Ius Comitiālis

ISSN: 2594-1356

iuscomitalis@uaemex.mx

Universidad Autónoma del Estado de México
México

Vigo, Rodolfo I.

Del voluntarismo jurídico a la razón práctica del derecho
Ius Comitiālis, vol. 3, núm. 5, 2020, Enero-Junio, pp. 7-20
Universidad Autónoma del Estado de México
México

DOI: <https://doi.org/10.36677/iuscomitalis.v3i5.13588>

- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el derecho

From legal voluntarism to practical reason in law

RODOLFO L. VIGO*

Esta obra está bajo licencia Creative Commons
Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0
International (CC BY-NC-SA 4.0)

Resumen

Se analizan las conexiones entre razón y voluntad con el derecho como facultades humanas que han sido definidas de formas distintas por varios autores, dichas precisiones se proyectan al campo jurídico de diversas maneras. Se asocia elementalmente a la razón con la capacidad de conocer “teóricamente” diciendo cómo son las cosas y estructurando razonamientos o “prácticamente” discerniendo y dirigiendo la conducta y la voluntad con la capacidad de querer y concretar las operaciones humanas. En términos kantianos, la razón teórica quiere discernir qué es lo que podemos conocer, mientras que la razón práctica indica cómo debemos actuar.

Palabras clave

Voluntarismo jurídico, Razón práctica, Derecho, Jurisprudencia, Racionalidad.

Abstract

The connections between reason and will with the law are analyzed as human faculties that have been defined in different ways by different authors and those details are projected to the legal field in various ways. It is based on associating reason elementally with the ability to know “theoretically”, saying how things are and structuring reasoning or “practically”, discerning and directing behavior and will with the ability to want and specify human operations. In Kantian terms, theoretical reason wants to discern what we can know, while practical reason indicates how we should act.

Key words

Legal voluntarism, Practical reason, Law, Jurisprudence, Rationality.

*Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe y Licenciado en Ciencias Políticas por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Profesor en la Pontificia Universidad Católica Argentina, en la Universidad Nacional del Litoral y en la Universidad Austral de Buenos Aires. Doctor Honoris Causa por la Universidad de Ica (Perú) y por la Universidad María Auxiliadora de Lima (Perú).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8305-0374>. Correo electrónico: vigorodolfo@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Nuestro interés central es la razón práctica, que podríamos también llamar axiológica, moral o ética en tanto juzga desde el bien, o los valores a las conductas y por extensión al resultado de éstas, como normas, instituciones, hábitos, etc. Esa precisión es importante, dado que hay otras modalidades de racionalidad guiando a la praxis, pero en orden a la belleza (razón práctica estética o artística) o en orden a obtener un cierto resultado transformando cosas no humanas (razón práctica pragmática, técnica o utilitaria).

DE TOMÁS DE AQUINO A FRANCISCO SUÁREZ

La teoría jurídica propuesta por el Aquinate proclama la íntima conexión entre el derecho y la razón, ello se verifica al definir la ley como “ordenación de la razón” *“ordinatio rationis”* (Tomas de Aquino, p. 4), y al designar al saber prudencial jurídico como la matriz del derecho. Tal descripción no implica negar la voluntad, dado que siendo su objeto el querer, dicha facultad apetitiva se hace presente para instar al conocimiento, para luego operar o llevar a cabo el acto elegido por el saber práctico prudencial. Por ejemplo, el juez necesita saber cuál es la sentencia justa que debe dictar en ese proceso, y esa pregunta la remite al saber prudencial, pero la voluntad importa en tanto está presupuesto el querer del juez por ser justo, pero, además, una vez que la razón escoge la resolución a dictar, es necesario que el juez proceda a instancia de su voluntad a redactar y firmar la sentencia, y que ella finalmente sea operativa o eficaz. Desde esa teoría inspirada en Aristóteles, la verdad práctica no está en algo exterior al sujeto, dado que ella refiere a la orientación de la conducta que va a realizarse, y por eso consiste en cierta adecuación entre la razón que juzga sobre los medios y la voluntad que quiere el fin o el bien que plenifica al ser humano. La practicidad del saber es algo variable en intensidad, y así ella parece debilitada o en su mínima expresión en el plano de los primeros principios que coinciden con los fines más universales del obrar humano en cuanto orientado a procurar el bien y la consiguiente felicidad; y también alcanzará su máxima practicidad en el plano de las conductas concretas y contingentes, donde, consiguientemente, se encontrará más disminuida, tanto de la necesidad como la certeza de éste. La prudencia opera como una especie de puente-saber entre aquellas verdades más generales y universales, y las conductas contingentes e históricas que procura dirigir, pero como el conocimiento de los singulares se obtiene por los sentidos y la experiencia, resulta que la prudencia se adquiere ejerciéndola y la memoria respectiva; de ahí que Aristóteles advertía que los jóvenes pueden ser buenos

matemáticos, pero será difícil que sean prudentes. La prudencia jurídica tiene por objeto discernir y dirigir las conductas jurídicas en tanto obligatorias, prohibidas o permitidas según el derecho vigente y válido, por eso, ella se requiere en todo aquel que define derechos y deberes propios o ajenos, con alcance más general (por ejemplo, el legislador) o más concreto (por ejemplo, el juez), de manera heterónoma (por ejemplo, la ley) o autónoma (por ejemplo, un contrato).

