

¿EXISTE UNA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA (O JUSTA) PARA TODO CASO DIFÍCIL?

Sobre la tesis de Dworkin y una novedosa propuesta del
Profesor Massini¹

Roberto Moreno Rodríguez Alcalá²

El derecho no es un *marco*, es un *horizonte*...
Adriano Irala Burgos.³

I. INTRODUCCIÓN

La filosofía clásica del derecho raramente se planteó la cuestión de si todo caso difícil tiene una única respuesta correcta, que está “ahí” disponible para que el juez la encuentre y la aplique al caso concreto. Aparentemente, la respuesta – basada seguramente en el sentido común – era que si bien el derecho *pretende* (y, dicho sea de paso, esta

1 El presente texto es una versión ligeramente corregida de una Conferencia brindada por el autor en la Universidad Austral en Buenos Aires, el 10 de junio de 2005, en las “Jornadas Homenaje a los 25 Años de la Publicación de *Natural Law and Natural Rights* de John Finnis”. El ensayo será publicado en la obra *Homenaje a John Finnis. A 25 años de Natural Law and Natural Rights*. Universidad de los Andes, Chile. Erratas, errores, comentarios y sugerencias, más que bienvenidos: rmoreno@moreno.com.py

2 Abogado y Notario Público. Master en Derecho y en Derecho Comparado por la Universidad de Oxford, egresado en el cuadro de honor con distinción (2002-2003, *Magister Juris, First Class Honours, Distinction*). Mejor Egresado de la Promoción 2000 (Fac. de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas, U.C.). Profesor Encargado de la Cátedra de Contratos. Curso de Postgrado, Universidad de Salamanca (2002) y Universidad de Buenos Aires (2001). Profesor Invitado a la Universidad de *Princeton* (U.S.A.) y la Universidad Austral (Buenos Aires). Miembro de Moreno Ruffinelli & Asociados

3 Adriano Irala Burgos, filósofo (y verdadero maestro) paraguayo.

pretensión sirve para explicar en gran medida el fenómeno del derecho dar una respuesta correcta a todo caso, de hecho *no lo hace* (*ni lo puede hacer*). Y, además, la pregunta presenta un grado de generalidad y abstracción tan elevado que parecería ser más bien trivial. En cualquier caso, la respuesta a la interrogante que preside este artículo pareció siempre ser (relativamente) clara: no.

Todo esto cambió, como es bien sabido, con la aparición en la escena iusfilosófica de Ronald Dworkin y su tesis de la "única respuesta correcta" ("*the right answer thesis*"), a mediados de la década del setenta. En su crítica al positivismo hartiano, este filósofo del derecho norteamericano sostuvo (y sigue haciéndolo) que en todo caso difícil ("*hard case*") existe únicamente una respuesta correcta, que el juez concienzudo puede encontrar.⁴

Aunque parezca inverosímil, la *prima facie* ingenua tesis dworkiniana de la respuesta correcta, dio lugar a un acalorado debate académico y a un vendaval de monografías, artículos e incluso obras discutiendo los méritos de la misma, encendiendo una discusión que hasta la fecha no ha terminado. La capacidad de Dworkin de capturar la imaginación de los iusfilósofos, sin dudas no puede ser cuestionada (no creo, por otra parte, que pueda decirse lo mismo de la sustancia de sus ideas).

Lo que se ha escrito sobre la tesis dworkiniana, vale la pena aclarar, ha sido (casi) en su totalidad crítico; muy pocos autores defienden a Dworkin aquí. Los positivistas jurídicos, especialmente, han salido al paso a criticar la tesis de la respuesta correcta, pues quizás intuyen que, en el fondo, esta tesis sería peligrosamente "iusnaturalista".⁵

Pero ello no es así. El autor de filiación iusnaturalista clásica más importante de la actualidad, el profesor de Oxford, John Finnis,

4 La tesis de Dworkin puede encontrarse sustancialmente en *Taking Rights Seriously*, HUP, 1977, y en su ensayo "No Right Answer?", reproducido bajo el título "Is There Really No Right Answer?", en *A Matter of Principle*, HUP, 1984.

5 ¡Cuidado con los rótulos! Por supuesto que Dworkin no es un iusnaturalista, al menos en el sentido clásico aristotélico-tomista; a pesar de ello, autores desprevenidos en ocasiones así lo han denominado, e incluso en algún momento Dworkin coquetó con el término: ver su "Natural Law" Revisited", Fla. Law Review, 1982.

en varias oportunidades ha dejado explícitamente en claro que la teoría de Dworkin se aleja del mejor derecho natural en puntos determinantes. Finnis, en tres oportunidades, ha dedicado artículos específicos rechazando – a nuestro modo de ver, irrefutablemente – la tesis de la respuesta correcta de Dworkin y señalando que la misma no es una tesis iusnaturalista.⁶

A pesar de ello, el ilustre iusnaturalista argentino, Carlos Ignacio Massini, recientemente ha terciado en la discusión, afirmando no sólo que Dworkin está equivocado, sino que también lo está el propio Finnis. En su erudita, elegante y provocadora conferencia intitulada “Dworkin, Finnis y la única respuesta correcta”⁷, Massini ha extraído del debate aparentemente especializado y técnico de la teoría del derecho (el de la existencia o inexistencia de respuestas correctas a casos difíciles), una crítica al auto-entendimiento de la filosofía moral misma a partir de la Ilustración: el abandono de lo “bueno” como criterio orientador de la ética y su reemplazo por teorías cuasi-legalistas de la moral, centradas en las acciones o deberes “correctos” o “incorrectos”.⁸ En muchos sentidos, el trabajo del Prof. Massini es un auténtico *tour de force*, ya que nos obliga a analizar, a partir de la problemática aparentemente parroquiana (para los iusfilósofos al menos) del “*right answer thesis*”, a un fenómeno moral mucho mayor y de trascendencia que caracteriza a nuestras sociedades: la dieta cada día más rígida que se impone a los debates sobre bienes/valores morales y su reemplazo por teorías éticas “procedimentalistas” que son, por así decirlo, anoréxicas en cuanto a sus referencias al “bien humano”.⁹

6 Nos ocuparemos más adelante de la crítica de Finnis a Dworkin.

7 A ser publicada también en la obra *Homenaje a John Finnis. A 25 años de Natural Law and Natural Rights*. Universidad de los Andes, Chile

8 En otras palabras, el vuelo del “priority of the good over the right” al “priority of the right over the good”. Dos referencias precisas en este sentido son la monografía de E. Anscombe “Modern Moral Philosophy”, en Anscombe, *Collected Papers, vol iii*, Blackwell, y la obra del Profesor de Notre Dame Alistair MacIntyre, especialmente, *After Virtue*, Notre Dame Press, 1980 (y sus referencias al “emotivist self”); particularmente interesante (aunque con una perspectiva igualmente crítica de las teorías clásicas centradas en el bien) es la obra del recientemente fallecido Sir Bernard Williams, *Ethics and the limits of philosophy*, HUP, 1984.

9 Dos *loci classici* son J. Habermas, *Between Facts and Norms*, Cambridge, Polity Press, 1996; J. Rawls, *Political Liberalism*, Columbia Univ. Press, 1993.

Para resumir la idea central de su artículo: para Massini es un mérito de Dworkin el haber planteado la cuestión de los casos difíciles y su solución adecuada; pero es un error tanto de Dworkin como de Finnis haberlo intentado resolver acudiendo al criterio de lo "correcto/incorrecto". Ingeniosamente, Massini propone reemplazar la solución por el criterio de lo "justo/injusto", pues es éste, según el profesor mendocino, el criterio del iusnaturalismo clásico. Al no haberse dado cuenta de este detalle en su debate con Dworkin, Finnis cae (según Massini) en su juego y se aleja del derecho natural clásico.

Permítaseme decir desde ya que no estoy de acuerdo con ninguna de estas posiciones del Prof. Massini.

Para demostrarlo, en este ensayo repetiré y defenderé, brevemente, los argumentos de Finnis en contra de la tesis de la respuesta correcta de Dworkin, argumentos que me parecen más que sólidos. Pero asimismo, me ocuparé, con un poco más de detenimiento, en la propuesta del Prof. Massini: la de que puede encontrarse en todo caso difícil una respuesta "más justa". Argumentaré, en síntesis, que el planteamiento del Prof. Massini no es adecuado y que es mejor seguir a Finnis aquí. O sea, ni Dworkin ni Massini; ni respuesta únicamente correcta ni más justa.

Adelanto desde ya que mis críticas responden a que entiendo que las dos consecuencias fundamentales de su ensayo son errónea. Si Massini está en lo correcto, entonces: (i) Finnis cae en una peligrosa trampa hacia el emotivismo o decisionismo ético en su debate con Dworkin sobre las respuestas correctas, y, al mismo tiempo, (ii) Finnis queda lejos (al menos en esta cuestión de los casos difíciles) de la "tradicción central de occidente", *ergo*, del iusnaturalismo.¹⁰

Ambas cosas, estoy casi absolutamente seguro, Finnis negaría tajantemente.

Asimismo, si bien me parece que *prima facie* la tesis de la respuesta "más justa" del Prof. Massini puede ser esclarecedora en algún

10 Término que, cómo recuerda el Prof. Massini, es utilizado por Robert P. George, pero en realidad fue proclamado por un opositor a dicha tradición, Isaiah Berlin.

punto, quedan muchas dudas básicas sobre si el enfoque en sí es adecuado. En suma, no me parece sensato estar obsesionado con una “única respuesta correcta”, o “justa”, o “equitativa”, etc. Las cuestiones importantes de la filosofía del derecho ciertamente no pasan por aquí. Me parece asimismo que el mensaje general o subyacente de que el derecho siempre puede dar la respuesta “más justa” no tiene las mejores consecuencias para mantener una actitud moral crítica con la ley.¹¹ Intuyo en la tesis cierto resabio de lo que se ha llamado el “encanto del legalismo”.¹²

En consecuencia, pretendo en este ensayo hacer una defensa de Finnis en su crítica a Dworkin, y asimismo, en la crítica que hace Massini de sus ideas. En este sentido, expresaré mis dudas sobre lo sensato de buscar la solución “más justa” para todo caso difícil.

Para ello, voy a seguir la siguiente hoja de ruta: (i) Primero, intentaré descifrar algo que parece más bien difícil: que quiere decir Dworkin con casos difíciles y respuestas únicamente correctas; (ii) luego, volveré a recordar someramente los términos de la crítica de Finnis a la tesis de Dworkin – especialmente a la luz de su última posición (modificatoria de las anteriores) realizada en un importante trabajo, “Commensuration and Public Reason”¹³; (iii) en tercer lugar, analizaré brevemente los argumentos de Massini a favor de su tesis de la “respuesta más justa”; y (iv) finalmente, efectuaré algunas observaciones con respecto de ésta tesis, principalmente, las objeciones que me parecen más relevantes a la misma.

