

LA RESPUESTA “MÁS JUSTA” A LOS *CASOS DIFÍCILES*: NAVEGANDO ENTRE EL RACIONALISMO Y EL VOLUNTARISMO

Carlos Diego MARTÍNEZ CINCA*

SUMARIO: I. *Diversos planos y niveles en la deliberación práctica.* II. *El concepto de “corrección” y la necesidad de buscar la repuesta más justa.* III. *Una solución al problema de la inconmensurabilidad de los bienes humanos.* IV. *Una alternativa al racionalismo y al voluntarismo en los casos difíciles.* V. *Balance final.* VI. *Bibliografía.*

Una de las contribuciones más agudas del profesor Carlos I. Massini Correas a la teoría de la adjudicación —que según Dworkin constituye una de las tres ramas de la teoría general del derecho—¹ reside, a mi juicio, en su propuesta de buscar y encontrar la solución “más justa” para los *casos difíciles* no en el plano *principal*, es decir, en el plano de los primeros principios de la razón práctica, ni tampoco en el plano normativo de las reglas concretas que orientan las acciones humanas, y en particular las decisiones judiciales, sino en el plano prudencial o *fronético* en el cual es posible alcanzar la máxima determinación o concretización del bien humano (que en el ámbito de la deliberación jurídica corresponde a lo *justo concreto*). Esta propuesta del profesor Massini Correas se encuentra desarrollada en una serie de trabajos iniciados en la década de los noventa, recogidos ya con la madurez de los años en una conferencia pronunciada en las *Jornadas de homenaje a John Finnis*, organizadas por la Universidad Austral de Buenos Aires en junio de 2005, en ocasión del XXV aniversario de la primera edición inglesa de *Natural Law and Natural Rights*. La conferencia fue publicada luego en la Revista *Ars Iuris*,² y forma

* Doctor en filosofía; investigador postdoctoral de FONDECYT (Chile); profesor titular de Filosofía del Derecho, Universidad Nacional de Cuyo. cdmartinezcinca@derecho.uncu.edu.ar.

¹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 32 y ss.

² Massini Correas, Carlos Ignacio, “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, *Ars Iuris*, vol. 34, 2005, pp. 131-161.

parte del III volumen de su *Filosofía del Derecho* consagrado al “Conocimiento y la Interpretación Jurídica”.³

La propuesta del profesor Massini Correas se inscribe en el marco de la discusión entre Ronald Dworkin y John Finnis en torno a si existe o no una “única respuesta correcta” para los casos difíciles, discusión en la que el jurista norteamericano se inclina por la afirmativa y el australiano por la negativa. Ese debate, como se sabe, se inserta en el marco más amplio de la polémica entre Dworkin y H. L. A. Hart (y en cierto modo entre Dworkin y la mayoría de los autores positivistas) en torno a si existe o no discrecionalidad por parte de los jueces al momento de resolver los llamados *casos difíciles*, y en última instancia en torno a la corrección o incorrección del criterio de identificación y validación de las normas jurídicas que reina en el “modelo de reglas” y que no parecería representar de manera adecuada la realidad de los modernos y complejos sistemas de derecho.

En este trabajo de homenaje al profesor Massini Correas analizaré los ejes centrales de su contribución a una materia en la que, como ésta, los autores parecen navegar fatalmente entre el racionalismo y el voluntarismo. Los ejes centrales de su contribución son, fundamentalmente, tres: 1) la necesidad de distinguir los diversos planos de la deliberación práctica en los *casos difíciles*, con el consiguiente esclarecimiento del horizonte y el contenido de cada uno de esos planos; 2) las razones y las ventajas de sustituir el criterio de “corrección” por el criterio de ‘justicia’ en la solución de dichos casos, y 3) la solución al problema de la inconmensurabilidad de los bienes humanos en la determinación de lo justo concreto, con la consiguiente afirmación de que sí existiría una solución más justa que cualquier otra en los casos difíciles.