Francisco Suárez, y más allá de que retoma enseñanzas de la primera escolástica, también es cierto que en muchas cuestiones toma distancia de la perspectiva estrictamente tomista, y algunas de ellas son muy relevantes. En efecto, y ciñéndonos al campo jurídico, con el jesuita el derecho en su analogado principal queda identificado con el derecho subjetivo, y la ley se asimila a la “voluntad de la autoridad” (*praeceptum commune, justum, stabile, habet promulgata*) (Suárez, pp. 1-12), en tanto, lo esencial pasa a ser la fuerza coactiva derivada del imperio de la voluntad. De ese modo, y sin perjuicio de las morigeraciones planteadas, lo constitutivo de la ley se identifica con el querer del gobernante y lo que él decide y promulga. Ese voluntarismo morigerado suareciano será alimentado y potenciado por otros autores, tal es el caso de Hobbes y Rousseau, y ya en este cualquier resabio de corrección racional queda descartada, a tal punto que puede decirse que la voluntad absorbe a la razón y la pone a su servicio.

En respaldo de esa desconfianza o rechazo de la razón práctica, vendrá la Reforma Protestante (Lutero, Calvino, Zwinglio) a ratificar el voluntarismo teológico insistiendo que lo bueno lo es porque así lo quiere Dios, junto a la advertencia de los riesgos que conlleva para la condena divina el confiar en la razón. Se deja de lado en ese terreno la enseñanza tomista que la fe confirma a la razón y la eleva, conforme a la cual no hay dos verdades sino una, pero a ella se puede acceder por la fe o por la razón. La matriz de la “prudencia” en donde –según la filosofía aristotélica-tomista– se generaba el “saber vivir-bien”, resulta transformada radicalmente con Kant en tanto la prudencia es redefinida en términos vinculados a optar por lo conveniente al interés personal y, de ese modo, pierde la relevancia que tenía en el saber práctico concreto –moral, jurídico o político–. Aranguren en síntesis apropiada escribe: “Se dibujan tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la prudencia (Sócrates), ética de la buena voluntad (Kant) y ética de la prudencia y la buena voluntad (Aristóteles)” (Aranguren J., 1958, p. 327).

EL IMPERIO DE LA VOLUNTAD EN EL ESTADO DE DERECHO LEGAL

Con la Revolución Francesa y el proceso de codificación que Napoleón inicia en 1804, el voluntarismo logra ser consagrado y plasmado en la misma “ley”, o sea en el “derecho”, en tanto éste no es más que lo contenido en aquella. La ley es declarada –conforme a las enseñanzas rousseauonianas del “Contrato Social”, como “infalible” e “incontrolable”, y el fundamento es que formula la “voluntad general” canalizada por el Poder Legislativo. Esa “voluntad general” será soberana y el alma del cuerpo política, mientras que la voluntad individual es el alma del cuerpo humano (André-Vicent, 1963). “*Dura lex, sed lex*” es la consigna para todos los juristas, de ahí que el profesor Murlon enseñe a los jueces: “un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley. Nada está sobre ella, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto que no se encuentran de acuerdo con la equidad na-

tural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mejor razón ni mejor equidad que la razón y equidad de la ley” (Bonnecase, 1944, p. 160), y Aubry prescriba para el mundo académico: “Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica, tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente contra innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña” (Bonnecase, 1944, p. 141). En el derecho privado el contrato es válido y “ley para las partes” en la medida que se ajuste a lo querido por las mismas, y esa voluntad (soberana) expresada con la firma se torna también irrevisable.

El iuspositivismo, primero legalista (escuela exegética francesa) y luego el kelseniano, son plenamente funcionales a ese Estado de Derecho Legal. Ambas perspectivas coinciden en identificar al derecho con las normas positivas o puestas por la voluntad de la autoridad, de manera que cualquier contenido puede ser derecho en la medida que esté mandado por el órgano competente. También esas teorías postulan que los valores o la moral nada tienen que ver con el derecho, y la teoría pura del derecho se encarga de explicitar un inequívoco escepticismo ético que se expresa al afirmar que la justicia es “un ideal irracional” (Kelsen, 1979, p. 15), y que el objeto de la teoría jurídica se limita a describir el derecho creado “por un acto de voluntad de autoridad humana” (Kelsen, 1979, p. 10). Coherentemente, llega a declarar que “el acto de interpretación jurídica no es de conocimiento sino de voluntad” (Kelsen, 2000, p. 353); es que no hay ninguna posibilidad de acudir a la razón con la pretensión que ella defina la mejor o más valiosa conducta u opción. Muerta o condenada la razón práctica, valorativa o moral, e identificado los juicios que se pronuncian en ese terreno con las emociones subjetivas o irracionales, la única razón que queda (enseñó el positivismo lógico del Círculo de Viena (R. Carnap, 1965; 1985, p. 66) a fines de la década del 20) es la teórica o especulativa, que se limita a describir las cosas por medio de proposiciones demostrativas, verificables o *a posteriori*, o la alternativa de confiar el conocimiento por medio de proposiciones verdaderas por su forma, o sea tautológicas o apriorísticas (propios de la lógica o las matemáticas).