11 Mérito primordial de la iusfilosofía hartiana, apuntada y recomendada por Robert P. George: “Hart insistió – correctamente, a mi modo de ver – en la necesidad de alguna separación conceptual del derecho y la moral para preservar la posibilidad de la crítica moral del derecho”, concluyendo con Finnis en el sentido de que esto fue establecido sin esfuerzo por Tomás de Aquino al separar a la ley positiva de los otros órdenes normativos. Ver George, *The Clash of Orthodoxies*, ISI Books, pag. 224.

12 Expresión utilizada por Timothy Endicott en su excelente obra *Vagueness in Law*, OUP, Oxford, 1999, específicamente, en contra de la obsesión de Dworkin por encontrar respuestas únicamente correctas en el derecho.

13 Publicado en Chang (ed), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, HUP, Cambridge, Mass, 1997. El mismo se halla dentro del grupo de trabajos a ser traducidos por el presente autor.

II. DESCIFRANDO LA RESPUESTA CORRECTA DE DWORKIN

Antes de entrar a analizar la crítica de Finnis a Dworkin, me parece necesario descifrar —esa es la palabra— qué quiere decir el filósofo americano con su tesis de la única respuesta correcta. Es bien sabido por todos que la intención de Ronald Dworkin (proclamada explícitamente por él mismo) era la de atacar a toda costa la “teoría del derecho dominante” — pues ello le permitía simultáneamente dos cosas: demostrar en primer lugar, sus insuperables dotes dialécticas¹⁴, y a la vez, ganarse un nombre en la filosofía del derecho.¹⁵ Hoy sabemos que logró ambas cosas.¹⁶ Pero también sabemos que para hacerlo, siempre construyó lo que se dice en inglés “*straw men*” u “hombres de paja”, especialmente del “positivismo jurídico” (o “convencionalismo”).¹⁷ Una de estas distorsiones dworkinianas radica en una de sus primeras críticas al positivismo¹⁸: cuando éste afirma que en los casos difíciles, el juez tiene “discreción”, que es un “legislador intersticio”¹⁹, Dworkin apunta que el positivista da “libre licencia”, “carta blanca”, al juez para hacer lo que le plazca.

-
- 14 Reconocidas incluso por una de sus *betes noires* preferidas, el Juez Richard Posner, en “The Problematics of Moral Theory”, Holmes Lecture, Harvard Law Review, 1998.
- 15 De acuerdo, Paul Ricoeur, *Lo Justo*, pag. 159: “¿Por qué entonces batallar con el encarnizamiento y la sutileza que exhibe Dworkin contra la tesis *no answer? Para oponerse a la teoría positivista del derecho, que es el blanco permanente de Dworkin*”.
- 16 Como dice A. Calsamiglia, “la obra de Dworkin ha generado una polémica sin precedentes... probablemente es la primera vez que los trabajos de un filósofo del derecho despiertan el interés y la crítica de constitucionalistas, sociólogos, filósofos, economistas, politólogos, estudiosos de la ética, etc. Sin duda tiene muchos más detractores que defensores. Un mérito incuestionable es provocar la discusión más allá de sus límites gremiales y llegar al público masivo”. Calsamiglia: “Dworkin y el Enfoque de la Integridad”, en *Ronald Dworkin, Estudios en su Homenaje*, Squella (ed), Univ. Valparaíso, Chile, 1993, pag. 45.
- 17 Todos los positivistas se han quejado de ello (vid. especialmente Hart, *Postscript*); para dos versiones más imparciales de la misma crítica, ver Finnis, “On Reason and Authority in *Law's Empire*”, y J. W. Harris, *Legal Philosophies*, pag. 195.
- 18 Dworkin, “The Model of Rules”, *Taking Rights Seriously*, 1977.
- 19 Hart, *The Concept of Law*, 2nd. Edition, OUP, Oxford.

Así opuesta la objeción, será difícil encontrar alguien serio²⁰ que sostenga esta tesis.²¹

Pero más allá de esta observación, lo que me gustaría dejar en claro es que al sustentar la tesis de la "respuesta correcta", pareciera ser que el interés principal de Dworkin era sobre todo hacer una "crítica" a la teoría dominante antes que otra cosa. *Y que de hecho, toda la discusión de la respuesta correcta que ha ocupado a buena parte de los filósofos del derecho desde entonces se basaba en un interés específico de Dworkin, y no en una preocupación de la mejor tradición iusfilosófica.* Asimismo, la crítica, estaba visto, no era suficiente, pues Dworkin estaba atacando a una posición que no existía.

Esto obligó a Dworkin a modificar su posición y hacer de su tesis uno de los ejes de su teoría jurídica. Así deben interpretarse los ensayos posteriores "Hard Cases" y "No Right Answer?"²², en los cuales la postura deja de ser meramente una crítica al positivismo para pasar a ser un elemento primordial en la cosmovisión dworkiniana.

Típicamente, Dworkin no define con consistencia qué entiende por un "caso difícil", ni por "respuesta correcta", por lo que concuerdo aquí plenamente con la crítica de Massini.²³ La ambigüedad de Dworkin

20 Si encontraremos a "critical legal scholars" haciendo este tipo de declamaciones; por todos ver M. Kelman, *Critical Legal Studies*; el esclarecedor ensayo de L. Solum, "Legal Indeterminacy", en Patterson (ed.), *Blackwell Companion Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 1996; y J. Finnis, "On the "Critical Legal Studies Movement"", Eekelar y Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence - 3rd Series*, OUP, 1987.

21 Explícitamente, Hart ha dicho que "en cualquier caso difícil, principios distintos apoyando analogías en discusión pueden presentarse a sí mismos y el juez tendrá que elegir entre ellos, fiándose como un legislador *concienzudo* en su sentido de qué es mejor y no en algún orden de prioridades establecido entre principios ya prescriptos para él por la ley" (énfasis agregado); H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, OUP, Oxford, 1983, pag. 7.

22 Publicadas la primera en *Harvard Law Review*, 1975, y la segunda en la obra colectiva, Hacker y Raz (eds), *Law, Morality and Society*, OUP, Oxford, 1977.

23 Michael Moore, por su parte, encuentra cinco (!) "ambigüedades" de Dworkin con respecto a la tesis de respuestas correctas; así, Dworkin es ambiguo respecto de "(1) el grado al cual está comprometido con la tesis de que cada caso tiene una respuesta correcta; (2) el grado al cual está comprometido de que existe un buen argumento positivo a favor de la tesis, y no sólo ausencia de argumentos en contra de la misma; (3) cuál es la tesis positiva de la respuesta correcta; (4) el sentido que pretende dar a →

nos deja, en consecuencia, en el terreno de la conjetura, pero debemos atenderla, especialmente debido a que Massini lanza a Finnis la formidable objeción de que parte de su estrategia es una “petición de principios”. En particular, al definir Finnis al caso difícil como el que “tiene más de una respuesta correcta”, y no al que tiene muchas equivocadas y una sola correcta, el Prof. Massini entiende que Finnis cae en una falacia argumentativa. ¿Es ello justo?

En ciertas oportunidades, Dworkin habla de “conceptos dispositivos” y de la “tesis de la bivalencia”²⁴; según estas ideas, en cada caso existiría una sola respuesta correcta, a descubrir (“el contrato es nulo o válido”, “el acusado es inocente o culpable”, etc.). En consecuencia, la crítica de Massini sería adecuada. Si bien Dworkin nunca define uniformemente el “caso difícil”, me parece sintomático que en el caso en el que discute con mayor vehemencia su tesis – el caso *McLoughlin* –, existe no sólo una, dos o tres respuestas correctas (o posibles), sino seis. Es decir, el caso paradigmático de la literatura dworkiniana *madura* – en el que desarrolla su tesis del derecho como *integridad* – es un caso difícil, precisamente porque existen seis respuestas posibles, cada una de ellas con sus méritos y deméritos (y deberíamos agregar, ninguna de las cuales puede ser descartada *prima facie* como absurda).²⁵

Por otra parte, conviene recordar que el “biógrafo intelectual” y apologeta de Dworkin, Stephen Guest, al analizar la tesitura dworkiniana, se refiere explícitamente a los casos difíciles como los que tienen más de una solución. Así, dice Guest que “los casos difíciles son difíciles sólo porque existen argumentos *genuinamente* competitivos sobre cuál es la mejor interpretación del derecho.”²⁶

Por nuestra parte, concuerdo con Finnis (y Guest) que los casos *genuinamente* difíciles son aquellos en que hay *más de una respuesta*

→ la “respuesta correcta”, dado su desprecio a las nociones realistas (como la correspondencia), y (5) el sentido en el que la respuesta puede o no puede ser “demostrada” como la correcta”. Moore, *Educating Oneself in Public*, OUP, Oxford, 2000, pag. 266-7.

24 Dworkin, *A Matter of Principle*, OUP, Oxford, 1985.

25 En puridad, la respuesta (1) es descartada por Dworkin, pues no pasa el umbral del “ajuste” o “*fit*” con los materiales legales vigentes en Inglaterra en ese momento.

26 S. Guest, *Ronald Dworkin*, EUP, Edimburgo, 1992, pag. 212.

correcta.²⁷ Esta postura, repetimos, se ajusta a la explicación del caso *McLoughlin* que hace Dworkin. Para salvar a Finnis de la falacia en la cual incurriría, debo mencionar que sostener dicha tesis no implica *ipso facto* sostener que “como los casos difíciles son los que tienen más de una respuesta correcta, en todo caso difícil no puede haber una única respuesta correcta” (como sugiere Massini). Más bien, lo que se está queriendo significar es precisamente que cuando hay más de dos respuestas correctas, no se podrá decir que la elegida fue correcta y las demás incorrectas (como pretende Dworkin en su tesis de bivalencia), sino que las otras también eran correctas pero sencillamente no fueron elegidas.²⁸ Esta tesitura finnisiana ensalza el lugar de la *libre elección*²⁹ en la ética y su carácter *perdurable* en el carácter de las personas.²⁹ Además, llama la atención que el propio Massini señale en una parte de su trabajo, precisamente cuando critica a Finnis por su petición de principios, que los casos difíciles son aquellos en los que por la complejidad, vaguedad, ambigüedad o por la gravedad del caso, “resulta especialmente dificultoso escoger *entre las diferentes alternativas de solución* sobre las que versa el análisis deliberativo de los magistrados judiciales”,³⁰ por lo que concuerda con Finnis en la caracterización de los casos difíciles como aquellos que tienen más de una opción razonable. Cuestión distinta es determinar si, como dice Finnis, en estos casos la razón no puede en forma absoluta fijar la única respuesta correcta, o como dice el Prof. Massini, la razón práctica puede determinar la “más” (*ergo*, la única) justa.

Volviendo ahora al análisis dworkiniano de la “única respuesta correcta”, el mismo se complica si vemos el tercer paso de su evolución,

27 Es más, si bien la lectura dworkiniana nunca es “definitiva” (dadas las frecuentes repeticiones y/o contradicciones de Dworkin), hay un pasaje en *Law's Empire* en donde parece acordar con Finnis en la caracterización de un caso difícil: “los casos difíciles surgen, para cualquier juez, cuando el requisito del umbral (del ajuste) no discrimina entre dos o más interpretaciones de un texto legal o una serie de casos”. Dworkin, *Law's Empire*, pag. 255-6.

