 523.

⁵ El vocablo inglés “jurisprudence” tiene un sentido más amplio que el que se da usualmente a la expresión “jurisprudencia” en español, en la medida en que no se limita a las decisiones jurisdiccionales particulares, sino que alude a la noción de teoría legal en un sentido amplio. Siguiendo la línea de las traducciones de los textos aquí citados, y por una cuestión de uniformidad, aquí se emplea el término español jurisprudencia en el sentido anglosajón.

cierto sentido el padre de la filosofía del derecho en la cultura occidental, la que por primera vez tuvo un objeto definido (el derecho positivo) y un peculiar método de investigación (centrado en la paráfrasis y la búsqueda de las unidades básicas del razonamiento jurídico). Se inicia, así, una cruzada que continua hasta nuestros días, para desmitificar el derecho a partir de la construcción de un saber basado en una ontología empirista de carácter neutro, que no confunda su valoración con sus implicancias morales⁶.

El filósofo utilitarista se embarcó, así, en un análisis sistemático del derecho y los sistemas jurídicos, dado que una caracterización objetiva de las normas jurídicas era el primer paso en su empresa de refundar el sistema jurídico, requisito ineludible en su campaña de reforma integral del gobierno y la política. En este aspecto, la necesidad de analizar las normas jurídicas como un dato duro lo llevó a identificar el carácter jurídico de un sistema en términos de poder coercitivo, cimentando esta concepción sobre la base de sus propias teorías psicológicas de la motivación humana⁷.

Tres distinciones benthamianas resultan relevantes para explicar los orígenes de la filosofía analítica del derecho positivo y permitir caracterizar el desarrollo posterior del método jurídico analítico⁸:

a) La distinción entre jurisprudencia expositiva y jurisprudencia censoria, señalando las diferencias discursivas entre la función descriptiva del ser jurídico y la función prescriptiva del deber ser del derecho.

b) La distinción en el ámbito de la jurisprudencia expositiva entre jurisprudencia autoritativa y jurisprudencia no-autoritativa, enunciando la diferenciación que actualmente se efectúa a partir de la función lingüística del discurso jurídico entre normas y proposiciones normativas.

c) Finalmente, la distinción en el ámbito de la jurisprudencia expositiva no-autoritativa entre jurisprudencia local y jurisprudencia universal o general, según que el alcance del estudio en cuestión se limite o no a una determinada nación, identificándose esta segunda categoría con el ámbito de estudio de la teoría general del derecho. BENTHAM dividía, a su vez, la descripción de cualquier derecho nacional

⁶ CHIASSONI, *La tradición analítica en la filosofía del derecho*, p. 25 y siguientes.

⁷ SCHAUER, *The force of law*, p. 11 y siguientes.

⁸ BENTHAM, *Los principios de la moral y la legislación*, p. 302 y siguientes.

a partir de una analogía con el método naturalista extraído de la botánica, en tres operaciones: *expositiva* (narración del derecho explícito, claro y establecido), *interpretativa* (ahí donde el derecho resulta oscuro, silente e inestable) y *sistematizante* del material jurídico.

La idea benthamiana de jurisprudencia general (*general jurisprudence*), al ser contrapuesta con otras orientaciones –como la jurisprudencia histórica, sociológica, etc.– recibió luego, si bien con un significado más amplio que la sola jurisprudencia general, la denominación de jurisprudencia analítica (*analytical jurisprudence*), la cual se suele vincular tradicionalmente a la figura de JOHN AUSTIN⁹. La finalidad de la doctrina de AUSTIN, a partir del camino ya prefigurado por BENTHAM, consiste en identificar las características distintivas del derecho positivo y liberarlo de las confusiones con los preceptos de tipo religioso y moral.

Para alcanzar este objetivo, AUSTIN emplea nociones como las de mandato (entendiendo por tal una expresión de deseo destinada a influir en la gente y coactivamente respaldada), hábito de obediencia (en tanto costumbre de determinados grupos de personas) y obligación (sujeción al mandato si se quiere evitar un mal establecido como sanción a la desobediencia). De ellas deriva la definición de norma jurídica como mandato general que obliga a la población a cumplir determinada conducta, distinguiéndose las normas jurídicas de otras directivas como las morales o las leyes divinas por la circunstancia de ser impuestas coactivamente por un soberano terrenal a los miembros de una sociedad política independiente¹⁰.

Además, AUSTIN traza una distinción entre las disciplinas normativas estrictamente jurídicas, mencionando: *a*) la jurisprudencia particular (*particular jurisprudence*), ciencia que se ocupa de un sistema vigente o una parte de él, en tanto práctica particular; *b*) la ciencia de la legislación (*science of legislation*), dedicada al estudio de lo que se debe hacer para producir buenas leyes, y *c*) la jurisprudencia general (*general jurisprudence*), ciencia encargada de la descripción y comparación de los objetos y fines del derecho, comunes a todos los sistemas¹¹.

⁹ DE PÁRAMO ARGÜELLES, “Estudio preliminar: John Austin, un jurista desolado”, en AUSTIN, *El objeto de la jurisprudencia*, p. XXI y siguientes.

¹⁰ AUSTIN, *El objeto de la jurisprudencia*, p. 8 y siguientes.

¹¹ CHIASSONI, *La tradición analítica en la filosofía del derecho*, p. 155 y siguientes.

Este autor afirma que la jurisprudencia general es la ciencia que se encarga de los principios, nociones y distinciones comunes a todos los sistemas jurídicos, centrándose particularmente en aquellos elementos que están inevitablemente incluidos en ellos de manera constitutiva, y que comprende: a) el estudio de las nociones jurídicas fundamentales, tales como deber, obligación, etc., y las relaciones que se suscitan entre ellas; b) la distinción entre las fuentes y los modos de producción del derecho; c) la distinción entre derechos subjetivos relativos y absolutos, y d) la distinción entre derechos reales y contractuales.

Asimismo, propicia como método: a) la sistemática ignorancia léxica, con el objeto de apartarse de los usos familiares de los vocablos y permitir el análisis conceptual; b) el análisis del empleo que se hace del lenguaje y sus efectos, y c) el empleo de la definición y sus límites¹².

La influencia de la obra de AUSTIN llevó a que, durante el resto del siglo XIX y principios del siglo XX, la tradición austiniana dominara la producción filosófica jurídica inglesa. En tal sentido se pueden mencionar los libros *Elements of law*, de MARKBY; *A systematic view of the science of jurisprudence*, de AMOS, y *Practical jurisprudence*, de CLARK, entre otros¹³.

§ 4. **LA FILOSOFÍA ANALÍTICA DEL SIGLO XX**

De manera independiente a los desarrollos antes mencionados, a partir del siglo XX se popularizó la oposición entre dos corrientes o tradiciones netamente filosóficas de pensamiento, remontando a la contraposición clásica entre el romanticismo alemán y el empirismo británico¹⁴: por un lado, la filosofía continental de tendencia fenomenológica, vulgarmente identificada con los desarrollos efectuados en el ámbito de la Europa continental; por el otro, la filosofía analítica, identificada con el ámbito anglosajón¹⁵.

¹² AUSTIN, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, p. 26.

¹³ PANNAM, *El profesor Hart y la filosofía analítica del derecho*, "Academia", año 6, n° 12, 2008, p. 66 y siguientes.

¹⁴ GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 91 y siguientes.

¹⁵ FROST-ARNOLD, "The rise of 'analytic philosophy': when and how did people begin calling themselves 'analytic philosophers'?", en LAPOINTE - PINCOCK (eds.), *Innovations in the history of analytical philosophy*, p. 54.

En esta línea, como una primera aproximación, se puede sostener que la filosofía analítica es la tradición que se originó en la obra de GOTTLIB FREGE (1848-1925), BERTRAND RUSSELL (1872-1970), GEORGE E. MOORE (1873-1958), el Círculo de Viena y LUDWIG WITTGENSTEIN (1889-1951), que luego se ramificó en el complejo movimiento o conjunto de subtradiciones interconectadas que existe hoy en día. Esta tradición tuvo en un principio una doble raíz metodológica, basada en el constructivismo lógico y el análisis conceptual¹⁶.

Los principales aportes indiscutidos de la filosofía analítica al pensamiento del siglo xx están dados por el reconocimiento de que la especulación debe ser desterrada del pensamiento filosófico, el cual debe aspirar a la coherencia, la sistematicidad y el rigor científico, y el éxito en el desarrollo del entendimiento lógico formal de ciertas nociones fundamentales –como las de consecuencia lógica, verdad lógica, etcétera–¹⁷.

El origen de la denominación filosofía analítica, en su sentido actual, se atribuye al filósofo ERNEST NAGEL, a partir de su trabajo publicado en dos partes en “The Journal of Philosophy”, en 1936, llamado *Impresiones y valoraciones de la filosofía analítica en Europa*, en el cual se hace eco de la recurrente idea del análisis filosófico presente en los autores antes mencionados¹⁸. Posteriormente, se suscita, en particular a partir de los años setenta, un gran debate respecto a qué autores pueden ser reputados como filósofos analíticos y cuál es en definitiva el concepto de filosofía analítica¹⁹.

Dejando de lado los debates vinculados con los antecedentes remotos, las discusiones historiográficas sobre sus fundadores, así como las disquisiciones generadas sobre las etapas más tardías y la obra de los denominados posanalíticos²⁰, se pueden identificar cronológicamente cuatro etapas centrales en el desarrollo primigenio de este complejo movimiento en el siglo xx: a) una primera fase inicia-

¹⁶ GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 68.

¹⁷ SOAMES, *Philosophical analysis in the twentieth century*, vol 1, p. xi.

¹⁸ FROST-ARNOLD, “The rise of ‘analytic philosophy’: when and how did people begin calling themselves ‘analytic philosophers’?”, en LAPOINTE - PINCOCK (eds.), *Innovations in the history of analytical philosophy*, p. 34.

¹⁹ FROST-ARNOLD, “The rise of ‘analytic philosophy’: when and how did people begin calling themselves ‘analytic philosophers’?”, en LAPOINTE - PINCOCK (eds.), *Innovations in the history of analytical philosophy*, p. 43 y siguientes.

²⁰ GARCÍA SUÁREZ, *Nuevas aproximaciones a los modos de significar*, p. 31 y siguientes.

da por la obra de FREGE, y que alcanza una clara conformación como movimiento en las figuras de RUSSELL y MOORE; b) una segunda fase identificada con el análisis de Cambridge de los años veinte y los primeros trabajos de WITTGENSTEIN; c) un tercer estadio identificado con el positivismo lógico vienés, y d) una cuarta etapa en que aparece el llamado análisis conectivo y terapéutico que caracterizó a la filosofía analítica en Oxford en la posguerra, marcado por una gran influencia del giro filosófico de WITTGENSTEIN²¹.

La imposibilidad de llegar a una caracterización rígida de esta corriente que englobe a todos sus representantes refleja cómo la etiqueta de filosofía analítica da cuenta de un movimiento filosófico más que de una filosofía o escuela filosófica propiamente dicha, identificable vagamente como un particular estilo, constituido por parecidos de familia o influencias recíprocas en el método de análisis y en ciertos tópicos o tendencias entre sus miembros²². Se distingue de otras tradiciones al constituirse como una peculiar forma de aproximación a los problemas filosóficos, en la que cierto tipo de argumentación y justificación precisa juegan un papel central.

En tanto estilo, se puede entender que la filosofía analítica procura alcanzar una argumentación que tiende a la austeridad y al rigor en el pensamiento²³, que pretende alcanzar la claridad en el desarrollo y exposición del quehacer filosófico, a la par de que se asegure el rigor en el razonamiento, facilitando simultáneamente la evaluación crítica y la discusión inteligible entre pares²⁴.

En tanto método de análisis, el movimiento analítico se identifica particularmente por el empleo de un conjunto de técnicas o herramientas metodológicas características, aplicadas usualmente a enfoques parciales, que conducen a la construcción de cadenas argumentales claras, explícitas y sólidas, tendientes al desarrollo y control del conocimiento a partir de un trabajo de tipo colaborativo para la construcción del conocimiento científico²⁵.

²¹ GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 276 y siguientes.

²² GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 253.

²³ BEANEY, "What is analytic philosophy?", en BEANEY (ed.), *The Oxford handbook of the history of analytic philosophy*, p. 24.

²⁴ GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 255 y siguientes.

²⁵ BEANEY, "What is analytic philosophy?", en BEANEY (ed.), *The Oxford handbook of the history of analytic philosophy*, p. 24.

A grandes rasgos, se pueden mencionar dos tendencias metodológicas centrales a fin de intentar sintetizar este movimiento²⁶. Una de carácter constructivista formal identificable con el análisis lógico, ejemplificada con los trabajos de principios de siglo de RUSSELL centrados en la lógica formal, la desambiguación de los lenguajes naturales y la aspiración de la elaboración de lenguajes ideales²⁷. Otra identificable con el análisis y elucidación conceptual, expresada por la línea de investigación iniciada por MOORE²⁸, el llamado segundo WITTGENSTEIN²⁹ y su giro lingüístico, centrada en el estudio de los lenguajes naturales y sus usos corrientes³⁰.

Es posible, además, señalar algunas respuestas recurrentes e inclinaciones comunes entre los autores analíticos, sin perjuicio de lo apuntado respecto de la imposibilidad de definir categóricamente el movimiento. Entre ellas se destacan las siguientes³¹.

a) *Predisposición antiidealista*. Tiene como anclaje la búsqueda del sentido común, retomando en alguna medida el camino trazado por el empirismo y el realismo filosófico, tanto sea por la vía del logicismo como por la del convencionalismo.

b) *Rechazo a la especulación y preferencia por la elaboración de metafísicas más bien austeras*. Lo que derivó, respectivamente, en un uso metodológico cimentado en el empleo metódico de la definición (fijando con la mayor exactitud y precisión el significado de una palabra, símbolo u objeto bajo análisis) y una deflación metafísica de la filosofía.

c) *Peculiar concepción del rol la filosofía*. Se vincula con la idea de la filosofía como una actividad con estrecha relación con otras empresas de carácter cognoscitivo y tendiente a la rigurosidad en el ejercicio de ella, a la cual se le asigna en cierta medida un carácter instrumental tendiente a la clarificación del pensamiento y la realidad.

d) *Atención sobre los fenómenos lingüísticos*. Se ha sostenido que la tarea básica de la filosofía es el análisis de la estructura del

²⁶ GARCÍA SUAREZ, *Nuevas aproximaciones a los modos de significar*, p. 40.

²⁷ RUSSELL, *Lógica y conocimiento*.

²⁸ MOORE, *Philosophical papers*.

²⁹ WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*.

³⁰ Por ejemplo, entre otros, AUSTIN, *Cómo hacer cosas con las palabras*.

³¹ GLOCK, *¿Qué es la filosofía analítica?*, p. 150 y siguientes.

pensamiento, y que el único camino adecuado para ello es el análisis de las expresiones lingüísticas con que se lo comunica. El lenguaje le interesa a la filosofía analítica porque, mediante el estudio de las reglas de su uso, el fenómeno primitivo del significado puede ser entendido a partir de la estructura del pensamiento concretizado y expresado. Se distinguen, como fue señalado, dos fases centrales: una primera etapa centrada en el lenguaje científico y la crítica sobre las limitaciones de los lenguajes naturales, y una segunda etapa abocada al estudio de los lenguajes corrientes, en particular en sus múltiples usos.

§ 5. **LA CORRIENTE JURÍDICO-FILOSÓFICA ANALÍTICA**

En la segunda mitad del siglo xx, el impacto del empleo sistemático de diversas herramientas conceptuales propias de la filosofía analítica (mayormente centradas en el análisis del lenguaje), derivó en un cambio de perspectiva y enfoque de la jurisprudencia analítica. Esta varió sus temas de interés, abandonando la identificación radical del derecho con el Estado, a la par que se dio una restricción en el objeto de estudio a la filosofía del derecho, ampliando su área de influencia geográfica al derecho continental³².

Las dos grandes tendencias metodológicas de la filosofía analítica han impulsado los desarrollos de la filosofía y la teoría general del derecho³³, a saber³⁴:

a) *Constructivismo lógico*. Consiste en la sustitución de los términos de los lenguajes naturales por términos artificiales y construcciones que nos liberen de las vaguedades y ambigüedades propias de todos los actos de habla.

Esta metodología, desde RUSSELL en adelante, no solo se aplicó a la fundamentación de la matemática, sino que también extendió su campo de aplicación a los problemas de la epistemología, la metafísica y la filosofía en general. Luego del giro lingüístico, evolucionó en un método de análisis conceptual de tipo reductivo (constructivismo ló-

³² HART, *Analytical jurisprudence in mid-twentieth century: a reply to professor Bodenheimer*, "University of Pennsylvania Law Review", vol. 105, n° 7, 1957, p. 953 a 975.

³³ MORESO, *Positivismo jurídico y filosofía analítica*, "Teoría & Derecho", n° 22, 2017, p. 118 a 136.

³⁴ Son ejemplos paradigmáticos de estas tendencias, ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Sistemas normativos*, y HART, *The concept of law*, respectivamente.

gico en sentido estricto) que se vale de las definiciones lexicográficas para reemplazar los términos de los lenguajes naturales por otros de carácter artificial, ello con miras a explicitar de manera más clara las relaciones conceptuales de los elementos que componen la realidad. El empleo del análisis lógico dentro del ámbito jurídico genera resistencia entre los juristas debido a la formación metodológica de tipo enciclopedista. Sin perjuicio de esto, la lógica se constituye en una herramienta de indudable utilidad para: 1) dar cuenta de la corrección de los razonamientos concretos; 2) evaluar la justificación de las decisiones particulares a partir de los mandatos generales dictados previamente por el Estado, y 3) desarrollar análisis estructurales de los ordenamientos, con el objeto de ordenar y clarificar los elementos que los componen³⁵.

b) *Análisis conceptual*. Consiste en el estudio y clarificación de los usos ordinarios de los términos empleados por los juristas, resolviendo distintos problemas por desarrollos explicativos. El análisis conceptual parte de la idea de que los problemas filosóficos son en buena medida problemas conceptuales, y que los conceptos son entidades lingüísticas. Manejar un concepto implica conocer el significado de ciertas expresiones. Por esta razón, los conceptos no son meras ocurrencias mentales ni ente-lequias que se encuentran descontextualizadas, sino abstracciones procedentes del uso de las palabras.

La filosofía del lenguaje es central para entender el derecho por distintas razones. El derecho, ciertamente, al menos en gran parte, es un fenómeno comunicacional: se expresa y caracteriza por las directivas emanadas de la autoridad con el empleo de distintos lenguajes expresados en términos naturales, directivas que califican deónticamente ciertas acciones y articulan los mecanismos de cooperación social e institucional, que en definitiva posibilitan la vida en comunidad tal como la conocemos. Por lo tanto, una comprensión de cómo funciona la comunicación, en particular, en qué medida está el derecho realmente determinado lingüísticamente, es fundamental para comprender qué son y cómo se emplean las normas jurídicas³⁶.

³⁵ BULYGIN, *What can one expect from logic in the law? (Not everything, but more than something: A reply to Susan Haack)*, “Ratio Juris”, vol. 21, n° 1, 2008, p. 150 a 156.

³⁶ MARMOR, *Philosophy of law*, p. 136.

§ 6. **EL POSITIVISMO JURÍDICO**

El positivismo jurídico, pese a los embates y crisis constantes que sufre desde su origen, ha sido una de las formas de acercamiento al pensamiento jurídico más fructífera, desde el siglo XIX hasta la actualidad, en cuanto forma de entendimiento del fenómeno jurídico de corte antimetafísico centrado en el ordenamiento jurídico positivo³⁷.

Pese a esto y a la circunstancia de ser una de las corrientes teóricas que en la actualidad cuenta con las bases más sólidas para explicar y describir el complejo fenómeno social que constituye el derecho, no son pocas las discusiones conceptuales respecto de su concepto, alcances y límites. Esta situación ha llegado a un punto tal que se ha afirmado –con razón– que el positivismo jurídico ha entrado en una crisis de identidad³⁸.

Esta crisis se manifiesta, en su interior, como una disputa de familia, en buena medida motivada por el resultado de los sucesos históricos y políticos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, teóricamente sintetizados –entre otras discusiones significativas– en las críticas de DWORKIN a HART³⁹, y desde el exterior como un problema de justificación y legitimación de las decisiones jurisdiccionales particulares, en el contexto de un derecho constitucionalizado.

Lo cierto es que esta crisis de identidad refleja, en definitiva, las dificultades para elaborar un concepto unitario y acabado de positivismo jurídico. A estas dificultades, paradójicamente, quizá podamos en buena medida atribuirles buena parte de su éxito, en tanto que, como paradigma de conocimiento, se mantiene vivo, no solo por la fuerza explicativa de sus postulados, sino por las disputas, caídas y reconstrucciones constantes a las que se ve sometido⁴⁰.

La expresión “positivismo jurídico” engloba una serie de distintos enfoques, clasificaciones y manifestaciones diversas, marcadas en general por la idea de una actitud o enfoque de abordaje de los pro-

³⁷ FASSÒ, *Historia de la filosofía del derecho*, t. 3, p. 151.

³⁸ RODILLA, *Sobre positivismo jurídico, una vez más*, “Doxa”, edición especial, 2017, p. 217.

³⁹ ATRIA, *La ironía del positivismo jurídico*, “Doxa”, n° 27, 2004, p. 83.

⁴⁰ LLOREDO ALIX, *Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración*, “Doxa”, n° 40, 2017, p. 257.

blemas de la filosofía jurídica y la teoría del derecho de corte empirista y antimetafísica. Se trata de un concepto amplio, nacido originariamente por contraposición al derecho natural, y utilizado –tanto por críticos como por defensores– no pocas veces de manera ambigua y vaga⁴¹, e incluso se emplea para referir a ideas incompatibles entre sí o solamente ligadas por lazos de familia⁴².

Así, GENARO CARRIÓ señala dos hitos importantes para identificar, distinguir y entender teóricamente el conjunto de tesis, doctrinas y concepciones designadas bajo el rotulo de “positivismo jurídico”⁴³. Por un lado, la publicación, en 1958, del trabajo de HART, *Positivism and the separation of law and morals*, y, por el otro, un seminario celebrado en Bellagio, Italia, en 1960, que fue precursor del artículo *Sul positivismo giuridico*, de NORBERTO BOBBIO⁴⁴.

§ 7. **TRES TESIS CENTRALES DEL POSITIVISMO JURÍDICO**

Si bien la empresa de encontrar una serie de tesis centrales que permitan precisar una noción de positivismo jurídico puede concebirse para algunos como una tarea condenada al fracaso, en la medida en que no parece posible englobar satisfactoriamente todos los autores y formas en que este históricamente se ha presentado⁴⁵, el trabajo de análisis y elucidación conceptual ciertamente permite dar cuenta de las pautas implícitas que estructuran, en un momento dado y de manera provisoria, determinados usos, marcos teóricos e ideas que se desprenden de aquel⁴⁶, aumentando finalmente la comprensión total sobre el conjunto del fenómeno analizado y sus puntos centrales, a la par que nos permite evaluar y comparar el estado de desarrollo de la cuestión⁴⁷.

⁴¹ ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, p. 8.

⁴² CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 321.

⁴³ CARRIÓ, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 322.

⁴⁴ Asimismo, dicho seminario también fue precursor del artículo de ALF ROSS, *Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, y del libro posterior de SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*.

⁴⁵ LLOREDO ALIX, *Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración*, “Doxa”, n° 40, 2017, p. 257.

⁴⁶ STRAWSON, *Análisis y metafísica*.

⁴⁷ HART, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, “Sistema”, n° 36, 1980, p. 3 y siguientes.

Así, en el primer hito, HART inicia la tarea de elucidación del contenido del concepto de esta forma de aproximación del derecho sosteniendo que la etiqueta de “positivismo jurídico” se emplea para hacer referencia por lo menos a cinco tesis o significados posibles: 1) el derecho se compone de una serie de mandatos humanos; 2) no existe una relación necesaria entre derecho y moral, o entre el derecho que es y el derecho que debería ser; 3) el análisis o estudio de los conceptos jurídicos debe diferenciarse de los estudios históricos, sociológicos, políticos, éticos y de otras disciplinas de tipo social; 4) un sistema jurídico es un sistema de normas de las cuales pueden derivarse respuesta a los casos particulares, y 5) la afirmación de que los juicios morales no pueden ser establecidos, a diferencia de las declaraciones de hecho, que pueden ser demostradas en términos racionales, de evidencia o prueba⁴⁸.

Tres tesis conceptuales independientes –que versan en su conjunto sobre los criterios de identificación de las fuentes jurídicas– trasuntan esta presentación, sintetizando lo que implica el positivismo jurídico analítico: la tesis de las fuentes sociales; la tesis de la identificación objetiva o tesis semántica, y la denominada tesis de la separación o divisionismo.

Ciertamente sobre la base de estas tesis se encuentran, por un lado, la certeza de la posibilidad de existencia de un conocimiento jurídico determinable, la que se construye como constatación de la existencia de casos normativamente claros y el reconocimiento de la incertidumbre ante aquellos supuestos no expresamente regulados; por el otro, el convencimiento de la viabilidad de la observación e identificación empírica de fenómenos sociales, de manera externa e independiente de las valoraciones internas respecto de las prácticas mismas, y, finalmente, la creencia en la posibilidad de formulación de enunciados veritativos de las proposiciones jurídicas, que se desprenden de la existencia de casos claros y hechos observables⁴⁹.

Las tesis antes mencionadas suelen presentarse de manera entremezclada y no pocas veces confusa, usualmente articulando, sobre las controversias referidas a la identificación del derecho, el significado de sus términos básicos y su contenido moral; refiriendo a los planos de análisis ontológico, epistemológico y axiológico, respectivamente⁵⁰.

⁴⁸ HART, *Positivism and the separation of law and morals*, “Harvard Law Review”, vol. 71, n° 4, 1958, p. 604.

⁴⁹ MARANHÃO, *Positivismo jurídico lógico-incluyente*, p. 45.

⁵⁰ Entre otros, HIERRO, *¿Por qué ser positivista?*, “Doxa”, n° 25, 2002, p. 279.

a) *LA TESIS DE LAS FUENTES SOCIALES*. Este postulado afirma que el derecho es un fenómeno de origen social, en cuanto conjuntos de hechos complejos producto de las formas de organización humana. Esta tesis se encuentra sobre la base metodológica del positivismo jurídico, constituyéndose en un límite o piso básico del conjunto de proposiciones admisibles para determinar la existencia e identidad de un ordenamiento jurídico. En dicho sentido, la tesis de las fuentes sociales alude –al menos desde un punto de vista descriptivo– a la eficacia e institucionalidad social que se deriva del ordenamiento jurídico⁵¹. Las fuentes jurídicas y, en consecuencia, la existencia de las leyes mismas, son así entendidas como meras convenciones sociales establecidas y cumplidas por decisiones humanas⁵².