LA REHABILITACIÓN DE LA RAZÓN PRÁCTICA

Luego de la experiencia histórica del “mal radical” del nazismo, son muchos los que se preguntarán cómo es posible que la razón permanezca sin ninguna respuesta frente a la evidencia de algo que se capta inmediatamente como contrario al hombre y a su razón. Frente a los que postulan el “derecho” de matar o eliminar a los que pertenecen a una “raza inferior”, ¿la razón está condenada a permanecer en silencio? A partir de esa dramática y básica pregunta, son varios los que vuelven especialmente a Aristóteles y a Kant (cfr. Riedel, 1972-1974) para tratar de reivindicar un espacio a la razón práctica como para que ella se pronuncie y juzgue como buenas (o malas) o correctas (o incorrectas) a ciertas conductas, normas o instituciones.

Los interrogantes e inquietudes mencionados son potenciados cuando ya en tiempos del Estado de Derecho Constitucional la “moral racional” se incorpora al derecho bajo los rótulos de derechos humanos, principios, valores o bienes, e incluso esa materia se reconoce como los criterios axiológicos desde los cuales debe juzgarse al derecho en orden a determinar su validez o invalidez. “La injusticia extrema no es derecho” proclama el Tribunal de Nuremberg, y al hacerlo se reconoce que hay algún límite sustancial que pone la moral o la razón para la existencia del

derecho, y que ese límite puede ser reconocido por cualquier razón humana, de modo que su violación o ignorancia ya no puede ser justificada. Los Tratados de Derechos Humanos reflejan en su redacción aquella confianza cognoscitiva y objetiva de la razón práctica al declarar que ellos no se “crean” sino que se reconocen, que resultan inalienables a cualquier voluntad (incluida la soberana de los Estados) y que tienen vigencia universal.

La filosofía jurídica hoy, al menos en autores apoyados en Kant como Alexy, Atienza, Nino, etc., o avalados por Aristóteles y Aquino como Finnis, Viola, Olle-ro, etc., reconocen que la razón puede respondernos algunas preguntas de índole moral o axiológica, y esas respuestas se traducen en exigencias de índole sustancial, pero también en el plano formal o procedimental.

Si vamos a Alexy, repasemos algunas tesis de su teoría no positivista, discursiva y dialógica, las que confirman la reconciliación entre el derecho y la razón: “a) el diálogo racional necesita del derecho para alcanzar realidad, y el derecho necesita del diálogo racional para alcanzar legitimidad” (Alexy, 2000, p. 257); “b) Los problemas de justicia son problemas morales”, y “es posible argumentar racionalmente en materia de justicia, lo que posibilita superar la emotiva-subjetiva” (Alexy, 2002, p. 85); “c) el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general” (Alexy, 1993, p. 55); “d) la teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación al contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos humanos y la democracia” (Alexy, 2000, p. 238); e) participar en la forma de vida humana más elemental y universal supone recurrir a “aserciones”, o sea “actos de habla con los cuales se plantea una pretensión a la verdad o a la corrección” (Alexy, 1995, p. 79); f) la doble naturaleza del derecho implica, por un lado, su aspecto real o institucional, o sea lo legal y lo eficaz y, por el otro, su “dimensión ideal o discursiva”; y g) sin metafísica no pueden sostenerse los derechos humanos, y estos se definen como universales, fundamentales, abstractos, morales y prioritarios, y no pueden “ser derogados por normas de derecho positivo (...) son la medida a la que deben ajustarse toda interpretación de lo positivizado” (Alexy, 2008). En la teoría alexyana rechazar la conexión entre el derecho y la moral o la razón implicaría la necesidad de aceptar “contradicciones performativas” (Alexy, 1997, p. 44), tales como reconocerles juridicidad a una Constitución que en su artículo primero se propone que las normas jurídicas a dictarse serán ininteligibles e injustas, o a una sentencia judicial escrita en un lenguaje que sólo conoce su autor. Esas normas no sólo resultan disparatadas o absurdas, sino que incurren en una falla conceptual en tanto el derecho formula implícita y necesariamente una pretensión de corrección o de justificación racional.

Igualmente, en Finnis encontramos esa conexión intrínseca entre derecho y razón práctica: a) la filosofía práctica (inescindiblemente incluye al derecho, la moral y la política) es “una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica” (Finnis, 2000, p. 48); “b) El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad (...). El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano insiste en estar fuera del orden de la razonabilidad (...) para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable” (Finnis, 2000, p. 69); c) los primeros principios de la razonabilidad práctica, o “primeros principios de la ley natural, que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no sólo por metafísicos),

son per se nota (evidentes) e indemostrables (...). No son inferidos o derivados de nada. Son inderivados (aunque no innatos)”, esos principios *communissima* se comprenden “experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones” (Finnis, 2000, p. 68); d) entre esos principios primeros o “bienes humanos básicos” está la “razonabilidad práctica”: el orden inteligente en acciones, hábitos y actitudes prácticas, tanto en su aspecto interno –de las acciones y disposiciones– como en su aspecto externo –correspondencia auténtica entre preferencias, valoraciones y autodeterminaciones; e) junto a esa racionalidad práctica manifestada sustancialmente en los bienes humanos básicos, Finnis afirma el método o el procedimiento para definir aquel plan de vida que nos permitirá “vivir-bien”: plan de vida coherente; ninguna preferencia arbitraria entre los valores, ni entre las personas; desprendimiento y desapego; eficiencia razonable; respeto a todo bien humano básico en todo acto y a las exigencias del bien común; y seguir la propia conciencia; y f) los derechos humanos constituyen “una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica” (Finnis, 2000, p. 239), ellos “clasifican y expresan las exigencias de la justicia (...) una expresión enfática de lo que está implícito en el bien común” (Finnis, 2000, p. 243).

