

*Positivismo jurídico hartiano, holismo dworkiniano y virtudes judiciales**

Guillermo Lariguet**

1. INTRODUCCIÓN

Como es ampliamente sabido, el *Postscriptum* de H.L.A Hart¹ fue una respuesta a las objeciones que Ronald Dworkin venía realizando al filósofo anglosajón². A los fines de este trabajo, basta detenerse en las dos siguientes objeciones dworkinianas³:

a) No es posible trazar ninguna distinción epistemológica relevante, ni prácticamente interesante, entre *descripción* del material jurídico y *valoración moral* del mismo.

b) El positivismo no da cuenta del papel relevante que juegan los *principios de tipo moral* en el *razonamiento jurídico*, especialmente el judicial.

El punto a) busca persuadir acerca de que no es posible caracterizar en forma plausible el estatus de las teorías del derecho como meramente descriptivas y explicativas de un ordenamiento jurídico. El b) señala la ausencia en el positivismo jurídico hartiano de una “teoría del razonamiento jurídico”.

* Algunos de los argumentos de este trabajo fueron discutidos en el congreso AFRA (Asociación de Filosofía de la República Argentina) en el año 2015 en la Universidad del Litoral, Santa Fe, Argentina. Estoy muy agradecido por los comentarios agudos que Graciela Vidiella, Facundo García Valverde y Francisco García Gibson dirigieron a aquella presentación. También agradezco a Rafael Escudero Alday y Roberto M. Jiménez Cano por sus importantes sugerencias para modificar una versión posterior a la de AFRA y generar la presente versión.

** Conicet, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Miembro del Programa de Ética y Teoría Política de la misma universidad. Además del CONICET, para la realización de este trabajo, he tenido también el apoyo complementario de un subsidio PIP de Conicet, otro de la secretaría de ciencia de la Universidad Nacional de Córdoba, así como un subsidio de la Universidad Nacional del Litoral, Argentina. También el artículo está enmarcado en el Proyecto “Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos y decisiones”, de la Agencia Estatal de Investigación de España, DER2016-74898-C2-1-R.

¹ Hart, H.L.A, *Postscriptum*, en *El debate Hart-Dworkin*, Estudio Preliminar de César Rodríguez, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Bogotá, 1997.

² Al respecto, véase Coleman, Jules. *Hart's Postscript. Essays on the Postscript of Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, Introduction. En habla castellana, puede consultarse, por ejemplo, García Valverde, Facundo. “La importancia de la discusión metodológica entre Dworkin y el positivismo”, *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Vol. XXXIII, N°.1, Buenos Aires, pp. 25-53.

³ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Guastavino, Planeta Agostini, Barcelona, 1993, especialmente véase introducción y primeros dos capítulos; también considérese la presentación que de esta obra hace Albert Calsamiglia.

Tanto en a), como en b), las valoraciones morales juegan, según Ronald Dworkin, un papel central⁴.

La conjunción lógica de los puntos a) y b), arriba indicados, puede conducir, como sostendré en este trabajo, a una filosofía jurídica empobrecida o “descargada”, desde el punto de vista de una *filosofía práctica robusta*⁵. Además, diré que el planteo hartiano lleva a una teoría jurídica incapaz de dar cuenta del razonamiento de los jueces en los casos en que la *moral reflexiva o crítica* debe presentar un papel focal.

En este trabajo, haré lo siguiente. En la **sección II**, voy a delinear la forma en que puede presentarse el carácter insuficiente del positivismo jurídico hartiano, heredero del *Postscriptum* de Herbert Hart. En forma complementaria, mostraré que la propuesta dworkiniana tiene mayor capacidad de rendimiento filosófico, especialmente en lo que atañe a su enfoque “holístico” de la teoría jurídica. Además, Ronald Dworkin, fue un precursor de la idea de virtud judicial en su hipótesis contrafáctica del juez *Hércules*. No obstante, el filósofo americano no prestó mayor atención a la teoría de las virtudes y menos todavía a la frónesis o prudencia *qua* virtud judicial por excelencia. Esto me da pie a la fase que sigue en este trabajo. En efecto, en la **sección III**, y esta será mi tesis primordial, indicaré que los hartianos han olvidado un tema esencial, a saber: qué *rasgos morales deberían tener los operadores judiciales*. Estos operadores constituyen una de las instituciones básicas de reconocimiento del derecho. Sostendré que esta cuestión, que ya había concebido parcialmente Ronald Dworkin a partir del juez *Hércules*⁶, es relevante a la hora de garantizar un valor moral básico para el derecho como es el de propender a dar soluciones moralmente correctas para casos judiciales. Alegaré que, para salir de este olvido, hay que concentrarse en las virtudes de los jueces, esto es, en la cuestión de su carácter moral y, por ende, dar mayor atención a la teoría de las virtudes que, en mi caso, partirá, a modo de “axioma”, de la teoría de Aristóteles. Una teoría de las virtudes no separa en forma tajante la teoría de la valoración y ofrece recursos para lidiar con los razonamientos prácticos. En la **sección IV** retomo los hilos de mi argumentación y brindo las consideraciones finales.

2. LA INSUFICIENCIA DEL POSITIVISMO JURÍDICO HARTIANO

El positivismo jurídico metodológico comparte el linaje del tipo de doctrina filosófica defendida por Hart en su *Concepto de Derecho*⁷.

⁴ Lariguet, Guillermo. *Problemas del Conocimiento Jurídico*, Prólogo de Daniel Cesano, Ediar, Bs As, 2008, capítulo 1.

⁵ Lariguet, Guillermo, “Analytical Legal Philosophy Reloaded”, *Problema. Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, 2014, pp. 3-37..

⁶ Dworkin, Ronald, *ibídem*, p. 177.