Tras un breve análisis de las razones por las cuales esos ejes han contribuido a ensanchar el horizonte del debate en torno a la solución de los casos difíciles, procuraré mostrar, sin embargo, que en relación con el último de los tres ejes señalados, tal vez sea conveniente partir de una base antropológica un tanto diferente a la escogida por el profesor Massini. La conveniencia de ese punto de partida alternativo no invalidaría, con todo, la originalidad de sus aportes, sino que le daría mayor amplitud para evitar el tinte racionalista que un lector apresurado podría encontrar en su propuesta.

I. DIVERSOS PLANOS Y NIVELES EN LA DELIBERACIÓN PRÁCTICA

El apartado V del trabajo consagrado al problema de la “única respuesta correcta” para los casos difíciles contiene las claves esenciales de la contribución

³ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. T. III: El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, pp. 225-244.

que el profesor Massini ha hecho a la teoría de la adjudicación.⁴ Allí nos dice el autor que:

en el conocimiento racional-práctico existen diferentes planos, diferenciables por los diversos grados de universalidad y practicidad de cada uno de ellos; estos planos son al menos tres: el principal (*sic*), o de los primeros principios éticos; el normativo, o de las reglas generales de la acción; y el frónético o prudencial, de la dirección concreta, máximamente determinada, de la conducta humana.⁵

Esta primera aclaración introduce un aspecto novedoso en la discusión antes señalada de la “única respuesta correcta” para los casos difíciles, pues ni Dworkin ni Finnis han considerado adecuadamente la posibilidad de ubicar la discusión en un plano diferente, por naturaleza, al de los primeros principios. En efecto, la discusión parece situarse siempre en el plano *principal*, es decir, en el plano de los primeros principios, principios *jurídicos*, según Dworkin (a los que nunca define con claridad ni precisión, a pesar de la centralidad que ocupan en su teoría, como sostiene Massini),⁶ o bien en el plano de las exigencias de la razonabilidad práctica que postula Finnis. En el caso del jurista australiano, si atendemos las indicaciones contenidas en su obra fundamental, tendríamos que ubicar ciertamente las exigencias de la razonabilidad práctica en el controvertido plano o nivel de los que él denomina “bienes pre-morales”, en la medida en que esas exigencias orientan nuestro razonamiento práctico pero sin haber sido objeto, todavía, de una elección particular por parte de la persona que se encuentra en un estadio previo de deliberación.⁷ Si bien Finnis, en un lugar clave de su obra dedicado a explicar una por una las exigencias de la razonabilidad práctica, sostiene que en muchos casos la determinación de las acciones demanda el juicio *prudencial* propio de las personas buenas y sabias, deja la cuestión bastante inconclusa al sostener, de manera general, que “tratándose de análisis abstractos no debemos esperar más precisión que la que la materia admita”.⁸ Es allí, precisamente, donde el profesor Massini Correas encuentra una materia pendiente de análisis, que él lleva adelante con bastante éxito.

⁴ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, *op. cit.*, pp. 144-152. De aquí en adelante me serviré de la primera versión publicada del trabajo en la Revista *Ars Iuris*, aun cuando no existen diferencias sustanciales con la versión incluida como “Anexo I” en el III volumen de su *Filosofía del derecho*.

⁵ *Ibidem*, p. 145.

⁶ *Ibidem*, p. 134.

⁷ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 67, 95 y 103.

⁸ *Ibidem*, p. 153.

La necesidad de reubicar la discusión en torno a la respuesta correcta (o “más justa”, como propone el profesor argentino) obedece a una relación inversamente proporcional que se da entre la universalidad y la practicidad de esos tres planos. En efecto, es necesario comprender que se da un grado de universalidad decreciente desde el plano de los primeros principios (máxima universalidad) hasta el plano prudencial (máxima singularidad), y que esa relación es inversamente proporcional al grado de practicidad o determinación que se va logrando desde el plano superior al plano inferior: de la menor practicidad de los principios a la máxima practicidad del conocimiento prudencial. Esto no quiere decir que los primeros principios no sean prácticos, ya que lo son siempre en razón de su objeto y de su fin, pero su grado de practicidad es menor en “razón del carácter mediato” en virtud del cual dirigen la conducta humana.⁹