LA RECEPCIÓN DE LA RAZÓN EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia norteamericana tempranamente asimiló, en buena medida, el control de constitucionalidad al control de racionalidad, apelando para ello a las Enmiendas V (1791) y XIV (1868), entendiendo el *due process of Law* no sólo en términos procesales, sino también sustanciales. En Latinoamérica, la jurisprudencia ha ido incorporando progresivamente en el control de constitucionalidad el control sobre el derecho en cuestión sometiéndolo a comprobar su racionalidad o razonabilidad; y, al respecto, en la Argentina la Corte Suprema ha ratificado la tesis que la sentencia debe ser “derivación razonada del derecho vigente a la luz de las constancias de la causa y no producto de la individual voluntad del juez” (Fallos:291-382;292-254;293-176; 302-967;303-120;306-717;320-702,321-1909,323-1019,327-931;333-1273;etc.).

Como ha coincidido sin mayores dificultades la doctrina nacional, el fundamento constitucional de la racionalidad en el derecho, está en los artículos 1 (sistema republicano), 17 (derecho de propiedad), 18 (debido proceso), 19 (principio de legalidad), 28 (principio de razonabilidad), 31 (supremacía constitucional), 33 (derecho innominado a contar con un derecho justificado racional) y en el mandato preambular de “afianzar la justicia”; pero puede aducirse que ese reclamo de armonizar derecho con la razón remite a la necesidad de que el derecho responda a sus exigencias intrínsecas asumiendo un rostro plenamente humano, en tanto pretende que la autoridad brinde razones que justifiquen su ejercicio autoritativo, y por esa vía permita su comprensión, su control y hasta su cumplimiento voluntario, o dicho sintética y omnicomprendivamente, que la totalidad de las normas que integran el derecho argentino no sólo sean vigentes, sino también válidas. Un derecho sin razones justificatorias equivale a suponer destinatarios igualados a animales en tanto incapacitados para conocer el valor de ese derecho, y al consiguiente riesgo de un derecho contra el hombre, su sociedad y sus derechos. En esa mirada hacia el derecho positivo argentino corresponde destacar que el nuevo Código Civil y Comercial recepción

explícita y reiteradamente esa necesidad de un derecho que sea “razonable”, ello se comprueba en los arts. 3, 553, 1011, 1019, 1041 inc. b, 1184, 1685, 1710, etc. En definitiva, lo que se pretende –reiteremos– es que el derecho (cualquiera sea el que lo formule: constituyente, legislador, administrador, juez, sociedad, particular, etc.) vigente sea válido o conforme a la razón, y así pueda ser comprendido integralmente por el destinatario cuando lo somete a verificar su racionalidad.

Vale aquí cuestionar la distinción enarbolada por el iuspositivismo legalista entre “creación” y “aplicación” del derecho, dado que quien pone derecho en algún sentido aplica y al mismo tiempo algo crea, al margen de las magnitudes de esas tareas que se puede constatar en cada sociedad según el régimen político-jurídico establecido. También es oportuno advertir que la presencia de la razón y la voluntad resultan ineludibles en el acto de formulación del derecho, aunque esa presencia puede ser más o menos importante a tenor de las características de la norma dictada y del referido sistema jurídico-político. Por otro lado, la tentación de reclamar racionalidad sólo al juez y tolerar la voluntad del legislador sin control racional, supone postular una imposibilidad casi esquizofrénica, dado que la irracionalidad de la ley contaminará ineludiblemente de irracionalidad a lo que sigue.

SIMPLEMENTE “RACIONALIDAD”

Es cierto que la teoría jurídica ha debatido mucho en las últimas décadas sobre cómo definir a la “racionalidad” y a la “razonabilidad”, y cuáles serían sus coincidencias y sus diferencias. A esa discusión se ha sumado otro concepto en disputa que es el de “proporcionalidad”, con el que pueden comprobarse solapamientos entre ellos. Al margen que hay un uso amplio que asimila la racionalidad al respeto de las exigencias de la lógica, mientras que la razonabilidad se conecta con lo valioso en términos axiológicos, nos parece que la noción más abarcativa puede estar simplemente en la racionalidad, o sea en aquello conforme o ajustado a la razón humana integralmente considerada (tanto teórica, respetando las exigencias lógicas, como la razón práctica: ajustándose a las exigencias nucleares axiológicas, morales o éticas). Las fórmulas utilizadas en la jurisprudencia argentina resultan compatibles con lo postulado, en tanto admiten que el control de constitucionalidad se ejerce sobre lo “irrazonable, inicuo o arbitrario” (Fallos: 340-1480), o se lo reconoce como un control “de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad” (Fallos: 339-1077).