28 Finnis ha explicado, por ejemplo, en “Natural Law and Legal Reasoning”, pag. 145, cómo en forma bastante razonable, para quien ha efectuado la elección, la misma parece como “la correcta” (tiene una suerte de supremacía) con posterioridad al hecho de la elección.

29 Bien desarrollada en *Fundamentals of Ethics*, Georgetown Univ. Press, 1983, pags. 137 y sgts.

30 Massini, “Dworkin, Finnis y la Única Respuesta Correcta”.

que acontece en *Law's Empire*. A primera vista, parecería ser que el caso difícil (y su resolución), ha dejado de ser lo trascendental para la teoría madura de Dworkin. Así lo entiende, por ejemplo, Jules Coleman, quién señala que "Dworkin ha abandonado la única respuesta correcta y la ha reemplazado en *Law's Empire* con una teoría política de la autoridad legítima que depende en que las comunidades asociativas exhiban virtudes e ideales políticos y no en la existencia de respuestas correctas a disputas jurídicas".³¹ Sin embargo, a pesar de esta opinión, tanto en *Law's Empire* como en escritos posteriores, se encuentra uno con el hecho que Dworkin sigue defendiendo abiertamente la tesis de la única respuesta correcta.³²

Una luz, quizás, es la que arroja Dworkin al final de *Law's Empire*:

¿He dicho acaso qué es el derecho? La mejor respuesta es: hasta cierto punto. No he diseñado un algoritmo para el tribunal. Ningún mago de la electrónica podría designar de mis argumentos un programa de computadora que provea un veredicto que todos aceptarían una vez que los hechos del caso y el texto de todas las leyes y precedentes sean puestos en la memoria de la computadora.³³

Lo que Dworkin hace en *Law's Empire*, más que proveer un algoritmo, es establecer un (ambicioso) mecanismo de razonamiento jurídico, que incluye sus conocidas categorías de "fit" y "justification" (o "ajuste" y "justificación"), desarrolladas *in extenso* en dicha obra. Así:

Los jueces que aceptan el ideal interpretativo de la integridad decidirán casos difíciles tratando de encontrar... la mejor interpretación constructiva de la estructura política y doctrina jurídica de la comunidad.... Es útil, desde la óptica analítica, distinguir distintas dimensiones o aspectos de cualquier teoría. La misma incluirá convicciones acerca de tanto el "ajuste" como la "justificación".³⁴

31 J. Coleman, "Truth and Objectivity in Law", 1 *Legal Theory*, pags. 49-50.

32 Así, en la monografía "On Gaps in Law", en Amselek y MacCormick (eds.), *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh Univ. Press, Edimburgo, 1991, pag. 84.

33 Dworkin, *Law's Empire*, pag. 412.

34 Idem., pag. 255.

¿En qué radica, entonces, ante tantas interpretaciones plausibles, la tesis de la única respuesta correcta de Dworkin? Para fijar un mínimo de acuerdo sobre el tema, propongo elegir tres proposiciones³⁵: (i) en los casos difíciles o de “penumbra”, el juez debe fallar concienzudamente, exponer las razones de su fallo y no sus preferencias personales (en contra de la “discreción fuerte positivista”); (ii) los conceptos jurídicos son dispositivos y el sistema radica en la tesis de la *bivalencia*, razón por la cual en (casi) toda controversia hay una respuesta jurídica correcta; y (iii) no se trata de encontrar una solución que a todos les parezca correcta, sino más bien, de encontrar la forma correcta de alcanzar dichas decisiones; en otras palabras, no del “qué” sino del “cómo”. Por otra parte, esto supone que el derecho *siempre ofrece al juzgador las razones sustantivas para llegar a la mejor solución mediante este método de razonamiento; ergo, a la respuesta “correcta”*.

Esta última tesis de Dworkin (la iii) – y esto hay que decirlo ya y con cierta vehemencia –, se basa en su idea de que no sólo en el derecho hay respuestas únicamente correctas, sino también en la moral (o ética). Como se ha dicho, “en la base de la argumentación de Dworkin – como él mismo lo reconoce – se encuentra la suposición de que existe una sola respuesta correcta a cuestiones de moralidad pública”.³⁶ Y, de manera parecida, ha afirmado Kent Greenawalt, “dada la visión de Dworkin de que el juicio moral infecta al juicio jurídico, el mismo sólo puede mantener su tesis de que las cuestiones jurídicas tienen una respuesta correcta, si afirma que las cuestiones morales también la tienen”.³⁷ La teoría ética de Dworkin es lo que se llama comúnmente “constructivista” (una elaboración sofisticada del “equilibrio reflexivo” rawlsiano³⁸). La misma es extremadamente compleja³⁹ – y por lo de-

35 Puede verse, en general para las distintas posibilidades de interpretación de Dworkin, la excelente obra del recientemente fallecido Profesor de Oxford Jim Harris, *Legal Philosophies*, Butterworths, pag. 206-7.

36 Ver Montero Iglesias, “¿De la discreción judicial a la respuesta correcta?”, en *Ronald Dworkin, Estudios en su Homenaje*, Squella (ed.), Univ. de Valparaíso, 1993, pag. 251.

37 K. Greenawalt, “Legal Positivism: Too Thin and Too Rich”, George (ed.), *The Autonomy of Law*, OUP, Oxford, 1996, pag. 26.

38 Ver *A Theory of Justice*, de Rawls.

39 La elaboración más profusa de Dworkin es su Capítulo “Justice and Rights”, en *Taking Rights Seriously*, una reseña a la obra de Rawls, publicada originalmente en *Yale Law Journal*, 1973.

más, ha sido debidamente estudiada (y demolida) por el Prof. Massini en una reciente obra sobre el procedimentalismo; razón por la cual me eximo de entrar en mayores comentarios respecto de la misma. Lo único que me gustaría dejar en claro es que para Dworkin, toda verdad moral es una cuestión de “argumento”, razón por la cual el “mejor” argumento será siempre la respuesta “correcta”. El estilo de Dworkin es por ello siempre dialéctico y polémico, y para él no está en la verdad quien se acerca a una “verdad objetiva”, sino quien en el marco de un debate brinde el mejor argumento.⁴⁰ Los valores no existen; deben ser “construidos”. Dworkin, como ha dicho Guest, sostiene que existe un “deber de construir”⁴¹ la respuesta para cada caso moral que se plante.

Este constructivismo moral de Dworkin, sugiero, es radicalmente ajeno a la tradición iusnaturalista. Además, creo que es radicalmente ajeno al iusnaturalismo (por lo menos al “clásico”⁴²) la posición moral de que en la ética todas las cuestiones tienen una “única respuesta” correcta. Pero quizás me estoy ya adelantando a la crítica que haré en su momento al Prof. Massini, por lo que aquí sólo quiero dejar constancia de este hecho que me parece capital para entender la postura de Dworkin.

III. LOS PASOS DE FINNIS PARA REFUTAR A DWORKIN

Las tres proposiciones arriba señaladas sobre la respuesta correcta, son contestadas directa o indirectamente por Finnis. Aquí me

40 Mirese, si no se cree, el final de varios de los Capítulos de *A Matter of Principle*, que terminan típicamente con una provocación retórica o argumentativa.

41 Guest, *Ronald Dworkin*, pag. 149. Guest continúa diciendo que la posición de Dworkin es un medio entre los dos extremos de “realidad moral pre-existente” y la “subjetividad total de los valores”. “La verdad de las proposiciones de la moral surge de la importancia de la moral, del compromiso que debemos tener cuando afirmamos proposiciones sobre cómo, moralmente, debemos actuar. Si las proposiciones morales (y las jurídicas) deben ser “objetivas”, es en este sentido que deben ser interpretadas. Esto parecería ser irremediabilmente subjetivista. Pero el argumento no fuerza esta conclusión. La exigencia de que las convicciones e intuiciones morales deben ser coherentes es un “check”... Es la exigencia de publicidad (del tipo de pregunta, “¿de dónde viene esa proposición?”) si bien más compleja que la correspondencia con una “realidad” moral independiente”.

42 No así para otras teorías “iusnaturalistas”, como por ejemplo, M. Moore, *Educating Oneself in Public*, OUP, Oxford, 2000, pag. 247.

ocuparé sólo de la tercera proposición: el derecho (y la moral) siempre dan las respuestas sustantivas correctas.⁴³ En este sentido, la refutación de Finnis al método de Dworkin para resolver casos judiciales, ha tenido básicamente tres pasos; como Massini se ha concentrado en uno de ellos (el segundo), me parece pertinente que me ocupe siquiera someramente de los otros dos.

(i) El primer paso: *Ley Natural y Derechos Naturales*

En *Ley Natural y Derechos Naturales*, Finnis no confronta directamente a la tesis adjudicatoria de Dworkin. Ello es comprensible. En primer lugar, *Ley Natural y Derechos Naturales* sigue en grandes líneas el canon impuesto por Hart (descripción del derecho como institución, aunque por supuesto con las observaciones claves de Finnis elaboradas en el Capítulo 1 de la obra), y como el propio Finnis en una extensa nota al primer Capítulo de la obra dejaba en claro, la filosofía de Dworkin más bien se ocupaba de “cómo deben fallar los jueces”, y no en una descripción del fenómeno jurídico.⁴⁴

Independientemente de ello, puede decirse que *indirectamente* Finnis sienta las bases de lo que sería su crítica a la tesis de “única

43 Sucintamente, pueden enumerarse las contestaciones de Finnis a las ideas (i) y (ii). En cuanto al (i), es obvio que Finnis siempre ha mantenido que el juez tiene la responsabilidad moral de desarrollar el derecho concienzudamente. Una afirmación explícita (entre muchísimas), la encontramos en su artículo “The Truth in Legal Positivism”, en Robert P. George, *The Autonomy of Law*, OUP, Oxford, 1996: “La identificación del deber legal que uno tiene como juez o como otro sujeto del derecho exige en oportunidades recurrir a argumentos morales, y es siempre una cuestión de responsabilidad moral (tanto en la identificación como en la ejecución) que deriva, de alguna manera u otra, del peso de los principios y normas morales sobre el derecho positivo de la comunidad”. Esto, por otra parte, es compatible con la afirmación de que “no todos los casos tienen una respuesta únicamente correcta”. Como explica Endicott, “un deber de decidir un caso es una razón para dar una decisión, pero no es una razón para concluir que el derecho exige una decisión en particular”. Endicott, *Vagueness in Law*, OUP, Oxford, 1999, pag. 167. En cuanto al punto (ii), Finnis ha afirmado repetidamente que la “bivalencia” es una cuestión “técnica” y no estructural u ontológica del sistema jurídico, y la misma debe ser interpretada como tal; es decir, no debe confundirse este “aparato meramente técnico” con la estructura misma del derecho. El mismo es un instrumento para enfrentar la complejidad de los asuntos y la necesidad de resultados inequívocos en la sociedad Ver en general NLNR, pag. 280; lo mismo puede decirse del argumento de la “plenitud hermética del derecho”.