⁷ Tomo la traducción de Genaro Carrió, editada en español en Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

La separación conceptual del derecho respecto de la moral reflexiva o crítica, aunada a la necesidad de construir teorías descriptivas del derecho⁸, fueron dos aspectos (además de otros) en los que se concentró, como dije antes, la crítica dworkiniana a la obra de Hart. La historia es conocida. En su *Postscriptum*, Hart se encargó de subrayar, a tono con su *Concepto de Derecho*, que la teoría jurídica, aunque descriptiva, podía, e incluso debía, dar cuenta del “punto de vista interno” de los participantes. Punto de vista que, en contra de Hart, es difícil, como ya sabemos también, desacoplar de alguna forma de moral reflexiva o crítica⁹.

En el *Postscriptum*, el autor anglosajón introdujo un insumo adicional para repensar la potencia del positivismo, a efectos de dar cuenta de la intervención de “principios”, básicamente morales, en el razonamiento de los jueces¹⁰. Habló allí de la “incorporación” de principios reconocibles por la regla maestra o de reconocimiento. La historia, nuevamente, es conocida. Esta última respuesta hartiana dio luego a la idea según la cual el positivismo jurídico ahora era “incluyente” o *incorporacionista* de criterios morales *sustantivos*. En consecuencia, la validez jurídica no era, no es, un asunto meramente formal (de pertenencia legal o *eventualmente* lógica de normas, agrego yo) sino también un asunto material o sustancial del que un positivismo “crítico”, expresión de Ferrajoli¹¹, o “corregido”, si usamos la expresión de Peces Barba, puede y debe dar cuenta.¹²

Pese a los esfuerzos antes consignados por mostrar que el positivismo es *blando* o *inclusivo*, tal blandura o inclusividad, como también se sabe, solamente alcanza a ser de carácter *contingente*. Esto es, se trata de una inclusión de carácter *fáctico* o *empírico*. Esto pone un problema serio y es que la “normatividad” del positivismo hartiano parece exangüe o débil pues hay que retrotraerla a “hechos sociales”. So pena de cometer la falacia naturalista, la teoría hartiana no parece permitir la realización de inferencias de una normatividad (y autoridad del derecho) en *sentido fuerte*, tal que haya respaldo lógico para mostrar las consecuencias normativistas cuando el derecho entra en la operación judicial de aplicar normas a casos particulares. Las estrategias *á la*

⁸ Hart, H.L.A. *Postscriptum*, *ibídem*, p. 91 y ss.

⁹ Garzón Valdés, Ernesto, “Derecho y Moral”, en *El derecho y la justicia*, Edición a cargo de Ernesgo Garzón Valdés y Francisco Laporta, Trotta, Madrid, 1996, p. 399 y ss.

¹⁰ Hart, H.L.A. *Postscriptum*, *ibídem*, p. 117 y ss.

¹¹ Por ejemplo, en Ferrajoli, Luigi. “Iuspositivismo crítico y Democracia Constitucional”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N°. 16, Traducción de Lorenzo Córdova y Pedro Salazar, México, 2004, pp. 7-20. Para Atienza y Ruiz Manero, en cambio, esta necesidad de dar cuenta de criterios materiales de validez, propios de un Estado Constitucional de Derecho, presupone que ya hemos dejado atrás al positivismo jurídico. Véase Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. “Dejemos atrás el Positivismo Jurídico”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N°.27, México, 2007, pp. 7-28.

¹² Véase, al respecto, el estudio de Escudero Alday, Rafael. *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomsom-Civitas, Madrid, 2004.

Searle, de meditar en hechos “institucionales” que figuren como premisas mayores de las inferencias prácticas de los jueces, no terminan de tornar exhaustivo el “sentido fuerte de normatividad”; *sentido que se vincula con valores como la justicia o la equidad social, vistos desde una mirada crítico-reflexiva*. Y esto porque dichas instituciones pueden ser injustas o socialmente inequitativas.

La situación, que acabo de mostrar en el párrafo anterior, deriva en una filosofía que llamaría “descargada”, es decir, falta de potente energía para contribuir en tareas fecundas de investigación conceptual del derecho como también en áreas muy próximas como la moral o la política.

En este trabajo abogo por una filosofía jurídica “recargada”. A diferencia del término inglés “reloaded”, el término “recargado”, en idioma español, mi lengua materna, connota en parte la idea de “exceso” como cuando decimos esta casa está recargada de adornos. No. Mi idea de “recargada” apunta a la tesis de que la filosofía jurídica, como disciplina *práctica*, debe ser re-energetizada. Para que esta recarga sea factible es necesario revitalizar la relación de la teoría del derecho con la filosofía política y moral en sentido normativo. La normatividad jurídica no es un fenómeno que se pueda *aislar* del problema práctico de la autoridad moral del derecho o del problema normativo-político de cuándo un orden jurídico es legítimo o justo.

Ahora bien, la siguiente etapa es mostrar que una forma de trabajo consistente en “aislar” la autoridad del derecho respecto de los problemas sustantivos de la moralidad y legitimidad política del derecho, se espeja en el positivismo jurídico; positivismo que, siguiendo una terminología usual, denomino “metodológico” y cuyo rasgo sobresaliente consiste en la separación conceptual entre derecho y moral.

La diferencia metodológica entre derecho y moral, trazada por el positivismo metodológico, contribuye a que los problemas de la normatividad y autoridad del derecho, tal como lo estoy sugiriendo, caigan *por fuera de los bordes disciplinares* de la “filosofía del derecho”. En tanto que “filosofía”, sin embargo, creo que es necesario superar el positivismo pues, de lo contrario, no lograremos captar objetivamente los vínculos holísticos que median entre la práctica jurídica, la filosofía moral y política.

Téngase en cuenta que desde el mismo momento en que el positivismo metodológico consideró el problema de la autoridad (primero en la versión hartiana y luego en la raziana) las confusiones comenzaron. La pléyade de positivistas, ahora incluyentes o excluyentes, no ha traído claridad conceptual sino confusión¹³.