Esta tesis se ha convertido en un elemento sustantivo del que parece participar toda teoría iuspositivista, e incluso actualmente es ampliamente aceptada –naturalmente, con diversos enfoques– por otras corrientes iusfilosóficas⁵³. Sin perjuicio de esto, no existe una unicidad clara a la hora de conceptualizarla, ni siquiera dentro del mismo positivismo, en tanto implica en definitiva una caracterización particular del fenómeno abordado, a tal punto que se ha afirmado que ella se constituye en un hecho indubitable⁵⁴ y, sostenida sin mayores precisiones, solo constituye una mera trivialidad⁵⁵.

Para RAZ la tesis de las fuentes sociales, dependiendo del alcance que se le dé, puede subdividirse en dos versiones: una *fuerte*, según la cual la constatación de un hecho social es condición necesaria para identificar la existencia y contenido del derecho, y otra *débil*, según la cual la constatación de un hecho social es condición suficiente para identificar la existencia y contenido del derecho⁵⁶. MARANHÃO traza esta misma distinción con otras palabras, recurriendo a la idea de la

⁵¹ RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, p. 55 y siguientes.

⁵² MACCORMICK - WEINBERGER, *An institutional theory of law. New approaches to legal positivism*, p. 129.

⁵³ Entre nosotros, por ejemplo, GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 115; COSSIO, *La teoría egológica del derecho*, p. 260, y ZULETA PUCEIRO, *Elementos de teoría del derecho*, p. 51.

⁵⁴ ATIENZA, *Filosofía del derecho y transformación social*, p.133.

⁵⁵ NARVÁEZ MORA, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, p. 162.

⁵⁶ RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, p. 59.

norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart, respectivamente; marca una diferencia en cuanto una postura supone la constatación de una regla obligatoria para los miembros de una sociedad, mientras que la otra solo supone una mera constatación de un hecho que se constituye en un criterio regular⁵⁷.

b) *LA TESIS DE LA IDENTIFICACIÓN OBJETIVA O SEMÁNTICA*. Si el derecho es un producto social, la existencia de un sistema jurídico en un determinado momento y lugar es un hecho empíricamente observable en términos puramente fácticos; en este sentido, puede entenderse la tesis de la identificación objetiva como una consecuencia necesaria de la asunción de la tesis de las fuentes sociales. Consecuentemente, la existencia de las normas dentro de un sistema jurídico es algo enunciable objetivamente, a partir de la observación e interpretación de los hechos sociales a los que se les asigna carácter jurídico.

Esta tesis, a su vez, puede subdividirse conforme al alcance que se atribuye a la posibilidad de identificación de las normas y los sistemas jurídicos; de acuerdo a si se considera que se pueden identificar los ordenamientos en un sentido general, por ejemplo, entendiéndolos como conjuntos de autoridades y los mandatos que ellas emiten, o según se entienda que también es posible la identificación a nivel individual de las distintas normas jurídicas vigentes dentro de un sistema dado⁵⁸.

Esta segunda subtesis de la fuente objetiva refleja mejor su carácter epistemológico, que es representado de manera cabal por la etiqueta "tesis semántica", en cuanto no solo da cuenta de la identificación de las normas o sistemas normativos en un plano meramente ontológico y genérico, sino además refiere a la enunciación lingüística de un significado normativo particular y sus consecuencias metodológicas⁵⁹.

Asimismo, de esta tesis se deriva la posibilidad lógica de explicar los casos de discrecionalidad y creación judicial del derecho⁶⁰,

⁵⁷ MARANHÃO, *Positivismo jurídico lógico-incluyente*, p. 48.

⁵⁸ HIERRO, *¿Por qué ser positivista?*, "Doxa", n° 25, 2002, p. 279.

⁵⁹ RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, p.55.

⁶⁰ En este punto nos apartamos de la presentación tradicional de las tesis del positivismo (ver, por ejemplo, HART, 1980), dado que, a nuestro entender, resulta una mejor presentación partir de la tesis de la identificación objetiva, y considerar

en cuanto la práctica jurídica, al ser un constructo social de regulación de conductas, es consecuentemente indeterminada e incompleta⁶¹; existen ocasiones en que los magistrados deberán resolver controversias sometidas a su competencia, pese a que el legislador no haya previsto expresamente una solución normativa para ellas o que dicha solución por distintas razones no sea lo suficientemente clara⁶².

c) *LA TESIS DEL DIVISIONISMO*. La tesis del divisionismo es el resultado teórico de esta larga discusión, en la medida en que es la constatación descriptiva de la posibilidad de la separación conceptual entre la existencia del derecho y su mérito o demérito moral.

No es exagerado afirmar que, durante toda la historia del pensamiento humano, las distintas reflexiones iusfilosóficas parecen oscilar entre dos extremos vinculados con el valor justicia en cada caso y el uso de la fuerza estatal, identificables con las discusiones que se dan entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo⁶³.

Sin bien dicha tensión es resoluble, no debe ser descartada la interpelación que plantea. Nos impone la necesidad de agudizar nuestra comprensión del fenómeno social complejo que constituye el ordenamiento jurídico; da cuenta, por un lado, de ciertas constates –tanto

la discrecionalidad y creación judicial como una consecuencia necesaria de ella, que afirmar la discrecionalidad como una tesis identitaria autónoma del positivismo. Entre las razones para ello, consideramos que: 1) se da cuenta de manera más fidedigna de las primeras formas históricas de positivismo jurídico; 2) es posible derivar lógicamente de manera satisfactoria la discrecionalidad jurisdiccional a partir de la identificación objetiva, representando en definitiva más fielmente las ideas de ordenamiento normativo positivo y certeza; 3) se evita caracterizar el positivismo a partir de una reacción crítica a los modelos antipositivista que sostienen la integridad del ordenamiento, y 4) se da cuenta, además, de la legitimación normativa de prácticas de creación del derecho que se encuentra conferida por normas secundarias para los casos de *non liquet*. Sin perjuicio de esto, también se podría sostener que la elección entre una u otra presentación depende de si el enfoque de la caracterización se basa en una orientación centrada en la actividad legislativa o en el proceso jurisdiccional.

⁶¹ HART, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, “Sistema”, n° 36, 1980, p. 3 y siguientes.

⁶² BULYGIN, “Sentencia judicial y creación del derecho”, en ALCHOURRÓN - BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, p. 355.

⁶³ Al respecto de esta tensión histórica del “nomos” entre “Diké” y “Bía”, cfr., entre otros, ZAGREBELSKY, *La ley y su justicia*, p. 39.

contingentes como necesarias— resultantes de la historia de la vida en comunidad; a la par, impone la conveniencia de distinguir y clarificar cuestiones y ordenes de diversa naturaleza, para resolver controversias teóricas y prácticas⁶⁴.

Simplificando mucho la cuestión, se puede afirmar que esta tesis de la separación surge de una lectura de carácter descriptivo. En efecto, se trata de un enunciado de tipo externo, que presenta la ventaja de permitir criticar moralmente el ordenamiento jurídico, al diferenciar el derecho que “es” del que “debe ser”⁶⁵. Cualquier otra lectura de tipo prescriptivo, que entendida caritativa y razonablemente se pueda vincular con una ética normativa particular ligada a las formas de organización estatal moderna, los valores democráticos y la división republicana de poderes, resulta una reinterpretación de este postulado.

Afirma LIBORIO HIERRO que se podría sostener que esta tesis constituye la base de las otras dos, pues, si el derecho tiene una conexión necesaria con algún valor moral universal, la existencia de las normas jurídicas no dependería solo de las decisiones humanas y las proposiciones jurídicas no podrían ser meramente descriptivas⁶⁶.

Actualmente se diferencian, desde este punto de vista descriptivo, dos grandes concepciones alternativas dentro del mismo positivismo respecto del alcance de esta tesis, generadas a partir de la discusión que provocó el *Postscript* de Hart entre el positivismo incluyente y el positivismo excluyente⁶⁷. Mientras el positivismo excluyente considera que siempre es posible identificar la existencia y el contenido del derecho sin recurrir a la moral, el positivismo incluyente acepta que contingentemente podría ocurrir que los sistemas jurídicos en ciertos casos remitan a la moral como condición de la validez jurídica⁶⁸.

⁶⁴ VILAJOSANA, *Identificación y justificación del derecho*, p. 64.

⁶⁵ HIERRO, *¿Por qué ser positivista?*, “Doxa”, n° 25, 2002, p. 279 y siguientes.

⁶⁶ HIERRO, *¿Por qué ser positivista?*, “Doxa”, n° 25, 2002, p. 280.

⁶⁷ Esta discusión también puede presentarse como una división de la tesis de la identificación objetiva, sin perjuicio de que, por una cuestión de presentación, aquí se opta por mencionar la cuestión en este punto.

⁶⁸ COLEMAN, “Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis”, en COLEMAN (ed.), *Hart’s postscript. Essays on the postscript to the concept of law*, p. 99 y siguientes.

Se evidencia una estrecha interrelación entre estas tres tesis, de lo que se sigue que la toma de postura sobre una acarrea consecuencias respecto de las otras; pese a esto, es necesario destacar que pueden ser formuladas lógicamente de manera independiente y autónoma⁶⁹.

§ 8. **TRES CONCEPCIONES DEL POSITIVISMO JURÍDICO**

A la hora de desentrañar cuáles son los criterios de uso que implica la etiqueta “positivismo jurídico”, es conveniente traer a colación la influyente distinción que realizó NORBERTO BOBBIO entre tres presentaciones, aspectos o concepciones históricas diferentes en los que el positivismo jurídico suele presentarse o, mejor dicho, entenderse. Esta clasificación, si bien presenta ciertos problemas y un grado considerable de ambigüedad, cuenta con la ventaja de su amplia difusión y de la circunstancia de que, interpretada correctamente, capta y distingue una serie de núcleos de significados más o menos claros de las distintas formas históricas de aproximación al derecho que se han designado bajo esta etiqueta, permitiéndonos eliminar equívocos en el terreno del análisis histórico y de la crítica ético-política⁷⁰.

Existen relaciones históricas entre las acepciones del positivismo jurídico indicadas por BOBBIO, pero ellas son lógicamente independientes. La primera coincide con la asunción de una tesis epistemológica respecto del convencionalismo del derecho; la segunda coincide con la tesis ontológica sobre las fuentes e identificación objetiva del derecho, y la tercera coincide con la tesis de la división. En este orden de ideas, el positivismo metodológico no implica necesariamente el positivismo teórico, y este último tampoco implica ideología alguna (pese a que la ideología presupone las teorías, y las teorías presuponen el enfoque para el estudio del derecho)⁷¹.

BOBBIO distingue, así, tres formas diversas en las que el positivismo se constituye: como forma de acercarse al estudio del derecho, determinada teoría o concepción del derecho, e ideología jurídica⁷².

⁶⁹ RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, p. 57.

⁷⁰ RUIZ MANERO, *Bobbio y el positivismo*, “Revus”, n° 26, 2015, p. 13 y siguientes.

⁷¹ SCARPELLI, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, p. 79 y siguientes.

⁷² BOBBIO, *El positivismo jurídico*, p. 143 y siguientes.

a) *FORMA DE ACERCARSE AL ESTUDIO DEL DERECHO*. Como forma de acercarse al estudio del derecho, el positivismo jurídico pretende la elaboración de un conocimiento descriptivo y explicativo de carácter científico, expresado en una actitud objetiva, no valorativa y éticamente neutral, que parte de la distinción entre el derecho que es y el derecho que debe ser; se aboca, así, al estudio del derecho como hecho real, entendiendo tal como la expresión de una realidad y sus características en cuanto producto histórico-social, circunstancia por la cual se distinguen los juicios de validez normativa de los de valor⁷³.

b) *DETERMINADA TEORÍA O CONCEPCIÓN DEL DERECHO*. En cuanto concepción del derecho, la idea de positivismo jurídico alude a un conjunto de teorías de carácter estatal-legalista, las cuales interpretan el derecho como el monopolio de la administración de la fuerza y su regulación jurídica de corte legal por los Estados⁷⁴, cuyas características recurrentes serían: 1) una caracterización del derecho basada en la voluntad del soberano, identificándose así el derecho y la organización estatal; 2) una concepción imperativista de las normas jurídicas; 3) una teoría de las fuentes que confiere preminencia a la ley y que soslaya el derecho consuetudinario y judicial; 4) una teoría del ordenamiento jurídico que asume los dogmas de la completitud y la coherencia, y 5) una teoría de la interpretación cognoscitivista y una teoría de la actividad jurisdiccional de carácter lógico-deductivo⁷⁵.

c) *IDEOLOGÍA JURÍDICA*. El positivismo en tanto ideología se caracteriza por la atribución de un valor moral sustantivo al derecho vigente, es decir, la existencia de una obligación de obediencia y respeto a las leyes, ya sea identificando el derecho con la voluntad política dominante y, consecuentemente, con la justicia misma (positivismo ideológico en sentido fuerte, o cuasipositivismo en la terminología de ALF ROSS), o como un medio social para conseguir fines deseables siempre que sea idóneo y no afecte de manera significativa otros valores centrales (positivismo ideológico en sentido débil)⁷⁶.

El positivismo ideológico en sentido débil puede o no aceptar la tesis de las fuentes sociales, implicando la tesis de la identificación

⁷³ BOBBIO, *El positivismo jurídico*, p. 145.

⁷⁴ BOBBIO, *El positivismo jurídico*, parte II, caps. II, III, y IV.

⁷⁵ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, p. 106.

⁷⁶ BOBBIO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, p. 108 y siguientes.

objetiva, y admitiendo de manera debilitada la tesis del divisionismo, en cuanto admite que en los casos de injusticia extrema los costos de seguir lo normado pueden ser superiores a los beneficios de subordinarse a la norma.

El positivismo ideológico en sentido fuerte es francamente incongruente con el positivismo jurídico como aproximación metodológica, y en menor medida también con el positivismo como teoría (aunque históricamente formas desvirtuadas de positivismo teórico han sostenido versiones de positivismo ideológico).

Ello es así toda vez que el positivismo ideológico en un sentido fuerte niega la distinción fundamental del divisionismo, al asumir una actitud moral que postula el deber incondicionado de seguir las reglas del derecho positivo, lo cual oculta una inconsistencia práctica y presupone un pensamiento contrario a la pluralidad, la que se constituye actualmente en uno de los fundamentos de la vida en comunidad⁷⁷.

§ 9. **UNA PROPUESTA DE CONSTRUCCIÓN FORMAL DE LAS RELACIONES ENTRE LAS CLASIFICACIONES TRAZADAS**

Partiendo del énfasis sobre las tres tesis con las cuales se sintetiza el positivismo (tesis de las fuentes sociales –T1–, tesis de la identificación objetiva –T2–, y tesis del divisionismo –T3–)⁷⁸, comparadas con las concepciones o criterios de uso diferenciados por BOBBIO (positivismo metodológico –PM–, positivismo teórico –PT– y positivismo ideológico –PI–) y los paralelismo que se pueden trazar entre aquellas y las distintas formas jurídicas de la tradición analítica (jurisprudencia analítica –JA– y filosofía jurídico analítica –FJA–), se puede formalizar mediante la teoría de los conjuntos lo expuesto hasta aquí con el objeto de señalar con mayor claridad la relación entre la analiticidad jurídica y el positivismo⁷⁹:

⁷⁷ CARRÍO, *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 328.

⁷⁸ Cabe destacar que aquí se dejan de lado las divisiones y subdivisiones internas de ellas €, que nos podrían permitir un mayor refinamiento en la presentación (en particular respecto de PM, PT y sus relaciones respecto de JA y JFA), pero dificultarían la exposición.

⁷⁹ Empleando a tal fin los operadores “ ϵ ” como pertenencia, “ $\cup$ ” unión de conjuntos, “ Ω ” compatibilidad, “ $/$ ” como incompatibilidad.

Positivismo metodológico (PM):

El positivismo metodológico implica la tesis de las fuentes sociales, la de la identificación objetiva y la del divisionismo.

$$\{T1, T2, T3\} \in PM$$

Positivismo teórico (PT):

El positivismo teórico implica la tesis de las fuentes sociales y la de la identificación objetiva, no necesariamente la del divisionismo.

$$\{T1, T2\} \in PT$$

Positivismo ideológico en sentido débil (PID):

El positivismo ideológico en sentido débil puede o no aceptar la tesis de las fuentes sociales, implicando la tesis de la identificación objetiva, y admitiendo de manera debilitada la tesis del divisionismo, en aquellos casos de injusticia extrema en los cuales los costos de seguir lo normado sean superiores a la desobediencia.

$$\{T2, T3\} \in PID$$

Positivismo ideológico en sentido fuerte (PIF):

El positivismo ideológico en sentido fuerte puede o no aceptar la tesis de las fuentes sociales, implica la tesis de la identificación objetiva y rechaza el divisionismo. De ello se sigue que el positivismo ideológico en sentido fuerte es contrario a las otras formas de positivismo (PM y PT) por rechazar el postulado del divisionismo o reducirlo a un mínimo inaceptable.

$$\{T2, \sim T3\} \in PIF; PIF/ \{PM \Omega PT\}$$

Jurisprudencia analítica (JA):

La tradición jurídica analítica implica la tesis de las fuentes sociales, la de la identificación objetiva del derecho y la del divisionismo.

$$\{T1, T2, T3\} \in JA$$

De esto se sigue que la JA presupone PM y el PT es compatible con el PID, siendo contraria a PIF.

$$\{PM \vee PT\} \in JA; JA \Omega PID; JA/PIF$$

Tradición filosófica jurídica analítica (FJA):

La tradición jurídico-filosófica analítica implica la tesis de las fuentes sociales y del divisionismo, pudiendo o no aceptar la tesis de la identificación objetiva.

$$\{T1, T3\} \in FJA$$

De ello se sigue que la FJA presupone PM, es compatible con PT y PID, y contraria a PIF.

$$FJA \in PM; FJA \Omega (PT \Omega PID); FJA/PIF$$

§ 10. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se ha intentado abordar distintos aspectos de la filosofía analítica en el derecho y su relación con el positivismo jurídico. En este sentido, a manera de conclusión y apretada síntesis de lo aquí expuesto, podemos afirmar lo siguiente.

1) La tradición jurídica analítica (JA) es un movimiento jurídico originado en el ámbito anglosajón en la obra de JEREMY BENTHAM; recibió esa designación a través de la obra de JOHN AUSTIN, y se caracteriza por tener como objeto definido el derecho en un sentido positivo, una concepción fuertemente estatalista, y diferenciar el derecho que es del que debe ser.

2) La filosofía analítica del siglo xx (FA) es una corriente filosófica originada en las figuras de FREGE, RUSSELL, MOORE y WITTGENSTEIN, constituida como un movimiento por un conjunto de referencias e influencias cruzadas entre los distintos autores que conformaron un particular estilo o parecido de familia. Este movimiento se caracteriza por una predisposición antiidealista, un marcado rechazo a la especulación, una preferencia por la elaboración de metafísicas más bien austeras, una particular concepción de corte cientificista de la filosofía y una peculiar atención a los fenómenos lingüísticos.

3) Si bien no existe una metodología única dentro de la corriente filosófica analítica, esta se caracteriza en alguna medida por poner

énfasis en la idea de “análisis”; idea que tiene dos expresiones metodológicas características, el análisis conceptual y el análisis lógico, ambas influidas en la misma medida por el atomismo lógico propuesto por RUSSELL y el giro lingüístico generado a partir de la obra de WITTGENSTEIN.

4) La tradición jurídica analítica (JA), luego de la influencia filosófica del movimiento (FA), se constituyó a partir de la segunda mitad del siglo xx en una línea de pensamiento renovada y distinta (FJA), abandonando en sus presentaciones el fuerte imperativismo estatal, a la par que introdujo nuevos métodos de estudio aplicables al derecho, herramientas en buena medida contenidas en la filosofía lingüística y la lógica.

5) Las dos formas características de análisis propugnadas por la filosofía analítica (FA), *análisis conceptual y lógico*, se encuentran presentes en el movimiento filosófico-jurídico analítico (FJA), aunque muchas veces se presentan desarrolladas de manera simultánea, y ambas herramientas son de gran valor para la teoría general del derecho.

6) La corriente filosófico-jurídica analítica (FJA), si bien no tiene un método inequívoco, se caracteriza por distinguir entre el derecho que es y el que debe ser, diferenciar los distintos niveles de lenguaje y aproximación al fenómeno jurídico, y propugnar finalmente un discurso metalingüístico encargado de la descripción y comparación de los objetos y fines de derecho, comunes a todos los ordenamientos jurídicos.

7) Pese a existir una identificación entre el positivismo jurídico –en un sentido general– y la tradición jurídica analítica (JA), en cuanto aproximación jurídica de tipo imperativista, dicha identificación no es necesaria en relación con el movimiento filosófico jurídico analítico (FJA), que, si bien presupone el positivismo metodológico, no implica necesariamente el positivismo teórico, y es necesario además remarcar que ambas corrientes –en virtud del principio central del divisionismo– resultan contrarias a la idea de positivismo ideológico en un sentido fuerte.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, CARLOS E., “La metamorfosis de la analiticidad”, en ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1975; 2ª ed., 2017.

- ATIENZA, MANUEL, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.
- ATRIA, FERNANDO, *La ironía del positivismo jurídico*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 27, 2004, p. 81 a 139.
- AUSTIN, JOHN, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981.
- AUSTIN, JOHN L., *Cómo hacer cosas con las palabras. Palabras y acciones*, trad. G. CARRÍO y E. RABOSI, Buenos Aires, Paidós, 1981.
- BEANEY, MICHAEL, “What is analytic philosophy?”, en BEANEY, MICHAEL (ed.), *The Oxford handbook of the history of analytic philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- BEANEY, MICHAEL (ed.), *The Oxford handbook of the history of analytic philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- BENTHAM, JEREMY, *Los principios de la moral y la legislación*, trad. M. COSTA, Buenos Aires, Claridad, 2008.
- BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, trad. R. DE ASÍS y A. GREPPI, España, Debate S.A., 1993.
- *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, trad. E. DÍAZ y otros, Madrid, Trotta, 2015.
- BULYGIN, EUGENIO, “Sentencia judicial y creación del derecho”, en ALCHOURRÓN, CARLOS E. - BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- *What can one expect from logic in the law? (Not everything, but more than something: A reply to Susan Haack)*, “Ratio Juris”, vol. 21, n° 1, 2008, p. 150 a 156.
- CARRÍO, GENARO R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- CHIASSONI, PIERLUIGI, *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen*, trad. F. MORALES LUNA, Lima, Palestra, 2017.
- COLEMAN, JULES, “Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis”, en COLEMAN, JULES (ed.), *Hart’s postscript. Essays on the postscript to the concept of law*, New York, Oxford University Press, 2001.
- COLEMAN, JULES (ed.), *Hart’s postscript. Essays on the postscript to the Concept of law*, New York, Oxford University Press, 2001.
- COSSIO, CARLOS, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964.
- DE PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN R., “Estudio preliminar: John Austin, un jurista desolado”, en AUSTIN, JOHN, *El objeto de la jurisprudencia*, trad. J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- FASSÒ, GUIDO, *Historia de la filosofía del derecho*, trad. J. F. LORCA NAVARRETE, Madrid, Pirámide, 1996.
- FROST-ARNOLD, GREG, “The rise of ‘analytic philosophy’: when and how did people begin calling themselves ‘analytic philosophers?’”, en LAPOINTE, SANDRA - PINCOCK, CHRISTOPHER (eds.), *Innovations in the history of analytical philosophy*, London, Palgrave Macmillan, 2017.
- GARCÍA SUÁREZ, ALFONSO, *Nuevas aproximaciones a los modos de significar*, Madrid, Tecnos, 2019.

- GLOCK, HANS-JOHANN, *¿Qué es la filosofía analítica?*, trad. C. GARCÍA TREVIJANO, Madrid, Tecnos, 2012.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, 6ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1987.
- HART, HEBERT L. A., *Analytical jurisprudence in mid-twentieth century: a reply to professor Bodenheimer*, “University of Pennsylvania Law Review”, vol. 105, n° 7, 1957, p. 953 a 975.
- *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, trad. L. HIERRO, F. LAPORTA y J. R. PÁRAMO, “Sistema”, n° 36, 1980, p. 3 a 18.
- *Positivism and the separation of law and morals*, “Harvard Law Review”, vol. 71, n° 4, 1958, p. 593 a 629.
- *The concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- HIERRO, LIBORIO L., *¿Por qué ser positivista?*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 25, 2002, p. 263 a 302.
- JIMÉNEZ CANO, ROBERTO M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- LAPOINTE, SANDRA - PINCOCK, CHRISTOPHER (eds.), *Innovations in the history of analytical philosophy*, London, Palgrave Macmillan, 2017.
- LOREDO ALIX, LUIS, *Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 40, 2017, p. 249 a 278.
- MACCORMICK, NEIL - WEINBERGER, OTA, *An institutional theory of law. New approaches to legal positivism*, Dordrecht, D. Reidel, 1986.
- MARANHAO, JULIANO, *Positivismo jurídico lógico-incluyente*, trad. L. CRIADO SÁNCHEZ, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- MARMOR, ANDREI, *Philosophy of law*, Princeton, Princeton University Press, 2015.
- MOORE, GEORGE E., *Philosophical papers*, London, Allen & Unwin, 1959.
- MORESO, JOSÉ J., *Positivismo jurídico y filosofía analítica*, “Teoría & Derecho”, n° 22, 2017, p. 118 a 136.
- NARVÁEZ MORA, MARIBEL, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- PANNAM, CLIFFORD L., *El profesor Hart y la filosofía analítica del derecho*, trad. D. M. PAPAYANNIS, “Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho”, año 6, n° 12, 2008, p. 67 a 98.
- RAZ, JOSEPH, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. R. TAMAYO Y SALMORÁN, México, Unam, 1985.
- RODILLA, MIGUEL Á., *Sobre positivismo jurídico, una vez más*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, edición especial, 2017, p. 217 a 222.
- ROSS, ALF, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. G. R. CARRÍO y otros, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969; México, Fontamara, 1991.
- *Validity and the conflict between legal positivism and natural law*, “Revista Jurídica de Buenos Aires”, 1961-IV.
- RUIZ MANERO, JUAN, *Bobbio y el positivismo jurídico. La triple distinción y el propio Bobbio*, “Revus”, n° 26, 2015, p. 13 a 26.
- RUSSELL, BERTRAND, *Lógica y conocimiento*, trad. J. MUGUERZA, Barcelona, RBA, 2013.
- SCARPELLI, UBERTO, *Cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- *¿Qué es el positivismo jurídico?*, trad. J. HENNEQUIN, Puebla, Cajica, 2001.