44 Ver *Ley Natural y Derechos Naturales*, notas al Capítulo I.

respuesta correcta” de Dworkin. (O al menos, nos parece, da las bases para que cualquiera lo haga.) ¿Cuáles son estas bases?

Sucintamente, son las siguientes:

- Inconmensurabilidad y pre-moralidad de los bienes humanos
- La sub-determinación racional de gran parte de las exigencias “positivas” de la moral y de la justicia
- La importancia de la libre elección para resolver cuestiones difíciles en la moral
- El carácter mayoritariamente “técnico” del derecho, “derivado” de la ley natural a través de la “determinación”.
- El carácter “abierto-sin-fin” (*open-ended*) del razonamiento práctico.

Repetimos: en ningún lugar Finnis refuta a Dworkin directamente con respecto a la tesis de la respuesta únicamente correcta, solo sienta las bases de una filosofía que sí puede hacerlo.

- (ii) El segundo paso: el argumento de la inconmensurabilidad entre el “ajuste” y la “justificación”:

El segundo paso fue la estrategia desplegada por Finnis en sendos artículos: “On Reason and Authority in *Law’s Empire*” y “Natural Law and Legal Reasoning”.⁴⁵

El argumento *contra dworkinism* es prácticamente idéntico en ambos textos, y ya ha sido resumido con claridad por el Prof. Massini. En primer lugar, Dworkin confunde dos “órdenes” de la realidad, como los órdenes “técnico” (*poiesis*) y “moral” (*praxis*), situando al razonamiento jurídico, que es eminentemente *técnico*, en el nivel *moral*. Si bien el derecho es creado con el objetivo de servir al orden “moral”, una vez creado el mismo es un “objeto cultural vasto y complejo”. Por ello, el razonamiento jurídico adquiere un carácter técnico, “de medios a fines”, siendo el fin en particular el de la resolución de disputas iden-

45 El primer artículo vio la luz en *Law and Philosophy*, 1987, edición dedicada *in totum* a *Law’s Empire*; el segundo, en la colección *Natural Law Theory*, editado por Robert P. George, OUP, 1992.

tificando a una parte como la correcta y a otra como la incorrecta. De ahí, explica Finnis, que el derecho tenga sus aparatos peculiares: conceptos, definiciones, reglas específicas que ponen “líneas claras” para hacer que cuestiones difíciles de la vida real sean relativamente fáciles en el derecho.⁴⁶ El razonamiento jurídico es para Finnis mayormente “técnico”; para Dworkin, es eminentemente “moral”.⁴⁷

En segundo lugar, argumenta Finnis, existe una inconmensurabilidad inherente entre las dos dimensiones de “ajuste” y “justificación”, y esta inconmensurabilidad hace que la propuesta de Dworkin sea un “sin sentido” (o disparate) desde el punto de vista racional. La dimensión de “ajuste” (coherencia con los materiales jurídicos existentes) pertenece al orden “técnico”, mientras que la dimensión de “justificación” (corrección moral inherente) opera en el orden “moral”. Como no hay una balanza o baremo único para “mensurar” o “medir” ambas dimensiones, estamos ante un caso paradigmático de inconmensurabilidad. La propuesta de Dworkin de baremar el “ajuste” con la “justificación” para llegar a la “mejor” solución no es racional; es como comparar el calor con la belleza estética de una novela, o una naranja con una ópera (o, dice Finnis, decir que una novela es la “más inglesa y la más profunda”).⁴⁸

Si el argumento de la inconmensurabilidad es válido, entonces no puede afirmarse que exista una única respuesta jurídica en los casos difíciles. Pero todavía más: no puede ni siquiera decirse que el método de Dworkin es racional, pues propone un mecanismo que no tiene sentido y se hace inapetecible para la razón.

(iii) El tercer paso: abandono del segundo paso y apelación al principio moral de equidad (*fairness*) y la inconmensurabilidad:

Existe un tercer paso, muy importante, en la relación Dworkin/Finnis/única respuesta correcta. El mismo fue dado por Finnis en un

46 NLLR, pags. 140 y sgts.

47 A pesar de que en forma un tanto contradictoria, una de sus defensas de la “right answer” se basa totalmente en una cuestión técnica: la bivalencia jurídica.

48 Dejo a un lado lo que sería el tercer argumento finnisiano: que la existencia de respuestas incalificadamente mejores significa la denegación de la libre elección moralmente significativa. Ver NLLR, pags. 146 y sgts.

artículo de 1998, "Commensuration and Public Reason", en donde este autor reformula en líneas generales las implicancias de la inconmensurabilidad sobre el derecho y la moral en general.⁴⁹

Este artículo tiene dos características principales: (i) por un lado, el abandono explícito de Finnis (y reconocimiento de su error, sin dudas testimonio a su honestidad intelectual) de su crítica a Dworkin basada en la inconmensurabilidad entre el "ajuste" y la "justificación"; y (ii) por el otro, la reafirmación de Finnis de que ni en el derecho (ni en la moral) existen en todos los casos respuestas únicamente correctas.

En suma: Finnis abandona su crítica anterior, pero sigue sosteniendo que la postura dworkiniana es errónea.

¿En que consistió el error de Finnis, del cual se retractó? En considerar que el "ajuste" y la "justificación" no tenían una escala común, una métrica común. Como afirma nuestro homenajeado, la dimensión de "ajuste" puede ser entendida en dos formas: en primer lugar, generalmente como una cuestión de aplicar los criterios técnicos de validez jurídica, por lo que se trata de una cuestión meramente artificial, del orden de la *techné*. En este sentido, dice Finnis, "el orden cultural-técnico carece de medida común con el moral".⁵⁰

Pero, reconoce Finnis (apuntando algo que Massini deja entrever en su conferencia, al enfrentar el argumento ofrecido por el profesor Serna⁵¹), el "ajuste" o "*fit*" tiene igualmente una dimensión moral. Como afirma Finnis, el "ajuste" y toda la técnica de creación y ubicación de reglas a la cual se refiere sinópticamente el término "ajuste", se encuentra en servicio del bien común de la comunidad. En verdad, la técnica fue instituida y es mantenida en aras a un fin moralmente exigido, el bien común alcanzable por una cooperación equitativa y pacífica que respeta plenamente los derechos de todos los miembros de la comunidad... En última instancia, encontrar y ubicar reglas no es un

49 Ver Chang (ed), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, HUP, Cambridge, Mass, 1997. Este artículo se encuentra igualmente en la colección que el este comentarista está traduciendo al español.

50 CPR, pag. 231.

51 Ver "Dworkin, Finnis y la única respuesta correcta", del Prof. Massini, sobre la verdad y eticidad.

mero juego o técnica, sino un acto moralmente significativo el cual, como otras elecciones para actuar, será sólo plenamente razonable si se encuentra en línea con la realización humana integral. *Por lo que existe una medida común a ambas dimensiones: la corrección o solidez (soudness) moral.*⁵²

En consecuencia, la crítica anterior de Finnis ha salido ya de la película. Todos los casos difíciles pueden ser medidos en base a un baremo común: su adecuación moral. ¿Quiere decir ello que Finnis acepta ahora la tesis de las respuestas únicamente correctas? La respuesta a este interrogante es *no*. Para seguir negando la existencia de respuestas únicamente correctas, Finnis utiliza un argumento en "Comensuration and Public Reason", que expondré a continuación.

El argumento de Finnis tiene que ver con su teoría del razonamiento práctico. Es sabido que para Finnis, la moral puede ser resumida como "la razonabilidad liberada de las cadenas de la emoción", por lo que todo acto motivado en *emociones o sentimientos* del sujeto no es, *strictu sensu*, "moral". En los casos difíciles, afirma Finnis, entran en juego las *emociones* (por ejemplo del juez), razón por la cual no puede ser un acto "racional", y mucho menos, tener una única respuesta correcta desde el punto de vista moral. ¿Por qué entran en juego las emociones? Porque para Finnis, en los casos difíciles entra plenamente en juego lo que se conoce como la "Regla de Oro" o "principio de equidad (*fairness*)". Como dice nuestro homenajeado:

Si bien la equidad (*fairness*) es una norma racional que exige que uno trascienda todas las emociones racionalmente no-integradas, la aplicación concreta de la misma en la vida persona presupone una suerte de conmensuración de los beneficios y cargas que la razón se muestra impotente de conmensurar. Pues, para aplicar la Regla de Oro, uno debe saber cuales son las cargas que considera como *demasiado grandes* para ser aceptadas. Y, este conocimiento, al ser una conmensuración pre-moral, no puede ser una conmensuración a través de la razón... Esta no es una conmensuración objetiva y racional de bienes y males. Pero una vez establecida... esta conmensuración a través de emociones

52 Ibidem.

permite a uno que mida sus opciones a través de un *standard* racional y objetivo de imparcialidad interpersonal.⁵³

A continuación, Finnis explica cómo la mayoría de las decisiones de una comunidad son efectuadas análogamente a través de *decisiones* que no son enteramente determinadas por la razón, sino que implican de alguna manera una conmensuración pre-moral:

En la vida de una comunidad, la conmensuración preliminar de factores inconmensurables se logra no por juicios racionalmente determinados sino por *decisiones*... Y estas también deben seguir el marco establecido por el principio maestro de la moral... ¿Es justo imponer a los demás el riesgo inherente a conducir un vehículo a más de 15 km/h? Si lo es, en nuestra comunidad, pues nuestra comunidad ha *decidido* por costumbre y ley que esos riesgos y daños *no son demasiado grandes*. ¿Tenemos una crítica racional de una comunidad que ha decidido limitar el tráfico vial a 15 km/h... o de una decisión de no tener la institución del *trust*, o de los *constructive trusts*? No, no tenemos una crítica racional de tal comunidad. En suma, la decisión de permitir que el tráfico vial proceda a más de 15 km/h... o de definir al *trust* como lo hace el derecho inglés es una decisión racionalmente sub-determinada.⁵⁴

Pero, y al igual que en el caso de la Regla de Oro, esta decisión aparentemente arbitraria (*decisionista, emotivista*) tiene, sin embargo, una medida racional de imparcialidad:

Si tenemos, sin embargo, una crítica racional de alguien que conduce a 80 km/h pero que, al ser embestido por alguien que conducía a 50 km/h, se queja de que esa velocidad, *per se*, es negligente. O de alguien que está deseoso de recibir los beneficios (por ej. las exenciones tributarias) de un *trust*, pero que no está dispuesto a aceptar la distinción entre un *trust* y un contrato en un supuesto de insolvencia. Y, en general, tenemos una crítica racional de aquellos que aceptan los beneficios de una que otra decisión comunal pero que rechazan las cargas

53 CPR, pag. 227. Aclarando que esta "conmensuración pre-moral" debe ser realizada a través del *spoudaios* aristotélico, del *fronético* como diría el Prof. Massini.