Al reclamar “racionalidad” en el derecho, no se está pretendiendo una razón sofisticada o sólo instruida científicamente, sino aquella más elemental y extendida que en terminología anglosajona se reconoce como “*common sense*” atribuible a un “*reasonable man*”, aunque con las restricciones y exigencias que pondrá el derecho vigente y válido en esa sociedad. En el artículo 54 del Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica (aprobado por las veintidós Cortes Suprema de dicho espacio geográfico) se refleja la tesis aludida cuando se le reclama al “juez íntegro” se comporte de la manera que exige “un observador razonable”. Recordemos e insistamos que en la filosofía clásica esa capacidad para conducir la vida de conformidad al bien humano o al “florecimiento humano” era fruto de la prudencia, y ésta no se adquiría mediante el estudio, sino a través de la experiencia y la memoria, apoyándose en una razón capacitada para identificar la conducta mejor

humanamente hablando, y también en una voluntad habituada a querer también lo mejor. Pretender que alguien cumpla una norma que resulta para un observador razonable notoriamente ininteligible o injustificada, es someterlo a una violencia que la autoridad pueda dar por superada en la medida que exhiba las razones que la respaldan y justifican. Más allá de las zonas grises que suponen aquellos conceptos, ellos también permiten identificar zonas donde claramente se comprueba que el derecho, si pretende asumir un rostro o una matriz humana, debe ser racional y justificado, y si no lo es, termina identificándose con violencia o irracionalidad. Precisamente, las teorías de la argumentación se han abocado a desplegar todo un aparato conceptual destinando a exigir y controlar desde la razón lo mandado por la autoridad. Asimismo, esos reclamos por la argumentación no se han reducido al campo judicial, sino que se han extendido y modalizado respecto a todas las fuentes del derecho. Es cierto que la tarea de los jueces es definir cuál es el derecho vigente y válido, pero a veces al decirlo puede violentar en su misma sentencia a la razón, aunque lo que se pretende es que la jurisprudencia expulse del derecho las normas que contradicen la constitución y al derecho.

RACIONALIDAD COMO VALIDEZ JURÍDICA

Desde esa visión amplia de la racionalidad, quedan comprendidas en la misma, tanto la razonabilidad como la ponderación o la proporcionalidad, e incluso nos parece que aquel concepto puede llegar a identificarse con el de validez jurídica, en el sentido que sólo puede reconocerse como derecho aquello que supera el test de justificación racional. En definitiva, merece ser descalificado o invalidado en términos jurídicos lo que resulta evidente y gravemente irracional.

Estimo que el desarrollo de la jurisprudencia argentina en torno al recurso de inconstitucionalidad por sentencia arbitraria y los debates doctrinarios al respecto, son un buen banco de pruebas de lo que hemos estado analizando en cuanto a la necesaria conexión entre derecho y razón. Es que cuando vamos a los repertorios jurisprudenciales, la enorme variedad de hipótesis de la arbitrariedad, nos hablan en última instancia de algo que no alcanza a justificarse con la razón o excede el marco de razonabilidad tolerable, y que, por ende, sólo descansa en la voluntad o el poder de alguien. Podemos coincidir con aquellos que descalifican a una sentencia arbitraria por ser contraria a la constitución, pero nos parece que esa descalificación responde a motivos más raigales; en efecto, el problema es ontológico o conceptual, pues sí hemos asociado intrínsecamente al derecho con algo generado por la razón práctica o que no violenta de manera grave y evidente sus exigencias, en el supuesto de comprobarse que aquello que pretende ser reconocido como derecho no logra ser justificado racionalmente, corresponde negarle esa calidad de jurídico. En síntesis, una sentencia arbitraria no sólo no es constitucional, sino que no satisface las exigencias que requiere el objeto derecho.

Desde esa lógica, la teoría de la arbitrariedad perfilada pretoriamente en la Argentina es una teoría sobre la invalidez o incompatibilidad de lo que procura en términos racionales ser admitido como parte del derecho vigente y válido. Veámos en las teorías de Alexy y Finnis que al derecho lo acompaña constitutiva o esencialmente la pretensión de racionalidad y de corrección, de modo que si los jueces –que son los encargados en última instancia de definir cuál va a ser el derecho vigente y válido en la sociedad– comprueban que una norma (constitucional, legal, administrativa, judicial, consuetudinaria, contractual, etc.) invoca juridicidad, pero no

supera el test de justificación racional, les compete a ellos expulsarla del derecho, no obstante, la pretensión de pertenencia que pudo acompañar a su nacimiento por parte del autor respetivo. Junto a esa exigencia ontológica de rechazar como derecho válido a lo evidentemente irracional, el derecho positivo argentino recepta en plena sintonía con un Estado de Derecho Constitucional, que la función judicial consiste en derivar razonadamente desde el derecho vigente y válido la solución para el caso bajo su jurisdicción. Lo que se dice o reclama de la sentencia judicial, corresponde extenderlo a toda manifestación autoritativa o voluntaria que pretende crear derecho, y ello –insistamos– no sólo porque lo reclama la Constitución argentina, sino porque lo exige la naturaleza misma del derecho.