¹³ Por esto Escudero Alday, *ibídem*, aboga por un positivismo sin calificativos. Sobre la confusión que tienen todos los calificativos adosados al positivismo, puede verse, también, Navarro, Pablo. “Las tensiones conceptuales en el positivismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°. 24, Alicante, 2001, pp. 133-163.

El positivismo metodológico es incapaz de “dar cuenta” de la autoridad o normatividad del derecho en sentido fuerte¹⁴. En “sentido fuerte” significa dar cuenta de la moralidad reflexiva o crítica que sustenta los genuinos actos de aceptación del derecho como autoridad categórica, no meramente prudencial; autoridad que, en tanto genuina, nos da razones objetivas para actuar¹⁵. Sencillamente *no está en su programa hacerlo*. Esto es así, al punto que desde Raz, en el mundo anglosajón¹⁶, hasta autores como Roberto Jiménez Cano, en el mundo hispanohablante, defienden la necesidad de dejar fuera la moral del derecho, abonando, así, una defensa de un positivismo jurídico *excluyente*¹⁷. El calificativo “excluyente” parece un modo enfático de dejar en claro que las otras formas de positivismo son adulteradas, no genuinas.

Ahora bien, cada vez que un positivista habla de autoridad del derecho estamos ante un doble inconveniente. O bien que su explicación sea de tipo autopoiético, es decir, *á la Luhmann, explicar lo jurídico a partir de lo jurídico*, lo cual deja abierta la vía para paradojas surgidas de la autorreferencia normativa¹⁸. O bien explicarlo a partir de una noción de autoridad que tiene todo el tufillo propio de haber abierto la tapa de la olla de la moralidad en alguna de sus formas. Esto último *podría* convertir al positivista en un teórico del derecho natural encubierto y no en un positivista genuino, tal como Ross le achacaba a Kelsen cuando cuestionaba la coherencia del modelo kelseniano cuando éste echaba mano de la “misteriosa” noción de “fuerza obligatoria”¹⁹.

Quizá sea correcto decir, como David Enoch²⁰, que el derecho sólo tiene un valor “instrumental”, esto es, como recordatorio o disparador de razones morales que son, en última instancia, las genuinas “razones robustas”. Sin embargo, esta aproximación que rescataría el valor instrumental del derecho, y que estaría a tono con el positivismo que he llamado metodológico, tiene dos

¹⁴ Otra forma de ver el asunto es planteada recientemente por David Enoch. Él ha sostenido que, frente a la normatividad fuerte de la ética, la normatividad del derecho es meramente formal y no presupone la misma fuerza práctica.

¹⁵ Es ya un clásico, en habla castellana, el libro de Bayón, Juan Carlos. *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Véase también el importante libro de Redondo, Cristina. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

¹⁶ Por ejemplo, véase Raz, Joseph. “Authority, Law and Morality”, en *The Monist*, Vol. 68, pp. 295-324.

¹⁷ Jiménez Cano, Roberto. *Una metateoría del positivismo jurídico*, Prólogo de Gregorio Peces Barba, Marcial Pons, Madrid, 2008.

¹⁸ Teubner, Günther. “Y Dios se echó a reír. Indeterminación, autorreferencia y paradoja en el Derecho”, *Zona Abierta*, en *Zona Abierta*, N.º.70-71, 1995, pp. 159-202.

¹⁹ Analizo esta objeción en Lariguet, Guillermo. “Reducción en la Ciencia Jurídica: notas sobre las estrategias normativa y empírica de estudio del derecho”, *Revista Estudios de Derecho*. Universidad de Antioquia, 2011, pp. 237-267.

²⁰ Enoch, David. “Reason-giving and the Law”, in *Oxford Studies in Philosophy of Law*, edited by Green, L y Leiter, B, Oxford University Press, Oxford, 2011.

grietas. La primera, es que muchos positivistas (por ejemplo Raz) no se sentirían cómodos con el valor puramente “instrumental” del derecho que, prontamente, puede llevar a la idea de la aceptación de las normas jurídicas por razones “prudenciales” y no “categóricas”. Claro que cuando decimos “categóricas” ya estamos ante el mismo problema de *desdibujamiento* de la identidad del positivismo pues volvemos a abrir una ventana para que se cuele el viento de la moralidad en sentido crítico. La segunda es que la idea de que el derecho es un “recordatorio” de la moralidad nos nubla la visión respecto de la naturaleza de este mecanismo. Cuando, por ejemplo, pongo un recordatorio en mi teléfono celular, tal recordatorio ¿A qué software pertenece? Me temo que el recordatorio puede ser visto como una caja (el derecho) que está dentro de una caja mayor (la moralidad).

En definitiva, las razones prácticas *últimas* para actuar, las *genuinas*, serían parte de la moral crítica o reflexiva. Por tanto: ¿sería racional obedecer reglas jurídicas? Verónica Rodríguez Blanco²¹ es acosada por esta pregunta. Para ella el problema es cómo dar cuenta de la normatividad del derecho, admitiendo que el mismo nos proporciona razones para actuar con virtud cancelatoria de nuestras propias razones. Al mismo tiempo, Rodríguez Blanco quiere mostrar que tales razones -heterónomas- no perjudican nuestra autonomía moral e intencionalidad práctica. Ella sostiene que el protón de normatividad de las reglas jurídicas finca en que las mismas son cláusulas jurídicas son “in the guise of the good”. Pero, desde el momento en que introducimos el predicado “good”, se nos abren los problemas. Si el “good” apunta a una noción moral (no sólo a una instrumental como ha mostrado von Wright en sus *Variedades de lo bueno*) entonces no puede ser coherente dar cuenta de una normatividad *in the guise of the good* y decirse al mismo tiempo positivista. En todo caso, hay que abandonar, en este tramo del camino, al positivismo *si es que uno quiere involucrarse con el problema de la normatividad jurídica* rigurosamente. El positivismo puede ser un valioso instrumento para hacer “teoría” del derecho, ocupándose por ejemplo de la eficacia de las reglas, de la estructura presuntamente sistemática del derecho o de conceptos jurídicos fundamentales. Pero para capturar la normatividad fuerte del derecho es preciso un enfoque *holístico* y no uno que *aísle* al derecho de la moral.