54 CPR, pag. 228.

correlativas cuando recaen sobre su persona o sobre aquellos en los cuales tiene algún tipo de interés.⁵⁵

Cosa parecida ocurre, según Finnis, en los casos difíciles. Si bien ya no acepta la inconmensurabilidad de las dimensiones de “ajuste” e “inconmensurabilidad”, Finnis confuta a Dworkin diciendo que “sigue siendo cierto que la relación de la importancia moral de distintos grados de ajuste y corrección moral será comúnmente una cuestión de equidad (*fairness*)”.⁵⁶ Y, como se sigue de la argumentación del oxoniense que toda cuestión de equidad se halla determinada más por *emociones* que por *razones* – pues hay que determinar *cuáles son las cargas que existen* –, la elección sigue siendo no racional; por lo que no puede afirmarse que la razón nos da una respuesta correcta a todo caso difícil. Así, “la conmensuración aquí debe ser llevada a cabo mediante el discernimiento de las emociones de uno mismo. No es la razón, ya sea moral o técnica, la que fija a cada juez la postura que debe tomar en las cuestiones estratégicas que otorgan los casos difíciles...”.⁵⁷

¿Significa esto que en los casos difíciles la razón se muestra impotente, que caemos en un decisionismo fácil, y peor, en el imperio de la arbitrariedad del derecho? No. Finnis, coherente con su cosmovisión ética,⁵⁸ entiende que si bien la razón por sí misma no tiene la fuerza para resolver *positivamente* estos casos, sí sirve como una suerte de

55 Idem. Así, la Regla de Oro explica (en forma parecida al argumento de Hart en su artículo “Are There Any Natural Rights?”, reimpreso en Waldron (ed), *Theories of Rights*, OUP, Oxford, 1986), la obligación de obedecer la autoridad del derecho de una comunidad.

56 Idem. pag. 231.

57 Idem. 232.

58 Expresada, por ej. en NLLR, pag. 147-8: “¿Cuál, podría uno preguntarse, es el fundamento para regular mis elecciones de acuerdo a la razón-en-contra antes que por la razón-para? Para repetir, dicho fundamento no puede ser afirmado sin referencia alguna a los rasgos del mundo en que vivimos, que es el contexto fundamental de todas las elecciones humanas. Opciones para las cuales existen razones para mi elección son infinitas en número. Pero, como el ser humano es finito, sencillamente no puede hacer todo, ni tampoco puede elegir todas las opciones para las cuales existen razones. Pero sí puede abstenerse de hacer cualquier cosa; puede respetar toda razón-en-contra seria. Por tanto, un deber incondicional o absoluto afirmativo (deber de hacer...) impondría una carga imposible y sería irracional; pero los absolutos morales negativos (deberes de no hacer...), si son sostenidos correctamente y con atención a la distinción entre intención y sus efectos-secundarios, pueden ser adheridos siempre y en toda circunstancia por todos.”

“descalificadora negativa” de las decisiones que *bajo ningún punto de vista se pueden tomar*. Este argumento es casi idéntico al que utiliza Finnis para refutar el ejemplo del joven francés citado por Sartre en contra de la moral tradicionalmente concebida. Así, concluye Finnis, *“En estos casos difíciles, la razón no hace nada más (y nada menos) que... descalificar a innumerables “soluciones” como contrarias a la razón, y por ende equivocadas, pero sin identificar a ninguna como la únicamente correcta”*.⁵⁹ Repetimos: no es que haya aquí carta blanca para cualquier solución. Las consideraciones morales (los bienes humanos básicos, los principios y normas morales) serán siempre “cartas de triunfo” sobre las no-morales (por ejemplo un supuesto de violación de derechos humanos), pero si ambas son no-morales (en el sentido fuerte del término), entonces la razón será impotente como *baremo* de la respuesta únicamente correcta.⁶⁰

IV. SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS DE FINNIS

Puede decirse, a la luz de lo que hemos venido resumiendo más arriba, que a pesar de haber modificado su posición, Finnis sigue manteniendo que la razón no puede otorgar una solución únicamente correcta para los casos difíciles. Muy por el contrario, este tipo de planteamientos, para el Profesor de Oxford, distorsiona la realidad moral humana. Como tal, están mal enfocados. La moral – entendida como razonabilidad plena -, sólo puede imponer deberes morales negativos absolutos, no deberes positivos absolutos, pues ello supondría imponer a los seres humanos una “carga imposible e irracional”.

59 Ibidem.

60 Una conclusión similar es la que sostiene Atienza: *“si la razón no es capaz de contestar – o, al menos, no en todos los casos o en forma completa – a la cuestión de que debemos hacer... parecería entonces que para la resolución de esos problemas necesitamos contar con algo más que con la razón. Y ese algo más seguramente no pueda ser otra cosa que las emociones, las pasiones. Los jueces.. en casos difíciles... no tendrían que estar adornados únicamente de lo que podemos llamar virtudes de la racionalidad práctica, sino que deberían poseer también otras cualidades – la lista la tomo de MacCormick -, como buen juicio, perspicacia, prudencia, altura de miras, sentido de la justicia, humanidad, compasión o valentía. En definitiva, una teoría de la razón práctica tendría que ser completada con una teoría de las pasiones... En definitiva, lo emocional pudiera ser no sólo un elemento a añadir a lo racional, sino un componente de la propia racionalidad”*. M. Atienza, *Tras la Justicia*, Ed. Ariel, Barcelona, 1993, págs. 139-141.

Para Finnis, tanto en la vida del individuo, como en el de la comunidad a la cual pertenece, un gran número de circunstancias no obedecen a *exigencias estrictas de la moral* sino más bien a decisiones pre-morales, que involucran una conmensuración que la razón es impotente de hacer. Si a ello se suma el hecho de que en la mayoría de los casos difíciles se plantean cuestiones de “equidad” (*fairness*) que requieren por definición la utilización de las *emociones* de los sujetos, se refuerza la tesis de que no puede darse una única respuesta *racional* a los casos difíciles en el derecho.⁶¹ Esto, finalmente, no significa que las respuestas deben por tanto ser irracionales ni mucho menos; la racionalidad práctica juega aquí un papel fundamental; al “descalificar” absolutamente soluciones inmorales (como las que atenten contra un bien básico, o un principio moral fundamental).

Esta tesis, para Finnis, está plenamente en línea con la “tradición central de occidente”, como él mismo lo afirma.

Una teoría de la ley natural en la tradición clásica no pretende que la razón natural pueda identificar la única respuesta correcta a las innumerables cuestiones que surgen ante el juez cuando las fuentes son poco claras... En la visión clásica, expresada por Tomás de Aquino con una clara deuda a Aristóteles, existen muchas maneras de equivocarse y de hacer el mal; pero en muchas – quizás casi todas – de las situaciones de la vida personal y social existen muchas opciones correctas (i.e. no-equivocadas) incompatibles.⁶²

V. EL PROF. MASSINI Y LA RESPUESTA “MÁS JUSTA” .

Para Massini, al entrar Finnis en el debate de la respuesta únicamente correcta tal cual lo concibió Dworkin, ha quedado prisionero de los términos impuestos por éste. Ello lo lleva a: (i) alejarse peligrosamente de la “tradición central”, por un lado, y (ii) a abrazar peligrosamente un “emotivismo” o “decisionismo” ético. Ello, como explica con solvencia Massini, debido a que es un *lapsus calami*, un error,

61 Finnis siempre ha mantenido que una teoría moral adecuada no puede ser comprendida sólo en términos racionales, sino también deben considerarse a las pasiones y emociones. En *Aquinas* insiste repetidamente que esta es igualmente la postura del Aquinate. Finnis, *Aquinas*, pag. 75.

62 NLLR, pag. 151-2.

haber concebido al problema desde la óptica de respuestas “correctas/incorrectas”, cuando que lo que corresponde, dentro de la tradición iusnaturalista más sólida, es considerar como un problema de respuestas “justas/injustas”. Y todavía más, resolver los casos difíciles en base al criterio *fronético*, es decir, de la *phronesis* aristotélica, *prudencia* tomista, o, para recurrir a la terminología finnisiana, la “razonabilidad práctica”. Cuando se resuelve un caso de acuerdo a esta virtud clásica, afirma Massini, la perspectiva es mucho más fructífera e interesante.

De paso, nos muestra cómo pasar de concebir la solución como la “justa” a la “correcta” es propio del paso en falso dado con el tránsito a la modernidad, que pasó de una ética de lo “bueno” a una de los “deberes”. Como ha dicho García-Huidobro, siguiendo a Abbá, “la moral moderna es una moral de deberes y se expresa en reglas imperativas. La ética clásica, en cambio, parece ser una ética de la felicidad, y su criterio de acción no lo constituye un conjunto de normas, sino un paradigma: la conducta del hombre maduro en razonabilidad práctica”.⁶³

No voy a decir aquí nada con respecto a la transformación de la moral, pues sería impertinente luego de la síntesis hecha por Massini (en esta conferencia y en sus obras). Lo único que me gustaría es recordar las palabras del profesor Miguel Rodilla de la Universidad de Salamanca, quien en un análisis de Finnis ha sostenido en forma provocativa que el gran problema de su filosofía moral es que “*vacila incesantemente entre una ética del bien y una ética del deber*”.⁶⁴ De ser verdadera esta tensión, ella explicaría en parte la crítica que le hace Massini.

Pero sí me gustaría decir que Finnis en varias oportunidades – por ejemplo, en *Fundamentals of Ethics* – ha afirmado que esta clasificación en éticas “de deber” y éticas de “lo bueno”, es quizás demasiado esquemática y no describe bajo ningún punto de vista su teoría ética. Así, esta bifurcación - o sea la distinción entre éticas “deontológicas” y “teleológicas” - le parece a Finnis como demasiado simple. Para él, esta

63 García-Huidobro, J. *Razón Práctica y Derecho Natural*, EDEVAL, Valparaíso, 1993, pag. 68.

64 Palabras pronunciadas en el Salón de Grados, Universidad de Salamanca, el 3 de junio de 2005.

clasificación no acomoda a las éticas platónicas, aristotélicas y tomistas, pues todas tienen su carácter deontológico, expresado en normas particulares y generales; pero, al mismo tiempo, estas normas sólo pueden ser comprendidas en base a los bienes que las mismas persiguen y protegen. En síntesis, no tiene dudas de que ciertas cuestiones morales son definitivamente *normas, principios, o deberes, etc.* – notablemente, los absolutos morales negativos – pero por otra parte que ellos sólo tienen sentido en cuanto a una concepción de la vida buena del ser humano.⁶⁵

En cualquier caso, voy a dejar de lado esto *ad arguendo*, y pasaré a entrar ya al análisis de la postura del Prof. Massini sobre la respuesta “más justa”.

Aquí, me gustaría primero distinguir tres formas de interpretar su posición, las cuales varían en intensidad en algunos pasajes de su artículo, incluso de forma en ocasiones contradictoria.