- SCHAUER, FREDERICK, *The force of law*, Cambridge - London, Harvard University Press, 2015.
- STRAWSON, PETER F., *Análisis y metafísica*, trad. N. GUASCH GUASCH, Barcelona, Paidós, 1997.
- SOAMES, SCOTT, *Philosophical analysis in the twentieth century*, Princeton, Princeton University Press, 2003.
- VILAJOSANA, JOSEP M., *Identificación y justificación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Investigaciones filosóficas*, trad. J. PADILLA GÁLVEZ, Madrid, Trotta, 2017.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, trad. A. MORA CAÑADA y M. MARTÍNEZ NEIRA, Madrid, Trotta, 2014.
- ZULETA PUCEIRO, ENRIQUE, *Elementos de teoría del derecho. Materiales para su estudio*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2016.

LAS VIRTUDES DEL JUEZ*

MARCELO FERNÁNDEZ PERALTA**

Resumen. Este artículo presenta un estudio breve sobre las virtudes judiciales, con especial foco en la denominada “virtue jurisprudence” desarrollada a partir de los estudios de constitucionalistas estadounidenses, entre los que se destacan LAWRENCE B. SOLUM y COLIN FARRELLY. Se inicia con el análisis de algunas de las definiciones de virtud elaboradas por filósofos y iusfilósofos contemporáneos de orientaciones diversas, entre ellos, MANUEL ATIENZA, RODOLFO VIGO, ALASDAIR MACINTYRE, VICTORIA CAMPS, JOSÉ FERRATER MORA y JORGE F. MALEM SEÑA. Tras revisar críticamente la distinción entre virtudes públicas y privadas propuesta por CAMPS, se introduce el concepto de coherencia como virtud accesoria y de carácter secundario. Dado que el buen comportamiento es una exigencia de estabilidad para los jueces, lo que se explica acudiendo a los desarrollos que al respecto ha efectuado ALFONSO SANTIAGO, se concluye que no es posible para una mala persona (calificada así por no satisfacer los criterios de virtud y coherencia desarrollados) llegar a ser un buen juez.

Palabras clave: virtudes judiciales, virtue jurisprudence, coherencia.

THE VIRTUES OF A JUDGE

Abstract. This article presents a brief study on the judicial virtues, with special focus on the so-called “virtue jurisprudence” developed from the studies of north american constitutionalists,

* Recepción: 9/3/2020; evaluación: 25/5/2020; aceptación: 21/7/2020.

** Doctor en Derecho *summa cum laude* (Universidad Austral). Abogado (UCCuyo). Profesor en Ciencias Jurídicas (UCCuyo). Magister en Derecho Empresario (UCCuyo). Especialista en Protección Constitucional de los Derechos Humanos (UCLM, España). Director de la Diplomatura en Teoría y Argumentación Jurídica (UCCuyo). Docente en UBA, UCCuyo y UCongreso. Correo electrónico: mfernandezperalta@derecho.uba.ar.

among which LAWRENCE B. SOLUM and COLIN FARRELLY stand out. It begins with the analysis of some of the definitions of virtue elaborated by contemporary philosophers and philosophers of law of different orientations, among them MANUEL ATIENZA, RODOLFO VIGO, ALASDAIR MACINTYRE, VICTORIA CAMPS, JOSÉ FERRATER MORA and JORGE F. MALEM SEÑA. Having critically reviewed the distinction between public and private virtues proposed by CAMPS, the concept of coherence is introduced as an accessory and secondary virtue. Considering that good behavior is a requirement of stability for judges, which is explained by focusing on the developments that ALFONSO SANTIAGO has made in this regard, it is concluded that it is not possible for a bad person (thus qualified for not satisfying the criteria of virtue and coherence developed) become a good judge.

Keywords: judicial virtues, virtue jurisprudence, coherence.

AS VIRTUDES DO JUIZ

Resumo. Este artigo apresenta um estudo breve sobre as virtudes judiciais, com foco especial na denominada “virtue jurisprudence” desenvolvida a partir de estudos realizados por constitucionalistas norte-americanos, dentre os quais se destacam LAWRENCE B. SOLUM e COLIN FARRELLY. O artigo começa por analisar algumas das definições de virtude elaboradas por filósofos e filósofos do direito contemporâneos de orientações teóricas as mais diversas, como MANUEL ATIENZA, RODOLFO VIGO, ALASDAIR MACINTYRE, VICTORIA CAMPS, JOSÉ FERRATER MORA e JORGE F. MALEM SEÑA. Após revisitar-se de maneira crítica a distinção entre virtudes públicas e privadas proposta por CAMPS, é postulado o conceito de coerência como virtude acessória e de caráter secundário. Dado que o bom comportamento é algo exigido para a estabilidade dos juízes, o que se justificará aqui tomando-se por base os argumentos enfrentados por ALFONSO SANTIAGO, conclui-se que não é possível que uma má pessoa (qualificada assim por não satisfazer os critérios de virtude e coerência desenvolvidos) possa ser um bom juiz.

Palavras chave: virtudes judiciais, virtue jurisprudence, coerência.

A) LA VIRTUD

§ 1. ALGUNAS DEFINICIONES

Como dice MANUEL ATIENZA, “si es difícil saber lo que significa ser un buen juez se debe, al menos en buena medida, a que tampoco te-

nemos una idea muy clara de cómo debería ser un buen ciudadano”¹. Tal dificultad radica, explica el catedrático de Alicante, en la falta de consenso. Dado que por elementales razones de seguridad jurídica es necesario superar dicho problema, ATIENZA propone acordar no ya sobre valores –lo que puede resultar por demás arduo–, sino sobre ciertas virtudes judiciales, es decir, sobre lo que define como ciertos “rasgos de carácter que deberían poseer –y quizás posean– los jueces”².

No obstante la dificultad de consenso apuntada, consideramos que en lo que todos o una mayoría suficientemente aceptable podríamos coincidir es en que ser un buen juez implica ser un juez virtuoso; es decir poseedor de las características que le permitan ejercer su función en forma lo más adecuada posible.

De ahí que, para poder llegar a definir al buen juez sea preciso establecer una definición de virtud en general como paso previo al tratamiento de las virtudes judiciales. En lo que sigue, se verán algunas definiciones que nos pueden ayudar a formarnos un concepto más o menos acabado de lo que podemos entender por virtud.

La define ARISTÓTELES como “un hábito, una cualidad que depende de nuestra voluntad, consistiendo en este medio que hace relación a nosotros, y que está regulado por la razón en la forma que lo regularía el hombre verdaderamente sabio. La virtud es un medio entre dos vicios, que pecan, uno por exceso, otro por defecto”³. Esta noción de virtud como punto medio entre dos extremos es la clave de bóveda de la explicación aristotélica. Lo importante aquí es tener en cuenta cada caso en particular porque “esta medida igual está muy distante de ser una ni la misma para todos los hombres”⁴. Es ese punto medio entre el exceso y el defecto el que debe ser constantemente buscado por quien pretenda ser virtuoso. O, dicho de otro modo, cultivar las virtudes implica procurar permanecer siempre lo más cerca posible de ese medio entre los extremos de la conducta.

Debe mencionarse también que el de Estagira clasifica las virtudes en éticas (o morales) y dianoéticas (o intelectuales). Las primeras “nace[n] más particularmente del hábito y de las costumbres”; por su parte, las segundas “resulta[n] casi siempre de una enseñanza

¹ ATIENZA, *Cuestiones judiciales*, p. 133.

² ATIENZA, *Cuestiones judiciales*, p. 135.

³ ARISTÓTELES, “Moral a Nicómaco”, en *Obras completas de Aristóteles*, p. 66.

⁴ ARISTÓTELES, “Moral a Nicómaco”, en *Obras completas de Aristóteles*, p. 64.

a la que debe su origen y su desenvolvimiento; y de aquí nace que tiene necesidad de experiencia y tiempo"; consecuentemente, no existen en el hombre virtudes morales que se den naturalmente, porque "jamás las cosas de la naturaleza pueden por efecto del hábito hacerse distintas de lo que ellas son"⁵.

Por su parte, y en sintonía con ARISTÓTELES, ALASDAIR MACINTYRE define la virtud como "una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente el lograr cualquiera de tales bienes"⁶. De manera que para el profesor escocés se trata de una característica positiva que lleva al hombre a poder ser capaz de alcanzar bienes; se resalta en esta noción el carácter instrumental de la virtud con la cual se constituye un círculo virtuoso: se ejerce la virtud a fin de alcanzar bienes y a su vez la posesión de esos bienes le permite al hombre vivir una vida virtuosa.

También con remisión a la obra del Estagirita, FERRATER MORA agrega que "es respecto a una cosa lo que completa la buena disposición de la misma, lo que la perfecciona [...] es [...] el bien propio e intransferible"⁷. De lo visto se puede concluir que la virtud así entendida es la particularidad del sujeto que hace que enderece su voluntad hacia el logro del bien que lo perfecciona; ser poseedor de la virtud y ejercitarla lo hace mejor porque le permite alcanzar los bienes que precisa para ser feliz.

§ 2. *VIRTUDES PÚBLICAS Y VIRTUDES PRIVADAS*

Antes de pasar a las virtudes judiciales, resulta conveniente analizar brevemente esta distinción propuesta por la filósofa catalana VICTORIA CAMPS, quien la usa como manera de superar lo que a su criterio es la imposibilidad de hablar de una ética de la virtud. Tal imposibilidad radica, según ella, en que se carece "de una noción común del bien o de la felicidad", y explica que, por tal razón, la ética "se ha hecho formal y ha acabado siendo, en efecto, una búsqueda"; lo que sí existe, según su criterio, son "disposiciones coherentes con la búsqueda de la igualdad y libertad para todos"⁸. Enumera la justicia

⁵ ARISTÓTELES, "Moral a Nicómaco", en *Obras completas de Aristóteles*, p. 55.

⁶ MACINTYRE, *Tras la virtud*, p. 236.

⁷ FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, p. 3704.

⁸ CAMPS, *Virtudes públicas*, p. 23.

—la que “es más que una simple virtud puesto que ha de materializarse, para ser eficaz y operativa, en una legislación, en unas instituciones”—, la solidaridad, la responsabilidad, la tolerancia y la profesionalidad⁹. Y las define como públicas por tres razones: porque la moral es pública y no privada (en el sentido de que es solo dentro del ámbito público en el que las acciones pueden ser calificables como buenas o malas); porque resulta necesario para corregir una falsa idea de moralidad (en la que lo privado cae indebidamente bajo el juicio público) y porque conviene mejor al individualismo liberal (que es, a su juicio, el *ethos* característico del mundo moderno).

Esta clasificación es usada por MANUEL ATIENZA para ensayar una enumeración de virtudes judiciales, sosteniendo que se trata siempre de virtudes públicas, ya que las privadas no pueden ser objeto de juicio ajeno.

Por nuestra parte, sostenemos que esta división en el caso del juez resulta inconveniente, y aun inaplicable y artificiosa, porque difícilmente se pueda trazar una línea divisoria clara entre virtudes públicas y privadas, y porque, en atención a la importancia de la función jurisdiccional, un juez que carezca de virtudes no podrá ser un buen juez. Este último aserto es compartido por la profesora de la Universidad de Navarra ÁNGELA APARISI MIRALLES, quien sostiene que “la persona es una unidad y está inclinada a la integración, por lo que se hace difícil (y peligroso) mantener comportamientos contradictorios u opuestos en los distintos ámbitos de la vida”, y señala que “en relación con la figura del juez se advierte, que desde el punto de vista de la confianza social, no resulta en absoluto indiferente la actitud que mantenga en su vida privada”¹⁰.

Además, la distinción se sostiene solamente si se cree, como lo hace CAMPS, que la moral solo es pública. Pero la moral como orden de conducta cognoscible por la razón práctica es una sola; son los actos del hombre los que pueden catalogarse como públicos o privados, según tengan o no relación con terceros. Sean de uno u otro tipo, los actos igualmente podrán ser objeto de juicio moral, dado que lo que los define como morales o inmorales no es su carácter público o privado, sino si acercan o alejan al hombre de su perfección. Es por ello que, con cita de FRANCISCO DE LA TORRE DÍAZ, APARISI MIRALLES dice que “a un juez es necesario exigirle, como ideal y horizonte de su

⁹ CAMPS, *Virtudes públicas*, p. 31 y 32.

¹⁰ APARISI MIRALLES, *Ética y deontología para juristas*, p. 234.

actuación, no solo ‘hacer’ lo justo, sino ‘ser’ justo. Este ‘ser’ le hará realizar ‘con prontitud y agrado’ lo justo”¹¹.

Sostenemos, asimismo, que una ética de la virtud judicial que no distinga entre el ámbito privado y el público es posible en esta y en todas las épocas. Porque, con mucha más razón aún, quien está encargado de juzgar las acciones de los demás no debería poder incurrir él mismo en las acciones que juzga como disvaliosas, sean públicas o privadas, hayan trascendido o no. Es en esta función de gobierno y no en las otras en la cual esta incompatibilidad se presenta como más clara. La afirmación de CAMPS en el sentido de que “en el ámbito de la vida privada todo está permitido, no hay normas” no resulta del todo acertada; menos cuando se trata de un juez, de quien la sociedad espera que se trate de un modelo de rectitud, no por su persona, sino por su función.

En esta misma línea de pensamiento pareciera encontrarse el profesor de la Universidad Pompeu Fabra MALEM SEÑA, quien sostiene que, dado que al juez le resulta obligatorio juzgar conforme “la Constitución, el sistema de fuentes y los valores contenidos en ellas” una mala persona no podría nunca ser un buen juez porque no cumpliría el requisito de dirimir los pleitos traídos a su conocimiento “imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester”¹². Es decir que la aplicación de esos valores socialmente aceptados como buenos sería obligatoria en la actuación judicial y, por el contrario, “las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían inaceptables”. Un juez que actuara rechazando ese orden de valores sería por definición una mala persona y por ende no podría nunca ser un buen juez.

§ 3. ***LAS VIRTUDES JUDICIALES: LA CONCEPCIÓN CLÁSICA***

Con apoyo en la tradición aristotélico-tomista, se ha sostenido que las virtudes que necesariamente deben estar presentes en el juez son, preponderantemente, la justicia y la prudencia.

De esta última explica SANTIAGO RAMÍREZ que “cabe distinguir dos partes principales: de su esencia y de su propio sujeto ontológico o

¹¹ APARISI MIRALLES, *Ética y deontología para juristas*, p. 237.

¹² MALEM SEÑA, *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?*, “Doxa”, n° 24, 2001, p. 379 a 403.

portador, que es la persona prudente”¹³. Es decir que se trata no de una abstracción, sino de una cualidad que al encarnar constituye una realidad “muy viva y concreta”. Además, debe tenerse presente que, al igual que la justicia, no es una virtud meramente personal, sino que su ejercicio tiene virtualidad social. Así es como la trata el Aquinate en la *Suma teológica*, caracterizándola como “una virtud intelectual práctica con materia moral”. La prudencia hace que el sujeto pueda discernir en lo que tiene que juzgar entre lo bueno y lo malo del caso. El juicio prudencial, verdadera piedra basal de la función judicial, termina siendo así una especie de puente entre la realidad y el sujeto. Al tratarse de una virtud, la prudencia además de tener por resultado un acto bueno –con el consiguiente efecto bueno en el orden social– perfecciona al sujeto que la practica. El juez prudente será no solo mejor para la sociedad que se beneficie de sus decisiones, sino que logrará ser él mismo cada vez mejor: “la prudencia, al hacer prudente a su poseedor, lo hace verdaderamente virtuoso, es decir, hombre moralmente bueno”¹⁴. Para la concepción clásica, a la que adherimos, el juez no solo debe ser técnicamente erudito, sino moralmente bueno. Además, tal es la tesis contemplada por nuestra Constitución nacional cuando postula que los jueces son inamovibles del cargo “*mientras dure su buena conducta*” (art. 110). Una correcta intelección de esta disposición constitucional impone al juez no solo un buen desempeño desde el punto de vista de la calidad técnica de sus sentencias, sino también una conducta personal acorde. Este último criterio, por cierto, no es unánime. ALFONSO SANTIAGO (H.) sostiene que hay posturas a favor y en contra de considerar el desprestigio como parte integrante del concepto de mala conducta, pero afirma que “debe ser apreciado como un indicio del mal desempeño y como un agravante de otros cargos que se formulan al magistrado acusado”¹⁵.

§ 4. ***LAS IDONEIDADES JUDICIALES SEGÚN RODOLFO VIGO***

Una presentación moderna de esta teoría clásica de las virtudes del juez es efectuada por el profesor argentino RODOLFO VIGO. En su

¹³ RAMÍREZ, “Introducción a la cuestión 47”, en TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, p. 10.

¹⁴ RAMÍREZ, “Introducción a la cuestión 47”, en TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, p. 13.

¹⁵ SANTIAGO (H.), *Grandezas y miserias en la vida judicial*, p. 63.

obra *Ética y responsabilidad judicial*, explica que “a diferencia de otras posturas [entre las que menciona el subjetivismo, el irracionalismo y el escepticismo] el objetivismo admite la posibilidad de ciertos bienes que el hombre no crea sino que puede conocer”, y, para él, ello es consecuencia de “un cierto fundamento metafísico o antropológico” que explica que “el centro de la ética lo ocupan el bien y la felicidad”¹⁶; es decir, los actos serán buenos o malos según tiendan a la consecución de dicho bien. Si tomamos en cuenta, siguiendo este razonamiento, que el juez en su diaria tarea tiene que elegir entre medios que lo lleven a dar una solución justa al caso planteado, podemos admitir con VIGO que el objetivismo posibilita la existencia “de una ética judicial”. En efecto, el juez debe contar con lo que el catedrático de la Universidad Nacional del Litoral denomina “cuatro idoneidades” –sin las cuales “algunos ciudadanos no pueden pretender serlo–: físico-psicológica (incluye edad, cierto estado físico y también psicológico), científico-técnica (requiere conocer derecho y contar con el título habilitante, como también saber operarlo dado que la función judicial es diferente de los otros modos de ejercer la profesión: asesorar, enseñar o abogar), gerencial (el juez debe administrar un tiempo, recursos materiales, organizar el trabajo de colaboradores, etc.) y ética (se pretende que goce de una cierta honorabilidad o confianza pública, por lo que se excluyen por ejemplo a quienes hayan cometido delitos)”¹⁷.

Esta última idoneidad configura el virtuosismo al que hacemos alusión en este trabajo dado que “de la misma manera que la ética es inescindible a lo humano, la ética judicial es inescindible a la actividad del juez”¹⁸.

§ 5. ***LAS VIRTUDES JUDICIALES SEGÚN MANUEL ATIENZA***

Volviendo a la propuesta efectuada por ATIENZA en *Ética y responsabilidad judicial*, él señala como virtudes judiciales, siguiendo a MACCORMICK, las siguientes: capacidad argumentativa, conocimiento del derecho, buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión y valentía. Agrega la templanza por ser “la cualidad que debe llevar al juez a usar moderadamente el

¹⁶ VIGO, *Ética y responsabilidad judicial*, p. 24 y 25.

¹⁷ VIGO, *Ética y responsabilidad judicial*, p. 28.

¹⁸ VIGO, *Ética y responsabilidad judicial*, p. 30.

—extraordinario— poder de que está investido”¹⁹. Dado que se trata de un escrito breve, no las desarrolla, sino que solo las menciona.

La única en la que se detiene particularmente es en la prudencia, la que debe entenderse en el sentido de “la frónesis aristotélica”, a la que define como la “virtud de la inteligencia práctica de saber cómo aplicar principios generales a las situaciones particulares”²⁰. Con cita de ANTHONY KRONMAN explica que “la prudencia sería, más bien, una especie de síntesis entre el pensamiento abstracto y la experiencia del mundo”, la cual se lograría mediante dos aspectos de la imaginación: el estético, que permite sugerir “una pluralidad de alternativas para resolver un problema”, y otro de carácter moral, que incluye la simpatía o compasión entendida como “el ser capaz de ponerse en el lugar del otro; y la capacidad para mantener cierta distancia en relación con los otros y con las cosas”²¹.

§ 6. **LA CONCEPCIÓN DE LA DENOMINADA “VIRTUE JURISPRUDENCE” RESPECTO DE LAS VIRTUDES JUDICIALES**

Habiendo definido la virtud en general y establecido la inconveniencia de efectuar una división entre virtudes públicas y privadas, entraremos de lleno al análisis de las virtudes judiciales que consideramos relevantes. Entre los muchos autores que se han ocupado del tema²², nos detendremos en LAWRENCE B. SOLUM y COLIN FARRELY, profesores en la universidad de Georgetown y Queen’s, respectivamente, quienes bajo el rótulo de *virtue jurisprudence*²³, plantean la existencia de las siguientes “uncontested judicial virtues”²⁴.

a) **INCORRUPTIBILIDAD**. Explican los autores que la incorruptibilidad²⁵ resulta esencial en el juez, toda vez que quienes en ejercicio

¹⁹ ATIENZA, *Cuestiones judiciales*, p. 140.

²⁰ ATIENZA, *Cuestiones judiciales*, p. 141.

²¹ ATIENZA, *Cuestiones judiciales*, p. 141.

²² ATIENZA, *Cuestiones judiciales*; VIGO, *Ética judicial e interpretación jurídica*, “Doxa”, n° 29, 2006, p. 273 a 294; HART, *El concepto de derecho*, p. 253.

²³ SOLUM, *Virtue jurisprudence. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes*, “Persona y Derecho”, vol. 69, n° 2, 2013, p. 5 a 51.

²⁴ FARRELY - SOLUM, “An introduction to aretaic theories of law”, en FARRELY - SOLUM (eds.), *Virtue jurisprudence*, p. 1 a 23.

²⁵ Cabe mencionar que los nombres de las virtudes están traducidos, no así las citas textuales las que se mantienen en su idioma original.

de la función judicial venden sus sentencias "*undermine the rule of law values of productivity and uniformity of legal decisions and likewise undermine public respect for the law and public acceptance of the law as legitimate*". Así, los jueces corruptos afectan mucho más que los casos en los que les toca intervenir, produciendo con su acto de corrupción una especie de ola expansiva de descrédito sobre el sistema judicial todo. La confianza puesta por el sistema jurídico en el juez como el garante y ejecutor de la legalidad, y más aún de la juridicidad, se ve defraudada afectándolo en su totalidad. Además, una decisión acertada desde el punto de vista jurídico se deslegitima si ha sido obtenida mediante corrupción del juez, toda vez que este ha actuado, al sentenciar, no movido por fines de justicia, sino para satisfacer la petición que se le ha requerido como contraprestación de la dádiva que se le ha otorgado.

b) **SOBRIEDAD.** Estrechamente relacionada con la anterior, esta virtud es presentada como la que pone remedio a un desorden en los deseos "*because they crave pleasure or the status (and corresponding envy) conferred by the possession of fine things*". El deseo de una vida lujosa, colmada de bienes suntuarios, que en principio los jueces pueden darse en virtud de lo bien remunerados que están en nuestro país, puede llegar a convertirse en inconveniente si, saliendo del punto medio de la virtud, se incurre en excesos. De tal forma, un juez que exhibe ostentosamente sus bienes materiales siempre será, para la opinión pública, un juez sospechado de corrupción. Incluso, los autores plantean que hay quienes aducen, acudiendo a la distinción entre vida pública y privada antes tratada, que los jueces no deberían ser juzgados negativamente por llevar una vida ostentosa en el caso de que a la hora de juzgar lo hicieran con idoneidad. El punto que señalan es que es difícil encontrar un equilibrio en estos casos porque el desorden en algún momento llega a afectar el desempeño como juez; "*an intemperate judge is simply not reliable. A really damaging step is simply just one cosmopolitan away*". Es por ello que la sobriedad constituye otra de las virtudes judiciales indiscutibles, puesto que la sociedad necesita ver en sus jueces modelos de autoridad, la que se ve afectada si quienes están investidos de dicha potestad son demasiado apegados al lujo y a la ostentación.

c) **VALENTÍA.** Con cita de ARISTÓTELES, los autores explican que esta virtud representa el punto medio entre la temeridad y la cobardía. Es necesario para un juez ser lo suficientemente valiente como para

no temer por las consecuencias de sus sentencias si estas han sido dictadas en conciencia: “*A judge who could be intimidated by threats of physical violence could not reliably do justice in our society*”. Esta es presentada como la primera faceta de la valentía, a la que denominan física. Una segunda faceta es la cívica, que tiene lugar cuando lo que está en juego como consecuencia de sus decisiones no es su integridad física, sino su “*status and social approval*”. El juez virtuoso debería ser capaz de soportar el miedo que le puedan generar los efectos de una sentencia sobre su condición social, aun sobre su condición de juez.

d) *TEMPLANZA*. La virtud de la templanza²⁶ es planteada por los autores como particularmente importante en los juicios orales en los cuales “*some lawyers may deliberately attempt to provoke the judge in orden to elicit legal mistakes*”. El juez debe tener su carácter templado, para que en ningún momento lo gane la ira que lo induzca a actuar irracionalmente. También con cita de ARISTÓTELES se plantea como una virtud esencial para la excelencia judicial dado que, *contrario sensu*, “*a hot-headed judge may become partial-pulling against the party who is the object of anger and displaying favoritism to that party’s opponent*”. De tal forma, el juez que pierde la templanza puede incurrir en el error tanto de perder la imparcialidad –al beneficiar a una de las partes objeto de su ira– o la objetividad –al decidir irracionalmente, engeguecido por la ira–.

No solo debe tenerse en cuenta esta virtud en el vínculo entre el juez con las partes. También es fundamental en relación con el desempeño del juez con sus pares en los órganos colegiados. Expresan los autores que “*hot tempers can destroy collegiality and with it the opportunity to compromise and mutual understanding*”. Un juez de mal carácter, que sea incapaz de moderar su temperamento, difícilmente podrá congeniar con sus colegas de tribunal y el resultado muy posiblemente será, si no lisa y llanamente injusto –en virtud de la dificultad de llevar a cabo el debate enriquecedor–, no todo lo justo que hubiera podido ser si el juez hubiera ejercido la virtud de la templanza. Además, es fácilmente advertible cómo en las peleas internas de tribunales colegiados se disputan espacios de poder que intensifican la discusión hasta límites insospechados e incongruentes

²⁶ El término en inglés es “*temperament*”, que se traduce como temperamento. Pero hemos preferido usar “templanza”, dado que se plantea como la virtud que modera el vicio de la ira, que es el referido por los autores en el texto.

con la razón de su permanencia en el cargo. Un juez demasiado ocupado en pelear con sus colegas perjudicará su actividad jurisdiccional en detrimento de los justiciables.

e) *IMPARCIALIDAD*. Esta virtud, tan vinculada en el ideario colectivo con la idea de justicia, es presentada por los autores así: "*We want judges to be neutral arbitrators. A judge should be open to the law and evidence and not biased in favor of one side or another*". La imparcialidad resulta ser, entonces, la virtud por la cual el juez, al decidir, toma en cuenta los datos objetivos que le brindan la ley aplicable y los hechos probados, prescindiendo de toda otra consideración que lo lleve a favorecer o perjudicar a una de las partes. "*When a judge takes the bench or lifts his or her pen to write an opinion, she or he should put aside his or her allegiance to left or right, liberal or conservative, religiosity or secularism*".