Voy a afirmar algo que puede sonar provocador a mi pesar. Si el filósofo y/o jurista quiere hacer filosofía *práctica*, *vista esta como un todo*, tiene que abandonar la separación conceptual entre derecho y moral crítica. Tiene que mostrar, como ha dicho Dan Priel²², *las relaciones holísticas que median entre las nociones de validez, contenido, normatividad y legitimidad del derecho*. Desde el momento en que el filósofo o teórico del derecho opere como sugiere la idea de Dan Priel, este jurista, como la crisálida, romperá su coraza y se abrirá hacia la

²¹ Rodríguez Blanco, Verónica. “Reasons in action vs triggering-reasons. A reply to Enoch on reason-giving and legal normativity, *Problema. Anuario de teoría y filosofía del derecho*, 7, Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013, pp. 3-25.

²² “The place of legitimacy in legal theory”, McGill Law Journal, 2011.

experiencia vivificante de concebirse como un “filósofo práctico” y no como un teórico del derecho aislado de las preocupaciones sustantivas.

Alguien podría objetarme que el filósofo y/o jurista puede defender la dicotomía conceptual entre derecho y moral crítica con argumentos obtenidos del reservorio de la misma filosofía práctica. Esto podría conducir, por ejemplo, a una suerte de positivismo jurídico “normativo”. Puedo admitir esta réplica pero la misma no da en el blanco de lo que tengo en mente. Mi idea de filosofía práctica es *holística y conexiionista*. Creo sinceramente que la filosofía política, moral, jurídica, para poner algunos ejemplos característicos, tienen conexiones holísticas que repelen la separación analítica posterior entre ellas que puede practicar el positivista jurídico. El positivista aislacionista o bien no es un filósofo práctico o bien es un mal filósofo práctico pues no capta la naturaleza holística de esta área del conocimiento filosófico.

Un ejemplo paradigmático de lo que a mi modo de ver es un trabajo de filosofía práctica con todas las letras y bien entendido es el encarado por Ronald Dworkin. Este filósofo siempre ha buscado la manera de comunicar en sus reflexiones la filosofía jurídica y la jurisprudencia constitucional con la filosofía moral, la filosofía política, la epistemología y la metafísica²³. Estas disciplinas se vinculan estrechamente cada vez que Dworkin aborda un problema *sustantivo*.

A mi modo de ver, un filósofo práctico es aquel que articula una investigación conceptual mirando con curiosidad, fresca sorpresa, y esfuerzo por la creatividad, las conexiones que median entre los sectores diversos que conforman la experiencia práctica (derecho, moral, política, religión, etc.). Con esta definición no pretendo persuadir a los “teóricos” del derecho a abandonar *completamente* su tarea. La misma ha producido sin duda resultados especialmente significativos para el derecho en temas como la forma de las reglas, el carácter lógico de ciertas inferencias, la noción de sistema jurídico, etc. Sin embargo, esta labor teórica debería estar abierta a ser influenciada por los canales de la filosofía práctica para producir imágenes del derecho ajustadas con su *complejidad*; complejidad que, por otra parte, tiene que ver con que el derecho es, como acertadamente ha dicho Brian Bix, una rara combinación de voluntad y razón práctica, de historia y búsqueda de perennidad,²⁴etc.

Para concluir esta parte, brindo un argumento extra, de refuerzo, que es muy importante para mis propósitos. Mi *imagen* del teórico del derecho *no positivista*, sino el teórico holístico y conexiionista, devenido en filósofo práctico ya no es alguien resbalando en la ladera de la eterna discusión metodológica o meta-filosófica como la que han sostenido los positivistas después del

²³ Como ejemplo de esta afirmación valga como síntesis arquitectónica de toda su filosofía práctica su *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press, 2011.

²⁴ Bix, Brian. “Voluntad y Razón: la verdad en el derecho natural, el derecho positivo y la teoría jurídica”, trad de Guillermo Lariguet y Roberto Parra, en *Teoría del derecho: ambición y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Postscriptum. Es un teórico en “acción” que no se “aisla”, que no produce un conocimiento endogámico del estilo ¿es este positivismo incluyente o excluyente? ¿La moral crítica interviene en la identificación de reglas esenciales? ¿Los principios morales críticos deben quedar fuera del razonamiento judicial?

Más bien, ahora, es un filósofo del derecho que, en conexión con las herramientas tradicionales de la teoría del derecho (norma, principio, sistema, validez, etc.) *se mete* en la discusión de otras preguntas de carácter más bien sustantivo: ¿Los jueces deben ser moralmente virtuosos? ¿Qué condiciones destacan una intervención judicial fronética o prudente? ¿Son órganos políticamente legítimos los constituidos por los jueces de un estado? Y un largo etcétera de preguntas sustantivas afines a estas o diferentes de las mismas. Los juristas no solamente teorizamos sobre la naturaleza del derecho, y de sus piezas, no hacemos solo meta-filosofía discutiendo en forma perenne temas metodológicos. Somos, ante todo, filósofos prácticos “en acción” que debemos intervenir en debates sustantivos, sin por ello perder de vista las herramientas características que hemos aprendido en el marco de la teoría del derecho.