Así:

- (i) **La tesis “débil” de la respuesta más justa:** La primera, que llamaré la tesis “débil”, sería la indicación a los jueces de que en todo caso que se les presenta en sus despachos, deben utilizar la virtud *fronética* de la prudencia o “razonabilidad práctica” para llegar a decisiones justas.
- (ii) **La tesis “fuerte” de la respuesta más justa:** La segunda interpretación, que llamaré la tesis “fuerte” no se limita a decir que los jueces deben utilizar el paradigma de la virtud de la razonabilidad práctica para decidir casos difíciles, sino que además, sostiene que *en todo caso difícil es posible encontrar la respuesta “más justa”*.
- (iii) **La tesis de la respuesta más justa como “motivadora de la acción humana”:** la tercera interpretación de la respuesta más justa parece ser más bien una propuesta de la motivación de la

65 Finniss, *Fundamentals of Ethics*, pag. 84. Ver también Cristóbal Orrego, *Estudio Preliminar*, pag. 25, nota 37, y pag. 26.

acción humana. Ello es especialmente notable cuando Massini se refiere a las dos posibilidades que se mencionan (o abstención del juicio particular o decisionismo), sin atender a la tercera vía (la decisión fronética mas justa); la idea se ve capturada en la frase que en estos casos la "alternativa ha de ser única, ya que de lo contrario no sería posible alcanzar una decisión acerca del obrar, de cualquier tipo que esta sea".⁶⁶

Me parece que en diversos pasajes, Massini va de una tesisura a otra, sin apuntar que la distinción en cada una de las tres posibles tesis, *es radicalmente importante*. Estas distinciones, en consecuencia, me parecen más que saludables desde el punto de vista analítico, sobre todo, pues mi parecer varía grandemente según una u otra interpretación.

Brevemente voy a atender dos de estas interpretaciones, para pasar luego a analizar la tesis "fuerte", que es la que me parece más interesante.

La interpretación de la tesis como "débil" (i):

Si la tesis de Massini se interpreta desde el punto de vista débil, me parece que muy pocos de los que están aquí (o en cualquier lugar) tendrían algo que objetar a la misma. O al menos, eso creo. Un juez mínimamente decente recurrirá siempre a la sabiduría práctica para resolver un caso. En esta postura, estoy casi seguro, no hay discrepancias importantes entre Finnis y Massini.

La interpretación de la tesis como determinante de la voluntad (iii):

En otros pasajes, hemos dicho, el Prof. Massini da a entender que la única forma de llegar a cabo una decisión práctica es si hay una respuesta mejor (i.e, la más justa). Así, señala, entre otras cosas: "*si no existiera en concreto una alternativa mejor, i.e., más adecuada a la concreta determinación del bien humano, la voluntad no podría entender*

66 Massini, "Dworkin, Finnis y la "única respuesta correcta".

su puesta en existencia y mover entonces las potencias operativas a su realización... esta determinación a una solución concreta considerada la mejor, sólo puede llevarse adelante con el concurso de la voluntad, que quiere o entiende un determinado curso de acción... esa intención de la voluntad lo será hacia la solución más justa si esa misma voluntad está perfeccionada por la virtud de la justicia, que es la que mueve el querer hacia la solución más adecuada al bien humano en materia jurídica".⁶⁷

Es obvio que estamos ante uno de los temas más complejos de la filosofía de la acción humana, como lo recuerda Massini; un tratamiento completo es el (también señalado por el mismo) que hace Finnis en *Aquinas*.⁶⁸ Por ello, sólo me limitaré a tres breves comentarios.

En primer lugar, si efectivamente existe una "respuesta mejor (i.e., única)", entonces me pregunto donde queda el papel de la libre elección. Si hay una respuesta única, mejor, entonces la razón debe elegirla y todo el problema de la libre elección desaparece de escena. Como dice Finnis en estos casos: "*la elección moralmente significativa sería innecesaria y con una calificación imposible*", ya que la razón sería "*incalificadamente superior... y racionalmente sin oposición... no quedaría una elección del tipo que las teorías morales buscan guiar*".⁶⁹

En segundo lugar, si se interpreta que lo arriba dicho es falso (i.e., siempre hay más de una opción, sólo que una puede aparecer como superior), entonces me parece que podría haber una confusión, bien apuntada por Finnis, en el sentido de la fenomenología propia de la elección en un caso difícil. Así:

Después de que uno ha elegido, los factores que favorecerían la opción elegida generalmente parecerán pesar o tildar la balanza más que aquellos que favorecerían las opciones alternativas rechazadas. La opción elegida – hacer x, adoptar la regla o interpretación y – comúnmente parecerá (a la persona que ha elegido, si no a los demás espectadores) como poseedora de una supremacía —de una corrección—, única.

67 Massini, "Dworkin, Finnis y la única respuesta correcta".

68 Finnis, *Aquinas*, pags. 62-71.

69 Finnis, *NLLR*, pag. 146.

Pero este sentido de supremacía, de corrección de una opción (la elegida), no alterará la verdad que la elección no fue determinada racionalmente, i.e. no fue guiada por una identificación de una opción o respuesta como "la correcta". (Y esto no significa que la elección haya sido irracional; fue hecha entre opciones racionalmente atractivas).⁷⁰

En tercer lugar, me parece que lo justo *per se* no puede servir como motivador de acción; sólo el bien humano (básico) puede servir en última instancia como una genuina *razón para actuar*.⁷¹ Por ello, creo que la fórmula "solución más justa" *es en cierto sentido vacua, ya que siempre se remitirá por necesidad a una referencia a los bienes humanos*. Y, cuando llegamos al estadio de los bienes humanos, *ex definitione* habrá situaciones en las que no se tendrá una respuesta única, o mejor. Esto lo argumentaremos más abajo.⁷²

VI. LA TESIS "FUERTE" DE LA DECISIÓN MÁS JUSTA Y SUS PROBLEMAS

He atendido dos de las posibles interpretaciones de la tesis "más justa". Ahora me dispondré a cuestionar la interpretación de la tesis "fuerte", es decir, aquella según la cual en todo caso difícil existe una respuesta que puede ser calificada como la "más justa". Entiendo que existen problemas para sostener tal afirmación. En lo que sigue, intentaré explicar por qué creo que ello es así.

Primero: ¿Están Dworkin y Massini de acuerdo?

Quiero atender una objeción que haría que la tesis de Massini se disuelva en la dworkiniana. Esta objeción iría en las líneas de: *"la diferencia entre la respuesta "correcta" y "justa" no es demasiado importante, y además, pueden utilizarse intercambiabilmente ambos términos como sinónimos a todos los efectos prácticos. Además, cuando*

70 Idem. anterior. Asimismo, se expresa un pensador ajeno a la tradición central, pero que ha observado esto con clarividencia; ver Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, OUP, Oxford, 1986, pag. 339 y sgts.

71 Esto, por supuesto, es el núcleo del pensamiento Grisez-Finnis.

72 Infra., "La moral y el derecho son horizontes". Tampoco es posible enfrentar a los así denominados "dilemas morales" en los cuales ambas decisiones suponen un mal. Ver Raz, *The Morality of Freedom*, pags. 357 y sgts.

Dworkin habla de respuestas correctas, entiende a las mismas como las más justas, equitativas, etc."

No debe olvidarse, por un lado, que la palabra "right" en inglés es la más cercana a "derecho", y que "derecho" puede ser entendido estrictamente como lo "justo".⁷³ De esa forma se minimizarían las diferencias posibles entre "correcto" y "justo" y la tesis fuerte massiniana seguiría el mismo camino que su antecesor, la respuesta "correcta". Me gustaría recordar, por ejemplo, que un iusfilósofo más que versado en idiomas, el Prof. Vernengo, ha traducido en una crítica a Dworkin los términos de esta forma: "*Si acepto, que existen sistemas jurídicos mejores (o peores) que otros, y que todo caso admite una solución correcta (o justa) (sic, énfasis añadido)*".⁷⁴ Es decir, utiliza ambos términos como sinónimos, bajando el nivel de la diferenciación que es clave para la argumentación de Massini.

Esta posible interpretación se fortalecería, además, por el hecho de que en diversos pasajes claves de *Law's Empire* Dworkin se refiere repetidamente a las respuestas correctas en términos de "justicia", "equidad", etc.⁷⁵ En ocasiones, para Dworkin la respuesta "correcta" en gran parte es la "más justa". Así, pueden encontrarse varios pasajes en los que en *Law's Empire* Dworkin indistintamente se refiere a lo justo, al debido proceso, a la equidad, etc.: "*el juicio político (del juez)... reflejará no sólo sus opiniones sobre la justicia y la equidad, sino también sus convicciones de alto-nivel sobre cómo estos ideales deben ser comprometidos cuando compiten uno con el otro*". O: "*la respuesta de Hércules dependerá de sus convicciones de las dos virtudes constitutivas de la moralidad política: la justicia y la equidad*"; o nuevamente, "*de acuerdo con el derecho como integridad, las proposiciones del derecho son verdad si siguen de principios de justicia, equidad y debido proceso que proveen la mejor interpretación constructiva de la comunidad*".⁷⁶

73 Hervada, *Introducción Crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 1994.

74 Vernengo, R. "El Derecho como Interpretación e Integridad", en Squella (ed), *Dworkin, Estudios en su Homenaje*, pag. 35.

75 Esto ha llevado a Joseph Raz a afirmar que Dworkin no es un coherentista jurídico como se cree, pues el derecho es la interpretación *más justa, mejor, etc.* y no la más coherente. Ver el ensayo de Raz, "The Relevance of Coherence", en *Ethics in the Public Domain*, OUP, Oxford, 1994.

76 Dworkin, *Law's Empire*, pag. 256, 231 y 225.

De acuerdo con esta interpretación, la respuesta correcta sería similar a la más justa, equitativa, etc.; por lo que el planteamiento de Massini no terminaría resolviendo el problema, sino más bien, disolviéndose en alguna de las posibles interpretaciones de la teoría dworkiniana.

Sin embargo, no quiero ahondar demasiado en esta objeción, por dos razones: si es acertada, debo terminar aquí mi crítica. Pero, en segundo lugar, me parece que en cualquier caso lo que es "justo" para Dworkin no es lo que el Prof. Massini entiende precisamente por justo, por lo que puede seguirse el tren argumentativo.

Segundo: La vaguedad inerradicable del derecho

En segundo lugar, la tesis de la solución "más justa" no puede, a mi modo de ver, explicar satisfactoriamente el fenómeno de la vaguedad intrínseca e inerradicable del *derecho* (y no meramente del lenguaje). Es interesante recurrir aquí a la obra de Timothy Endicott, y especialmente a la paradoja de los "sorites"⁷⁷ (*sorites paradox*), pues ella demuestra que un juez consistente no podrá llegar en todos los casos a la solución "más justa" sin caer en algún momento en una arbitrariedad, en una injusticia no justificable.