Por otra parte, el profesor Massini Correas distingue, al seno de cada uno de los tres planos de deliberación práctica, dos niveles, presentes en cada uno de ellos: un primer nivel de conocimiento práctico *directo*, correspondiente al conocimiento connatural con que se manejan todos los hombres al intentar la ordenación racional de su conducta, y un segundo nivel correspondiente al conocimiento práctico *reflexivo*, que tiene como objeto principal el conocimiento obtenido en el nivel anterior. A este último nivel lo llama *metaético*, y al primero, nivel ético-normativo propiamente dicho. En definitiva, la respuesta “más justa” a los casos difíciles habría que buscarla en el plano prudencial o fronético, y el juez, en tanto persona que procura hallar dicha respuesta en un primer nivel ético-normativo, podría argumentar y reflexionar en torno a ella también desde el nivel metaético, es decir, desde el nivel de la reflexión sobre las soluciones prudenciales que normalmente se encuentran en los repertorios de jurisprudencia o incluso en la praxeología política que estudia con “ciertas ansias sistematizadoras las soluciones políticas concretas”.¹⁰

Ahora bien, ¿qué se puede decir, reflexivamente, acerca del plano prudencial de la deliberación práctica? En otras palabras: ¿cómo puede justificar un juez, como cualquier persona razonable, que la opción elegida ha sido la “más justa” frente a otras opciones que aparecían, *prima facie*, tan justas como ella? La posibilidad de una justificación racional de la opción escogida representa un auténtico desafío si tenemos en cuenta que, precisamente, un caso difícil es aquel en que, ya sea por la ambigüedad o vaguedad de los textos legales, ya sea por la gravedad de las consecuencias que se

⁹ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. T. III, op. cit.*, p. 13.

¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

siguen de cada alternativa de solución, resulta particularmente difícil escoger entre las diferentes opciones, razón por la cual el entendimiento queda casi paralizado en “una situación de duda o perplejidad”.¹¹ Como reconoce Massini Correas, en realidad es poco lo que se puede decir. Pero poco no significa *nada*. La experiencia de la vida —personal o colectiva— ayuda normalmente a quien debe decidir en la absoluta singularidad de una situación, cuál es la opción que, en mayor medida, acrecienta su humanidad, colaborando con su florecimiento personal y el de otros al seno de una comunidad cualquiera. Ciertamente, cualquier intento de racionalizar, fijar o hacer previsible la praxis, suprimiendo o reduciendo considerablemente el componente ineludible de contingencia e imprevisibilidad, está condenado de antemano a cumplir un papel muy limitado.¹² Sin embargo, una cosa es segura, y sobre ella ha insistido con particular énfasis el profesor Massini Correas en diferentes trabajos: la tradición clásica de la ética occidental había encontrado una cierta solución al problema de la imprevisibilidad de los juicios máximamente prácticos, aun cuando esa solución hoy resulte extraña para gran parte del pensamiento iusfilosófico contemporáneo: la necesidad de las virtudes morales para asegurar la rectitud del juicio prudencial.¹³ Dentro de esta solución clásica, expuesta sucintamente por el fundador de la filosofía práctica, es impensable que un hombre perverso pueda arribar a una solución prudente, como no sea *per accidens*. Sólo quien tiene rectificadas su facultad desiderativa a través de las virtudes morales abriga la posibilidad de conocer, como por “connaturalidad”, cuál es la respuesta más justa en una situación determinada.¹⁴ Tomás de Aquino, un exponente central de la tradición clásica de occidente, descubrió al menos ocho hábitos virtuosos conectados esencialmente con la prudencia, y de la correcta intelección de cada uno de ellos surge una comprensión bastante amplia y esclarecedora acerca de cómo es posible determinar lo justo en un caso concreto.¹⁵

¹¹ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, *op cit.*, p. 143.

¹² Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. T. III...*, *op. cit.*, p. 21.

¹³ *Ibidem*, p. 20. Véase, también, “Nota sobre el gobierno del derecho y la ética de la virtud”, conferencia pronunciada en las *Jornadas del Instituto de Filosofía, en homenaje a los 70 años de la Revista Philosophia*, Mendoza, octubre de 2014. Una versión similar de este trabajo en relación con el *Rule of Law* aparecerá en el *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

¹⁴ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. T. III...*, *op. cit.*, p. 20. Véase Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, VI 12, 1144a 34.