No obstante lo expresado, el autor efectúa una interesante distinción entre imparcialidad y desinterés, dado que, sostiene, "*the impartial judge is not cold blooded; she or he is not indifferent to the parties that come before him or her*"; considera que el juez no obstante ser imparcial puede a la vez ser empático con las partes y que tal circunstancia resulta positiva para la actividad jurisdiccional. Se refiere a lo que ATIENZA, con cita de KRONMAN, define como parte del juicio prudencial: el ser capaz de ponerse en el lugar del otro sin perder imparcialidad.

f) *DILIGENCIA*. Como no podía ser de otra manera, se incluye en el elenco de virtudes judiciales indiscutibles la diligencia. Para los autores, "*sloth or lazy judges can do real harm*". La falta de contracción al trabajo es un vicio judicial de alto impacto social, puesto que para que la decisión judicial sea acertada no solo debe ser justa, sino también oportuna. Critica también los casos en que los jueces delegan demasiada responsabilidad en los empleados judiciales incluso "*substituting the judgment of the clerk for the judge's own intellectual engagement with the case*". El juez debe avocarse a la tarea de juzgar y para ello debe ser diligente, es decir, debe volcar en su tarea tiempo y dedicación sin delegar en los empleados tareas que le son inherentes *so pretexto* de sobrecarga de trabajo o de perentoriedad de los plazos.

Vincula la diligencia con la salud, tanto física como intelectual, dado que un buen juez, opina, debe tener un adecuado "*energy level*", entendiendo esta condición no en términos literales, sino como la predisposición psicofísica para el trabajo.

g) *CUIDADO*. Esta virtud se relaciona con la anterior e implica prestar “*meticulous attention to details*”. Esta particular atención para con los detalles de la actividad judicial hará que el juez incurra en menos errores y consecuentemente mejorará la tarea judicial. “*Careless decisions, careless drafting, careless research –any of these can lead to substantive injustice*”. La falta de cuidado ocasionará resultados de injusticia material, toda vez que en la actividad jurisdiccional cada detalle, cada palabra, tiene importancia decisiva y por ello debe ser tratado con especial meticulosidad y precisión: “*An excellent judge has an eye for detail and devotion to precision*”.

h) *INTELIGENCIA Y CAPACIDAD DE APRENDER*. Si bien acepta que esta virtud es común a cualquier actividad humana, expresa que algunas tareas requieren “*more intelligence on more occasions*” y precisamente la de juzgar es una de las tareas que “*sometimes requires extraordinary intelligence*”. La inteligencia es necesaria para establecer el vínculo entre la ley y los hechos probados en la causa; un juez que carezca de ella no será capaz de dictar una sentencia justa: “*stupid and ignorant judges will be error prone, likely to misunderstand and misstate the law and unlikely to make findings of fact that are correct*”. Dado que la ley es como una “*seamless web*”, el juez debe estar siempre estudiando para conocer la ley; es esta capacidad de aprender el necesario complemento de la inteligencia.

i) *OFICIO Y HABILIDAD*. “*Excellence in judging (especially good appellate judging) requires particular skill in the use of language. Good judges must be good communicators*”. Los autores se pronuncian así por el uso de un lenguaje claro, accesible, no solo para los técnicos, sino fundamentalmente para los justiciables. Estas virtudes hacen a la excelencia judicial porque es preciso no solo que los jueces elaboren sentencias justas, sino que sean entendibles para todos. “*A really well drafted opinion can clarify the obscure and illuminate the meaning of murky legal texts*”.

En cuanto a lo que se definiría como un buen juez, SOLUM y FARRELY expresan que en general existe un acuerdo cuando se lo mira desde el punto de vista de los vicios; de manera que un juez corrupto, de mal carácter, cobarde, holgazán, incompetente o poco inteligente no podría nunca ser calificado como bueno. En cambio, si se procura definirlo positivamente, surgen dos desacuerdos: el primero en torno a la naturaleza de la virtud de la justicia y el segundo en cuanto al rol de la equidad y la sabiduría práctica. Con la justicia el desacuerdo gira en torno al concepto mismo de dicha virtud mientras

que con la sabiduría práctica se presenta porque hay quienes sostienen que tal característica habilitaría al juez a ir más allá de la ley en nombre de la equidad.

Por nuestra parte, sostenemos que la solución a dicho conflicto es recurrir a una virtud más que no ha sido mencionada en ninguno de los análisis que se han referenciado precedentemente: se trata de la coherencia, ya que mediante ella se pueden perfectamente armonizar todas las demás.

B) LA CUESTIÓN DE LA COHERENCIA

§ 7. DEFINICIÓN DEL TÉRMINO

En lenguaje natural, al hablar de coherencia, nos surge inmediatamente la idea de comparación. En efecto, se dice que una cosa –p.ej., una conducta– es coherente en relación con otra si guarda con ella cierto vínculo armónico, cierta sintonía.

Encontramos importantes aplicaciones del término en el campo de la física y específicamente de la óptica –desde donde parece haber surgido–. Por su parte, SHELIEPIN la caracteriza como un fenómeno “que define la concordancia de la evolución de algunos procesos oscilatorios u ondulatorios en el tiempo”²⁷ y agrega que en los últimos decenios se ha convertido en “un concepto científico general”.

Esta inusual alusión a una obra de física en un trabajo de índole jurídica tiene su razón de ser en la intención de mostrar el cabal y preciso sentido y origen del término coherencia; hablar de coherencia es hablar de concordancia, es decir, de hechos que se relacionan en forma adecuada de acuerdo a cierto y determinado criterio²⁸.

Ya en busca de una acepción filosófica, enseña FERRATER MORA que “se dice de dos o más cosas que son coherentes cuando están relacionadas entre sí, y especialmente cuando están relacionadas entre sí con algún patrón o modelo”. La nota que resalta el autor en lo que hace al objeto de este trabajo es la compatibilidad, “la coherencia expresa conformidad de proposiciones o enunciados a una regla o a un criterio”.

En el caso de dos acciones humanas existirá coherencia si ambas están sometidas al mismo criterio regulador sin contradecirse.

²⁷ SHELIEPIN, *El fenómeno de la coherencia*, p. 5.

²⁸ FERRATER MORA, *Diccionario de filosofía*, p. 587.

El valor de la coherencia puede advertirse mejor aún si tenemos en cuenta la dificultad que plantea para el ser humano, quien es un ser complejo sobre cuyas acciones influyen numerosos factores que lo desafían constantemente. Incluso el sometimiento de las acciones a una sola y misma ley no le garantiza al sujeto la coherencia en su proceder, toda vez que la propia norma puede llevar a resultados contradictorios. En efecto, la norma es general y no puede plantear exhaustivamente todos los casos que caerán bajo su regulación, por lo que siempre resultará necesario acudir al ejercicio de la virtud para mantener la coherencia en el accionar.

El punto está en elucidar si la coherencia en sí misma es una virtud. De tal forma, si una persona actúa según dice, es posible decir con certeza que exhibe coherencia. Sin embargo, no podríamos decir, por ejemplo, que un asesino serial que expresamente comulga con una cultura de violencia y desprecio a la vida y, en consecuencia con tal pensamiento, comete varios asesinatos sea una persona virtuosa. La dificultad para considerar la coherencia como una virtud radicaría en que se puede ser coherente tanto en lo bueno como en lo malo. Por lo tanto, en este último caso, no cabría hablar de una virtud.

Es por ello que, en nuestra opinión, debe considerarse la coherencia como una característica accesoria de la virtud o, si se quiere, como una virtud secundaria. Ahora bien, tal carácter secundario no implica menor importancia; por el contrario, sostenemos que hay virtudes que solo se presentan completamente en la vitalidad si van acompañadas de la coherencia; si su ejercicio es coherente, y de tal forma armónico, con el resto de las acciones del individuo que las ejecuta. Así, por ejemplo, una persona que tenga la virtud de la templanza en su trabajo, razón por la cual obtiene excelentes resultados, pero cuando llega a su casa destrata a su familia, no será una persona virtuosa. Y la virtud que exhibe en su empleo –sería una virtud pública según la terminología de CAMPS– al ser incoherente con la que exhibe como padre y como esposo no lo perfeccionaría, no le serviría para acercarse al ideal de la felicidad entendida en términos aristotélicos. Limitándonos al aspecto de lo público, la coherencia también se exhibe necesaria. Supongamos un juez dotado de una gran inteligencia que fuera capaz de redactar sentencias de gran valor técnico-jurídico, pero que no fuera lo suficientemente valiente como para afrontar las consecuencias que ellas le pudieran ocasionar. Tampoco cabría hablar de un juez virtuoso, como dice ALFONSO SANTIAGO: "Ser un cabal hombre de derecho exige no solo el conocimiento intelectual de los principios e instituciones jurídicas, sino la connaturalidad

con el bien, con la virtud, con lo valioso, con lo verdadero, con lo justo"²⁹. En otras palabras, exige ser coherente.

Por ello es que tal compatibilidad, tal coherencia, se presenta no solo como fundamental, sino como necesaria en el caso del juez, quien en su accionar podría ejercer muchas, incluso todas las virtudes que se han mencionado precedentemente, sin embargo, si tal ejercicio no resultara coherente con su pensamiento y con el resto de sus acciones, no implicaría verdaderamente una muestra de virtuosismo, y tal defecto terminaría perjudicando en principio la actividad jurisdiccional y finalmente la institucionalidad.

En lo que sigue analizaremos la coherencia como virtud judicial, poniendo el énfasis en un triple aspecto de consideraciones.

Sostenemos que la coherencia es una virtud necesaria para que se pueda calificar a un juez como bueno. Esta coherencia debe estar presente permanentemente en el accionar judicial, dado que precisamente una característica de la coherencia es que debe poder verificarse en todo momento. En efecto, la coherencia es una virtud que exige permanencia; la realización de actos incoherentes, aunque sean aislados, hace perder al juez dicha característica. Visto de otra manera, para ser coherente hay que serlo siempre y en todo momento, dado que apenas una incoherencia hace que la virtud desaparezca, como se ha explicado al aludir al origen físico del término.

§ 8. ***LAS MANIFESTACIONES DE LA COHERENCIA***

A fin de establecer de qué manera incide la coherencia como virtud en el accionar judicial abordaremos los siguientes aspectos, quizá con la misma pretensión de DWORKIN, quien, como enseña ALBERT CALSAMIGLIA, sostiene que "la virtud de la integridad supone no solo la existencia de unos principios sino también su organización coherente"³⁰.

a) *ENTRE LA VIDA PÚBLICA Y LA VIDA PRIVADA.* Tal como se sostuvo, para que podamos hablar de un buen juez, de un juez virtuoso, este debe actuar virtuosamente tanto en su vida pública como en su vida privada. Ello por dos razones: la primera es porque la opinión pública, principal afectada por las acciones del juez dado que se trata de los

²⁹ SANTIAGO, "Tomás Casares, vir bonus, ius dicendi peritus", en *Semblanza de seis destacados jueces y juristas argentinos*, p. 48 y 49.

³⁰ CALSAMIGLIA, "El derecho como integridad: Dworkin", p. 6.

sujetos pasivos de sus decisiones, estará siempre atenta no solo a su accionar judicial, sino también a su vida privada en cuanto esta sea el reflejo de una vida virtuosa. Poca confianza inspirará a los justiciables conocer que sus bienes o sus relaciones personales están sometidas a la decisión de quien en su vida íntima se comporta como una verdadera mala persona, desobedeciendo o sobrepasando todo tipo de límites morales, aun cuando dichas extralimitaciones no configuren infracción a la ley positiva. La segunda de las razones es que, como se dijo, consideramos la distinción entre virtudes públicas y virtudes privadas como artificiosa y directamente errónea en el caso del juez.

b) *ENTRE LO QUE DICE Y LO QUE HACE.* Otro aspecto de la coherencia que resulta de máxima relevancia exigirle al juez se plantea entre lo que dice y lo que hace. Ello sin importar –claro está para ser yo mismo coherente en mi planteo crítico hacia la propuesta efectuada por CAMPS– si es en el ámbito público o en el privado.

La hipocresía es, lamentablemente, moneda corriente en todos los ámbitos. Dado que en los tiempos que corren el viejo adagio que dice que “el juez habla solo a través de sus sentencias” ha quedado superado, los medios masivos de comunicación prestan una creciente atención no solo a las decisiones de los jueces, sino también a lo que hacen. De esta manera, ser incoherentes en este aspecto les podría traer aparejados numerosos inconvenientes derivados de la pérdida de credibilidad y consiguientemente de autoridad. En efecto, un juez incoherente entre el contenido de sus sentencias y sus actos sería un juez deslegitimado que terminaría por perder su autoridad y podría caer con facilidad en causal de remoción. Lejos de ser una vía libre para hacer lo que quieran, la garantía de estabilidad de los jueces implica una verdadera espada de Damocles que pende sobre ellos. En este último aserto parece coincidir ALFONSO SANTIAGO (H.), quien afirma que “la especial dignidad que ostenta la función judicial exige que en la conducta del juez no haya nada que desdiga gravemente de la posición social que ostenta un magistrado; la prudencia, la mesura, la ejemplaridad deben acompañar todos sus actos”³¹.

c) *ENTRE LO QUE SE EXPRESA COMO AUTOR Y LO QUE SE VUELCA EN LAS SENTENCIAS.* Esta tercera forma de coherencia presenta particularidades.

³¹ SANTIAGO (H.), *Grandezas y miserias en la vida judicial*, p. 75.

En primer lugar, no es tan evidente como las otras dos y, por otra parte, no todos los jueces se dedican también a la actividad académica.

La existencia de coherencia entre doctrina y jurisprudencia, entre lo que el juez ha escrito como autor y lo que escribe como juez, resulta también de gran importancia. Ello teniendo en cuenta que, en nuestro sistema de selección de jueces, se tienen particularmente en cuenta (o deberían tenerse en cuenta), entre los antecedentes, las obras que ha escrito como jurista.

La obra escrita de un autor lo representa, lo muestra tal como es a los ojos de la ciudadanía. Y permite prever cómo ejercerá la magistratura, dado que, al escribir, deja expuestas sus ideas sobre los temas que trata. Si el juez es coherente, exhibirá las mismas virtudes como autor que como juez; se expedirá en los casos que caigan bajo su jurisdicción como razonablemente se pudo prever al elegirlo si es que se analizaron sus antecedentes con detalle. Tendrá, para decirlo en otros términos, coherencia narrativa en la exposición que efectúe a fin de fundamentar sus decisiones e, incluso, estará en mejores condiciones de justificar sus cambios de criterio. Caso contrario, estaremos en presencia de un juez incoherente, que, aunque tenga múltiples virtudes, si no las exhibe en forma coherente habrá defraudado la confianza que la sociedad depositó en él al elegirlo para el cargo.

§ 9. **CONCLUSIONES**

De las consideraciones expuestas se concluye que, no obstante las diferentes visiones iusfilosóficas que presenta el actual estado del conocimiento jurídico, existe cierto consenso en la necesidad de un elenco de virtudes (o idoneidades, o cualquier otra nomenclatura equivalente) que cabe exigirle al sujeto encargado de impartir justicia en la sociedad. En lo que el consenso no es tan claro es en cuáles son esas virtudes y, particularmente, si las que despliega el juzgador en sus acciones privadas deben ser tenidas en cuenta. Habida cuenta de que, desde la visión del tema planteada, la coherencia es una de las virtudes exigibles, se concluye –de manera concordante con MALEM SEÑA en el trascendental artículo de su autoría que ha sido citado, aunque por razones parcialmente diversas– que una mala persona –entendida así por el escaso cultivo de virtudes o por la incoherencia en su ejercicio– no puede nunca llegar a ser un buen juez.

BIBLIOGRAFÍA

- APARISI MIRALLES, ÁNGELA, *Ética y deontología para juristas*, Pamplona, Eunsa, 2008.
- ARISTÓTELES, “Moral a Nicómaco”, en *Obras completas de Aristóteles*, Buenos Aires, Ediciones Anaconda, 1947.
- ATIENZA, MANUEL, *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2004.
- CALSAMIGLIA, ALBERT, “El derecho como integridad: Dworkin”, working paper n° 25, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 1990.
- CAMPS, VICTORIA, *Virtudes públicas*, Pozuelo de Alarcón, Espasa Calpe, 1990.
- FARRELLY, COLIN - SOLUM, LAWRENCE, “An introduction to aretaic theories of law”, en FARRELLY, COLIN - SOLUM, LAWRENCE B. (eds.), *Virtue jurisprudence*, London, Palgrave Macmillan, 2008.
- FARRELLY, COLIN - SOLUM, LAWRENCE B. (eds.), *Virtue jurisprudence*, London, Palgrave Macmillan, 2008.
- FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 2015.
- HART, HERBERT, *El concepto de derecho*, trad. G. R. CARRIÓ, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- MACINTYRE, ALASDAIR, *Tras la virtud*, trad. A. VALCÁRCEL, Barcelona, Crítica, 2004.
- MALEM SEÑA, JORGE F., *¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 24, 2001, p. 379 a 403.
- Obras completas de Aristóteles*, Buenos Aires, Ediciones Anaconda, 1947.
- RAMÍREZ, SANTIAGO, “Introducción a la cuestión 47”, en TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, Madrid, BAC, 1956.
- SANTIAGO, ALFONSO, *Semblanza de seis destacados jueces y juristas argentinos*, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- “Tomás Casares, vir bonus, ius dicendi peritus”, en SANTIAGO, ALFONSO, *Semblanza de seis destacados jueces y juristas argentinos*, Buenos Aires, La Ley, 2014.
- SANTIAGO (H.), ALFONSO, *Grandezas y miserias en la vida judicial. El mal desempeño como causal de remoción de los magistrados judiciales*, Buenos Aires, El Derecho, 2003.
- SHELIEPIN, LEONID A., *El fenómeno de la coherencia*, Moscú, Editorial URSS, 2005.
- SOLUM, LAWRENCE B., *Virtue jurisprudence. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes*, trad. M. DANDOIS y J. B. ETCHEVERRY, “Persona y Derecho”, vol. 69, n° 2, 2013, p. 5 a 51.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, Madrid, BAC, 1956.
- VIGO, RODOLFO L., *Ética judicial e interpretación jurídica*, “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho”, n° 29, 2006, p. 273 a 294.
- *Ética y responsabilidad judicial*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2007.

REFLEXIONES SOBRE EL ACTIVISMO JUDICIAL A PARTIR DE LA OBRA DE DUNCAN KENNEDY*

ALFREDO SILVERIO GUSMAN**

Resumen. A partir de la obra del filósofo crítico DUNCAN KENNEDY y la caracterización que formula del "juez activista", la propuesta de este estudio es profundizar en el rol de los tribunales en la compleja sociedad contemporánea. A tal fin debimos analizar los argumentos que buscan objetar la legitimidad de los jueces para adoptar decisiones que no siempre se amoldan en la esfera de actuación tradicional que en otros tiempos se les asignaba. Pudimos detectar que dichos cuestionamientos no responden a alguna ideología política determinada, sino a intereses coyunturales de las distintas agrupaciones partidarias.

Palabras clave: activismo judicial, interpretación, litigación compleja, cuestiones políticas.

REFLECTIONS ON JUDICIAL ACTIVISM FROM THE WORK OF DUNCAN KENNEDY

Abstract. Based on the work of the critical philosopher DUNCAN KENNEDY and his characterization of the activist judge, in this study I set out to delve into the role of the courts in complex contemporary society. To this end, I had to analyze the arguments that seek to challenge the legitimacy of judges to make decisions that do not always fit into the traditional sphere of

* Recepción: 19/3/2020; evaluación: 3/6/2020; aceptación: 11/7/2020.

** Profesor adjunto de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo (UBA). Profesor titular de Derecho Administrativo 2 (UMSA). Profesor de Ética Judicial (Escuela Judicial CMN). Juez de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal de la Capital Federal. Personalidad destacada de las ciencias jurídicas (CABA, ley 4490). Correo electrónico: alfredo.gusman@pjn.gov.ar.

action that was once assigned to them. I was able to detect that these objections do not respond to any particular political ideology, but rather to the short-term interests of the various party groups.

Keywords: judicial activism, interpretation, complex litigation, political issues.

REFLEXÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL DO TRABALHO DE DUNCAN KENNEDY

Resumo. A partir do trabalho do filósofo crítico DUNCAN KENNEDY e da caracterização do “juiz ativista”, parti neste estudo para aprofundar o papel dos tribunais na complexa sociedade contemporânea. Para tanto, tive que analisar os argumentos que buscam contestar à legitimidade dos juízes para adotar decisões que nem sempre se adaptam à esfera de ação tradicional que lhes foi atribuída. Pude detectar que essas objeções não respondem a nenhuma ideologia política em particular, mas aos interesses conjunturais dos diferentes grupos partidários.

Palavras chave: ativismo judicial, interpretação, contencioso complexo, questões políticas.

§ 1. *INTRODUCCIÓN: LA MOTIVACIÓN DE ESTE ANÁLISIS*

Vivimos una época en la que los tribunales han adquirido un rol clave en la vida social. Las cuestiones que allí se dirimen se multiplican y se diversifican, tanto a nivel de planteos individuales como colectivos¹. Esa dinámica no es exclusiva de nuestra región; valga como ejemplo recordar que el supremo tribunal británico le asestó un golpe a las pretensiones del Gobierno de activar la salida del país de la Unión Europea sin pasar por su Parlamento (*brexit*)² y, en septiembre de 2019, anuló la decisión del primer ministro de disolver el Parlamento que tendía a evitar el debate de ese asunto en las cámaras.

¹ RUIZ, *La politicidad de la función judicial o la cara oculta del derecho*, “Ideas y Derecho”, nº 4, 2004, p. 178.

² Se sugiere la lectura del caso resuelto por la United Kingdom Supreme Court, 24/1/2017, “Gina Miller v. Secretary of State for Exiting the European Union”, www.judiciary.gov.uk/judgments.

En Italia se denominó el fenómeno de la creciente importancia de los jueces en la vida social y política como *democrazia giudiziaria*. En los Estados Unidos, la elección presidencial de 2000 que llevó a la Casa Blanca a George W. Bush se definió en la Corte Suprema de Justicia cuando resolvió anular la decisión del tribunal superior estadual que dispuso un nuevo recuento de los votos emitidos en Florida.

Buena parte de la opinión pública empezó entonces a prestar atención no solo a los discursos presidenciales y a las discusiones en las legislaturas, sino también a las sentencias judiciales; en rigor, a la información que los medios de prensa brindan respecto de los veredictos³.

Diversos temas que antes no llegaban a la puerta de los tribunales, de alto impacto en diferentes ámbitos (político, social, económico, etc.) hoy son sometidos al proceso judicial, y no solo a nivel de planteo individual, sino también a través de acciones colectivas. De hecho, se ha tornado corriente hablar de “litigación compleja”, organizándose cursos y seminarios para capacitar a los operadores judiciales en la resolución de tales entuertos. La sofisticación y la versatilidad de la tarea forense es puesta de relieve por OST, quien expone los desafíos que la sociedad moderna reclama al que llama “juez asistencial”⁴: conciliar las economías familiares en crisis, dirigir las empresas en dificultades procurando evitar su bancarrota, juzgar si corresponde al interés del niño ser reconocido por su padre natural si la madre se opone, apreciar si la interrupción voluntaria del embarazo se justifica por el “estado de angustia” de la mujer embarazada, intervenir “en caliente” (sic) en los conflictos de trabajo, decidir si la huelga de los pilotos aéreos prevista para el día siguiente a las seis es o no lícita, juzgar si un aumento de capital decidido con el objeto de oponerse a una oferta pública de compra de un holding cuya cartera tendría un impacto mayúsculo en la economía nacional es conforme a la ley, juzgar si llevar el velo islámico es compatible con la disciplina y el espíritu de la escuela, etcétera.

Esta ampliación del protagonismo de la judicatura ha generado polémicas y críticas⁵. Ante los conflictos sociales o a los grandes

³ GUSMAN, *Prensa y Justicia*, “Y considerando...”, n° 86, jul. 2009, p. 38 a 41.

⁴ OST, *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, “Academia”, año 4, n° 8, 2007, p. 109.

⁵ En ese sentido, se ha argumentado que los tribunales carecen de conocimientos especializados en cuestiones socioeconómicas complejas y que la naturaleza casuística de las decisiones judiciales les dificulta tomar en cuenta la totalidad de las consideraciones distributivas generales pertinentes cuando elaboran una decisión

problemas estructurales de la sociedad, el interrogante que surge es ¿cuál es la función del juez, la del Congreso y, también, teniendo en cuenta la tradición personalista de nuestra región, la del presidente?

A partir de la obra del distinguido profesor KENNEDY y su caracterización del "juez activista"⁶, nos propusimos responder esa inquietud, en forma parcial, pues solo profundizaremos en el rol de los tribunales en una sociedad contemporánea tan compleja, así como en la legitimidad de los jueces para adoptar decisiones que no siempre se amoldan a la esfera de actuación tradicional que otrora se les asignaba. Dicho autor pretende explorar el impacto de la decisión judicial en una sociedad dividida ideológicamente –por cierto, como la nuestra–, poniendo en tela de juicio si en la sentencia no pesan, más allá de las normas, componentes ideológicos propios de quienes fallan, pese a que, se supone, se trata de ingredientes que no deberían ocupar lugar alguno en el veredicto. Aclaramos que nuestra tarea no ingresará en el análisis de los postulados psicoanalíticos que el autor explora por exceder nuestro campo de conocimiento.