3. POR UNA ATENCIÓN EN EL CARÁCTER MORAL DE LOS JUECES

Si todo lo argumentado en la sección anterior tiene chances de corrección, hay que dar todavía un paso más. Como he sugerido en la introducción de este trabajo, la discusión propuesta por el positivismo jurídico *del Postscriptum* de Hart ha dejado de lado, salvo las referencias ocasionales del lado de Dworkin al juez Hércules, una reflexión sobre la importancia que tiene para las tesis en disputa (las tesis a y b) antes mencionadas) el tema de las *virtudes de los jueces*.

El derecho no es un artefacto marmóreo. Su “carne”, y su funcionamiento, depende de diversos actores. Uno de estos actores descollantes son los jueces que tienen el deber de usar el derecho para justificar sus decisiones prácticas. Tal derecho, si no se revela conectado con la moral crítica, parece no suministrar razones genuinas y objetivas para actuar a los jueces, tal como se señaló anteriormente. Sin embargo, la normatividad asentada en una moral crítica, junto a las razones objetivas para la acción, no resultan explicables sobre una única base. El deontologismo kantiano y el utilitarismo benthamita o milliano han predominado, por largo tiempo, en la explicación filosófica de esta normatividad en sentido fuerte y de las consecuentes razones fuertes para actuar.

No obstante, como he mostrado en otros lugares²⁵, tanto el deontologismo, como el utilitarismo, son doctrinas de ética normativa

²⁵ Véase Michelon, Claudio. “ Practical Wisdom in Legal Decision-Making “ in Amalia Amaya, Hock Lai Ho (ed.) *Law, Virtue and Justice* (Hart Publishing 2012 pp. 29-51. También puede consultarse Lariguét, Guillermo. *Virtudes, ética profesional y derecho. Una introducción filosófica*, B de F editores, Bs As-Montevideo, 2012.

insuficientes. Sobre todo, ello se advierte, en que se trata de teorías que dejan de lado (por lo menos parcialmente pero en forma significativa) la importancia central que tiene el *carácter moral*, también intelectual por supuesto, del agente moral. Este olvido se traslada a los jueces.

El olvido de la importancia de las virtudes judiciales resulta sumamente pertinente para hacer un balance de la discusión entre hartianos y dworkinianos. Tanto el debate sobre qué rasgos debería reunir una buena teoría del derecho, como el tema de la de la intervención de los principios morales en el razonamiento, por sorprendente que pueda parecer, ha devenido en un asunto tratado en forma parcial. Pues, la temática de las *disposiciones adecuadas de carácter* para ser un teórico *enfocado perspicazmente*, como para ser un juez *prudente o frónético*, ha sido dejada de lado. Apartaré de mi discurso ahora el tema de los *buenos teóricos* y me dedicaré al tema de los *buenos jueces*. En las conclusiones, sin embargo, algo diré sobre los buenos teóricos también.

Las virtudes son disposiciones correctas de carácter. Suponen la reiteración habitual, pero reflexiva, de patrones de desempeño intelectual y moral que resultan excelentes y por eso fungen como ejemplos a seguir. Esto hace que la teoría de la virtud sea una opción filosóficamente rendidora, en forma significativamente complementaria hasta donde resulte posible por razones de consistencia, del deontologismo y utilitarismo a la hora de reconstruir diversos senderos para la moralidad reflexiva. Un agente virtuoso es reflexivo en un sentido cognitivo y en un sentido práctico, merced a su constitución virtuosa.

No hablaré aquí de todas las virtudes posibles sino que me centraré en una en particular: la frónesis o prudencia. En efecto: una virtud intelectual estelar, según Aristóteles, pero volcada a la *praxis*, es la frónesis o prudencia. Se trata de una virtud que, desde el punto de vista práctico, hace lo siguiente: le permite al agente moral, en este caso al juez, percibir de manera correcta, en el momento correcto, frente a la situación y persona correcta, del modo correcto.²⁶

Al parecer, importancia de las virtudes ha sido detectada por los éticos jurídicos antes que por los teóricos del derecho²⁷. Además no podemos olvidar la presencia de la discusión sobre las virtudes a partir de la proliferación de códigos de ética, la previsión de tribunales de conducta ética y hasta de sanciones legales por faltas éticas. Los códigos de ética no son sólo un reservorio meramente ornamental de reglas. En buena medida, han explicitado las virtudes que los jueces y los abogados *deben poseer* si es que quieren *argumentar de manera racional y aplicar las reglas correctamente*. Los jueces viciosos

²⁶ Más detalles explicativos en Lariguet, Guillermo, 2012, *ibidem*.

²⁷ Véase Farrelly, Colin y Solum, Lawrence editores. *Virtue Jurisprudence*. Amaya, Palgrave McMillan, 2008, Introduction; también Amalia y Ho Hock, Lai editores. *Law, Virtue and Justice*, Hart Publishing, 2012, Introduction.

no ofrecen garantía alguna, al ciudadano de a pie, de realizar una aplicación moralmente correcta del derecho²⁸.

La prudencia es muy relevante por un dato propio de casi todo orden jurídico legislado.²⁹ Esta clase de órdenes jurídicos utilizan la formulación de reglas o estándares muy abstractos de regulación. Su aplicación, por otra parte, no puede ser reivindicada por la propia regla o estándar. Las reglas y los estándares necesitan ser *especificados* para el caso concreto o particular. Aquí es donde los jueces tienen un poder especialmente convocado para llevar adelante esta tarea de especificación. Según los éticos de la virtud la prudencia es el instrumento adecuado para esta tarea, ya que la misma es un juicio atento a discernir los rasgos sobresalientes de un caso particular. Esta tarea *especificatoria* podría resultar sencilla cuando el caso parece encajar sin duda alguna bajo la descripción de las reglas o estándares. Pero cuando el caso es relativamente insólito, puede que las reglas se muestren relativamente “indeterminadas” al respecto, con lo cual la tarea especificatoria será relativamente más *creativa* y vendrá a “completar” los espacios indeterminados de las reglas. Aquí el juez tendrá que activar la prudencia para deliberar la forma de decidir si el caso se puede o no incluir bajo la descripción de la regla. Sin duda que aquí su tarea será más “creativa” que en los casos sencillos y puede que, en ocasiones, conlleve la necesidad de *reajustar* el derecho de modo que, por un lado, haga equilibrio con la dimensión jurídica de su decisión, a la vez, que esté en armonía tal dimensión jurídica con la mejor versión de la moralidad reflexiva, tal como es articulada por el propio juez virtuoso