Trataré de explicar lo más brevemente posible el concepto de la paradoja. Cómo el lenguaje es generalmente vago (*textura-abierta*), existen conceptos que se aplican con cierta tolerancia. El ejemplo de Endicott es decir que una persona es "calva". Si carece de pelos, podemos decir sin certeza que es "calva". Ahora bien, ¿qué pasa si vamos agregando uno a uno pelos hasta llegar a 150.000?

Por ejemplo:

X_0 es calvo

Si X_0 es calvo, entonces X_1 es calvo.

77 Sorites: raciocinio compuesto de muchas proposiciones encadenadas, de modo que el predicado de la antecedente pasa a ser sujeto de la siguiente, hasta que en la conclusión se une el sujeto de la primera con el predicado de la última. Diccionario de la Real Academia Española, Vigésimo Segunda Edición.

X_1 es calvo.

Si X_1 es calvo, entonces X_2 es calvo.

X_2 es calvo.

Y así sucesivamente, hasta llegar a la afirmación que $X_{150.000}$ es "calvo". Como dice Endicott, esta conclusión es paradójica: la conclusión es falsa, pero parece haber sido llegada mediante un razonamiento válido (la aplicación repetida de un *modus ponens*), de premisas que son verdaderas.⁷⁸

Esta paradoja de las "sorites" es trasladada por Endicott al campo del razonamiento judicial, para demostrar que es imposible decir que en todos los casos la decisión del juez puede ser la "correcta" (y, por extensión, la más justa)⁷⁹. El argumento de Endicott es que la vaguedad del derecho hace que sea *necesario* que existan casos en los que no se puede distinguir de una solución y otra en base a un principio, como que es la "más justa". Para ello, propone el ejemplo de "Los un millón de conciertos musicales". Existe en Inglaterra una Ordenanza que permite a la policía suspender un concierto siempre y cuando el volumen sea "muy alto" y pueda causar un "disturbio serio" a los demás vecinos. Endicott nos pide que imaginemos una noche en que se celebran simultáneamente un millón de conciertos en una localidad. La dificultad radica en que el primer concierto fue llevado a cabo con música a un volumen ensordecedor, mientras que el último fue llevado adelante con un sonido apenas perceptible al oído. Así, cada organizador de concierto tocaba la música a un volumen imperceptiblemente más bajo que el anterior: de lo ensordecedor a lo imperceptible. En consecuencia, si el decrecimiento del volumen es trivial, parece no existir una línea que pueda ser trazada con justicia. Entre dos sucesivos acusados, no habrá una diferencia que pueda ser perceptible (a no ser con instrumentos científicos de avanzada). La decisión de encontrar a un organizador como violador de la Ordenanza y al siguiente no parece ser arbitraria, si no existe un límite claro para la expresión "disturbio serio". Como dice Endicott, un juez debe siempre poder justificar *razonablemente* sus resoluciones, y en consecuencia, "¿cómo puede un juez justificar el trato diferente en cada caso? Si los casos iguales deben ser tratados en

78 Endicott, *Vagueness in Law*, pag. 32.

79 Idem., pag. 57 y Capítulo VIII.

forma similar, el trato jurídico de los dos casos no debe ser materialmente distinto cuando no existe una diferencia material entre ellos.⁸⁰

Este ejemplo puede ser multiplicado. Piénsese en la aplicación del concepto de “pena o castigo excesivamente cruel”. Veinticuatro horas de confinamiento solitario es cruel. Veinticuatro horas, cincuenta y nueve minutos es cruel. Veinticuatro horas, cincuenta y ocho minutos es cruel... Y así hasta llegar a la respuesta (claramente errónea) de que “un minuto es cruel”.⁸¹ Esta nueva paradoja significa que la vaguedad del lenguaje y el derecho hace imposible que en un punto pueda justificarse *racionalmente* la diferencia entre una y otra decisión; al punto que no pueda decirse que una solución sea más “justa” que la otra.

La implicación de estos argumentos (que son en realidad mucho más complejos) es la siguiente: existen casos (muchos) en los que ni todos los recursos de la argumentación jurídica llevarán a una respuesta únicamente correcta, o únicamente justa. La diferencia mínima entre una hipótesis y otra hace imposible la aplicación del principio de “tratar igualmente los casos iguales”.

Esto, además está decir, no significa que el juez en estos casos deba tirar la toalla. Debe ejercer la tesis “débil” de la respuesta más justa: actuar prudentemente. Pero sí significa que hay casos en los que no puede decirse razonablemente que exista una respuesta correcta o más justa.

Tercero: La moral y el derecho son “horizontes abiertos”

Todas las objeciones que se han hecho arriba me parecen ceder en importancia ante lo que me parece la objeción fundamental a la posición del Prof. Massini. La objeción es la siguiente: tanto la moral, como el derecho, *son fundamentalmente áreas de razonamiento práctico abiertos-sin-fin (open-ended)*; son en las palabras del profesor Adriano

80 Idem., pag. 58.

81 Otros ejemplos paradigmáticos (del derecho privado), son los de la buena fe en la ejecución de obligaciones contractuales o la culpa como estándar de conducta; la vaguedad aquí no tiene límites.

Irala Burgos, citadas al inicio de este trabajo: “un horizonte antes que un marco”.

Esto tiene una consecuencia en la distinción hecha por Finnis en *Aquinas* (y en todas sus demás obras) entre la “moral negativa” y la “positiva”; mientras que en la primera hay (pocas) reglas o principios absolutos e inexcusables, en la segunda no hay límites para lo que positivamente pueda hacerse. En realidad, este carácter abierto del razonamiento práctico tiene su corolario en la “realidad” de la libre elección del ser humano, en el sentido de que hay casos en los que hay *más de una respuesta no-irrazonable*; por lo que no hay nada que no sea la *elección* misma la que decida la cuestión. Y ello no es caer en un *decisionismo*, sino aceptar la realidad de la moral y condición humana.

Un ejemplo de la interdependencia radical que existe entre las normas positivas y las negativas, está bien caracterizado por Finnis en el caso del matrimonio. Las normas negativas de fidelidad prohíben, en forma absoluta, el adulterio. Ahora bien, en cuanto a las normas positivas o afirmativas, las mismas son inacabables, pues se fundan en la cooperación leal y creativa de llevar adelante todos los asuntos del hogar, la crianza de los hijos, etc. Esto exige el “*ejercicio constante del juicio, de la inventiva, la alerta a las necesidades y ventajas, disciplina y relajación y todo tipo de virtudes morales*”⁸².

Por otro lado, lo que hemos dicho tiene otro corolario: en algunos supuestos, hay respuestas morales únicamente correctas (o justas); pero en la mayoría de los casos, *no puede hablarse de que la razón tenga la fuerza o capacidad para decidir que una respuesta sea la únicamente correcta o la más justa*. Sostener lo contrario, sería caer en un “optimismo moral racional” a mi parecer extremo. Me parece, además, que Finnis está en lo cierto al decir que esta postura *no es la de la tradición central de Occidente*; por el contrario, esta tradición ha reconocido siempre la imposibilidad de la razón para dar respuestas *únicamente* correctas (o justas) en todos los casos posibles e imaginables.

Lo mismo ocurre, a mi modo de ver, con la justicia, que no es sino un aspecto de la *razonabilidad práctica*; vale decir, de la moral. Como

82 Finnis, *Aquinas*, pag. 169.

una especie del *genus*, posee la misma fenomenología. (Por supuesto que esto presupone que la justicia no es una “cosa”, o como dice Finnis, un “estado de cosas”, sino una verdadera exigencia de la razonabilidad práctica, una verdadera norma moral)⁸³.

A continuación, voy a hacer unas observaciones de carácter general.

1) Dada la inconmensurabilidad de los bienes humanos (básicos), *por necesidad existirán en muchos, en la mayoría de los casos, respuestas razonables pero incompatibles.*

Existirán, asimismo, un número limitado de respuestas *irrazonables* que no pueden ser realizadas bajo ningún punto de vista. Son, por supuesto, los absolutos morales negativos o inexceptionables.

En estos casos, como sugiere John Finnis, lo único que la razón puede decidir válidamente es *cuáles alternativas no pueden ser seguidas bajo ningún punto de vista*; pero carece de potencia definitoria en cuanto a *cuál de las posibles soluciones razonables es la que debe ser elegida.*

El caso paradigmático es el (extremadamente ilustrativo) de la refutación de Sartre que hace Finnis en *Ley Natural y Derechos Naturales* del joven francés⁸⁴.

Por otro lado, debe reconocerse aquí que el Prof. Massini acepta la tesis de la inconmensurabilidad, pero para que ella no tire por la borda su argumentación, la limita al nivel *principal*, no aplicándose al *fronético*. Así, si bien en principio los bienes no pueden ser mezclados y conjugados (pues son irreducibles), en el acto particular sí se podría hacer esto (“la realización efectiva de las más armónicas y completas posible concreción de los bienes humanos”). Pero esto, por supuesto, no es así. O al menos, si aceptamos (como lo hace Massini), la tesis finnisiana de la inconmensurabilidad. La inconmensurabilidad se aplica tanto en el nivel principal como en el fronético; ya que, de lo contrario,

83 Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, pag. 204.

84 Ver *Ley Natural y Derechos Naturales*, pag. 205, el joven que duda entre quedar a cuidar a su madre anciana o ir a la guerra.

admitiríamos que en casos concretos *sí* se pueden conmensurar los bienes aunque en teoría ello no pueda hacerse. Esto, por supuesto, va en contra de la tesis de Finnis, para quien la inconmensurabilidad se aplica a las “acciones personales de uno”; es decir, a los casos determinados⁸⁵.

2) En los casos de inconmensurabilidad de bienes, las decisiones a tomar serán siempre, hasta cierto grado, “arbitrarias”. Arbitraria aquí debe ser entendido como resultado de la libre elección humana, no como sinónimo de “vale todo”. En estos casos, la decisión será realizada como explica Finnis en base a una serie de “conmensuraciones” en las cuales uno aplicará los conocimientos y discernimientos propios de su vida, su experiencia, etc. También, en esos casos, no será la razón *por sí* la que resuelva la situación, sino más bien una mezcla de la razón con las emociones del sujeto⁸⁶. Pero una vez elegida, la misma fijará – al igual que el caso de la comunidad que decide tener un *trust* o una teoría de la causa de las obligaciones contractuales – un parámetro racional y objetivo de imparcialidad similar a la Regla de Oro.

3) Lo que se ha afirmado hasta aquí respecto a cuestiones morales no estrictamente relacionadas con la justicia (pues, hay deberes morales que no tienen que ver con la justicia) *puede también ser extendido al ámbito propio de la justicia*.

Es decir, la justicia es igualmente un horizonte y no un marco algorítmico en el cual estén claramente determinadas las “mejores” soluciones *ex ante*.

En muchos de los casos de decidir que solución es la justa – la exigida por la razón para fomentar el bien común – habrá una indeterminación análoga a la de la inconmensurabilidad de los bienes. Como explica Finnis: “*aquí tiene una paliación importante el famoso dicho de Aristóteles, a menudo usado más de la cuenta, en cuanto a no exigir*

85 Así, *Ley Natural y Derechos Naturales*, pag. 141.

86 Repetimos aquí: Finnis siempre ha mantenido que una teoría moral adecuada no puede ser comprendida sólo en términos racionales, sino también deben considerarse a las pasiones y emociones. En *Aquinas* insiste repetidamente que esta es igualmente la postura del Aquinate. Finnis, *Aquinas*, pag. 75.