§ 2. **UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: LA SUPUESTA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA**

Un aspecto que no se puede soslayar en el análisis del activismo judicial es el de la llamada objeción contramayoritaria, que se esgrime desde ciertos sectores de la filosofía constitucional. Se pone el acento, descrito esto a grandes rasgos, en que, a diferencia del Ejecutivo y del Legislativo a los que controlan, los magistrados, por lo general, no provienen de elección popular directa. Se plantea desde esta línea de pensamiento que, cuando los jueces, carentes de credenciales democráticas, invalidan decisiones gubernamentales de aquellos poderes del Estado esgrimiendo exigencias e incumplimientos de orden

con consecuencias presupuestarias [para el caso de la judicialización de asuntos relativos a la atención sanitaria, conf. GLOPPEN - ROSEMAN, "¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?", en YAMIN - GLOPPEN (coords.), *La lucha por los derechos de la salud*, p. 27]. En otro plano, sobre todo en Latinoamérica, algunos denominan *lawfare* los procesos judiciales criminales en donde se investigan potenciales episodios de corrupción, instados con el supuesto propósito de manchar a opositores políticos (conf. BIELSA - PERETTI, *Lawfare*).

⁶ KENNEDY, *Izquierda y derecho*, p. 28.

constitucional⁷, desplazan las preferencias de la ciudadanía⁸. Como se verá a continuación, esa meditada reflexión académica es empleada desde la política partidaria con fines menos prudentes, pues muchas veces en lugar de intentar mejorar la administración de justicia se deslegitima la labor de los tribunales para resentir su radio de acción⁹.

Apreciamos en el texto de KENNEDY que el autor no es inmune a este prejuicio. Es explícito su reparo al poder de los jueces de creación del derecho a través de las sentencias, por reducir los márgenes de las mayorías ideológicamente organizadas para producir cambios significativos en cualquier área regulada por el derecho¹⁰. Su recelo se patentiza al mencionar que la decisión judicial funciona para asegurar intereses ideológicos particulares o intereses generales de clase relacionados con el *statu quo* social y económico.

Como paradoja, esta prevención hacia la legitimidad de los jueces ha sido expuesta, fundamentalmente, por otro autor de indiscutible posicionamiento conservador, como el profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale, ALEXANDER M. BICKEL, quien en su obra *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*¹¹ desarrolló la idea de la dificultad contramayoritaria y los posibles reparos que podrían esgrimirse al hecho de confiar al Poder Judicial la función de revisar y controlar los actos de los restantes poderes emergentes del voto popular¹². En esa misma tendencia, ANTONIN SCALIA, quien fue durante muchos años la voz del ala más conser-

⁷ Uno de los temas que más se relacionan con el activismo, al menos en los Estados Unidos, es el del control de constitucionalidad a partir de la defensa de ciertos valores que se consideran fundamentales (DORADO PORRAS, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos*, p. 75).

⁸ GUSMAN, *La acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad de Buenos Aires ante el argumento contramayoritario del Poder Judicial*, "Derecho Administrativo", n° 103, ene.-feb. 2016, p. 233.

⁹ Ver, en sentido parecido, MAHIQUES, *Los jueces, la ética y la revolución italiana*, ED, 157-814.

¹⁰ KENNEDY, *Izquierda y derecho*, p. 29.

¹¹ Se podría traducir el título como *La rama menos peligrosa. La Corte Suprema en el límite con la política*. Empero, BICKEL, en definitiva, admite que la revisión judicial de constitucionalidad es compatible con la democracia y, si es llevada a cabo en forma virtuosa y prudente, hasta saludable, pues preserva a la Constitución de los apetitos de una mayoría legislativa. Para una visión diferente y más reciente, conf. ROSEN, *The most democratic branch*.

¹² Otra réplica a sus argumentos puede verse en DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 226 a 228.

vadora de la Corte Suprema de los Estados Unidos, alertaba desde el campo doctrinario sobre la necesidad de evitar la sobrejudicialización de los procesos de gobierno, a fin de preservar la regla de la división de poderes¹³.

Siguiendo con los entrecruzamientos y reposicionamientos ideológicos, en Latinoamérica se han propagado escuelas como la del “uso alternativo del derecho” que se identifican con el pensamiento de izquierda y que propician un activismo judicial intenso –sobre todo de las cortes superiores o tribunales constitucionales– a partir de una interpretación que, apuntalada sobre ciertos valores, ponga el ordenamiento jurídico positivo en un segundo plano¹⁴. Desde esta visión –próxima en lo ideológico, pero absolutamente opuesta al diagnóstico de KENNEDY– no son los jueces sino las leyes las que pretenden conservar los privilegios de las clases dominantes, pues los parlamentos ignoran a los menos pudientes. Poniendo en tela de juicio esta modalidad de actuar de los tribunales, en fórmula más radical todavía que la propuesta por KENNEDY, un exmagistrado de la Corte Suprema colombiana denuncia que el mentado uso alternativo del derecho produce que algunos jueces solo toman como interpretación válida la solución que más convenga a sus convicciones ideológicas¹⁵.

La desacreditación proveniente de los sectores de derechas hacia una suerte de activismo judicial no solo se presenta en nuestra región, sino también en el país de origen del filósofo crítico cuya postura analizamos en esta ponencia. DWORKIN menciona que, en los Estados Unidos, han sido los conservadores –el caso más claro es el del presidente Nixon– quienes afirmaban que la Corte Suprema de ese país se excedió en su legítima autoridad, particularmente durante la presidencia de Earl Warren¹⁶. Decía el tristemente célebre exmandatario

¹³ SCALIA, *The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*, “Suffolk University Law Review”, vol. 17, n° 4, 1983, p. 881. El autor profesaba un criterio sobre legitimación procesal que, en lo personal, nos parece demasiado restringido. Suele ser citado por nuestra Corte Suprema en aquellos fallos que no reconocen legitimación en los demandantes (ver, entre otros, CSJN, 21/10/2008, “Iannuzzi c/Entre Ríos”, causa I. 149, XLIV; íd., 18/12/2012, “Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos c/pcia. de Jujuy”, Fallos, 334:1861).

¹⁴ TAMAYO JARAMILLO, *El activismo judicial*, LL, 2014-A-579; este autor describe de modo crítico esa tendencia e identifica como sus principales propulsores a LÓPEZ MEDINA en su libro *El derecho de los jueces* y a DE SOUZA en su obra, *El uso alternativo del derecho*.

¹⁵ TAMAYO JARAMILLO, *El activismo judicial*, LL, 2014-A-579.

¹⁶ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 209.

del Partido Republicano que dicho período se caracterizó por una interpretación que priorizaba los derechos fundamentales –p.ej., usando la cláusula de igual protección para dar un duro golpe a la segregación racial en el conocido caso “Brown vs. Board of Education”–, que los jueces habían “retorcido o doblado” la ley. DWORKIN contrapone su óptica acerca del rol y el modo de actuar que debería tener un juez con el pensamiento de un “Nixon” como ejemplo paradigmático de una visión retrógrada.

Pero también desde el ala, llamémosla, progresista –seguramente más afín a las convicciones de KENNEDY– también se pueden mencionar históricos episodios de reacciones frente a fallos divergentes a los de la política instrumentada desde la Administración surgida de las urnas. Sin movernos de los Estados Unidos, podemos citar lo acontecido con el *New Deal* propiciado por el presidente Franklin Delano Roosevelt, en particular con la descalificación judicial de aspectos de la Ley de Recuperación Industrial Nacional (conocida como NIRA, National Industrial Recovery Act) y con la Ley “Wagner” (National Labor Relations Act). El líder del Ejecutivo tuvo un conflicto con los jueces de la Corte Suprema a una escala institucional importante¹⁷. Llegó a presentar un proyecto legislativo que lo habilitase para nombrar conjueces de la Corte Suprema por cada miembro de ese tribunal que, habiendo cumplido los setenta años, no pasara a retiro¹⁸.

Por más que los tribunales estén blindados de los humores del electorado, partamos de la base de que todos los poderes del Estado tienen que tener una legitimación democrática. En todo caso, la del Poder Judicial sería indirecta (invisible, según la caracteriza PÉREZ ROYO¹⁹, en contrapunto a la visible del Ejecutivo y del Legislativo), a través de procedimientos de designación protagonizados por

¹⁷ El exmandatario, procedente del Partido Demócrata, aclaraba, sin embargo: “Sé que no puede haber reproches a la Constitución ni tampoco a la Corte Suprema como institución. La única dificultad está en algunos de los seres humanos que forman la Corte” (GONZÁLEZ CALDERÓN, *No hay justicia sin libertad*, p. 26).

¹⁸ Se ha destacado que si bien dicha iniciativa legislativa no prosperó, siquiera fue avalada por buena parte del propio partido oficialista, lo cierto es que en importante medida incidió para que, a partir de ese momento, la Corte Suprema aceptara, en su mayoría, las políticas del *New Deal* [BARILE, “La Corte Suprema de Justicia y el New Deal”, en MARANIELLO (dir.), *Justicia constitucional. La justicia constitucional en los diferentes ámbitos del derecho y sus nuevas tendencias*, vol. 1, p. 426].

¹⁹ PÉREZ ROYO, *Curso de derecho constitucional*, p. 882.

los actores provenientes de los otros dos poderes del Estado ungidos en las urnas²⁰.

A nuestro modo de ver, no puede predicarse una suerte de manto de divinidad para el derecho emanado de las mayorías, como para ponerlo al margen de cualquier otra revisión o limitar el ámbito de actuación de los jueces que lo interpretan. También el gobierno de la mayoría puede conducir a la intolerable opresión de las minorías y de los individuos, si se lo exalta al plano de un valor absoluto y no se lo mitiga o modera con un método eficaz de protección de los derechos humanos²¹. Por cierto, el registro histórico indica, sobre todo en nuestra región, que la primera reacción de los autoritarismos pasa por la cooptación de los tribunales.

Como lo ha sostenido la Corte Suprema argentina en el caso "Rizzo", los jueces cuentan con la legitimación democrática que les otorga la Constitución nacional, al haber recibido del pueblo argentino, a través de los constituyentes, el legítimo mandato de defender la supremacía constitucional²². Tal fundamento ya había sido desarrollado por GARCÍA DE ENTERRÍA, quien explica que los jueces tienen la legitimidad del derecho que han sido llamados a aplicar²³. Agrega que una eventual designación electoral pondría en riesgo ese contenido esencial de la función jurisdiccional que es la independencia, y su competencia –en el sentido de la idoneidad para el cargo–, exigencia también inherente a la propia independencia.

En nuestro país, con matices, CARLOS NINO también expuso sus prevenciones respecto del rol judicial ante los restantes poderes, aunque, finalmente, desde una visión más adjetiva, también validó el control judicial de constitucionalidad pese al carácter no electivo de quienes lo ejercitan, fundado en la necesidad de asegurar y preservar la regularidad del procedimiento democrático²⁴.

²⁰ SESIN, *Magistratura judicial y responsabilidad disciplinaria*, RAP, n° 403, 2012, p. 263.

²¹ CARRÍO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, p. 58.

²² CSJN, 18/6/2013 "Rizzo, Jorge G. (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) c/ Poder Ejecutivo nacional, ley 26.855, medida cautelar", *Fallos*, 336:760.

²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración*, p. 34. El art. 117.1 de la Constitución española no deja dudas al respecto, al proclamar que la justicia emana del pueblo.

²⁴ NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, p. 693. Previamente, sostenía que "un juez que está completamente al margen del debate público, y que no se hace responsable en ese debate ante sus conciudadanos, podría perfectamen-

§ 3. **ACERCA DEL ACTIVISMO EN GENERAL Y EN KENNEDY**

El concepto de activismo, aunque usual y bastante difundido en la doctrina actual, no es unívoco, no existe acuerdo en esta en relación con su contenido, características y mucho menos aún respecto a las implicancias que de la noción se desprenden²⁵.

Uno de los propósitos prioritarios que surge de la lectura de KENNEDY, desde nuestro parecer, es indagar acerca de cómo canaliza el juez al momento de sentenciar su propio componente ideológico y su impacto en la decisión final. De tal modo, dicho autor alude a tres tipos de posicionamiento: el del juez activista restringido, el del juez mediador y el del juez bipolar.

Nos vamos a detener en el primer modelo, que es el que presenta mayores matices de interés a los efectos de este análisis. La situación se presenta ante una norma cuya aplicación al caso no comulga con el resultado querido por el juez para decidir ese mismo asunto. Si bien el sentenciador no tiene intención de desacatar el mandato normativo, invierte una importante cantidad de energía y tiempo en elaborar una interpretación jurídica diferente. Si no lo consigue, entonces sí aplica la norma que difiere de su preferencia de solución para el caso. KENNEDY califica este modelo como activista porque tiene una motivación que él llama “extrajurídica”, que sería el logro de una sentencia que el juez considere justa. Prefiere un resultado en vez de otro a lo largo de una amplia variedad de casos y “trabaja para que esos resultados sean derecho”²⁶. Es decir que acepta la restricción de la fidelidad interpretativa, pero, cuando piensa que esta obligación va a requerir que ella alcance un resultado injusto o cuando ve una textura abierta en la norma, trabaja para cambiar el significado direccionándola hacia su propia ideología.

te torcer las conclusiones a las que se haya llegado en el proceso político democrático acerca de la política social y económica preferible, acerca de la distribución de recursos y de los mecanismos e instituciones para proceder a esa distribución, ordenando que el gobierno proceda a tal o cual prestación” (p. 687 y 688).

²⁵ Así lo destacan, entre otros, CASTELLANO y PIÑA, quienes advierten el sentido diferenciado que se les otorga a las posturas antagónicas del activismo judicial y del garantismo procesal [“¿Activismo o garantismo en el derecho laboral?”, en FERREYRA DE LA RÚA (dir.), *Medidas cautelares*, p. 316 y 317].

²⁶ KENNEDY, *Izquierda y derecho*, p. 38 y 39.

A esta altura no podemos omitir indicar cierta paradoja en la denominación “activista restringido” que KENNEDY emplea. De algún modo en su definición incorpora los dos modelos opuestos en pugna, el del juez activista, que procura indagar más allá de lo que la norma expresa, y el del juez restringido (o autorestringido, *self restraint*, como también se lo llama), que se conforma con subsumir el caso en la previsión legislativa. En *Libertad y restricción en la decisión judicial*, el filósofo crítico se pone a reflexionar como si fuera un juez de Boston que debe resolver un conflicto entre los trabajadores y su empleador, a partir de una protesta de aristas piqueteras²⁷. Trata de ponerse en el papel de un juez que se alinea con el activismo y se define en ese posicionamiento, citando al jurista y político brasileño ROBERTO UNGER, como alguien “que tiene vocación por el cambio social”.

Llevado al plano de la interpretación constitucional y utilizando el enfoque de DWORKIN, desde el activismo se buscará que los tribunales juzguen los actos del Congreso, del presidente y de las provincias aceptando las directivas o mandatos de las cláusulas constitucionales “vagas”, a partir de principios que deben ser revisados de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte²⁸. En cambio, el programa de la restricción judicial sostiene que los tribunales deben permitir que las decisiones de otras ramas gubernamentales sigan en pie, aun cuando lesionen el sentido que tienen los propios jueces de los principios que imponen las doctrinas constitucionales generales, excepto cuando tales decisiones afecten en tal medida la moralidad política que violarían las estipulaciones

²⁷ KENNEDY, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, p. 104 y 105. Dice de sí mismo en ese rol que se asigna como magistrado en el caso planteado: “Me autopercibo como un posible foco de energía política capaz de generar cambios en una dirección igualitaria, comunitaria, descentralizada y socialdemócrata [...] consignas que, dicho sea de paso, no ayudan para nada a resolver qué diablos hacer en ninguna situación jurídica o social concreta”.

²⁸ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 217. Para comprender mejor a qué apunta el autor, es necesario tener en cuenta que para DWORKIN las estipulaciones constitucionales vagas e imprecisas (como nuestra igualdad ante la ley, defensa en juicio, etc.) representarían alusiones a los conceptos que emplean. Mientras que los preceptos constitucionales claros supondrían la formulación de una determinada concepción de ellos. En un caso donde se analiza la constitucionalidad de una ley, el juez deberá elegir, entre las diversas concepciones posibles, aquella que exhiba “la estructura de la comunidad y de las instituciones y decisiones bajo un mejor enfoque desde la perspectiva de la moralidad política” (p. 184).

sobre cualquier interpretación plausible, o quizá cuando un precedente claro exija una decisión en contrario²⁹.

En síntesis, el activista restringido que delinea KENNEDY podría describirse como un activista prudente, pues, sin dejar de lado sus valores y convicciones, se trata de un juez consciente de cuán lejos puede dejarlos impactar en el momento de interpretar la norma.

§ 4. **CONCLUSIÓN**

Desde el paradigma clásico, de inspiración decimonónica francesa, se coloca al juez como un operador autómatas neutral e imparcial cuya faena es puramente lógica y deductiva, ajena a la actividad volitiva. La realidad arroja que, guste o no, la actividad de los tribunales ya no se reduce a la simple subsunción de las normas involucradas en el caso que tienen que resolver. Las afirmaciones de MONTESQUIEU acerca de que los jueces tienen un poder “de alguna manera nulo” y que se limitan a ser la “boca que pronuncia las palabras de la ley” pueden considerarse superadas. En efecto, la mera interpretación de la ley, con bastante frecuencia permite más de una respuesta jurídica, lo que de por sí da espacio para que entren en juego decisiones con algún grado de discrecionalidad. Máxime cuando, como sucede en los últimos tiempos, los textos legales suelen ser confusos y es necesario acudir a desentrañar lo que se conoce como voluntad del legislador. También nos hemos acostumbrado a normas algo genéricas, ante la dificultad de obtener consensos entre los partidos con representación parlamentaria y hasta para evitar tener que pagar los costos políticos de la regulación precisa de un tema conflictivo. Por cierto, a veces, con esa inercia, los actores procedentes de los sectores políticos no hacen más que crear el campo propicio para que las demandas se canalicen hacia los tribunales y, por lo tanto, para el protagonismo judicial que tanto critican.

Por lo demás, la exaltación del criterio legalista –no nos referimos en esto a KENNEDY y sus aportes– como excluyente de cualquier otra consideración a la hora de sentenciar hace recordar tendencias como las posturas positivistas más fundamentalistas que, si bien a su

²⁹ DWORKIN, *Los derechos en serio*, p. 217. La última referencia hay que comprenderla desde el sistema estadounidense del *stare decisis* y el valor que se atribuye al precedente judicial.

pesar y posiblemente malinterpretadas, fueron usadas para justificar tragedias humanitarias totalitarias.

En la interpretación de la gran mayoría de las normas por parte del juzgador entra en consideración, en mayor o menor medida o de un modo más explícito o más disimulado, la subjetividad del juzgador. Es inevitable que los jueces también tengan historias y experiencias de vida que, en forma consciente o inconsciente, hayan moldeado una escala de valores que posiblemente influya en el modo en que perciben el conflicto.

Sin embargo, no necesariamente sus juicios de valor definen la suerte del proceso que les toca fallar y acá nos encontramos con el juez activista restringido que delinea KENNEDY. Podría describirse como un activista prudente, pues, sin dejar de lado sus valores y convicciones, es un juez que sabe hasta dónde puede permitirse que aquellos lo influyeran en el momento de interpretar la norma. Es cierto que las pautas sociales y culturales pueden llegar a predisponerlo y, en el peor de los casos, ocultas tras “la vestidura retórica de las preferencias axiológicas del juez”³⁰, lleguen a marear su independencia de juicio. Sin embargo, el juez medio, como lo describe KENNEDY, va a ser un esfuerzo –debe hacerlo– para lidiar con ello y procurar contrarrestar su tendencia personal de modo tal de no dejarse llevar por ciertos prejuicios³¹.

Como hemos visto, el debate no se relaciona con convicciones partidarias políticas, puesto que, atendiendo a sus propios posicionamientos, tanto sectores de izquierdas –entre ellos el propio KENNEDY– como de derechas coinciden en criticar excesos de activismo judicial

³⁰ Según la expresión de RUBIO LLORENTE, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, p. 602.

³¹ Viene al caso recordar que la Corte Suprema argentina descalifica por arbitrarias sentencias fundadas solo en los criterios personales, culturales y sociales del juzgador. Como muestra más elocuente puede señalarse lo resuelto en el caso “Santa Coloma c/E. F. A.” (del 5/8/1886, *Fallos*, 308:1160), en donde deja sin efecto una sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal que había privado de resarcimiento de daño moral a los padres de tres hijas fallecidas en un accidente a tenor de la situación económica pudiente de los reclamantes. Dijo el cimero tribunal: “No cabe que al determinar el derecho al daño moral los jueces se guíen por patrones de conducta que exceden los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues como señala CARDOZO, los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recta”. La cita refiere a BENJAMIN CARDOZO, iusfilósofo y *exjustice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

que derivan en la “judicialización de la política” o en el “gobierno de los jueces”. Un ejemplo del aserto que formulamos puede advertirse en una de las democracias más consolidadas, como la de los Estados Unidos, en donde los intentos de deslegitimar a su Corte Suprema provinieron tanto de sectores “progresistas” (como el presidente Franklin D. Roosevelt) como “conservadores” (el caso del presidente Richard Nixon). Sin ir más lejos, en la propia Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el proceder de algunos de los jueces del fuero contencioso administrativo porteño, considerado de tipo activista –sin abrir juicio al respecto–, mereció similares críticas de administraciones con perfiles tan disímiles como las que encabezaron los jefes de gobierno Aníbal Ibarra y Mauricio Macri. En definitiva, la relación de tensión entre jueces y poder político partidario siempre estará latente más allá de las ideologías de turno y obedece a los roles de contralor y protectorio que a los togados corresponde ejercer.

Sobre este tema se podrá conferenciar y debatir mucho. Pero, desde una perspectiva empírica y con franqueza, la conclusión a la que arribamos es que las distintas facciones políticas tendrán una visión más crítica o más elogiosa hacia lo que se conoce como “activismo judicial” según la valoración y el resultado que las sentencias que emerjan de esta tendencia produzcan para sus ideologías, estrategias e intereses coyunturales³².

BIBLIOGRAFÍA

- BARILE, JUAN, “La Corte Suprema de Justicia y el New Deal. Aportes a la discusión de la función del Poder Judicial en un sistema democrático”, en MARANIELLO, PATRICIO (dir.), *Justicia constitucional. La justicia constitucional en los diferentes ámbitos del derecho y sus nuevas tendencias*, Resistencia, ConTexto, 2016.
- BICKEL, ALEXANDER M., *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1978.
- BIELSA, RAFAEL - PERETTI, PEDRO, *Lawfare. Guerra judicial-mediática. Desde el primer centenario hasta Cristina Fernández de Kirchner*, Buenos Aires, Ariel, 2019.

³² Esta realidad también es percibida por HIDALGO, quien describe con crudeza que “las posiciones políticas varían por el contenido de la decisión: si los jueces deciden como yo pienso, es la República y la justicia; si no es así, es el avance de las élites sobre las mayorías o la ‘Corte partidista’. Esto no contribuye a un sistema institucional sólido y previsible; ni a lograr un perfil de la Corte donde sean claras sus competencias” (*¿Qué Corte?*, www.elcohetelaluna.com/que-Corte/).

- CARRIÓ, GENARO, *Sobre los límites del lenguaje normativo*, 2ª ed., Buenos Aires, Astrea, 2019.
- CASTELLANO, SUSANA V. - PIÑA, MARÍA DEL C., "¿Activismo o garantismo en el derecho laboral?", en FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA (dir.), *Medidas cautelares. Doctrina y jurisprudencia*, Córdoba, Advocatus, 2008.
- DORADO PORRAS, JAVIER, *El debate sobre el control de constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, trad. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1989.
- FERREYRA DE DE LA RÚA, ANGELINA (dir.), *Medidas cautelares. Doctrina y jurisprudencia*, Córdoba, Advocatus, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Civitas, 1997.
- GLOPPEN, SIRI - ROSEMAN, MINDY J., "¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?", en YAMIN, ALICIA E. - GLOPPEN, SIRI (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, trad. E. ODRIOZOLA, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *No hay justicia sin libertad*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1956.
- GUSMAN, ALFREDO S., *La acción declarativa de inconstitucionalidad en la Ciudad de Buenos Aires ante el argumento contramayoritario del Poder Judicial*, "Derecho Administrativo", n° 103, ene.-feb. 2016, p. 233 a 238.
- *Prensa y Justicia. Reflexiones a partir de una reciente acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, "Y considerando...", n° 86, jul. 2009, p. 38 a 41.
- HIDALGO, ENRIQUE, *¿Qué Corte?*, 17/5/2020, www.elcoheteealaluna.com/que-Corte/.
- KENNEDY, DUNCAN, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, trad. G. MORO, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010.
- *Libertad y restricción en la decisión judicial*, trad. D. LÓPEZ MEDINA y J. M. POMBO, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1999.
- MAHIQUES, CARLOS, *Los jueces, la ética y la revolución italiana*, ED, 157-814.
- MARANIELLO, PATRICIO (dir.), *Justicia constitucional. La justicia constitucional en los diferentes ámbitos del derecho y sus nuevas tendencias*, Resistencia, ConTexto, 2016.
- NINO, CARLOS, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- OST, FRANÇOIS, *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, "Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho", año 4, n° 8, 2007, p. 101 a 130.
- PÉREZ ROYO, JAVIER, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000.
- ROSEN, JEFFREY, *The most democratic branch. How the courts serve America*, New York, Oxford University Press, 2006.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- RUIZ, ALICIA E., *La politicidad de la función judicial o la cara oculta del derecho*, "Revista Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho", n° 4, 2004, p. 173 a 184.
- SCALIA, ANTONIN, *The doctrine of standing as an essential element of the separation of powers*, "Suffolk University Law Review", vol. 17, n° 4, 1983, p. 881 a 899.

SESIN, DOMINGO J., *Magistratura judicial y responsabilidad disciplinaria*, RAP, n° 403, 2012, p. 263 a 285.

TAMAYO JARAMILLO, JAVIER, *El activismo judicial*, LL, 2014-A-579.

YAMIN, ALICIA E. - GLOPPEN, SIRI (coords.), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*, trad. E. ODRIÓZOLA, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2013.

NUEVOS PLANTEAMIENTOS EN TORNO A LA FIGURA DEL SUJETO EN TIEMPOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO. UN ENFOQUE TRIALISTA*

LUCÍA I. LAPENTA**

Resumen. Este artículo esboza una propuesta de vinculación entre las lecturas del neoconstitucionalismo y la teoría trialista del mundo jurídico, tomando como hilo conductor los nuevos planteos en torno a la figura del sujeto. Se identifican tres posibles líneas de trabajo reflexivo en torno a la figura del sujeto, las cuales consideramos resultan compartidas, a su manera, por ambas posiciones iusfilosóficas.

Palabras clave: complejidad, sujeto, neoconstitucionalismos, teoría trialista del mundo jurídico.