¹⁵ Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, II-II, q. 48, a.1. Existe un trabajo dedicado a mostrar, entre otras cosas, que esos hábitos se pueden enseñar y aplicar en un modelo de

Uno podría suponer que, de acuerdo a la cuidadosa lectura que ha hecho de los autores clásicos de la tradición central de occidente, Finnis debería estar básicamente de acuerdo con el eje medular de la cuestión: que la respuesta más justa a un caso difícil habría que encontrarla en un plano fronético de máxima practicidad y de mínima universalidad, y que se arribaría a ella desde el nivel de conocimiento directo o por “connaturalidad” del hombre prudente, del *phrónimos* de Aristóteles,¹⁶ pudiendo luego articularse una justificación de por qué ésa y no otra sea la solución más justa desde el nivel de la reflexión, metaético, que atraviesa todos los planos de la deliberación práctica, incluido el plano fronético o prudencial. Sin embargo, lo cierto es que no hay una sola referencia a estos niveles y planos del conocimiento práctico en toda su obra, ni tampoco una adecuada explicación del contenido y horizonte de cada uno de ellos. El profesor Massini Correas ha dedicado precisamente todo el primer capítulo de su tercer volumen de la *Filosofía del derecho* a clarificar la cuestión del conocimiento práctico, sus diferencias respecto al conocimiento especulativo, y su estructuración metodológica específica y propia, mostrando que sí es posible una mayor precisión y determinación que la que Finnis atribuye a la materia. Además, y como ya se sabe, Finnis niega la posibilidad de resolver el problema de la inconmensurabilidad de los bienes humanos, y con ello descarta la posibilidad de afirmar que exista, *a priori*, una respuesta más justa que otra en los casos difíciles.

II. EL CONCEPTO DE “CORRECCIÓN” Y LA NECESIDAD DE BUSCAR LA RESPUESTA MÁS JUSTA

Casi como una consecuencia lógica de lo anterior, es decir, de la ubicación del debate en torno a la solución de los casos difíciles en el plano universal y abstracto de los principios (en lugar de su adecuada ubicación en el plano fronético o prudencial), el lenguaje que tanto Dworkin como Finnis emplean en esta materia parecería ser tributario del “modelo de reglas” que ambos cuestionan.

En efecto, como señala el profesor Massini Correas, citando a varios autores que han reflexionado largamente en torno a este problema, la sustitución del concepto de bondad o maldad de las acciones en el ámbito de la filosofía moderna (y particularmente en el ámbito de las filosofías utilitaris-

educación superior. Véase Martínez Cínca, Carlos Diego, “Límites de la educación superior basada en competencias”, *Revista Universidades*, vol. LXI, 50, 2011, pp. 71-74.

¹⁶ Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 157.

tas y consecuencialistas) por el concepto de “corrección” tiene como consecuencia que todas las cuestiones relativas a la determinación de qué se deba o no hacer, o cómo se deba resolver una determinada cuestión práctica, sean respondidas en tercera persona como lo haría un “observador imparcial externo”. Por el contrario, la concepción clásica de la ética intenta responder las cuestiones prácticas desde la perspectiva de la primera persona, es decir, desde el punto de vista de una persona que no procura tanto saber si la templanza exige que un atleta coma diez libras diarias de carne, sino cuántas libras debería comer uno mismo, que no es atleta, en el célebre e ilustrativo ejemplo de Aristóteles.¹⁷

El concepto de “corrección”, por otra parte, es un concepto de raigambre positivista, ya que se refiere fundamentalmente a la mera adecuación externa de la conducta humana a un material normativo estructurado jerárquicamente, mediante relaciones de subordinación y prelación, de modo tal que, por el carácter general de las normas, existe siempre la posibilidad de identificar, *a priori*, diversos modos de adecuación de la conducta humana a ese material normativo, y aunque algunos de ellos resultaran incompatibles entre sí desde el punto de vista de la justicia, no obstante todos ellos podrían resultar eventualmente “correctos” en la medida en que un observador imparcial no los juzgara en primera persona ni procurara determinar la respuesta más justa para el caso concreto. Precisamente ha sido la noción de “corrección” *formal* la grieta por donde la mayoría de los críticos y los escépticos (tan de moda en nuestros días) han procurado derrumbar la validez y la credibilidad de las técnicas y los fines de la argumentación jurídica. Richard Posner, por ejemplo, ferviente partidario hoy del pragmatismo jurídico como otrora lo fuera del *Análisis económico del derecho*, ha consagrado buena parte de sus últimos libros y artículos a mostrar que la noción de “corrección” sólo sirve para generar una retórica formalista que sirva de pantalla (“como los pañuelos con que los ilusionistas distraen al público”) para encubrir las preferencias y el sentido de lo “políticamente correcto” con que se manejan los jueces: el empleo de esa retórica parece tener como única finalidad sembrar en los legos la falsa ilusión de la certeza y de la imparcialidad en la administración de justicia.¹⁸