Son varios los autores que han denunciado las dificultades que se enfrentan a la hora de proponer un concepto claro sobre la arbitrariedad en el derecho, y ello responde –pensamos– a que las hipótesis de irracionalidad en el derecho efectivamente pueden ser muy variadas. Recordando que, según Aristóteles, los opuestos pertenecen al mismo género del saber, al hablar de la irracionalidad estamos hablando al mismo tiempo de la racionalidad, más allá que siempre será más fácil identificar lo negativo que lo positivo. Por nuestra parte hemos trabajado un concepto de validez que finalmente se asimila a lo “justificado racionalmente”. Esta conexión se puede encontrar en un autor vinculado a Kant como Nino cuando escribía: “predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma en particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar (...). Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o de una norma, esto equivale a negar su existencia(...) el significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas” (Nino, 1985, p. 7). Desde una matriz conectada a un cierto iusnaturalismo, Sergio Cotta ratifica “una obediencia consciente a la ley proviene del reconocimiento, no ya de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad y ésta no puede imponerse, sino que se demuestra mediante un proceso riguroso de justificación. De ese modo, la ley vuelve a adquirir un carácter humano de acto de razón, pero de una razón cuyo criterio de verdad está en la naturaleza específica del hombre (...)” (1987, p. 14). Y en estricta fidelidad a las enseñanzas de Tomás de Aquino, Francesco Olgiatti concluye: “(...) decir que el derecho debe tener una justificación, equivale a afirmar que la primera nota esencial de la juridicidad es la racionalidad (lo irracional –como una banda de malhechores– es antijurídico)” y “El derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectan rationem*” (Olgiatti, 1977, pp. 51-229).

Insistamos que la normatividad justificada instala a la misma en el derecho gracias a su racionalidad expresada en los argumentos o razones que la fundamentan, la motivan o la respaldan. Dicha tesis conlleva intentar identificar esas exigencias racionales que debe satisfacer la norma jurídica como para concluir su validez o justificación. Quizás un modo de reconocer la relevancia de lo que estamos hablando, es aludir a la alternativa contraria, o sea que las decisiones se satisfacen con la mención expresa de la voluntad decisoria, resultando inexistente o irrelevante el aspecto justificatorio, pues en el mejor de los casos puede cubrirse ese requerimiento *a posteriori* de la decisión como para satisfacer alguna necesidad institucional. De ese modo, las normas en cuestión sólo tendrían la parte resolutoria del caso o los casos a los que regulan, es decir, las definiciones del estatus jurídico de las conductas implicadas o los derechos que atribuyen o los deberes que imponen; pero no habría estrictamente razonamiento, es decir, no se iría desde premisas o juicios conocidos a otros que llegan a conocerse en virtud de conexiones lógicas. En síntesis,

pura voluntad decisoria y ninguna justificación racional, más allá de alguna fachada justificatoria como para cubrir esas apariencias que dificultan sobradamente la legitimidad del poder respectivo.

Al margen de la hipótesis planteada de ausencia de justificación racional y del rechazo contraintuitivo que suscita, vayamos a la alternativa defendida, que puede ser reconstruida y coincidir con el test de validez o justificación racional de una norma jurídica, y al respecto reconocemos diez exigencias específicas y una más de alcance integral o transversal (cfr. Vigo, 2015, cap. XXII):

1. Racionalidad orgánica (RO): la creación de derecho (público o privado) remite a quien tiene competencia para ello, y resultaría contrario a ese orden exigirle que alguien debe cumplir una norma dada por quien carece del derecho de disponerla; 2. Racionalidad procedimental (RP): la razón está en condiciones de juzgar mejores y peores procedimientos para el dictado de una norma, y el derecho discierne y precisa en ese terreno, por lo que incurre en irracionalidad o injustificación cuando surgen normas violatorias de esas definiciones institucionales; 3. Racionalidad sistémica (RS): las normas jurídicas no están aisladas, y la racionalidad requiere que ellas se ajusten entre sí respetando sus jerarquías, valores y delegaciones, de ese modo en el sistema jurídico hay características sustanciales y formales para las diferentes normas, posibilitando su validez respectiva; 4. Racionalidad lógica-lingüística (RL): sería irracional exigirle que asumiera las consecuencias del incumplimiento de una norma jurídica cuando no tuvo la posibilidad de conocerla o comprenderla dado que ella violenta a la lógica o se expresa en un lenguaje desconocido para él; 5. Racionalidad teleológica (RT): se violenta esta exigencia cuando la norma prescribe un medio determinado dado que busca obtener un cierto fin, pero se verifica la inidoneidad del mismo para tal propósito; 6. Racionalidad científica (RC): una norma no está justificada racionalmente cuando presupone o afirma una contradicción indiscutible con una verdad demostrada científicamente; 7. Racionalidad sociológica (RS): importa invalidación o no justificación imponer jurídicamente comportamientos que suponen violencia frente a costumbre o *ethos* arraigados en la sociedad que no son irracionales; 8. Racionalidad axiológica (RA): frente a lo “extremamente” injusto o disvalioso se pierde la racionalidad y, consiguientemente, la juridicidad; 9. Racionalidad fáctica (RF): una norma jurídica racional incluye exigencias posibles de ser cumplidas por parte de los destinatarios, y estamos en un terreno irracional frente a lo imposible de cumplir; 10. Racionalidad intencional (RI): compromete la validez y justificación racional de una norma cuando su autor tiene actitudes o comportamientos que revelan o ponen sospechas graves de una intención incorrecta o no ajustada a la razón exigida o esperada; 11. Racionalidad prudencial o ponderativa (RP): su objeto es determinar en concreto la medida de la irracionalidad acreditada y si resulta lo mejor optar finalmente por la invalidez de la norma, de ese modo es una exigencia transversal que toma en cuenta las restantes exigencias.