A este respecto, una discusión suscitada en el ámbito jurídico, a partir del debate entre Hart y Dworkin, es si en estos casos los jueces ejercitan algún tipo de discreción “fuerte”. Al respecto, la respuesta que podría dar un ético de la virtud es, en principio, negativa, ya que el juez prudente tendrá la capacidad de articular el derecho con la moralidad de una manera coherente, apelando al equilibrio reflexivo entre el material jurídico disponible y los principios y normas morales que el prudente determine como aplicables al caso particular³⁰. La idea sería que la ética de la virtud tiene la capacidad normativa de desplegar un procedimiento heurístico que conduzca a la *mejor respuesta que resulte posible* para el caso que deba resolver el juez. Si, además, este juez tiene virtudes tales

²⁸ Mayores detalles en Lariguet, 2012, *ibídem*.

²⁹ Lariguet, Guillermo. “El aguijón de Aristófanes y la moralidad de los jueces”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N.º. 36, Alicante, 2013, p. 119.

³⁰ Esta articulación, empero, es compleja. En el caso de lo que, más adelante, denominaré la “respuesta jurídica compleja”, el juez virtuoso buscaría la mejor versión moral *inmanente* al derecho y, por tanto, su reconstrucción aplicativa sería *conservatista* del derecho bajo su mejor aspecto. Sin embargo, si el material normativo fuera un obstáculo para esta tarea de equilibrio reflexivo, pues no es factible articular una moral inmanente que presente al derecho bajo su mejor versión, el juez virtuoso tendría que tener el coraje de explicitar una respuesta moral *por fuera* del derecho. Esto puede suponer que el juez, después de todo, no pueda ser *deferente con todos los valores en juego*. Su coraje moral podría llevarlo a apartarse de la *letra de la ley*.

como apertura mental, amplitud de miras, coraje, honestidad, humildad, disposición a recibir críticas, a sopesar las ventajas y costos de cada línea de argumentos³¹, a mantenerse sereno, etc, entonces tendrá un “plus” con respecto a los jueces que sólo se constriñen a emplear las técnicas usuales de interpretación y argumentación jurídicas. Un juez virtuoso, además de ser técnicamente competente, es un juez “íntegro”. Un juez íntegro es un juez prudente. Y un juez prudente muestra una preciosa armonía en su contextura emocional³², poniendo en evidencia el trabajo conjunto de sus virtudes intelectuales y morales.

De todas formas, puede que en otros casos, los jueces virtuosos encuentren imposible un equilibrio entre el derecho interpretado y su moralidad subyacente. Puede que las virtudes, en efecto, los conduzcan a modificar parcialmente el derecho a fin de ajustarlo a parámetros de una moralidad crítica.

Quiero aprovechar el espacio de este trabajo para declarar mi simpatía por la ética de la virtud. Sin embargo, a continuación debo decir que mi simpatía está matizada. Es una simpatía *precauida*. La simpatía deviene de lo siguiente: creo que las virtudes son instrumentos normativos fecundos para complementar el paisaje teórico sobre el derecho y la argumentación jurídica. No basta con apelar sólo a las *instituciones*, necesitamos también tener en cuenta los rasgos de carácter de las *personas*.

La *precaución* con que matizo mi simpatía deviene, empero, de que no defiendo a ultranza las bondades de la ética de la virtud. Tengo una interrogante abierta a los posibles problemas que ésta ética debe enfrentar o dar respuesta satisfactoria. Los filósofos hemos señalado problemas diversos. Por ejemplo referidos a la presunta estrechez original que tenía la “clase de los virtuosos” en la formulación aristotélica que dejaba fuera a jóvenes y mujeres. Otro problema es el de la “educación” de la virtud. Las virtudes no son propiedades heredables de padres a hijos, como sí lo son ciertos rasgos genéticos, lo cual explicaría por qué los hijos de Pericles, a diferencia de su padre, no eran virtuosos. Por lo tanto hay que *educar* en las virtudes. Una manera de hacerlo es salirse del enclaustramiento en el derecho y mirar otras áreas humanísticas como la literatura. Creo que este tipo de problemas que señalo, son fácilmente contestables por la ética de la virtud contemporánea.

³¹ Amalia Amaya (2011, pp. 135-142), al analizar la concepción de la argumentación judicial reconstruida por Manuel Atienza, muestra la conexión entre un carácter virtuoso y una capacidad incrementada de argumentación racional.

³² Para los éticos de la virtud las emociones son vehículos cognitivos para dar buenas respuestas a problemas normativos. En el fondo, un teórico de la virtud ofrece una ética de las emociones o pasiones. Una educación de las pasiones en términos de respuestas virtuosas, enhebra emocionalidad y racionalidad práctica de un modo estrecho. Véase de Lariguet, Guillermo y Samamé, Luciana. “Son superfluas las emociones en el razonamiento judicial? Un análisis a partir de la compasión”, en revista *Ética y Discurso*, en prensa.