¹⁷ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, II 6, 1106 b. El profesor Henry Veatch ha analizado en qué medida la perspectiva de la *imparcialidad* atraviesa la filosofía práctica de Finnis, alejándola de la perspectiva clásica de la primera persona. Véase Veatch, Henry, “Does the Grisez-Finnis-Boyle Moral Philosophy Rest on a Mistake?”, *The Review of Metaphysics*, vol. 44, 4, 1995, pp. 807-830.

¹⁸ Posner, Richard, “The Jurisprudence of Skepticism”, *Michigan Law Review*, vol. 86, 5, 1988, p. 865.

Finnis advierte, por cierto, la tensión existente entre el concepto formal de “corrección” y el concepto sustancial de “justicia”, y de hecho intenta resolver esa tensión ligando la dimensión del “ajuste” o “adecuación” (*fit*) —que los jueces emplean, según Dworkin, al resolver los casos difíciles siguiendo un criterio de coherencia con los “materiales” jurídicos existentes, creados por decisiones pasadas— con la dimensión de la “rectitud” moral o “solidez” (*soundness*), mostrando, de ese modo, que existe una ineludible referencia del orden técnico al orden moral en el derecho.¹⁹ Sin embargo, la argumentación de Finnis es excesivamente alambicada y compleja, como sostiene Massini Correas,²⁰ y en definitiva termina dando una respuesta no sólo sorprendente sino también, en parte, extraña a la tradición clásica del derecho natural. En efecto, la facultad de la sensibilidad y no la razón práctica (a través de la prudencia) termina siendo el árbitro final de la disputa entre las distintas alternativas que se presentan en la solución de los casos difíciles. En un texto decisivo en el que Finnis reitera su negativa a identificar una solución más justa que otra, *a priori*, por la inconmensurabilidad de los bienes humanos que se hallan en juego en un caso difícil, el jurista australiano afirma que:

Aunque ahora pienso que estaba equivocado en sostener que las dos dimensiones [“ajuste” y “solidez”] fuesen simplemente inconmensurables, sigue en pie la afirmación de que el significado moral de los diferentes grados de “ajuste” y “solidez” será habitualmente una cuestión de imparcialidad (*fairness*). Y la imparcialidad, aunque sea una exigencia racional, es tal que su contenido en cualquier circunstancia dada está, como argumenté antes, en parte por los *sentimientos* (“¿cómo me gustaría que...?”). *La conmensuración debe hacerse aquí mediante el discernimiento de los propios sentimientos*. No es la razón, ni moral ni técnica, la que establece para cada juez, la actitud que adoptará en las grandes preguntas estratégicas cuyas respuestas dirimen los casos difíciles.²¹

No sería arriesgado afirmar que el texto bien podría haberlo escrito, *mutatis mutandis*, David Hume. Sin duda es éste uno de los ejemplos más elocuentes de las dificultades que acarrea a cualquier mente —como la de Finnis— acostumbrada al lenguaje discursivo del positivismo analítico, el tener que manejarse con conceptos —“corrección” o “ajuste”— que han

¹⁹ Finnis, John, “Derecho natural y razonamiento jurídico”, *Persona y Derecho*, vol. 3, 1995, p. 21.

²⁰ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, *op. cit.*, p. 139.