En torno al test de las diferentes racionalidades exigibles para que una norma se entienda como justificada y, por ende, válida y obligatoria, nos gustaría concretar los siguientes señalamientos: a) los requisitos aludidos remiten a la razón integralmente considerada, pues hay exigencias de razón teórica (por ejemplo, lógicas) y de razón práctica (sustanciales: por ejemplo las axiológicas; y también formales: promulgación de la norma; ambas determinándose en un plano general o universal, aunque acotado por el marco institucional aplicable) (Vigo, 2010, pp. 180-190); b) en un sentido amplio podríamos asimilar o subsumir todas las racionalidades en la

denominada axiológica, en tanto su violación conlleva imponer deberes que por no estar justificados racionalmente resultan disvaliosos y pura voluntad; sin embargo, nos parece más claro y preciso acotar dicha racionalidad a la presencia o ausencia de la justicia; c) somos conscientes de las preguntas y problemas implicados en la racionalidad intencional, por ejemplo, respecto al valor objetivo que acompaña al acto justo aunque –como lo demanda la moral– sin habitualidad y sin la intención respectiva, pero de todas maneras, pensamos que la presencia de una intención o pretensión de corrección o justicia, logra preparar, acompañar o garantizar mejor la racionalidad (Sagües, 2002, p. 122); d) quisiéramos subrayar la importancia de la última racionalidad prudencial o ponderativa en tanto su objeto es definir en concreto si la norma se calificará finalmente como válida o inválida, y en ese punto no sólo deberá tenerse en cuenta la magnitud de la irracionalidad, sino también las consecuencias que se derivarán de la invalidación, pues una máxima de la ética clásica muy elocuente es que “lo mejor, puede ser enemigo de lo bueno”; y e) en una rápida lectura de la jurisprudencia argentina nos parece que es posible encontrar sentencias que respaldan a la totalidad de las racionalidades apuntadas, incluso la polémica intencionalidad, comprobándose la matriz –pacíficamente reiterada en la jurisprudencia argentina– que el derecho es incompatible con la irracionalidad grave y evidente.

FUNCIONES O BENEFICIOS DE LA RAZÓN EN EL DERECHO

Reseñemos algunas funciones que resultan beneficiosas para la sociedad y para el mismo derecho reclamar la mencionada justificación racional, admitiendo que en el detalle que sigue es factible constatar redundancias que se mantienen por motivos pedagógicos y de insistencia modalizadas de tesis centrales:

1. Función validante: de ella ya se ha mencionado, por lo que no diremos nada más, aunque reiteraremos la necesidad de que los juristas superen la noción de validez reducida al sistema jurídico y a requisitos formales;
2. Función integradora: una norma completa está integrada por su enunciado deóntico, su interpretación, los casos que se resolvieron conforme a la misma y su respectiva justificación racional, y ésta apelará necesariamente a esclarecer el fin que se busca, y para lograr esa mirada completa de la norma, será muy ventajoso contar con la mencionada justificación.
3. Función previsora: una norma justificada racionalmente potencia la posibilidad de saber anticipadamente la solución jurídica que se les brindará a los casos por ella regulados, pues así se despejan dudas sobre aquellos casos ya decididos en relación con los casos análogos o cómo finalmente pueden resolverse en última instancia.
4. Función sistematizadora: la norma comprendida integralmente facilita la tarea del jurista en orden a configurar el sistema u ordenamiento con las restantes normas o principios, identificando: jerarquías, antinomias y su solución, lagunas e integración, membresías, economía normativa, etc.
5. Función cognoscitiva de la teoría interpretativa: compartimos la tesis alexyana que todo sistema jurídico no sólo tiene normas y principios en donde se encuentra el derecho, sino también define una matriz conforme

- a la cual debe operarse ese derecho, precisamente la justificación racional favorece la comprensión de conocer cuál es la teoría de la interpretación en ese particular sistema.
6. Función economizadora de litigios: normas justificadas racionalmente evitan interpretaciones antojadizas o arbitrarias que promuevan cuestionamientos o dispendio de recursos, especialmente de índole judicial.
 7. Función legitimadora de la autoridad: la indispensable legitimidad o confianza que requiere una verdadera autoridad, se nutre de esa capacidad de sancionar normas autoritativas que revelen el esfuerzo exitoso de una justificación racional de las mismas.
 8. Función concretizadora: fácil es constatar diversas exigencias jurídicas que la razón más universal y permanente justifica como tales, sin embargo, se requiere reforzarlas y concretarlas modalizándolas para un tiempo y espacio determinado por medio de mandatos justificados racionalmente.
 9. Función preventiva de errores: mediante la justificación racional es probable que la autoridad normativa no caiga en ciertos errores que de atenerse sólo a su voluntad o querer resultaría más fácil de incurrir.
 10. Función pedagógica: las reglas jurídicas intentan ser modelos y causas eficientes de conductas, por eso la explicación y proyección operativa a sus destinatarios favorece el conocimiento de ellas y su eficacia.
 11. Función científica: a la hora de la descripción, interpretación y reconstrucción sistemática que le corresponde elaborar a los especialistas en las diferentes ramas del derecho, constituye al respecto un elemento muy valioso contar con la justificación racional de las normas jurídicas de su interés.
 12. Función estabilizadora: justificando racionalmente las reglas jurídicas es posible descargar futuras argumentaciones mediante la invocación de éstas y aportar por esa vía a la previsibilidad de respuestas jurídicas generales o concretas.
 13. Función pacificadora: la justificación racional apropiada brinda o posibilita una función persuasiva y no de mero cumplimiento externo por parte de respecto de aquellos que no resultan beneficiados por las reglas jurídicas vigentes y válidas.
 14. Función transformadora en la formación del jurista: nuestras Facultades de Derecho pretenden alumnos en los que se privilegia la capacidad de memoria y se descarta la capacitación y práctica del diálogo racional, pero muy distinta sería esa formación y el plan de estudios si se incorpora la necesidad de la justificación racional.
 15. Función crítica y dialógica: mandatos autoritativos justificados racionalmente permiten que se generen diálogos racionales en tornos a los mismos, en orden a respaldarlos o criticarlos.
 16. Función moralizadora: al inscribir a la autoridad en el ámbito de lo racional, se supera el conflicto moral –apuntado por la teoría kantiana– que supone disponer acerca de la libertad del otro.
 17. Función revalorizadora de la jurisprudencia: la justificación racional requerida por toda regla jurídica incluye al precedente judicial, más aún, su papel resulta imprescindible atento al papel que le compete a los jueces como responsables de decir cuál es el derecho vigente y válido en última instancia.
 18. Función potenciadora de los casos: si mantenemos la idea que la interpretación es reconstruir la voluntad o el pensamiento del legislador como enseña Savigny, perdemos de vista ese indispensable ajuste que requiere toda regla a