*demasiada precisión al determinar las exigencias de la razonabilidad práctica*⁸⁷.

En la mayoría de los casos, se darán dos o más soluciones que pueden ser calificadas como justas. Por ello, se deberán determinar en base a los hechos del caso diversas cuestiones, muchas de las cuales involucrarán el trabajo de las emociones y discernimientos del juzgador. En este sentido, la razón sólo podrá decir “*tales soluciones son descalificadas por irrazonables*”, pero nada más; el resto quedará al ejercicio de una decisión concienzuda del juez.

En el caso de la Sra. McLoughlin, entiendo que al menos dos soluciones de las propuestas por Dworkin son *justas o razonables*. Por ello, decir que una de ellas era la “más justa”, me parece un acto casi arbitrario —¿dónde trazar la línea?— y no un acto de decisión moral racional *per se*. Insisto aquí, pues la objeción me parece importante: ¿Cómo determinar la solución “más” justa? ¿Más justa con relación a qué? ¿Qué cualidad debe tener la solución para ser la “más justa”? ¿No estamos más bien ante una idea tan general que es imposible concretizarla en todos los casos? Y, ¿no es cierto, como dice Finnis, que ante esta situación el juzgador necesariamente hará una valoración emocional del caso —“historicista” o “relativo-al-contexto”, si se quiere—, lo que hará que la solución esté siempre racionalmente *sub-determinada*?

Creo que la respuesta es que sí.

Este análisis, por otra parte, es plenamente compatible con la idea de que el razonamiento moral es “abierto-sin-fin”, y que en la mayoría de los casos, las decisiones humanas están racionalmente *sub-determinadas* (lo cual no quiere decir que sean arbitrarias).

En suma, entiendo que en los casos difíciles, como afirma Finnis, el juez tiene “un rol creativo”⁸⁸ similar (pero no idéntico) al de una legislatura; por lo que se hacen plenamente análogos los argumentos

87 *Ley Natural y Derechos Naturales*, pag. 204. Ver *Nic. Ethics*, I, 3: 1094b12-14.

88 *Idem.*, pag. 313.

de la inconmensurabilidad del juicio práctico. En ambos supuestos, hay un gran número de decisiones que están racionalmente *sub-determinadas*, y por ello, el gran actor aquí es la *elección* razonable, respetando los absolutos morales y otros principios como la Regla de Oro, el principio paulino, etc.

Esta visión “modesta” de la razón, en cuestiones morales, me parece la correcta, y además, me parece que hace imposible decir que habrá siempre una solución que es *únicamente* mejor, o más justa, o más idónea.

Cuarto: La encrucijada innecesaria de Massini y la falta de prueba de la respuesta “más justa”

De lo que se ha expresado más arriba, se deduce que la encrucijada propuesta por Massini – que la solución puede ser solo: (i) o una abstención del juicio particular o (ii) la mera arbitrariedad del decisionismo ;(iii) o una respuesta “mejor” (única) – es innecesaria o incompleta. Pues, no es cierto que éstas sean las únicas posibilidades. Muy por el contrario. Existe una posibilidad que Massini no menciona, y es que en algunos casos existe una respuesta única, pero en otros, el horizonte está “sub-determinado”. La razón no es omnipotente. Hay un margen amplio para la actuación de la creatividad humana en cuanto a los deberes positivos, si bien siempre controlados por los absolutos morales negativos.

Por otra parte, la posición de Massini parecería ser prisionera del error de Dworkin en insistir en que en la moral (i.e., las exigencias de la justicia) todas las cuestiones tendrán siempre una única respuesta (la mejor, o la correcta). Esto, insisto, no me parece acertado y no refleja la fenomenología de la elección humana.

Por último, me parece sugestivo que en defensa de su tesis el Prof. Massini no utilice algún caso para demostrar que se pueda llegar a la respuesta “más justa”. El caso que *sí* menciona, no me parece ilustrativo en absoluto – i.e., el deber del depositario de devolver la cosa – ya que es un caso fácil. Lo que se requiere para la defensa de la tesis fuerte de la solución “más justa”, es proponer un caso con más de una alternativa razonable, y luego un método que permita determinar con

exactitud que una de las soluciones es la más justa. No creo (aunque pueda estar equivocado) que ello pueda hacerse. Y, mientras no vea la demostración, no creo que se deba aceptar la tesis.

Quinto: El encanto del legalismo

Finalmente: ¿Existe en la posición “fuerte” de la respuesta más justa un resabio del “encanto del legalismo”; vale decir, esa obsesión de afirmar que el derecho siempre – por una necesidad casi ontológica – puede dar una respuesta correcta, o justa, o verdadera, a todos los casos que se presenten ante un juez?⁸⁹

Me parece que sí, y por ello, me parece una proposición no aconsejable.

Por un lado, afirmar la tesis “débil” de la respuesta más justa es plenamente aceptable, como he sugerido, y para nada cae en el encanto del legalismo.

Pero la tesis fuerte, a mi parecer, pasa esta línea, se subyuga al encanto del legalismo. ¿Por qué?

Pues, como afirma Jim Harris, en el fondo del debate sobre la respuesta correcta se encuentran cuestiones controversiales de filosofía política y constitucional, que pueden ser resumidas en la siguiente bivalencia: o los jueces en realidad dan lugar a sus convicciones morales en los casos difíciles (*ergo*, legislan) o no lo hacen.⁹⁰

Creo que sucumbir al encanto del legalismo es una posibilidad más que atractiva, ya que es mucho más fácil decir “el juez efectivamente está resolviendo un caso en forma racional, conforme a la ley o la justicia”, que decir, “en algunos casos todo vale”. Pero quizás la mejor respuesta sea aquí algo intermedio; aceptar que en algunos casos ni el derecho ni la razón pueden dar la mejor solución, sin por ello renunciar a buscar justicia. En otras palabras, usar *la tesis fuerte sólo como*

89 El término es de Endicott, *ob. cit.*, pag. 182 y sgts. en donde por otra parte señala como Finnis escapa correctamente de dicho “encanto”.

90 J. Harris, *Legal Philosophies*, pag. 209.

un ideal inalcanzable – un desideratum – en la práctica, mientras abrazamos siempre la tesis débil como premisa de trabajo.

Y es que lo que está en juego al afirmarse que todos (o casi todos) los jueces pueden llegar a la solución “correcta” o la “más justa”, es dar una visión idealizada del derecho que sencillamente no cuaja con la realidad. Me parece que dados los múltiples ejemplos que nos ofrece la cultura jurídica contemporánea – estoy pensando, por ejemplo, en el derecho constitucional americano de los últimos treinta años –, el rol de los jueces ha estado más bien lejos de la “respuesta correcta” o “la más justa”.

Y es que me siguen pareciendo que dos intuiciones que tengo bien enraizadas desde hace bastante tiempo, continúan siendo verdades de sentido común. En primer lugar, que el impresionante y (en ocasiones) efectivo ropaje de Dworkin a la “única respuesta correcta” –en realidad, toda la teoría dworkiniana del derecho – no está sino al servicio de la justificación de determinadas decisiones judiciales de los Estados Unidos de América (las cuales precisamente no se caracterizan por su “justicia” desde el punto de vista de la tradición central; v.gr. “Casey” o “Wade v. Roe”, encontrando un derecho a la privacidad, *rectius*, derecho al aborto, en un texto constitucional que ciertamente no lo prevé). Esto ya nos debería dar que pensar, cuando traducimos en forma demasiado rápida una discusión bien delimitada políticamente en un país o en otros. Y también nos debería llevar a pensar si esto de buscar la “respuesta correcta” o la “más justa” es una empresa saludable – por ello ningún pensador de la tradición central se ocupó profusamente del tema, siendo un *outsider* como Dworkin el que fijó la agenda en este sentido.

Desde esta perspectiva, me pregunto si la obsesión por encontrar una respuesta correcta o más justa no es exagerada, si no está desenfocada. Me parece oportuno insistir que la obsesión por la única respuesta “correcta” o “justa”, no es algo en que estén en juego cosas importantes, y que por tanto no amerita la atención pormenorizada que se le ha prestado.

En segundo lugar, que la lección más importante que podemos sacar de una teoría de filiación hartiana⁹¹ y el derecho no es ni la no-

91 Como ejemplo de la posibilidad de aprender del positivismo me remito al excelente ensayo de P. Serna, “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, en Rabbi-Baldi (ed), *Las razones del derecho natural*, Abaco, 2000.

ción técnica de la regla del reconocimiento, ni la tesis (absurda) de la separación total entre la moral del derecho, sino más bien una posición de cautela respecto a ideas extremadamente legalistas que muchas veces nublan u oscurecen nuestra visión del fenómeno jurídico. En este sentido, debemos adoptar una postura que permita siempre mantener a nuestra razón "fría" y de tener una "actitud reflexiva crítica", necesaria para la evaluación y descripción del derecho, para tener al decir de Robert P. George, una "crítica moral del derecho"⁹².

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En fin, espero que si algo debe haber quedado claro de todo lo que se he dicho aquí, es que el trabajo excelente del profesor Massini plantea una plétora de cuestiones sumamente interesantes. Todos debemos agradecerle por su esfuerzo y su erudita contribución. Pero también espero que se haya entendido por qué no estoy de acuerdo con lo que el ha dicho. En primer lugar, tengo mis serias dudas sobre si el debate sobre una cuestión traída al tapete iusfilosófico por un *outsider* como Dworkin, amerite tanta atención como se le presta. ¿Qué problema puede resolverse a un nivel de discusión tan abstracto? ¿El caso difícil es de derecho penal, o civil, o constitucional, con las peculiaridades de cada rama? O, más específicamente: ¿Es un caso de daños y perjuicios, de una cláusula penal, de una aplicación retroactiva de la ley, de derechos humanos? Y así, sucesivamente.

Por otro lado, considero que al sostener una visión "modesta" del poder de la razón en resolver cuestiones de moral "positiva" (en contraposición a los absolutos morales inexceptionables), Finnis no se ha alejado de la tradición central de Occidente – la iusnaturalista – ni ha abrazado un emotivismo moral; todo lo contrario, al hacerlo, se ha aliado con la mejor doctrina "centralista", por así decirlo. Y, por otra parte, el abrazar una visión modesta del poder de la razón en los casos difíciles – sin por ello renunciar a poner severos límites a la discreción judicial – le permite a Finnis escapar del "encanto del legalismo" y mantener la claridad que se exige del intelecto para enfrentar y comprender un mundo cada vez más complejo, y lastimosamente, en muchos sentidos, cada vez más *injusto*.

92 Y aquí estoy pensando sobre todo en Hart, Finnis, Raz, y George, entre otros; vide supra nota 11.