Porque, por una parte, la clase de los virtuosos ya no tiene la estrechez conceptual que tenía en el pensamiento original aristotélico. La educación jurídica, por otra parte, puede ser reorientada de modo tal que logre estimular las virtudes en los jueces. A menudo se ha pensado, erróneamente, que la ética de la virtud es sólo el envoltorio de una mera “psicología moral” y no forma parte de la ética. Creo que esto es una manera *moderna* de ver distorsionadamente la ética aristotélica y la ética antigua en general. En la filosofía moral antigua, pienso en los epicúreos y estoicos, y no sólo en los aristotélicos, la ética es en parte psicología y en parte ética normativa. No son hemisferios sin conexión. La ética es *psicológica* en tanto se preocupa por diagnosticar y reajustar emociones y creencias inadecuadas, y es normativa en tanto se trata de una terapia que expone un catálogo de rasgos de carácter que nos pueden llevar a la excelencia moral, al florecimiento integral o eudaimonía.

Lo que sí creo que comporta un problema para la ética de la virtud, más no un impedimento absoluto, es el problema del *conflicto entre virtudes*. En efecto, en los casos en que un agente moral, o un juez, experimente “dilemas morales”, “conflictos de conciencia” es casi seguro que las virtudes estarán también en conflicto. La pretensión de la virtud, sin embargo, es que la “prudencia” juega un rol estelar como cohesiva de las virtudes en conflicto.

Ahora bien, aun si esta tesis puede ser cierta para muchos casos, no necesariamente es aplicable a todos los casos del mundo. Por ejemplo, en los llamados “casos trágicos”, que son aquellos donde haga lo que haga un agente no podrá evitar un mal resultado, es por lo menos incierto si la prudencia puede garantizar la armonía entre virtudes y determinar una respuesta “correcta” para el caso trágico³³. Pero sí que puede defenderse que si el juez es virtuoso, hará lo mejor posible y vivirá con angustia su decisión, siendo consciente de que, quizá, no pudo evitar completamente *sacrificar* una opción valiosa. Esta angustia, puede a posteriori, ser el motor para impulsar cambios en el derecho o cambios institucionales que permitan reacomodar las cosas para evitar futuros sacrificios de determinado valor que se juzga importante.

4. CONCLUSIONES

Es hora de recoger los hilos de mi argumentación. Tras presentar en forma sumaria una descripción de los ejes en los que se ha centrado el debate después del *Postscriptum* de Hart, di un paso en la reconstrucción de la raíz de la insuficiencia del positivismo jurídico heredero de Hart. Mantuve, al respecto, que la posición de autores como Dworkin está en mejores condiciones de dar cuenta de la normatividad del derecho en sentido fuerte. Esto, además, nos

³³ Lariguét, Guillermo. *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual*. Prólogo de Manuel Atienza, Palestra-Temis, Lima-Bogotá, 2008 y del mismo autor *Encrucijadas Morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*, Prólogo de René González de la Vega, Plaza y Valdés, Madrid, 2011.

permite tener una filosofía jurídica “recargada” que presta mayor atención a la filosofía moral y política.

Esta mayor atención se ejerce en la medida en que el teórico *no positivista* se percata de que el problema de la normatividad jurídica, *qua problema práctico*, no se puede resolver solamente con base en una teoría del derecho endogámica. Una mejor teoría jurídica es aquella que resulta genuinamente parte de la filosofía práctica como un todo y es, justamente, esta versión holística las que nos ha transmitido Ronald Dworkin. Según esta versión, el teórico del derecho es un filósofo práctico con todas las letras que debe intervenir en debates sustantivos y no quedar confinado a discusiones de “escuela puertas adentro” o a discusiones meramente formales.

Precisamente, en la mencionada versión holística me he inspirado para considerar que un aporte a la discusión sobre el rendimiento del *Postscriptum* de Hart puede descansar en una inclusión de la ética normativa de las virtudes. Tal inclusión es una lección que podemos inferir de un enfoque holístico como el de un autor como Ronald Dworkin. Esto porque, como he señalado oportunamente, la reflexión sobre la normatividad del derecho, entendida en términos de su articulación con la moral crítica, puede ser complementada con la aportación de la reflexión sobre la importancia práctica que tienen las virtudes morales de los jueces. Además, recordemos, que Dworkin vislumbró la necesidad de un juez virtuoso a partir de su hipótesis contrafáctica del juez Hércules. Empero, Dworkin no se ocupó, hasta donde yo sé, en forma explícita, de la prudencia o frónesis.

No obstante, lo señalado anteriormente parece insuficiente desde el punto a partir del cual procuramos captar las relaciones profundas y densas del derecho con la moral crítica. En el debate entre hartianos y dworkinianos se ha dejado de lado un tema esencial, a saber: qué tipo de carácter moral deben poseer sus instituciones aplicativas, es decir, los jueces. La discusión sobre la discreción judicial, el papel de los principios morales en la tarea judicial o la cuestión acerca de la naturaleza del razonamiento jurídico no resultan *inertes* al carácter de los jueces. Esto porque, incluso si aceptásemos que es una cuestión contingente la relación entre derecho y moral a nivel de las *reglas*, no parece una cuestión contingente la existencia –constatable– de nuestras creencias ciudadanas de que el derecho no es confiable como instrumento de gobierno si es aplicado por jueces moralmente viciosos. Hecha esta asunción se podría transitar al discurso sobre las virtudes que son los reversos del vicio en sus diversas manifestaciones.

He argüido a favor de una teoría aristotélica de la virtud. Entre otros rasgos de excelencia, la misma nos suministra el criterio de la frónesis para llegar a soluciones moralmente correctas.

Aunque no lo he explicado, el tema de las virtudes podría colapsar, al final, en el debate sobre qué se requiere para tener una *buena teoría del derecho*.

En mi opinión, la conexión de la teoría jurídica con la filosofía moral y política es solamente condición necesaria de una “buena” teoría o un buen teórico. Una condición adicional es que los teóricos tengan las virtudes intelectuales adecuadas para *focalizar* en los rasgos morales centrales que hacen del derecho un sistema práctico legítimo o autoritativamente fuerte apto para generar razones en sentido estricto para actuar a los jueces. Posiblemente esta sea la tesis de John Finnis³⁴, pero no es necesario, ciertamente, ser un iusnaturalista para defender una perspectiva de las virtudes que deben exhibir los teóricos y sus teorías.