los casos que regula y suponemos sólo casos fáciles, pero si nos interesamos por la justificación racional se advertirá cuanto importa en ese terreno un conocimiento verdadero del caso o los casos que la norma regula.

CONCLUSIONES

Luego de esos ciento cincuenta años de vigencia del voluntarismo jurídico en el marco del Estado de Derecho Legal, en donde no se habla de la racionalidad práctica valorativa en el derecho, corroboramos que en la segunda mitad del siglo XX con el Estado de Derecho Constitucional ha cambiado ese paradigma y se pretende que el derecho será reconocido como tal en tanto luzca justificado racionalmente, y concluir consiguientemente, que cubierto dicho requisito es válido y obligatorio. Insistamos que esa pretensión no sólo se dirige a los jueces, sino a todo aquél que crea derecho, incluso si lo crea por medio de normas contractuales patrimoniales. Así, la teoría de la argumentación jurídica procura perfilar en términos racionales cómo debe hacerse toda norma jurídica y qué contenidos resultan incompatibles y cuáles necesarios como para que finalmente se admita como parte del derecho vigente y válido a eso que se ha creado con dicho propósito. En ese marco de racionalidad jurídica, ya no se distingue raigalmente creación y aplicación, ni tampoco ley o resolución administrativa con sentencia judicial, pues lo relevante es que se pretende instituir obligatorios deberes jurídicos. La jurisprudencia argentina en materia de sentencia arbitraria es un interesante y revelador campo de prueba de esa tesis que rechaza o invalida lo que resulta manifiesta y gravemente irracional, y ello no sólo porque lo exige la Constitución, sino porque hay motivos raigales u ontológicos que reivindican un derecho racional.

REFERENCIAS

1. Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
2. Alexy, R. (2008). ¿Derechos Humanos sin Metafísica? En *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho "Ideas y Derecho"*. Buenos Aires.
3. Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara.
4. Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
5. Alexy, R. (2000). La institucionalización de la razón. *Persona y Derecho*, (43). Pamplona: Universidad de Navarra.
6. Alexy, R. (2002). Recht und Moral. En Harle, Wilfried-Preul, Reiner (eds.). *Ethik und Recht*, N.G. Elwert Verlag, Margurg.

7. André-vincet (1963). La notion moderne de droit naturel et le volontarisme. *Archives de Philosophie du droit* (8). Buenos Aires: Gherzi.
8. Aranguren, J.L. (1958). Ética. *Revista de Occidente*. Madrid: Alianza Editorial.
9. Bonnecase, J. (1944). *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*. México: Cajica.
10. Carnap, R. (1965). *La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje. El positivismo lógico*. México: FCE.
11. Carnap, R. (1985). *Manifeste du Cercle de Vienne*. París: ed. Antonia Soulez, P.U.F.
12. Cotta, S. (1987). *Justificación y obligatoriedad del derecho*. Madrid: Ceura.
13. Finnis, J. (2000). *Ley natural y derecho natural*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
14. Kelsen, H. (2000). *Teoría Pura del Derecho*. México: Ed. Porrúa.
15. Kelsen, H. (1979). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM.
16. Néstor Pedro Sagües (2002). *Recurso extraordinario*, T.2, Buenos Aires: Astrea.
17. Nino, C.S. (1985). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
18. Olgiatti, F. (1977). *El concepto de juridicidad en Tomás de Aquino*. EUNSA: Pamplona.
19. Riedel M. (ed.) (1972-1974). *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*. vols. 2. Freiburg i. B.: Rombach.
20. Suárez Francisco, *De legibus*, 1-12
21. Tomás De Aquino, *Suma Teológica*, I-II.
22. Vigo, R. (2015). *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho*. Argentina: Rubinzai Cuizoni.
23. Vigo, R. (2010). Dimensiones de la racionalidad judicial. En *Diritto e Secolarizzazione (Studi in onore di Francesco D Agostino)*. Torino: G. Giappichelli Editore.