NEW APPROACHES TO THE FIGURE OF THE SUBJECT IN TIMES OF NEOCONSTITUTIONALISM. AN APPROACH TRIALISTA

Abstract. This article outlines a link proposal between the readings of neoconstitutionalism and the trialist theory of the juridical world, outstanding as a common thread recent theoretical reflections on the figure of the subject. There are three possible

* Recepción: 15/3/2020; evaluación: 31/5/2020; aceptación: 9/6/2020.

Este artículo está redactado sobre la base de la ponencia presentada en el panel sobre neoconstitucionalismo, en el marco de las 33^a Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en la ciudad de Santa Fe, los días 2, 3 y 4 de octubre de 2019, y organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho.

** Abogada. Magíster en Sociología Jurídica por el Instituto Internacional de Sociología Jurídica (IISL). Doctora en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Docente en la Facultad de Derecho de Azul, Unicen. Correo electrónico: luciailapenta@gmail.com.

lines of reflective work identified around the figure of the subject, which we consider to be shared, in their own way, by both iusphilosophical positions.

Keywords: complexity, subject, neoconstitutionalist's readings, trialist theory of the juridical world.

NOVAS ABORDAGENS À FIGURA DO SUJEITO EM TEMPOS DE NEOCONSTITUCIONALISMO. UMA ABORDAGEM TRIALISTA

Resumo. Este artigo traça uma proposta de articulação entre as leituras do neoconstitucionalismo e a teoria trialista do mundo jurídico, tomando como fio condutor as recentes reflexões em torno da figura do sujeito. São três possíveis linhas de trabalho reflexivo identificadas em torno da figura do sujeito, que consideramos serem compartilhadas, à sua maneira, por ambas as posições filosóficas do direito.

Palavras chave: complexidade, sujeito, leituras neoconstitucionalistas, teoria trialista do mundo jurídico.

§ 1. INTRODUCCIÓN

La tarea de encontrar un punto de diálogo entre los postulados de los neoconstitucionalismos y de la teoría trialista del mundo jurídico puede resultar extremadamente desafiante, y asimismo, sumamente interesante¹. A nuestro entender, es posible establecer un punto de conexión entre esta dupla e, incluso, resulta posible desarrollarlo a partir del eje más controvertido entre ambas maneras de pensar el derecho: la consideración del plano sociológico. De esta manera, sostenemos en este trabajo que los nuevos cuestionamientos en torno

¹ Nos referimos aquí a las diversas lecturas del neoconstitucionalismo desarrolladas en las obras de ALEXY, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*; NINO, *La validez del derecho*; ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*; DWORKIN, *Los derechos en serio*; FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, entre otros autores. Asimismo, nos referimos en este texto a la teoría trialista del mundo jurídico originalmente desarrollada por GOLDSCHMIDT (*Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*), y posteriormente ampliada y perfeccionada por CIURO CALDANI (*Una teoría trialista del mundo jurídico*).

a la figura del sujeto pueden ser considerados como un punto de confluencia, receptado desde las particularidades de cada posición iusfilosófica.

Estos planteos sobre el sujeto reflejan los requerimientos de la complejidad reinante en la realidad social y sus dificultades para ser captada por el mundo jurídico. De este modo, la manera de sobrelevar dicha complejidad en el marco de las diversas lecturas del neoconstitucionalismo opera a través del sostenimiento de la existencia, la plena vigencia y el respeto de un orden constitucional y de derechos fundamentales de todo ser humano, que aporta complejidad a los tradicionales esquemas de validez normativa. Mientras tanto, por el otro lado, el trialismo realiza una invitación a leer los problemas y abordar las soluciones del mundo jurídico de manera compleja, identificando sus componentes sociológicos, normológicos y dikelógicos o valorativos, los cuales se encuentran profundamente integrados entre sí y conectados a la figura del sujeto. Así, desde la lectura trialista integrativista, se postula una visión del mundo jurídico en su complejidad pura, en palabras de CIURO CALDANI, como "una perspectiva de la vida humana toda [...] y en última instancia sobre el universo"².

En este sentido, existe un primer punto de contacto entre esta tarea de integración en la complejidad que realiza el trialismo, por un lado, y la búsqueda que proponen las lecturas neoconstitucionalistas con miras a evitar la simplificación que comportaría atenerse exclusivamente a un unidimensionalismo normológico o formalismo jurídico. A nuestro entender, este pequeño lazo que dibujamos alrededor de la complejidad puede ser observado asimismo desde la figuración del sujeto, tanto en las lecturas trialistas como neoconstitucionalistas.

Ambas posiciones iusfilosóficas comparten en su trasfondo aquel histórico debate entre iusnaturalismo e iuspositivismo, que representa el dilema sobre la determinación de la separación conceptual (o no) entre el derecho y otros elementos que le resultan extraños. Concordantemente, creemos que dentro del "mundo del ser humano" y a través de su figuración jurídica como sujeto de derechos, también ha existido una identificación de ciertos elementos que resultaban extraños al sujeto, o que se pretendían fueran expresamente ignorados, dando lugar a una figuración eclipsada de las personas. Por ello, consideramos que el gran desafío del mundo jurídico de nuestro

² CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 16.

tiempo consiste en realizar una relectura del sujeto, tarea que creemos asumen, con características diferentes, tanto la lectura trialista como las neoconstitucionalistas.

En términos trialistas, el objeto último del derecho consiste en lograr captar dentro del mundo jurídico la complejidad de la vida a través de las adjudicaciones. Hoy cabe considerar la incorporación de un desafío adicional: el lograr captar lo más plenamente posible la complejidad de lo humano que adquiere cada vez más matices, cuestionando consecuentemente aquellas figuraciones de sujeto existentes.

Dentro de este marco introductorio, nos interesa plantear a continuación tres líneas principales de reflexión en torno al sujeto que, a pesar de ser expresadas en términos trialistas, también pueden ser abordadas desde una lectura neoconstitucionalista. Se trata de caminos reflexivos abiertos a debate, sin respuestas concluyentes, con relación a la figura del sujeto, su capacidad de actuación y su legitimidad.

§ 2. ***SOBRE LA FIGURA DEL SUJETO REPARTIDOR***

En el proceso de intentar captar lo más plenamente posible la complejidad de lo humano, consideramos que se impone en primer lugar una necesaria reflexión sobre el sujeto repartidor y, de manera consecuente, sobre la figura del beneficiario. Dentro de la teoría trialista, denominamos repartidor a aquel sujeto que, a través de su conducta, realiza una adjudicación de potencia o impotencia; es decir, que se trata de quien controla la atribución de beneficios o perjuicios hacia el otro a través de las consecuencias de su acción. Mientras tanto, el beneficiario será quien reciba dicha adjudicación, resultando en beneficiario beneficiado o gravado.

Uno de los grandes propósitos de la noción del reparto en la teoría trialista es el de ilustrar que el despliegue del mundo jurídico alcanza aún más allá de la toma de decisiones o del dictado de una regulación normativa, comprendiendo así también el direccionamiento de sus consecuencias, en tanto afectan o benefician la vida humana, de manera explícita y muchas veces oculta.

La necesidad de revisar la figura del sujeto desde un prisma de mayor complejidad implica, entonces, cuestionar aquella figura de la persona humana que tradicionalmente ubicamos dentro del dere-

cho, como sujeto de derechos, como ciudadano, en todo y en cuanto deja sin representar diversas facetas de aquella complejidad de lo humano.

Dentro de la dimensión sociológica de la propuesta iusfilosófica trialista, se busca lograr una referencia a la realidad de la vida humana dentro del mundo jurídico, evitando las posibles máscaras normológicas o dikelógicas. Es decir, se busca abrir la perspectiva jurídica para poder referir a aquellas realidades que se construyen más allá de los sujetos que escriben las normas y de aquellas personas que se ven reflejadas en los criterios de justicia imperantes. En este sentido, por ejemplo, el sujeto pensado como destinatario por el legislador podría estar expresamente identificado en la norma, pero aun así el trialismo advierte que también existen otros sujetos perjudicados y beneficiados por detrás de lo referido en la normatividad, que pueden quedar expresamente ocultos o desdibujados. Esas son las realidades sociológicas que la teoría trialista considera necesario exponer.

En este sentido, entonces, la amplitud dentro de la dimensión sociológica permite atender a aquellas dinámicas de fuerzas e intereses que se desarrollan más allá de lo que captan las normas. Asimismo, consideramos que esta condición de amplitud permite también visualizar aquellos procesos de construcción de las personas dentro del mundo jurídico, aquellos procesos de construcción personal, identitaria, que se desarrollan tanto en forma individual como colectiva, tanto por dentro como por fuera de las vías institucionales o institucionalizadas.

A través de una perspectiva de complejidad pura, entonces, el mayor desafío en términos del sujeto consiste en captar dentro de esos procesos de construcción no solo la imagen del individuo, sino también los intereses y las fuerzas que interactúan en sincronía y oposición dentro de las interrelaciones. Y aun así, no solo se trata de las interacciones en juego, sino también de aquellas que resultan invisibilizadas, marginadas, voluntaria o involuntariamente. Entonces, a modo de un juego de luces y sombras, una complejidad pura requiere atender a la figura del sujeto en su descripción iluminada y en sus facetas eclipsadas u ocultas, y advirtiendo tanto su figura en la presencia del reparto como de un no-reparto.

En estos términos, entendemos que el interrogante que se presenta es ¿cuál es el alcance de la diversidad de subjetividades? A su vez, ¿cuáles de ellas resultan visibilizadas o invisibilizadas dentro del mundo jurídico?

Dentro de las diferentes lecturas del neoconstitucionalismo, esta necesidad de repensar el sujeto se ubica de un modo transversal y refiere especialmente a una reflexión del sujeto dirigida a los roles de los operadores jurídicos. Así, los postulados clave de las lecturas neoconstitucionalistas hacen hincapié en una tarea del legislador cada vez más compleja, a la hora de predecir en su tarea normativa, de proyectar esos repartos, para lo cual se provee de un cierto grado de elasticidad o flexibilidad dentro de lo normativo. A su vez, confieren un mayor protagonismo al juez, como encargado del funcionamiento de la norma. De este modo, expanden el marco de actuación judicial, al momento de la determinación de la norma, a través del desarrollo de principios, así como también en las tareas de interpretación y de ponderación. Todo ello, con miras a garantizar en el caso concreto la protección de los derechos humanos, concebidos como fuente de subjetivación universalizable respecto de la sociedad toda.

§ 3. ***SOBRE LA CAPACIDAD DE ACTUACIÓN DEL SUJETO***

En un segundo lugar, en busca del objetivo de lograr captar la complejidad de lo humano, se impone la tarea de reflexionar sobre la capacidad del sujeto en su rol de repartidor. En este sentido, los interrogantes que surgen a primera vista son: ¿a qué tipo de realidad nos enfrentamos? ¿Existe una posibilidad real de adjudicar?

A nuestro entender, nos encontramos transitando tiempos más que propicios para reflexionar sobre la posibilidad o imposibilidad de adjudicar, frente la multiplicidad de nuevos centros de poder y de nuevos campos de conflicto. Solo a modo de ejemplo, podemos mencionar la preponderancia de las fuerzas del mercado, el poder de los medios y la utilización de las “fake news”, las movilizaciones sociales y la opinión pública, los grandes fenómenos de la naturaleza, entre muchos más. ¿Cuál es la efectiva capacidad de adjudicación del repartidor en el marco de estos fenómenos?

Todas estas cuestiones se incorporan dentro de la teoría trialista del mundo jurídico en términos de límites en la posibilidad de adjudicar. Estos límites buscan transmitir la idea de que el derecho no es omnipotente, sino que también presenta límites que resultan a veces infranqueables dado que no se conduce en el vacío o en la abstracción. En este sentido, somos seres interconectados y contextualizados, y nuestra capacidad de adjudicar también así se presenta.

Por lo tanto, entender o advertir conscientemente el campo de límites sobre el cual estamos operando, el juego de luces y eclipses sobre el cual nos movemos nos permite entender plenamente cuál es la posibilidad o imposibilidad de adjudicación.

Desde la lectura trialista, consideramos que hoy resultan protagonistas aquellos límites psíquicos, culturales, sociales, las cuestiones identitarias, los sentidos de pertenencia. En cierto modo, todo aquello que apela a la construcción de la subjetividad misma; todo aquello que permita responder y cuestionar cómo nos entendemos y nos visualizamos a nosotros mismos y cómo queremos visualizarnos a futuro. Por consiguiente, este marco de sociedad o comunidad que transita entre nosotros ya no se entiende como un lugar claramente delimitado o figurado al cual se pertenece; sino más bien un espacio al que se accede para construirlo de manera conjunta.

Por otro lado, con relación a la capacidad de adjudicar del sujeto, cabe también considerar el alcance de nuestra posibilidad de repartir en el marco de lo imponderable. En términos de la teoría trialista, ello implica atender al despliegue actual de las distribuciones, de las adjudicaciones de la naturaleza, de la cuestión medioambiental y del alcance de las influencias humanas difusas. Las distribuciones son propuestas por CIURO CALDANI como origen de otros repartos; es decir, invitándonos a comprender nuestra capacidad de acción adjudicataria interconectada, influenciada o condicionada por otros niveles de adjudicación en diversas distribuciones y repartos.

Desde las lecturas del neoconstitucionalismo, esta reflexión sobre los alcances de la capacidad de acción del sujeto y sus limitaciones se imprime nuevamente sobre los roles de los operadores jurídicos. De esta manera se sostiene una limitación en el alcance del rol del legislador y se recepta un voto de confianza en una capacidad más desarrollada en el rol del juzgador, apelando a su tarea de aplicación de reglas, de ponderación de principios y de atender al respeto y la promoción de los derechos humanos en el marco del caso concreto. Ahondaremos más en ello en los próximos apartados.

§ 4. ***SOBRE LA LEGITIMIDAD DEL SUJETO REPARTIDOR***

En tercer lugar, con miras a la captación de la complejidad de lo humano, se nos presenta una oportuna invitación para reconsiderar la legitimidad de quien adjudica. La importancia de repensar la figura

del repartidor en términos de legitimación se exagera aún más en razón de algunos datos provenientes de la realidad social, tales como la concentración mundial del ingreso en determinadas personas y determinadas empresas, la situación especial de los migrantes, los grupos vulnerables, las condiciones de marginalidad, los problemas de ejecución o efectivización de derechos en relación con ciertos colectivos, entre otros.

Dentro de la teoría trialista, la legitimidad de los repartidores (o su condición de justicia) depende del acuerdo de los interesados dentro del reparto y de la superioridad moral científica y técnica del sujeto que reparte. En el contexto de este trabajo, nos interesa destacar dos casos particulares de legitimidad. Por un lado, aquella legitimidad del repartidor que puede darse sobre la base del acuerdo de los interesados, legitimidad propia de los repartos autónomos, como puede darse en los contratos. Entendemos que el interrogante que surge hoy en este tipo de legitimidad refiere a qué consideramos como autonomía para el sujeto y cómo replantear la noción de autonomía con miras a los esquemas de dominación y subordiscriminación hoy presentes.

Por otro lado, la legitimidad del repartidor puede darse también sobre la base del acuerdo de una mayoría, en el caso de lo que denominamos un repartidor infraautónomo, ejemplo propio de los regímenes democráticos. En relación con este tipo de legitimidad, surge el interrogante referido a qué consideramos como mayoría y cómo logramos representarla. ¿Hay una posibilidad real de encontrar mayorías sin considerar previamente las condiciones de exclusión, de marginación, de vulnerabilidad? Este panorama se dificulta aún más si entendemos que las afectaciones a los derechos hoy resultan transversales. A modo de ejemplo, considérese la vinculación entre el acceso a la educación, el trabajo, el agua potable, el desarrollo de libertades múltiples y la capacidad de personalizarse del sujeto. Dentro de este panorama, ¿cómo identificamos a las personas afectadas por una toma de decisión? ¿Quién queda incluido en esa mayoría legitimante? ¿Quién está legitimado para repartir?

A nuestro entender, dentro de las lecturas neoconstitucionalistas, esta reflexión sobre la legitimidad del sujeto repartidor se traduce en cierto modo en el debate acerca de la racionalidad o irracionalidad en la ponderación; es decir, sobre la incorporación válida de preferencias morales en una decisión judicial y la posibilidad de fundamentación racional de los juicios morales. De esta manera, el

debate sobre la legitimidad pierde su eje sobre el rol de quien juzga y se remite exclusivamente a la órbita del razonamiento, la argumentación y la validez formal-material de la decisión judicial.

§ 5. **CONCLUSIONES**

A nuestro entender, esta tarea de captar la complejidad de lo humano dentro de lo jurídico se presenta hoy como uno de los grandes desafíos del mundo jurídico, y resulta a su vez un posible punto de contacto entre las lecturas del neoconstitucionalismo y la teoría trialista del mundo jurídico, que de por sí ofrecen respuestas muy diferentes. Se trata, sin embargo, de un contacto que surge desde lo común y lo diferente.

Para las lecturas del neoconstitucionalismo, las reflexiones que hemos planteado en torno al sujeto se desarrollan desde el punto de vista de los operadores jurídicos. Además, se trata de una reflexión que se funda desde un plano universal (de los derechos humanos), pero se direcciona exclusivamente hacia lo individual: hacia la solución justa en el caso concreto y el respeto de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en la decisión judicial. De esta manera, se destaca la figura de los jueces en su rol de operadores del derecho y también la figura de un sujeto abstracto universalizable, delineado a través de la receptación de los derechos humanos.

Entonces, podemos afirmar que la conexión con "lo social" y con las subjetividades operada desde los neoconstitucionalismos se realiza en los términos establecidos en el proyecto constitucional (y su interpretación), dentro de un Estado nacional determinado y encabezado a través del desarrollo de la función judicial. A su vez, a diferencia de la perspectiva trialista, desde esta óptica no existe un análisis sobre una perspectiva macro, sobre lo que denominamos el orden de reparatos. Por lo tanto, el ajuste del fenómeno jurídico y su complejización sobre la base de lo social pareciera debilitarse respecto de aquella realidad social general, así como de los fenómenos sociales presentes a nivel internacional, global o regional.

Por el contrario, la perspectiva trialista, y en particular la línea de trabajo de CIURO CALDANI, se propone pensar el mundo jurídico desde el constructivismo, tanto de la justicia como de la realidad social, y así también resulta respecto al sujeto. Se apuesta, por ende, a atender a una realidad que va aún más allá del funcionamiento de la nor-

ma, de los roles de los agentes jurídicos y del proyecto constitucional nacional.

Desarrollar una construcción sobre el fenómeno jurídico, sobre su dimensión de realidad social y sobre las figuraciones del sujeto conllevan inescindiblemente las ideas de debate y de inclusión social. Los neoconstitucionalismos incluyen cierta necesidad de debatir o de cuestionar el derecho en términos de validez formal y moral, de observar sus cimientos valorativos. Así, se proponen las prácticas de ponderación y se potencia el deber de fundamentación. Por el contrario, desde el trialismo el debate viene direccionado en términos de hechos, normatividades y valores, y en función de las respuestas que ofrece el mundo jurídico frente a la complejidad. Así, por ejemplo, el debate trialista se postula frente a problemáticas transversales y estructurales como la dominación-marginación, la exclusión social, la cuestión de género, el desarrollo no sostenible, el malestar social, la desconfianza en las instituciones y las implicancias de estas condiciones (y más) en cada caso concreto.

Nuevamente resuenan aquí las mismas preguntas. Si es preciso debatir, ¿sobre la base de qué sujetos pensamos las respuestas jurídicas?; ¿cuáles son los límites de ese debate?; ¿quién debe formar parte del debate?; ¿quién está legitimado?

En cuanto a la inclusión social, los neoconstitucionalismos realizan su apuesta a la inclusión en términos de protección y promoción de los derechos fundamentales para todos los seres humanos, garantizando su respecto en el caso concreto. Mientras que pensar la inclusión social desde la perspectiva de la teoría trialista comporta preguntar si estamos todos incluidos dentro de la posibilidad de adjudicar, de construir el derecho y de construirnos a nosotros mismos como sujetos. La teoría trialista propone, así, la búsqueda de un mundo jurídico que abraza y transparente todas aquellas dimensiones de la vida en las cuales se desarrolla la persona humana, alcance que se incorpora dentro de la teoría como las “especificaciones personales” del derecho³.

En suma, la visión de complejidad del enfoque trialista, esa necesidad de enriquecer y no empobrecer las perspectivas del derecho se traduce hoy en la necesidad de atender también a la complejidad del

³ Según CIURO CALDANI, el complejo en lo personal dentro del mundo jurídico aporta la oportunidad de destacar la juridicidad de cada ser humano y cada conjunto de seres humanos, considerando que “cada ser humano constituye una manera especial de desenvolvimiento del mundo jurídico” (*Una teoría trialista del mundo jurídico*, p. 29).

ser humano y de la vida humana. El desafío culminante parece ser el de representar ese derecho en términos de sujeto; no solo en normas y resoluciones, sino en términos de potencia e impotencia, de placer y dolor, de vulnerabilidad y plenitud, de debate e inclusión social.

La concepción iusfilosófica del trialismo y las lecturas del neoconstitucionalismo pugnan, cada una de ellas a su modo, por la construcción de un orden social, político y jurídico, como así también de nuestra propia subjetividad, nuestro futuro. Los neoconstitucionalismos advierten sobre el valor de la imprevisibilidad, de la casuística, que se traduce en la necesidad de fundamentar profundamente nuestro accionar jurídico. La teoría trialista, además de fundamentar ese accionar, incorpora la necesidad primordial de transparentarlo de modo tal que permita captar la figura del sujeto complejo en su plenitud, tanto en el caso concreto como en el mundo jurídico en su totalidad.

En síntesis, con sus bemoles, ambas posiciones filosóficas comparten una misma iniciativa: sostener que pensar el derecho implica en última instancia pensarnos a nosotros mismos, como sujetos, como seres dotados de derechos inherentes a nuestra naturaleza humana y como sujetos provistos de una capacidad adjudicante, constructora, transformadora.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CIURO CALDANI, MIGUEL Á., *Una teoría trialista del mundo jurídico*, Rosario, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, 2019.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, trad. M. GUASTAVINO, Barcelona, Ariel, 1989.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ y A. GREPPI, Madrid, Trotta, 1999.
- GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005.
- NINO, CARLOS S., *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2017.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. GASCÓN, Madrid, Trotta, 2016.

DIÁLOGOS Y ENSAYOS

MIRADA EGOLÓGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS LUEGO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994*

ARIEL MASTRONARDI**

En este trabajo abordamos un primer acercamiento al análisis de los derechos humanos desde la teoría egológica (TEGO) desarrollada por CARLOS COSSIO.

Como es evidente, COSSIO, por un límite temporal, dado que falleció el 24 de agosto de 1987, no tuvo un contacto directo con lo que hoy nosotros conocemos como los derechos humanos, pero la idea de este trabajo es reconocer cómo sus pensamientos, aplicados al momento actual, evolucionarán en una teoría egológica del siglo XXI, que aspirará a reconocer, criticar y mejorar la noción actual y futura de la interpretación de estos derechos.

En este sentido proponemos reflexionar sobre los derechos humanos desde una perspectiva actual, moderna, con el objetivo de modificar la praxis e interpretación de las conductas humanas que configuran el derecho.

Desde la TEGO del siglo XXI podría decirse que los derechos humanos no son estáticos, sino todo lo contrario, básicamente porque somos seres humanos, con historia, costumbres, una cultura y creencias que permiten transformar continuamente estos derechos.

* Este trabajo es una reelaboración de la disertación pronunciada en las XXXIII Jornadas Argentinas de Filosofía Jurídica y Social, organizadas por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, los días 2, 3 y 4 de octubre de 2019, en el 70 aniversario del debate COSSIO-KELSEN en la Universidad de Buenos Aires, 25 años de la reforma constitucional de 1994 y el centenario de la fundación de la Universidad Nacional del Litoral.

** Abogado, investigador (UBA). Profesor adjunto interino de Derecho penitenciario a través de la mirada de la teoría egológica (UBA). Profesor adjunto de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho (UCES). Funcionario del Poder Judicial de la Nación. Correo electrónico: ariel.mastronardi@pjn.gov.ar.

Para ello el método empírico dialéctico de la TEGO –fenomenología existencial– justamente analiza todas las variantes del ser humano mencionadas anteriormente. De esta manera, su aplicación desafía a los operadores jurídicos a hacer ontología, a “despegarse” de la silla de sus despachos, a “despegarse” de la mera normativa, para intervenir socialmente en el caso que debe abordar, convirtiéndose en algo así como un “influencer” del fenómeno.

§ 1. **¿EXISTE UN CONCEPTO DE DERECHO HUMANO EGOLÓGICO?**

En primer lugar, para poder empezar a formular una respuesta a este interrogante, necesariamente debemos remitirnos a JEAN-PAUL SARTRE y su existencialismo ateo, como así también a EDMUND HUSSERL y su fenomenología trascendental.

Estas teorías nos plantean que el “ser” es producto de la existencia humana, de su voluntad, mientras que lo que se conoce como “ser humano” se construye a medida que va existiendo. Es por esa primera instancia que sostenemos que, desde el punto de vista de COSSIO, los derechos humanos son dinámicos. En caso contrario se perdería de vista al “hombre” y su razón de existencia.

En este sentido, resulta interesante destacar la reflexión que acuña SARTRE cuando afirma que, “si se suprime al esclavo, es decir, si hacemos a un lado el ropaje jurídico, no quedan sino hombres de hecho”¹.

En segundo lugar, la teoría egológica tiene como bases la libertad y la facticidad del hombre “en situación”, lo que lleva a “reconstruir” la concepción moderna de estos derechos con miras al “ser” humano y no a una mera construcción dogmática.

A partir de ello, el concepto de humanidad se torna una construcción subjetiva e histórica en que el humano es un ser contingente y proyectado. Es decir, si miramos los derechos humanos desde una óptica excesivamente formalista, lo único que lograremos será el análisis parcelario, reducido, insuficiente y estrecho de la realidad del fenómeno jurídico, que lo único que conseguirá será reforzar y hacer hegemónica esa separación entre lo que se dice y lo que se hace en materia de derechos humanos.

¹ SARTRE, *Cahiers pour une morale*, p. 588.

Por nuestra parte, en este ensayo, no buscamos llegar a un único concepto individual de "derechos humanos", sino que será el inicio de la defensa de una idea dinámica y global de ellos, que conlleve una mirada cultural, sociohistórica, y que priorice el análisis de la intersubjetividad de las conductas humanas, que son las que realmente crean y deshacen, construyen y destruyen todos los días los derechos humanos.

En este sentido, cuando se habla de derechos humanos, se suele acudir directamente a la norma jurídica, dejando de lado los valores jurídicos que necesariamente este fenómeno trae aparejados. Sí, existen valores jurídicos, y son el fundamento central en la teoría egológica (axiología jurídica), es decir, por ejemplo, el orden, la solidaridad y, aunque a HANS KELSEN no le parezca relevante, la justicia.