²¹ Finnis, John, “Commensuration and Public Reason”, *Collected Essays. Vol. I: Reason in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 253. Las cursivas son mías.

sido forjados al seno de una matriz de pensamiento donde los problemas a resolver han sido, en gran parte, fijados de antemano por esos mismos conceptos. Cuando se intenta superar el universo semántico delimitado por esos conceptos para tender un puente hacia las *realidades* planteadas por las soluciones clásicas —como creo que ha sido el laudable propósito del profesor Finnis— el precio que se paga es a veces demasiado alto. Otra cosa sucede, como sostiene el profesor Massini Correas, si se adopta desde el abordaje inicial del problema la perspectiva no ya de la corrección o del ajuste sino de la justicia: de la respuesta más justa al caso concreto.²²

III. UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA INCONMENSURABILIDAD DE LOS BIENES HUMANOS

Finalmente, el último eje de la contribución del profesor Massini Correas a la cuestión de la solución *más justa* para los casos difíciles lo constituye su decidida afirmación de que *sí* es posible determinar, a priori, una respuesta más justa que otra, y que esa solución puede ser conocida y efectivamente alcanzada por la razón práctica. La postura contraria implicaría, según el profesor de la Universidad de Mendoza, caer en las trampas del emotivismo y, en general, del irracionalismo, pues para cualquiera de estas posturas filosóficas (emotivismo, decisionismo, voluntarismo) la *decisión* de las cuestiones prácticas resulta ser un resorte exclusivo de la sensibilidad o de la voluntad.²³ Esta afirmación lo coloca al lado de Dworkin, en oposición a Finnis, si dividiéramos el campo del debate de manera muy superficial sólo entre quienes defienden la posibilidad de que haya una única respuesta para los casos difíciles y los que la niegan, aun cuando son dos cosas bien diferentes afirmar que haya una sola solución “correcta” o una respuesta *más justa*, como ya dijimos.

El argumento que brinda el profesor Massini Correas para sostener que existe sólo una respuesta más justa para los casos difíciles es bastante claro y se funda, por cierto, en los textos de Tomás de Aquino y en una serie de estudios muy bien documentados de su teoría del acto humano, haciendo particular hincapié en el entrelazamiento de las facultades intelectivas y volitivas de la razón práctica (*intentio, deliberatio, iudicium electionis, imperium*, etcétera). De la estructura de la deliberación práctica se sigue que “la deci-

²² Massini Correas, Carlos Ignacio, “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, *op. cit.*, p. 148.

²³ *Ibidem*, p. 150.

sión práctica no puede concluir sino en la opción de aquella alternativa que resulta la mejor en el caso concreto... y esta alternativa ha de ser única, ya que de lo contrario no sería posible alcanzar una decisión acerca del obrar, de cualquier tipo que éste sea”.²⁴

Si la cuestión en torno a la respuesta más justa a un caso concreto se plantea no en el plano *princípial*, de la mayor universalidad y menor practicidad, sino, como corresponde, en el plano *fronético* o prudencial, resulta lógico para el profesor Massini Correas que, dada la sinergia propia de la acción humana singular, y dada la permanente y mutua referencia de los actos singulares que van tomando su lugar en el proceso de la deliberación y de la elección, la *decisión* sólo pueda llevarse adelante de manera exitosa en la medida en que la razón perciba *una* solución práctica como la *mejor* y la voluntad la *intenda* o elija como objeto de su querer. De no ser así, concluye el autor, las dos alternativas que quedarían en pie serían las siguientes:

- 1) O bien la alternativa *irracionalista* o *voluntarista* según la cual nuestras elecciones se fundarían en meras emociones, sentimientos, o en “una voluntad desvinculada constitutivamente de la razón” (¿corresponde la posición de Finnis a alguna de estas variantes, en verdad?);
- 2) O bien la alternativa racionalmente inaceptable de una “indeterminación irremediable de la voluntad”, con la consiguiente imposibilidad de adoptar ninguna decisión práctica y con el resultado final de que toda acción humana quedaría virtualmente paralizada.²⁵ Esta última alternativa podría graficarse mejor con la paradoja comúnmente atribuida al asno de Buridan.