Ahora bien, ¿por qué ocuparse de la insuficiencia del positivismo hartiano y el tipo de debate metodológico que su *Postscriptum* ha levantado? Recientemente, autores de la talla de David Enoch, con mucha sutileza, han planteado la dudosa relevancia de las discusiones metodológicas entre positivistas y otros adversarios. La duda de Enoch se plantea en los términos de que esta discusión metodológica traza –si acaso– una débil diferencia práctica en el mundo³⁵.

Supóngase, sin embargo, que Enoch no está del todo en lo cierto. Uno podría decir que, aun si las estadísticas dijeran que nuestros jueces son o no son hartianos, o son o no son dworkinianos, la cuestión no dejaría de ser un tema de números, de estadísticas y, por ende, una cuestión empírica. Por el contrario, cuando discutimos sobre la relación entre teoría y praxis, el alcance de la supuesta discreción judicial o la intersección de los principios morales correctos con el razonamiento judicial, podemos interesarnos en cuestiones *de jure*, a saber: *cuáles son nuestras teorías correctas*. Con ellas podríamos cazar el comportamiento empírico de los jueces y *evaluarlo*.

Inclusive suponiendo que, como digo, se trata de discutir sobre cuestiones de *jure* y no de *facto*, estamos olvidando un dato adicional que nos hace temer sobre la verosimilitud de la duda puesta por Enoch, a saber: queremos que las teorías jurídicas resulten, o bien *completadas* adecuadamente, o bien *operativas* en la práctica. Y esto no puede darse sin más. Por ejemplo, la teoría dworkiniana puede ser completada con un discurso de las virtudes que, en su caso, debe mostrarse compatible con un estado *liberal* de derecho. Esto porque, como ya sabemos, no cualquier virtud moral de los jueces es necesariamente coherente con los postulados de un estado liberal de derecho. En adición a esto último hay que refrendar con buenos argumentos, como por ejemplo los dados por John Rawls en su *Teoría de la Justicia*, en su *Liberalismo Político y Derecho de Gentes*, el valor intrínseco que tiene respetar un pluralismo de concepciones razonables, así como defender la virtud de la tolerancia en el marco de tal pluralismo.

³⁴ *Ley Natural y Derechos Naturales*, Estudio Preliminar de Cristóbal Orrego, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Capítulo 1, 2000.

³⁵ Enoch, David, “Is General Jurisprudence Interesting?” (May 1, 2015). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2601537> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2601537>

Ahora pues, admítase por mor de mi argumento que, en el caso de una teoría como la hartiana, a diferencia de la dworkiniana, no se trata de una “obvia” teoría con *intenciones prácticas* que procure hacer, como dice Enoch, “diferencias prácticas”. Aquí tenemos, al parecer, una suerte de “metateoría”, dado que su lenguaje (el de la teoría de Hart) es un (meta) lenguaje sobre el lenguaje de primer orden los juristas³⁶. Esto es algo parecido a decir, como reconoce Enoch, que la teoría jurídica, así concebida, es parecida a la *metaética*.

Con todo, para que la metaética, o la teoría jurídica, tengan impacto práctico, impacto cuya supuesta ausencia denuncia Enoch respecto de la teoría jurídica, son necesarias *premisas auxiliares intermedias* entre las premisas abstractas de estas teorías y la realidad; realidad que, en el supuesto judicial, se vincula con “casos concretos que resolver”.

Aquí es donde, precisamente, entra mi propuesta de que la teoría normativa de las virtudes puede jugar ese papel de dotación de premisas auxiliares. Sin jueces intelectual y moralmente virtuosos, ¿qué esperanzas racionales puede tener el ciudadano en la corrección moral y/o justicia de las decisiones judiciales? La ética normativa, de la mano de las virtudes, sí que parece trazar la anhelada diferencia práctica.

En cualquier caso, si la introducción de las virtudes supone asumir la existencia de *creencias*, e incluso de *deseos*, que postulan a nivel epistémico de creencias, y anhelan a nivel desiderativo, la relación necesaria entre jueces virtuosos y aplicación correcta del derecho, entonces, en un nivel como el par creencia-deseo, el positivismo de Hart parece haber sido disuelto. Su positivismo “suave” no alcanza, ya que ahora incorporamos datos, basados en creencias y deseos, datos reconstruidos en términos de de ética normativa. Tal reconstrucción parece mostrar que en el dominio de las creencias y deseos ciudadanos, se establecen conexiones no meramente contingentes entre el derecho y la moral sino conexiones más profundas. Se *cre*e que jueces corruptos moralmente no pueden ser jueces justos, reflexivos y prudentes. Y se *desea* que el estado de derecho sea administrado por buenos jueces desde el punto de vista normativo de la ética de la virtud. Estos aspectos mentales, identificados con creencias y deseos, luego son, como digo, pasados por la criba (o reconstruidos, si se prefiere la expresión) por una ética normativa.

Mi conclusión para este trabajo es, entonces, la siguiente: la normatividad moral, las razones para actuar en sede judicial y la objetividad ética son, con seguridad, temas en los que debemos concentrarnos con ahínco. Son temas más sustantivos que metodológicos o formales, si se quiere. A fin de cuentas, este debería ser para mí el corolario sensato de las discusiones entre autores como Hart y Dworkin. La discusión metodológica *por que sí*, es “autofágica”. Cuando

³⁶ Por ejemplo, es típico de Hart preguntarse seriamente “cómo usan” los juristas expresiones como regla, tener una obligación, soberano, obediencia, etc.

la discusión metodológica tiene rendimiento sustantivo la teoría jurídica parece avanzar más lejos.