Pero, cuando diariamente la mayor parte de los operadores jurídicos acuden a los derechos humanos, no lo hacen con este objetivo, es decir no se enfrentan a la pérdida del carácter contingente y proyectado de la vida humana, sino que buscan subsumir una conducta en el tipo legal, creyendo así que se soluciona el problema. "En definitiva, no basta con ser 'humano', para tener por esa sola y única circunstancia, 'derechos humanos', pero tampoco basta para tener 'derechos humanos', su incorporación en textos sacrales"².

Es decir, si por un lado a la hora de analizar solo nos quedamos con "el hombre" (como ser humano), como "sujeto de derecho", nos daremos cuenta de que no es más que un caparazón de objetividad³. El sujeto provisto de un yo, el hombre de los derechos humanos, es un ser absoluto, formal, dotado de sentido y fundamento. En términos lógicos, es un ser cuya existencia se justifica en un deber ser.

Pero este deber ser es un sistema reconocido previamente, "los derechos humanos", donde este propio "hombre" es quien justifica su propia existencia en los derechos humanos, y no los derechos humanos en el hombre.

Por esta razón es que sostenemos que COSSIO también estaría de acuerdo en que es el hombre el inherente a los derechos humanos y no al revés. Robustece esa afirmación lo destacado por SARTRE: "La comprensión del hombre como concepto universal y absoluto, propia

² MÉNDEZ, *Fenomenología existencial en el derecho: la teoría egológica como nueva cultura jurídica*, p. 61.

³ SARTRE, *El ser y la nada*.

de los derechos humanos, nos lleva a una contradicción: 'yo soy entonces reconocido por el hombre. Pero el hombre soy yo'⁴.

Ahora bien, debemos admitir que, para el que no esté familiarizado con la TEGO, esto puede generarle un embrollo, dado que conlleva reconocer por un lado la libertad como sustento de estos "derechos humanos", y no la normatividad, la que será un elemento lingüístico del fenómeno jurídico. Es decir, reconocer la noción de derechos humanos en el "deber ser" conlleva la exigencia de que todo hombre sea reconocido como un fin en sí mismo, ideal propio de una moral capitalista, basada en una concepción de la dignidad humana mercantilista que solo mira en la persona humana un ente para ganar o perder dinero.

En ese sentido, resulta interesante recordar cómo COSSIO (en su ponencia en el IV Congreso Nacional de Filosofía, celebrado en Brasil) ya destacaba lo mucho que los operadores del mundo jurídico de esa época "pueden hacer dentro de la tradición democrática, para vivir en un mundo mejor, con solo librarse de esa ideología que mide todas las cosas, incluso la justicia, por el dinero y que hace del dinero, la razón de ser de la existencia humana. Como quintaesencia del espíritu capitalista, esta es la maldición de nuestra América como continente subdesarrollado, donde por eso el dinero pesa más aún"⁵.

Lamentablemente, esta vieja cita no pierde vigencia, y no por ser la egología la posición filosófica jurídica dominante en el mundo jurídico moderno.

Pero, si reconocemos que el hombre es inherente a los derechos humanos, estaremos reconociendo como inicio, entonces, que los derechos humanos son un proceso de lucha social, motivada y originada en una necesidad socialmente objetivada, producto de un estado de desposesión previa, en pos de su reconocimiento y satisfacción, de un sujeto o de un colectivo societario, actuante, biográfico e históricamente situado⁶.

Esta teorización solo podrá traer aparejado reconocer la problemática en una referencia material, pero no como un concepto único y salvador de estos derechos humanos, sino que los dotará de eficacia, ya que reconocerá su libertad, historicidad y su temporalidad. Así,

⁴ SARTRE, *Cahiers pour une morale*, p. 77.

⁵ COSSIO, *La crítica de la jurisprudencia dogmática como crítica de nuestra época*, LL, 108-1088 a 1092.

⁶ MÉNDEZ, *Fenomenología existencial en el derecho: la teoría egológica como nueva cultura jurídica*.

solo podremos reconocer ontológicamente que cada "ser humano" posee un proyecto de vida y que este "ser" es la parte esencial del fenómeno jurídico y no un elemento accesorio.

§ 2. **BREVE PANORAMA ONTOLÓGICO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ACTUALIDAD**

Los remedios jurisdiccionales para el que "ya tiene" son amplios, numerosos y abarcativos. Pero se problematiza la solución cuando el que "pide" es el que "nada tiene"⁷.

Ahora bien, es claro que la noción de derechos humanos a la que intentamos aproximarnos parte de una concepción culturalista, realista, de raíz fenomenológico-existencial y materialista. En efecto, consideramos que el derecho no es norma jurídica y afirmamos, en cambio, que el derecho es conducta humana en interferencia intersubjetiva, es decir, vida humana viviente y es en este espacio de la vida y de las prácticas sociales en donde ontológicamente radica el sujeto con sus necesidades.

Pero como operador jurídico, ¿cómo me encuentro con el sujeto y sus necesidades? La respuesta resulta ser más clara de lo que parece: se deberá hacer ontología, para encontrar el proyecto de vida del ser humano, que será "la propia calidad ontológica del ser humano, en su propia naturaleza de *ser libertad* [...] es lo que el hombre decide *ser y hacer* 'con' su vida y 'en' su vida [...] en tanto el hombre es un *ser libertad*. Solo un ser libre es capaz de proyectar"⁸.

Solo en ese momento podremos darnos cuenta de cómo la visión puramente normativa de los derechos humanos nunca podrá vivir el daño a la libertad fenoménica que genera la esencia capitalista del derecho. Un claro ejemplo de ello es el actual sistema penitenciario argentino y la pasividad de los operadores jurídicos frente a él. Sin abordar el problema ideológico del derecho penal, hoy en día el deber ser de los derechos humanos se cita en numerosas resoluciones judiciales penales, pero se encuentra separado notoriamente del "ser" en las cárceles federales y provinciales.

⁷ MÉNDEZ, *Fenomenología existencial en el derecho: la teoría egológica como nueva cultura jurídica*, p. 62.

⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Breves apuntes sobre el "proyecto de vida" y su protección jurídica*, "Anuario de la Facultad de Derecho", n° 30, 2012-2013, p. 557.

Sin duda que una persona puede ejercer su libertad fenomenalizada y deberá ser responsable de sus consecuencias, pero no por ello el sistema penal y sus operadores deben ser indiferente a las condiciones en las que el ser humano cumple con la responsabilidad impuesta por el Estado de derecho.

Es claro que las condiciones materiales con las que cuenta gran parte de la población carcelaria argentina deberían ser atenuantes para la aplicación de pena en ciertos delitos (p.ej., delitos contra la propiedad), pero, más allá de esta discusión, lo que sí no puede suceder es que el Estado y el operador jurídico se vuelvan indiferentes hacia ese ser humano, y mucho menos crear ficciones, en nombre de los derechos humanos.

Si bien este ensayo no posee como objetivo analizar estadísticamente la situación carcelaria argentina, sí resulta ser una especie de aproximación para señalar cómo la falta de base ontológica repercute en el reconocimiento de los derechos humanos de forma estática, mientras que, en la dinámica, lo que sucede es todo lo contrario.

Un ejemplo del reconocimiento de un derecho humano estático versus un derecho humano dinámico egológico es lo que sucede con la interpretación del art. 23, inc. 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, con rango constitucional desde 1994, que establece: "*Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual*".

Se supone que este artículo también debe ser aplicado a los detenidos que se encuentran cumpliendo una pena, cuyas autoridades penitenciarias deberían garantizar su ejercicio. Sin embargo, ¿se verifica su efectivo cumplimiento? Lamentablemente, ¡no!; hoy en el ámbito federal las personas privadas de su libertad sufren no solo insuficientes condiciones de vivencia o, más bien, condiciones de sobrevivencia, sino que además no está garantizado el real acceso al trabajo en ámbito de encierro. Pero lo más complejo es que no hay un control o planificación por parte del Estado para evitar esa situación, y hasta muchas veces se omite su control por el temor de ser partícipe de la situación.

A su vez, discursos como "depende de la autoridad penitenciaria", "son políticas públicas de Estado, no puedo interferir", "es la política criminal del momento", "si no hay trabajo afuera porque deberían trabajar los presos" son muy comunes en los pasillos de los juzgados.

En este sentido, destacamos el voto razonado del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos CAÑADO TRINDADE, que destaca

que “el derecho no puede quedarse indiferente a esto. La vida –al menos la que conocemos– es una sola, y tiene un límite temporal, y la destrucción del proyecto de vida acarrea un daño casi siempre verdaderamente irreparable, o una u otra vez difícilmente reparable”⁹.

Hoy en día, la gran mayoría de los seres humanos detenidos en el Servicio Penitenciario Federal o en los servicios penitenciarios provinciales en la Argentina, según datos oficiales, no trabaja o, peor, se encuentra “trabajando” en una especie de servidumbre exclusiva, que consiste en una precaria limpieza de los pabellones, módulos, patios y pasillos (sin el más mínimo elemento de higiene o protección) un par de horas al día, con dos objetivos, por un lado un fin de “recreación” y por el otro un “posible” elemento de ponderación del área criminológica o laboral de la institución penitenciaria para la confección positiva de los informes para una hipotética libertad anticipada (condicional o asistida), que rara vez llega.

Así también, según estadísticas, al 29 de marzo de 2019 solo el Servicio Penitenciario Federal argentino poseía 13.900 seres humanos detenidos (sin duda que en estos últimos meses el número se ha incrementado), y diariamente existen prácticas que constituyen vulneraciones a los derechos humanos consagrados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰.

Si desagregamos el conjunto nacional por provincias en cuanto a cantidad de detenidos en distintos servicios penitenciarios, vemos que, solo hacia fines de 2017, el 86,5 % de los presos y las presas en la Argentina se alojaban en cárceles provinciales, y el 13,5 %, en cárceles federales o nacionales¹¹. Del total de presos y presas en cárceles del país (sin considerar detenidos en comisarías porque no hay datos oficiales), el 45,5 % se encontraba alojado en unidades penales dependientes del Servicio Penitenciario Bonaerense.

Sin embargo, la mayoría de las provincias acompañan la tendencia de la provincia de Buenos Aires, aunque esta y unas pocas más concentran una gran proporción de presos y presas. Es así que el 83 % del total de las personas presas en 2017 en el país se concentraba en seis

⁹ Corte IDH, 12/9/2005, caso “Gutiérrez Soler vs. Colombia”.

¹⁰ Procuración Penitenciaria de la Nación, *El encarcelamiento en el SPF: dimensiones cuantitativas*, “Las cárceles en números”, año 5, n° 14, primer trimestre de 2019, https://www.ppn.gov.ar/pdf/boletines/Boletin%20Estadistico%20PPN%20N%C2%BA%2014_1er%20trimestre%202019.pdf.

¹¹ Procuración Penitenciaria de la Nación, *Informe Anual 2018. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*, p. 4 y 5.

servicios penitenciarios (cinco provinciales y el Servicio Penitenciario Federal): Buenos Aires (39.879), Servicio Penitenciario Federal (11.861), Córdoba (8387), Mendoza (4384), Santa Fe (3480) y Salta (2774), y sin duda en estos últimos años los números se han incrementado con mayor notoriedad. Por ejemplo, durante el año 2018 se sobrepasó el umbral de los 100.000 presos y presas en todo el país.

Estas estadísticas se tornan aún peor; solo el 21 % de los detenidos en las cárceles argentinas recibe capacitación laboral, y podríamos seguir enumerando otras violaciones a los derechos humanos estáticos que se dan diariamente en el ámbito de encierro, pero la idea de este ensayo es poder evidenciar que, por más que el Estado ratifica órdenes normativas-sacramentales de un deber ser, el problema es que la mayoría de los operados jurídicos solo ve estas obligaciones como de medios y no como de resultado.

Por todo ello es que sostenemos que, si seguimos partiendo de que el derecho es solo norma, lo único que lograremos es una parálisis epistemológica. Con ello no se niega la importancia que tiene un bloque constitucional de normas que reconozcan necesidades¹², pero ello no es suficiente. La norma jurídica es un elemento del fenómeno jurídico, pero es un elemento fundado, no fundante. El elemento fundante es la conducta humana, es decir, el propio ser humano. Por eso, si partimos de que el derecho es conducta, ello nos desplegará un panorama más prometedor, dado que nos encontraremos con un derecho que es vida humana viviente y es en este espacio de la vida y de las prácticas sociales en donde ontológicamente radica el sujeto y sus necesidades. Si ontológicamente el operador jurídico reconoce la necesidad, reconoce por ejemplo quiénes son los detenidos en la Argentina, lo que logrará será obtener "situación", le permitirá ver al "otro", y lo que sucederá, en definitiva, es correr el velo ideológico de una supuesta "igualdad" normativa.

Es por esto que este ensayo está dedicado a los operadores jurídicos del pasado y del futuro, a todos, ya que, desde una mirada egológica de los derechos humanos, todos los actores estamos involucrados en un escenario antropológico, histórico, de reproducción de acciones que objetivan las necesidades del ser humano. Para ello, no basta solo con reconocerlas, sino que hay que activar su efectivización. Si entendemos, por ejemplo, que un trabajo digno ayudará a igualar las

¹² MÉNDEZ, *Fenomenología existencial en el derecho: la teoría egológica como nueva cultura jurídica*.

necesidades de muchos de los seres humanos que "nada tienen", y que la selectividad del derecho penal solo los criminaliza, debemos hacer todo lo posible activamente para concretarlo.

Esto necesariamente requerirá la toma de posición activa de los operadores jurídicos, ya no bastará con esconderse detrás de las palabras muertas de una norma o en los grandes y lujosos despachos. Deberemos vivir el presente –tiempo existencial– como un pasado que sobrevive y un futuro que se proyecta y se anticipa. Debemos vivir las "necesidad", vivenciar el plan de vida de un ser humano, por ejemplo, de los privados de la libertad, conocer las carencias, de dónde proviene, quiénes son y eso traerá aparejada la búsqueda de una efectivización –como sostenía BOBBIO– de los derechos humanos, que tendrá como norte apártese de la idea de que solo son un número más en el sistema y reconocerlos como personas.

En palabra de SARTRE: "Sin embargo, la fatiga y la miseria lo abruman (al proletariado); es preciso que reviente o que obtenga satisfacción. ¿Sobre qué apoyará sus reivindicaciones? ¡Y bien, precisamente sobre nada! O, si se prefiere, sobre las mismas: la necesidad crea al derecho"¹³.

Esta será una proeza inalcanzable si no rotamos a una visión filosófica que contemple las necesidades, al propio ser humano, que reconozca el sentir del otro y que tenga una concreta visión de su accionar como una obligación de resultado. No basta solo con reconocer derechos, sino que la tarea demanda más responsabilidad ya que hay que producirlos y ampliarlos.

La reforma constitucional de 1994 nos ha dado las herramientas para afrontar la dinámica del derecho moderno; ya hemos logrado la ampliación de derechos, por el momento no necesitamos más normas jurídicas, sino que los operadores judiciales y los académicos puedan reconocer al sujeto que padece, al sujeto de la carencia material, y estén dispuestos a garantizarles efectivamente soluciones a las carencias que el propio orden jurídico genera.

Ello, a nuestro entender, podrá comenzar si reconocemos que la justicia deberá tender a igualar los puntos de partida¹⁴, en esta sociedad diferenciada, y esto se podrá realizar también si la interpretación de la justicia va en camino de reconocerla como un entendimiento so-

¹³ Cfr. BEAUVOIR, *J. P. Sartre versus Merleau-Ponty*, p. 60, con su referencia a SARTRE, *Los comunistas por la paz*, p. 1581.

¹⁴ COSSIO, *La teoría de la verdad jurídica*.

cietario¹⁵, sin fricciones, en la integración del proyecto existencial de la vida personal de los demás.

Es por ello que debemos entender que en la justicia no hay una objetividad entitativa, sino una objetividad apreciativa porque solo esto intenciona la vivencia en que emerge, no hay justicia distributiva y justicia conmutativa, como sostenía ARISTÓTELES, sino que nos encontramos ante una justicia que existe, que es social, que es coexistencia. Por ello la verdadera justicia tiene que ser siempre la "justicia social". Ella deberá pregonar la igualación de libertad, que en sí significa igualación en cada punto de partida, creando esto y dejando libre a la creación después, lo que en realidad se opone a la figura aristotélica, ya que la egología pregonará que hay que dar más al que está más abajo¹⁶.

§ 3. **CONCLUSIÓN**

A lo largo de estas ideas intentamos señalar cómo, a través de la TEGO, podemos vivenciar que los derechos humanos no son estáticos, sino todo lo contrario, poseen el dinamismo propio de este siglo XXI, que, como ya dijimos, nos sobrepasa, muchas veces nos deja atrás, pero que, con la ayuda de su método empírico-dialéctico –fenomenología existencial, ontología–, pondrá en manos de los operadores jurídicos del hoy y del mañana una responsabilidad mucho mayor a la hora de analizarlos.

A través de la referencia al sistema penitenciario, representamos de la manera más clara posible qué sucede con los derechos humanos en ese ámbito.

Muchos son los ejemplos que pueden elegirse, el derecho a la privacidad de nuestra información digital, la efectiva libertad económica y sobre el cuerpo de la mujer, pero todos tendrán un mismo denominador común, el contexto histórico, la libertad, la supervivencia, es decir, los derechos humanos dinámicos.

En fin, la única forma de toparnos con la realidad es haciendo ontología, la que servirá de herramienta para que los operadores salgan de su pasividad y se transformen en protagonistas del conflicto.

¹⁵ COSSIO, *Las tendencias actuales del derecho*, "Revista de la Facultad de Derecho de México", t. VIII, n° 30, 1958, p. 31.

¹⁶ MÉNDEZ, *Fenomenología existencial en el derecho: la teoría egológica como nueva cultura jurídica*.

Este ensayo no busca concluir que existe un derecho totalmente justo o perfecto, pero lo que sí busca es señalar la necesidad de reclamarles, por difícil que pueda aparentar, a los operadores jurídicos (juez, abogado, fiscal, empleado, entre otros), ir hacia la justicia que verdaderamente efectivice derechos, es decir, tender a una justicia social.

En este momento histórico, y luego de las luchas emprendidas, no necesitamos más códigos o procedimientos, sino que lo que necesitamos son derechos humanos reales, que se efectivicen en el mundo real, que respeten y reconozcan planes de vida de sujetos libres y no abstracciones que romantizen sentencias. Es decir, lo que debemos reconocer son nuestras acciones diarias y cotidianas como actores de derecho, para solo así lograr espacios de reconocimiento de dignidad.

BIBLIOGRAFÍA

- BEAUVOIR, SIMONE DE, *J. P. Sartre versus Merleau-Ponty*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1963.
- COSSIO, CARLOS, *La crítica a la jurisprudencia dogmática como crítica a nuestra época*, LL, 108-1088 a 1092.
- *Las tendencias actuales del derecho (bases para su análisis)*, “Revista de la Facultad de Derecho de México”, t. VIII, n° 30, 1958, p. 17 a 44.
- *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, El Foro, 2007.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica*, “Anuario de la Facultad de Derecho”, n° 30, 2012-2013, p. 551 a 579.
- MÉNDEZ, EDUARDO H., *Fenomenología existencial en el derecho: la teoría egológica como nueva cultura jurídica*, Lanús, Universidad Nacional de Lanús, 2018.
- Procuración Penitenciaria de la Nación, *El encarcelamiento en el SPF: dimensiones cuantitativas*, “Las cárceles en números”, año 5, n° 14, primer trimestre de 2019, https://www.ppn.gov.ar/pdf/boletines/Boletin%20Estadistico%20PPN%20N%C2%BA%2014_1er%20trimestre%202019.pdf.
- *Informe Anual 2018. La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina*, www.ppn.gov.ar/pdf/deptoinvestigacion/2018-Estad%20C3%ADsticas.pdf.
- SARTRE, JEAN-PAUL, *Cahiers pour une morale*, Paris, Gallimard, 1983.
- *El ser y la nada. Ensayo de ontología fenomenológica*, trad. J. VALMAR, Barcelona, Altaya, 1993.

RESEÑAS

LIBRO

DABOVE, MARÍA ISOLINA,
Derecho de la vejez.
Fundamentos y alcance
(Buenos Aires, Astrea, 2018)

MARIANELA FERNÁNDEZ OLIVA*



Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance es una obra que realiza un recorrido meduloso por la configuración transversal de esta nueva rama del mundo jurídico, como un observatorio estratégico desde el que es posible reevaluar las situaciones y relaciones jurídicas que atraviesan el proyecto vital de las personas mayores. El derecho de la vejez, llamado a enriquecer el resto del complejo de las ramas jurídicas, lleva consigo las premisas del humanismo y ha puesto en entredicho prácticas e instituciones consolidadas, señalando lo especialísimo del sujeto que ocupa el centro de su reflexión.

La obra de MARÍA ISOLINA DABOVE es un aporte fundante que nos invita a recorrer la construcción de esta nueva especificidad material, que acertadamente comienza con una descripción del escenario mundial en clave gerontológica. La noción de gerontoglobalización se enclava en un profundo análisis sobre el entramado cultural que teje el concepto de vejez. Desde el inicio, la autora nos sumerge en el estudio demográfico y sociológico del derecho de la vejez, demostrando un sólido enfoque teórico-epistemológico anclado en el integrativismo tridimensional trialista: la presentación del multigeneracionismo como telón de fondo de un mundo envejeciente, presupuesto de las adjudicaciones y repartos que configuran la realidad jurídica.

* Profesora de Filosofía del Derecho (Cátedra C), Derecho de la Salud y Derecho Privado Parte General de la carrera de abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigadora de la CIC-CIUNR. Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de la Salud (FDerUNR). Coordinadora del Observatorio de Salud Mental y Adicciones del Centro de Estudios Interdisciplinarios de la UNR. Correo electrónico: mfernandez21@gmail.com.

La perspectiva compleja de la vejez ofrecida nos presenta la construcción de este fenómeno en las tres dimensiones que lo integran, delicadamente delineadas: una material, vinculada directamente con sus manifestaciones físicas y psicológicas; una histórica, relacionada con su calificación como última etapa de la vida, y una cultural, que implica la edificación de estándares valorativos sobre sus significados y funciones atribuidas. Se propone una conceptualización compleja de la vejez que, sumando los aportes de la interdisciplina, es válida y eficaz para el derecho.

Asimismo, junto al enfoque estructural de la vejez, se presenta una perspectiva dinámica del envejecimiento como proceso biopsicológico, histórico y cultural. Se analiza el fenómeno del envejecimiento desde cada uno de estos aspectos en una clara articulación entre los campos diversos del saber.

La solidez argumentativa de la obra permite que, de una manera clara y como conclusión del Capítulo Primero, se ubique el fenómeno del multigeneracionismo como parte del proceso de globalización. La autora nos enfrenta ante una particularidad *sui generis* de esta nueva era de la historia: el envejecimiento de las poblaciones en tal grado que ha propiciado la convivencia de dos generaciones envejecidas y cuyas proyecciones se profundizarán con el tiempo. De este fenómeno podemos ya avizorar los profundos impactos demográficos. Las consecuencias en lo económico se expresan en los fenómenos de progresiva dependencia intergeneracional, la conclusión de la vida laboral, la jubilación y el laberinto de la red distributiva de recursos que emplazan a las generaciones más jóvenes como proveedoras. En el plano cultural, la autora señala al multigeneracionismo como una expresión del multiculturalismo, del pluralismo político y del plurijuridismo que se dinamiza en un diálogo –más o menos hostil, más o menos conviviente– de intereses y representaciones.

La obra continúa con la exposición de las nuevas reivindicaciones de justicia que exige el reconocimiento del complejo vital envejeciente. Aunque la longevidad sea un fenómeno de escala global, las personas mayores suelen ser sujetos propensos a posiciones jurídicas frágiles, a situaciones de abuso, maltrato, abandono, exclusión social y económica, a la falta de acceso de los medios de sostenimiento y recuperación de su salud y otras condicionantes que llevan el ejercicio mismo de sus derechos humanos al límite. Las prácticas viejistas, que se consolidan como alteraciones en las creencias, sentimientos y conductas en razón de la mayor edad y que estigmatizan a las personas mayores, se configuran en el derecho como una de las formas de

discriminación negativa. Señala DABOVE que es precisamente en el reconocimiento de las especiales condiciones de vida de las personas mayores en que el derecho ha de actuar empoderando y valorando la autonomía de las personas que forman parte de esta etapa vital.

Estas exigencias axiológicas que se plantean con relación a la vejez en el campo jurídico hacen necesarias acciones para la elaboración de respuestas humanistas que han de lidiar con numerosos conflictos que rodean el fenómeno del envejecimiento, entre los que se cuentan el siempre dramático juego de fuerzas que gira sobre la distribución de los recursos que marcan el "costo de la vejez", las variables de la salud y calidad de vida de las personas mayores y su ubicación dentro del concierto de la audiencia que se brinda a los de más edad sobre la organización de las sociedades. Señala la autora que nuestro mundo posmoderno juega un juego peligroso: por un lado, ha posibilitado de forma inédita la prolongación de los años de vida, pero, por el otro, ha fabricado la cultura *anti-age* que sindicaba a la vejez como sinónimo de fealdad, inutilidad, pobreza y decadencia por no responder al modelo de belleza de eterna juventud. La cultura viejista, espoleada por el mercado, despliega de esta manera su faceta más escandalosa. Así las cosas, los desafíos para el derecho parecen claros: la vejez y el envejecimiento de las poblaciones exigen un abordaje jurídico específico que permita el diseño de instituciones y de respuestas jurídicas que empoderen a las personas mayores y propicien la ejecución exitosa de su estrategia vital envejeciente, integrando el porvenir y fortaleciendo el presente.

Las prácticas viejistas han hecho necesario el surgimiento de nuevos criterios jurídicos de justicia, criterios axiológicos creativos que destaquen la especialidad de la vejez como variable vital y que garanticen la protección de las personas mayores como fin en sí mismas. La profundidad iusfilosófica de la obra de DABOVE y su apertura hacia nuevos caminos de reflexión plantean la necesidad del desarrollo de un criterio de justicia distributiva adaptado a la vejez de personas y grupos, así como también la construcción de un criterio gerontológico orientador. Para esto, la autora presenta la gerontología comunitaria como marco filosófico adecuado, que comprende el estudio de las "vejezes" y abarca la crítica cultural a los modelos vigentes y el planteo de los desafíos políticos que contribuyan a la modificación de las condiciones desventajosas de vida de las personas mayores. Esta perspectiva supone, además, la posibilidad de comprender la vejez y el envejecimiento desde el humanismo filosófico. Se aborda, igualmente, la perspectiva dinámica de la estrategia jurídica

en materia de vejez, que impone el desarrollo de criterios estratégicos y de ajustes tácticos de las prácticas habituales de los operadores. Desde el derecho se proponen tres: la unicidad (y diversidad), la igualdad (y no discriminación) y la comunidad. En forma concomitante, los tres recursos correspondientes propuestos son el empoderamiento, la empatía y el sentimiento de pertenencia.