Ahora bien, ¿son éstas realmente las dos únicas alternativas que cabe considerar frente a la afirmación de que siempre existe *una* y *sólo una* respuesta más justa para cada caso concreto? Creo que existe una tercera alternativa, que de estudiarse adecuadamente podría enriquecer aún más la respuesta del profesor Massini Coreas, matizando algunos aspectos de su propuesta que parecerían acercarlo peligrosamente a un exceso de confianza en la razón práctica. Prefiero no identificar ese exceso de confianza con el racionalismo, porque claramente no lo es, o no al menos como suele entenderse habitualmente el término “racionalismo”. Veamos por qué.

²⁴ *Ibidem*, p. 151.

²⁵ *Ibidem*, p. 152.

IV. UN ALTERNATIVA AL RACIONALISMO Y AL VOLUNTARISMO EN LOS CASOS DIFÍCILES

En primer lugar, es necesario reconocer que los dilemas prácticos existen, son reales, los enfrentan también las personas prudentes y sabias, y no siempre los sabios y prudentes pueden resolverlos identificando, *a priori*, la solución más justa. No siempre se sale con éxito de los dilemas gracias a la luz de la razón (práctica). En efecto, no pocas veces resulta ser la *voluntad* honesta, que aun en el caso del *phrónimos* puede ser una voluntad *parcialmente* esclarecida, la que le otorga justicia a una solución concreta. A veces resulta imposible saber, *a priori*, cuál es efectivamente la más justa de dos alternativas razonables, habiendo sido prudentemente consideradas, habiéndose ponderado debidamente todos los medios de los que hay que servirse para implementar esas alternativas, y habiéndose analizado, hasta donde sea posible, las consecuencias que verosímilmente se seguirían de cada una de ellas. En esos casos realmente dilemáticos es legítimo considerar que la voluntad se “juega” por una de las dos opciones, y que precisamente la opción elegida resulta más justa por una elección de la propia voluntad, más precisamente, *porque* la voluntad la eligió. Esa voluntad del hombre prudente, pero perplejo a pesar de su sabiduría y prudencia, por cierto nunca es “una voluntad desvinculada constitutivamente de la razón”, como contempla la primera alternativa que sugiere el profesor Massini Correas. En efecto, todas las consideraciones de prudencia antes dichas son como sus andaderas, sus soportes, pero en un determinado momento, que es el momento propio y constitutivo de la elección, no pudiendo la voluntad inclinarse por una consideración intelectual-práctica más que por otra —pues la razón le muestra algo así como un estado de virtual “empate” entra ambas opciones— la voluntad *de-cide* (“corta” la deliberación, como el verbo latino *caedo* sugiere), y es ella la que, por decirlo de algún modo, “define” la justicia de la elección. La justicia del caso, en los casos que se presentan como verdaderos dilemas prácticos, se conoce *a posteriori*, una vez que la voluntad eligió, informada hasta donde pudo por la razón práctica.

La consideración de un ejemplo tomado de historia de la salvación, quizá el primer caso difícil que registre nuestra memoria colectiva, nos ayudará a clarificar algo más este primer aspecto. Cuando el sabio y prudente rey Salomón, sentado en su tribunal de justicia, tuvo que dirimir el célebre caso de aquellas jóvenes madres que habitaban un mismo techo, una de las cuales había encontrado muerto a su bebé en la vigilia de la noche, y había sustituido a su difunto hijo por el de su compañera, no fue la luz de la razón práctica la que le permitió a Salomón salir airoso del dilema. Fue una