Un firme hilo conductor tramado en la complejidad de su perspectiva teórica nos lleva hasta el Capítulo III de la obra, que se adentra en las bases normativas del derecho de la vejez. Aquí se abordan los muy significativos desarrollos que implicó el proceso de “positivación” del sistema internacional y regional de los derechos humanos, sus fundamento, contenidos y alcances con relación a la vejez.

Desde un enfoque tridimensional, el desarrollo de los derechos humanos supone una composición que articula una dimensión fáctica (o de eficacia), una dimensión normativa (o de legalidad) y una dimensión axiológica (o de legitimidad) sostenida por el eje que supone la condición humana. La relevancia de los derechos humanos, en su constitución de herramienta bifronte –como subsistema y como facultad–, además se exige por la jerarquía que se les ha otorgado por sobre otros instrumentos legales a causa de su contenido valorativo. En relación con la vejez, los derechos humanos se reperfilan ante la necesidad de reconocer a la persona mayor como un fin en sí. Luego de realizar un recorrido por las clasificaciones más relevantes de los derechos humanos, la autora se emplaza en aquella que los categoriza con relación a los modos de su ejercicio y al contenido de la obligación concomitante. Las razones alegadas para esta decisión teórica están sólidamente fundadas en la conveniencia que esta clasificación habilita, tanto en el develamiento de la relación del derecho con la economía como en la admisión de que los derechos y libertades fundamentales requieren de recursos para su realización y perdurabilidad, el reforzamiento de los derechos económicos sociales y culturales y la correspondiente responsabilidad del Estado por su concreción, y la posibilidad de una comprensión integral de los derechos humanos de las personas mayores en tanto empoderamiento y maximización de la autonomía personal.

La obra realiza un exhaustivo análisis del sistema internacional de los derechos humanos, deteniéndose en cada uno de los instrumentos que suman a la construcción lógica del derecho de la vejez. Con un refinado uso de las categorías operatorias y una contundente calidad de praxis para la investigación, aborda igualmente los sistemas regionales, con el foco especialmente puesto en el sistema interamericano, sus fuentes y principios básicos.

Se analiza en profundidad el proceso de especificación, hasta llegar al reconocimiento internacional de los derechos humanos de las personas mayores, y sus precedentes, como el Plan de Acción Internacional de Viena sobre Envejecimiento, de 1982; los Cinco Principios a favor de las Personas de Edad, de 1991, y el Plan de Acción Internacional de Madrid, del año 2002, como instrumentos de *soft law*, pero señeros para la evolución posterior. Asimismo, se consignan los organismos especiales nacidos dentro del mismo sistema de protección, como el Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Envejecimiento de la ONU, de 2010.

Toda esta sinergia hizo posible que en el año 2015 la Organización de Estados Americanos aprobara la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que es el primer instrumento regional específico dedicado enteramente a la vejez y el envejecimiento, y constituye un hito en la evolución del derecho de la vejez. La obra abunda en sus antecedentes y contenido, ofreciendo un análisis robusto de sus alcances y posibilidades. Asimismo, nos ofrece un estudio pormenorizado de la evolución de los derechos de las personas mayores en la Argentina, desde el "Decálogo de los Derechos de los Ancianos", de 1948, su recepción constitucional en 1949, los avatares de la historia nacional hasta los derechos humanos de las personas mayores en el neoconstitucionalismo, expresado en la reforma de la carta magna en 1994.

Enclavado en el corazón de la obra, el Capítulo IV se ocupa del derecho de la vejez. Su objeto es definido como el estudio de los casos y soluciones vinculados a la condición jurídica de las personas mayores (de 60 y más años) contenidos en normas, que cuentan con métodos propios, y responden, casos y normas, a una especial exigencia de justicia. El derecho de la vejez procura el reconocimiento de la igualdad, en tanto exigencia de homogeneidad vital, necesaria para el sostenimiento de un sistema jurídico coherente, por un lado; más, por el otro, la afirmación de la unicidad, en cuanto reclamo de diferenciación valiosa y de respeto por la identidad de la persona.

Expone la autora que la perspectiva compleja del integrativismo tridimensional trialista implica la existencia de tres planos constitutivos del derecho de la vejez: el sociológico, el normativo y el valorativo. La dimensión sociológica de esta nueva rama transversal del mundo jurídico atiende al reconocimiento de las situaciones de empoderamiento o aminoración, a la vulnerabilidad, la discriminación y abusos, así como también al fortalecimiento, a los que puedan estar sujetas las personas mayores. La perspectiva normativa aborda el análisis de los

principios y reglas, institutos, relaciones jurídicas, derechos, obligaciones, sistemas de protección y garantías específicos. La dimensión valorativa se concentra en el desarrollo de criterios de legitimación adecuados para consolidar la autonomía, libertad, igualdad, participación, y dignidad de la persona mayor. La autora incluye igualmente una interpretación dinámica que comprende el derecho de la vejez como toda "actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades para realizar repartos captados por normas y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia". De esta forma, esta rama del derecho se identifica no solo por sus particularidades materiales y personales, sino también por sus despliegues temporales y espaciales. DABOVE plasma magistralmente las autonomías sustantivas de la rama, entre las que se destaca la especificidad histórica. Se detalla la autonomía filosófica, la autonomía material y la autonomía personal. Asimismo, se profundiza en las autonomías doctrinarias, la científica, la académica y la educativa.

La obra ofrece un análisis detallado de las fuentes formales básicas del derecho de la vejez, las fuentes internacionales, tanto operativas como programáticas. Se consignan las fuentes del derecho comunitario del Mercosur y de la Unión Europea, y se adentra en el estudio comparado de las fuentes formales de los Estados parte de la Organización de Estados Americanos que en primer término ratificaron la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Finalmente, se aborda la dimensión axiológica del derecho de la vejez. Señala la autora que esta guía de principios representa las aspiraciones valorativas individuales y sociales. Los principios indican cuáles son los fines y bienes que deben ser garantizados jurídicamente y constituyen mandatos de optimización, razones o guías para la acción, de alcance generalmente colectivo. Se exponen los principios básicos y específicos del derecho de la vejez. Los principios básicos son los asociados a sus ejes y recogidos en los cinco principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad: autorrealización, independencia, participación, cuidados y dignidad. Los principios específicos, ampliados por la Convención de 2015, incluyen la promoción y defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor; la valorización de la persona mayor, su papel en la sociedad y contribución al desarrollo; la dignidad, independencia, protagonismo y autonomía; la igualdad y no discriminación; la participación, integración e inclusión plena y efectiva en la sociedad; el bienestar y cuidado; la seguridad física, económica y so-

cial; la autorrealización; la equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida; la solidaridad y fortalecimiento de la protección familiar y comunitaria; el buen trato y la atención preferencial; el enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor; el respeto y valorización de la diversidad cultural; la protección judicial efectiva, y la responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna.

El Capítulo V de *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcances* está dedicado a los sujetos protegidos. La autora nos ofrece aquí el núcleo de la especificidad personal de la rama. Una construcción robusta de la noción de persona mayor, atravesada por los cinco ejes principales sobre los que se estructura el derecho de la vejez. El primero se refiere a la persona mayor como sujeto de consideración y protección jurídica, las transformaciones en su identidad, en los atributos de su personalidad, y las posibilidades de desarrollo jurídico del principio de autorrealización. El segundo, vinculado con los derechos humanos de autonomía de los mayores, las posibilidades del principio de independencia (derecho a la vida y a la salud, a la disposición del propio cuerpo y a la integridad física y moral; los actos jurídicos de autoprotección, las libertades, los derechos patrimoniales y protección de la vivienda). El tercero, referido a los derechos humanos de inclusión basados en el principio de participación: las problemáticas de la accesibilidad social y medioambiental, los derechos en el marco de la familia, la ocupación y el trabajo, el derecho de asociación y la participación política o comunitaria, la educación continua y el disfrute de los bienes culturales. El cuarto, ocupado por los derechos de protección: derechos sociales y la seguridad social, la dependencia, los cuidados y las redes de contención, el funcionamiento de las instituciones públicas y privadas y del voluntariado. Por último, el derecho de la vejez analiza y desarrolla las garantías y mecanismos procesales para la defensa jurisdiccional de los derechos, sobre la base del principio de dignidad.

La exposición continúa con un análisis detallado de los atributos de la personalidad, como dispositivos de la autorrealización. Se abordan el nombre, el estado, el domicilio y, muy particularmente, la capacidad como atributo y como derecho humano: sus aspectos relevantes y los supuestos de restricciones a la capacidad jurídica. En relación con el derecho de la vejez, ha resultado particularmente significativo el cambio de paradigma en materia de salud mental que permitió la ampliación del régimen de asistencia y representación: las

nuevas "curatelas", como es denominado por la autora. Como corolario jurídico de la personalidad, se agrega un muy significativo aporte sobre la identidad, el género y la vejez que incluye dos casos paradigmáticos de la Corte Europea de Derechos Humanos (2006 y 2017).

La obra concluye con el tratamiento de los derechos fundamentales de las personas mayores. El Capítulo VI nos invita a comprometernos con el análisis profundo de los derechos humanos incorporados a la carta magna de cualquier sistema jurídico. Estos, señala DABOVE, constituyen una categoría central para el Estado constitucional de derecho, configuran los derechos y garantías que protegen a las personas en situaciones de vulnerabilidad. El derecho de la vejez reconoce cuatro grupos de derechos fundamentales vinculados a las personas mayores: los derechos de autonomía, los de participación, los de cuidado o protección, y los derivados del acceso a la justicia y a las garantías procesales. Los tres primeros forman parte del derecho de fondo; el último, del de forma.

Es una obra fundamental para la consolidación de la nueva especificidad material del mundo jurídico que supone el derecho de la vejez. Este libro es la materialización de un madurado proceso que nos ofrece como resultado la construcción de las bases teóricas de una nueva rama del derecho enfocada en la persona mayor como sujeto pleno de derecho.

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

A) SOBRE LAS SOLICITUDES DE PUBLICACIÓN

La revista “Ideas & Derecho” publica trabajos de investigación originales e inéditos, relacionados con las especialidades de Teoría Jurídica, Filosofía del Derecho, Filosofía Política y Filosofía Social. Abarca todas las escuelas de pensamiento y ciencias conexas. Los interesados en publicar en esta revista pueden enviar: a) *Estudios*: trabajos de investigación, artículos monográficos, de revisión, aportes teóricos o metodológicos y ponencias presentadas en eventos; b) *Diálogos y ensayos*: entrevistas a personalidades referidas a la especialidad y ensayos –reflexiones libres de los autores– que deberán demostrar claridad conceptual y coherencia argumentativa; c) *Reseñas*: las reseñas podrán ser textos críticos o informativos referentes a libros, fallos o legislación.

B) ESTILO Y ESTRUCTURA DE LAS PUBLICACIONES

§ 1. PAUTAS EDITORIALES GENERALES, PARA TODO TIPO DE CONTRIBUCIÓN

- a) *Idioma*: se admitirán trabajos escritos en castellano, portugués e inglés.
- b) *Formato de envío*: los trabajos deberán realizarse en procesador de texto con la extensión .doc o similares y enviarse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.
- c) *Tipografía*: fuente Times New Roman, 12 pts.; notas al pie, 10 pts.
- d) *Márgenes*: superior e inferior: 2,5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- e) *Interlineado*: cuerpo principal y notas al pie 1,5 líneas.
- f) *Alineación*: texto completo justificado.

§ 2. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

El estilo de citación de la revista “Ideas & Derecho” tiene como base la norma internacional ISO 690:12ª ed. 1987, con las adaptaciones que se detallan a continuación. Para las referencias bibliográficas se utiliza el método de *notas secuenciales a pie de página con bibliografía completa, citada al final (Bibliografía)*. En este sistema, cada vez que el autor quiera complementar el texto del cuerpo principal del trabajo con un texto secundario o la referencia a una fuente, debe insertar un número superíndice que reenvía a las notas al pie, las cuales deberán colocarse en forma consecutiva a partir de la número 1 (¹, ², ³, ...). Todas las citas bibliográficas a pie de página (de la primera a la última) se describirán en forma abreviada y en la bibliografía final, en forma completa. La bibliografía citada se registrará al final del texto, ordenada alfabéticamente por apellido de autor. Si dos o varias obras tienen el mismo autor, se subordinarán alfabéticamente conforme al título. Se utilizará sangría

francesa al inicio de cada obra. Se usará el guion largo o raya cuando se repitan los mismos autores en la bibliografía final. Seguidamente, se indicará la forma de describir cada tipo de material de manera abreviada *En notas al pie* y de modo completo *En la bibliografía final* y se darán ejemplos.

a) Libros

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra), si hay más de un autor se separa con guiones; título (en cursiva o bastardilla)¹, sin subtítulos; tomo, volumen (si lo hubiere) páginas.

Ejemplos:

MIZRAHI, *Responsabilidad parental*, p. 98.

NAUCKE - HARZER, *Filosofía del derecho*, p. 154.

AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 21 a 78.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título y subtítulo (en cursiva o bastardilla). Agregar solo el subtítulo principal. *No describir el contenido de la obra, que muchas veces aparece debajo del título o del subtítulo propiamente dicho*; n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas en el Anexo 1; labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función², seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

MIZRAHI, MAURICIO L, *Responsabilidad parental. Cuidado personal y comunicación con los hijos*, Buenos Aires, Astrea, 2015.

NAUCKE, WOLFGANG - HARZER, REGINA, *filosofía del derecho*, trad. L. BROND, Buenos Aires, Astrea, 2007.

AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

b) Parte de libro (capítulo, sección o párrafo completo de obra de más de un autor y donde se especifica quién escribió cada parte):

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s (del director/editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); tomo o volumen (si lo hubiere), y número de páginas.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en GUIBOURG, *Informática jurídica decisoria*, p. 191 a 211.

KLAMI, "Res ad ethicam venit", en AARNIO - GARZÓN VALDÉS - UUSITALO, *La normatividad del derecho*, p. 17 a 36.

¹ Un título puede tener un subtítulo principal o destacado y otras informaciones sobre el título. El subtítulo propiamente dicho es una *frase* que suele acompañar y detallar o especificar al título; habitualmente figura en la portada en una tipografía más pequeña o diferenciada.

² Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones, en <http://www.aafder.org/>.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título de la parte citada (entre comillas), en apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); si reviste alguna jerarquía especial, consignarla abreviada entre paréntesis (director, coordinador, editor); título del libro (en cursiva o bastardilla); n° de edición: en arábigos y según abreviaturas indicadas, tomo o volumen (si lo hay); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función³, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona en versales; datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año.

Ejemplos:

ÁLVAREZ, GLADYS S., "Indemnizaciones por muerte y lesiones en accidentes de tránsito", en GUIBOURG, RICARDO A. (dir.), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

KLAMI, HANNU, "Res ad ethicam venit", en AARNIO, AULIS - GARZÓN VALDÉS, ERNESTO - UUSITALO, JYRKI (dirs.), *La normatividad del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997.

c) *Artículo de revista*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra). Si hay más de un autor se separa con guiones; título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) y sin subtítulo. Si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol., y/o n° o si no dispone de esa numeración, mes abreviado⁴ y año de publicación en arábigos; números de páginas.

Ejemplos:

ALEX, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado constitucional democrático*, "Derechos y Libertades", año V, n° 8, p. 21 a 41.

STIGLITZ, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, año 20, n° 9, p. 944 a 947.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s (en fuente versales), nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título del artículo: con subtítulo (en cursiva o bastardilla); título de la revista: con subtítulo (entre comillas). Si es conocida por su sigla o abreviatura ella va en cursiva, sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas.

Ejemplos:

ALEX, ROBERT, *La institucionalización de los Derechos Humanos en el estado constitucional democrático*, "Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid", año V, n° 8, ene.-jun. 2000, p. 21 a 41.

STIGLITZ, GABRIEL, *La mediación desde la perspectiva del justiciable*, LLBA, Año 20, n° 9, oct. 2013, p. 944 a 947.

d) *Libros y documentos publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

³ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones, en <http://www.aafder.org/>.

⁴ Ver Anexo 4, Tabla de abreviaturas de meses del año, en <http://www.aafder.org/>.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente, si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del libro (en cursiva o bastardilla); labor de traducción, revisión o similares: abreviatura de la función⁵, seguida de las iniciales del nombre y apellido de la persona (si la hubiere); datos de publicación: ciudad (en el idioma local de la fuente), editorial, año; URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplo:

PUGA, MARIELA, *Litigio y cambio social en Argentina y en Colombia*, Buenos Aires, Clacso, 2012, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>.

e) *Artículos de revistas publicados en internet*

En notas al pie

Autor: apellido/s (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla) sin el subtítulo si lo tuviere; título de la revista (entre comillas) sin el subtítulo si lo tuviere. Si es conocida por su sigla o abreviatura, las iniciales van en cursiva o bastardilla: URL o DOI (Digital Object Identifier); si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, <http://estudiosdel-desarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, *Elder Law*, "Ageing International", DOI 10.10/S12126-013-91193-4.

En la Bibliografía final

Autor: apellido/s, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (en fuente versales, mayúscula solo la primera letra); título del artículo (en cursiva o bastardilla), con subtítulos; título de la revista (entre comillas) con subtítulos; si es conocida por su sigla o abreviatura, ella va en cursiva o bastardilla, pero sin comillas; datos de publicación: año de la revista y/o vol. y/o n°, fecha de publicación (año y/o mes y año), páginas (si lo hubiere); URL o DOI (Digital Object Identifier): si el documento electrónico dispone de DOI debe preferirse este dato antes que el URL.

Ejemplos:

BUENO SÁNCHEZ, ERAMIS, *Pobreza multidimensional y vulnerabilidad social*, "Observatorio del desarrollo", vol. 1, n° 4, <http://estudiosdeldesarrollo.net/observatorio/ob4/8.pdf>.

DABOVE, M. ISOLINA, *Elder Law. A need that emerges in the course of life*, "Ageing International", sep. 2013, DOI 10.10/S12126-013-91193-4

f) *Congresos, conferencias, simposios, u otras reuniones o eventos académicos*

Las conferencias publicadas como libro o artículos de revistas deben registrarse según las reglas para esos tipos de fuentes. El resto de los materiales presentados en eventos académicos debe registrarse según la siguiente fórmula:

En notas al pie

Autor de la ponencia o "paper": apellido/s en fuente versales; título de la ponencia o "paper" (entre comillas); número y nombre del congreso o evento: antecedido por la frase

⁵ Ver Anexo 3, Tabla de abreviaturas de funciones en <http://www.aafder.org/>.

“presentado en” (en cursiva o bastardilla); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet, agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

En la Bibliografía final

Autor de la ponencia, “paper”: apellido/s en fuente versales, nombre e inicial del siguiente si tiene más de uno (mayúscula solo la primera letra); título de la ponencia, o “paper”, etc. (entre comillas); número y nombre del congreso o evento, etc. antecedido por la frase “presentado en”, lugar y fecha de realización del evento (ciudad del evento, día, mes abreviado según Anexo 4, y año en números arábigos); disponibilidad en la web: en el caso de que esté publicada en internet agregar el URL de la ponencia.

Ejemplo:

TARUFFO, MICHELE, “Considerazioni sul precedente”, presentado en XXIX Jornadas de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho sobre “Verdad, Justicia y Derecho”, Ushuaia, 1 a 3 oct. 2015, <http://www.aafder.org/wp-content/uploads/2015/06/Taruffo-Considerazioni-sul-precedente.pdf>.

g) *Jurisprudencia*

Los fallos se citan solo en notas al pie, teniendo en cuenta la tabla de abreviaturas de títulos de revistas y bases de datos jurídicas y la tabla de abreviaturas de organismos del Poder Judicial, ver Anexos 5 y 6 respectivamente.

En notas al pie (para todo tipo de Tribunal)

Tribunal (si no es nacional, indicar de dónde es el juez), lugar de la jurisdicción, sala o secretaría (si corresponde); fecha: dd/mm/aaaa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en caso de corresponder, título de revista impresa o sigla, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplo:

CCivCom Mercedes, Sala II, 12/09/15, “Agüero, Carlos c/González, Arturo s/incidente de verificación”, *LLonline*, 2015-A-98.

En notas al pie (para Fallos de la Corte Suprema Argentina).

CSJN; fecha: dd/mm/aaaa; carátula: “entre comillas”; datos de la publicación: en el caso de sentencias publicadas en la revista *Fallos* de la CSJN colocar únicamente, n° de tomo, : (dos puntos) y página. Si está publicado en alguna otra revista, colocar el *título de revista* impresa, tomo, folio, año y página, o base de datos.

Ejemplos:

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *Fallos*, 312:986.

CSJN, 03/10/83, “Aramayo, Domingo R. s/amparo”, *LL*, 1984-B-183.

h) *Legislación*

La cita de la legislación se registra en el cuerpo principal del texto entre paréntesis. Las leyes nacionales se citan por el número (v.gr., ley 11.723). Las leyes provinciales se citan indicando el número y la provincia (ley 10.000 de Santa Fe). Los decretos nacionales se citan por el número/año de vigencia (decr. 386/07). De tratarse de un decreto provincial, se citan por el número/año de vigencia y la aclaración de la provincia de que se trate (decr. 386/07 de Río Negro). En todos los casos, de ser un decreto anterior a 1920, se registran los cuatro números del año. En los demás casos referidos a disposiciones normativas de menor

jerarquía, se indica la clase de fuente legal, seguido de la sigla del organismo que la dictó y el número/año (res. IGJ 7/15; ord. munic. 6287/96 CD de Rosario). En el caso de la legislación extranjera, se utiliza el mismo mecanismo, pero se adiciona el nombre de la ley, decreto etc., desarrollado y con iniciales en mayúsculas.

§ 3. *INCLUSIÓN DE IMÁGENES Y TABLAS*

Dentro del texto principal del trabajo solo podrán incluirse imágenes, tablas y gráficos en formato *.jpg.

§ 4. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA ESTUDIOS*

Los estudios no podrán exceder de los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Este tipo de contribuciones deberán incluir: título, subtítulo, si así lo requiere; resumen y palabras clave. El título deberá ir en mayúsculas, el resumen tendrá un máximo de mil (1.000) caracteres con espacios, y se registrarán cinco (5) palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave deberán figurar en tres idiomas: español, portugués e inglés. Secciones, subsecciones y párrafos: en caso de corresponder, los títulos de las secciones del artículo deberán estar escritos en negrita y centrados al ancho de la página, listados en letras mayúsculas (A, B, C). No colocar una Sección A si no hay al menos una Sección B.

Los títulos de las subsecciones, que excepcionalmente correspondan, deberán estar escritos en letra negrita y centrados al ancho de la página, numerados por números arábigos (1, 2, 3). La numeración de las subsecciones comienza en 1 para cada sección. No colocar una subsección 1 si no hay al menos una subsección 2. Los párrafos son la unidad temática básica. Deberán estar en letra cursiva o bastardilla y negrita, listados en forma sucesiva a lo largo de todo el texto del artículo, independientemente de que pertenezcan a distintas secciones o subsecciones (§ 1, § 2, § 3).

§ 5. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA DIÁLOGOS Y ENSAYOS*

Los diálogos y ensayos no podrán exceder los 60.000 caracteres (con espacios) en total. Los artículos de esta sección, en el caso de corresponder, deberán seguir las pautas de citación indicadas en el § 2. Referencias bibliográficas.

§ 6. *PAUTAS EDITORIALES ESPECÍFICAS PARA RESEÑAS*

Las reseñas pueden referirse a publicaciones, jurisprudencia, legislación y eventos. Los textos no deberán superar los 10.000 caracteres (con espacio).

C) ENVÍO DE LAS CONTRIBUCIONES

§ 7. *MODO DE REMISIÓN*

Para garantizar el cumplimiento de las pautas de evaluación del sistema “doble ciego”, los trabajos deben ser enviados en un archivo electrónico en formato .doc o similares, nombrado con las tres (3) primeras palabras del título, y *sin la identificación del autor*. Su nombre y apellido, pertenencia institucional, cargos y datos de contacto, deberán enviarse en otro archivo con extensión .doc y encabezado con el apellido del autor seguido de las tres (3) primeras palabras del título.

§ 8. *CORREO ELECTRÓNICO*

Las contribuciones, ajustadas a las pautas editoriales referidas, deben dirigirse por correo electrónico a ideasyderecho@aafder.org.

Ver pautas completas y anexos en el sitio web de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho: <http://www.aafder.org/>

DECLARACIÓN DE ORIGINALIDAD

Sres. Asociación Argentina de Filosofía del Derecho

At.: Revista Ideas & Derecho

Ref. Autor/a del artículo /Título del artículo

De mi mayor consideración:

Por medio de este documento, dejo constancia de que soy autor/a originario/a del trabajo que ofrezco para su posible publicación en la revista Ideas & Derecho de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, ya que sus contenidos son producto de mi directa contribución intelectual. Todos los datos y las referencias a materiales ya publicados están correctamente identificados con su respectivo crédito e incluidos en las citas bibliográficas al pie y en la bibliografía final.

Por lo antepuesto, asumiré cualquier reclamo relacionado con derechos de propiedad intelectual, del material aquí ofrecido, eximiendo de responsabilidad a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Además, dejo constancia de que este artículo no ha sido presentado para su publicación en otra revista, obra monográfica, ni bajo ninguna otra forma.

En caso de que el artículo ofrecido sea aprobado para su publicación, como autor/a y propietario/a de los derechos de autor autorizo de manera ilimitada en el tiempo a la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho para que incluya dicho texto en la revista Ideas & Derecho, para que pueda reproducirla, editarla, distribuirla, exhibirla y comunicarla en el país y en el extranjero por medios impresos, electrónicos, internet o cualquier otro conocido o por conocer, por sí o por un tercero autorizado por ella.

Como única contraprestación por la presente autorización, declaro mi conformidad de recibir dos (2) ejemplares del número de la revista en que aparezca mi artículo.

Se firma esta declaración a los ... días, del mes de ..., del año ..., en la Ciudad de ...

Nombre/s y apellido/s del autor/a, firma, número de documento de identidad, teléfonos, domicilio particular y correo electrónico.