intuición, una “corazonada” si se quiere, la que le indicó la solución “más justa”. Su veredicto: “traigan una espada y corten al niño por el medio”, no puede haber sido fruto de un *iudicium electionis*, pues sabio y prudente como era, pudo entrever que las consecuencias verosímiles que podrían haberse seguido de su veredicto habrían sido nefastas para su reputación y, en consecuencia, para la administración de justicia en su reino. Pudo prever, en efecto, que la madre impostora aceptaría conforme, por despecho, que ninguna de las dos pudiera tener ya más a su hijo consigo. Pero también pudo prever que la verdadera madre no reaccionaría a tiempo como él esperaba que reaccionara, ya por temor reverencial, por no desafiar ni cuestionar la autoridad real, ya por simple anonadamiento frente a lo terrible de la situación que estaba enfrentando. Él no sabía, a *ciencia* cierta, qué reacción tendría la auténtica madre, y si efectivamente la auténtica madre no reaccionaba a tiempo, él pudo prever que tendría que dar marcha atrás con el veredicto, antes de derramar sangre inocente, con el consecuente descrédito para su autoridad que ese paso en falso le provocaría. Sin embargo, más allá de su juicio previsor y prudente, más allá de la deliberación intelectual de las consecuencias que traería un veredicto que claramente no podía presentarse como la solución más justa *a priori*, tuvo la “corazonada” de que la auténtica madre reaccionaría a tiempo, y se jugó por esa alternativa. La justicia del caso se conoció *ex-post facto* una vez que su “corazonada” quedó al descubierto y se hizo claro, para todos, retrospectivamente, cómo había intuido el rey que las cosas se desenvolverían. En cierto modo, Salomón, el emblema de la justicia, de la prudencia y de la sabiduría veterotestamentaria, “acertó” por intuición con *una* solución justa. Pero ciertamente no se puede afirmar que la razón práctica le haya mostrado *a priori* que existía *una*, y sólo *una*, respuesta más justa al caso que tenía entre manos. Y en todo caso, si esa solución existía y su prudencia se la mostró, seguramente esa solución no debe haber coincidido con aquélla por la que finalmente su voluntad se inclinó.

Se podría argumentar en contrario diciendo que la justicia del rey Salomón es una justicia de una naturaleza muy distinta a la que el moderno Estado de derecho exige de nuestros jueces. Pero si ése es el argumento, entonces volvemos varios pasos atrás en la cuestión de fondo porque, en efecto, una de las exigencias centrales del Estado de derecho es también la necesidad de *imparcialidad* en la administración de justicia, y la imparcialidad se traduce en la consagrada fórmula de “tratar igual a los iguales”.²⁶

²⁶ Véase Martínez Cínca, Carlos Diego, “Los casos difíciles y el pragmatismo de los jueces. Claves de la declinación del Estado de derecho”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XX, 2014, pp. 653-657.

Sin embargo, desde la perspectiva de la imparcialidad, resulta virtualmente imposible construir una teoría de la adjudicación en primera persona, al estilo de la ética clásica, tal como la propone el profesor Massini Correas. De hecho, un hombre prudente y sabio difícilmente elegiría ser juez en un Estado moderno si tomara adecuadamente en cuenta los costos que supone el ejercicio actual de la magistratura, siguiendo las claves aristotélicas en torno al género de vida más adecuado para alcanzar el fin último.²⁷

Ahora bien, si el argumento en contrario se basa en que no resulta claro en qué medida podemos hablar de “corazonadas” en las decisiones judiciales, o en la ignorancia de qué tipo serían las intuiciones que inclinarían la balanza mediante la decisión —si una intuición intelectual, o más bien una de tipo emocional, al estilo de las que apuntaba Max Scheler en órbita de los valores fundamentales— entonces hay que reconocer que la teoría de la adjudicación que propone el profesor Massini Correas, es decir, una teoría del juicio prudencial en primera persona, tiene por delante la tarea de dilucidar el papel de la intuición —y la naturaleza misma de las intuiciones— en la solución de los verdaderos dilemas prácticos. El jurista escocés Neil MacCormick, autor de una de las teorías argumentativas más completas en torno a los casos difíciles, sentada en gran parte sobre premisas positivistas pero cuya agudeza ha reconocido el propio Finnis,²⁸ admite que en muchos casos difíciles los jueces se guían por intuiciones, aun cuando él no sabría explicar cómo.²⁹ Una teoría argumentativa en primera persona, que haya integrado los planos y los niveles del conocimiento práctico adecuadamente, debería poder hacer un lugar razonable a las intuiciones del hombre prudente y sabio. Me refiero, claramente, a las intuiciones que llamamos “corazonadas”, y que sin identificarlas lisa y llanamente con los sentimientos o la facultad de la sensibilidad, como propone Finnis, habría que fundarlas en la facultad apetitiva antes que en la facultad intelectual.

Pero en segundo lugar, y volviendo a la cuestión central de si la razón práctica puede conocer *a priori* cuál sea la única solución más justa, en gran medida podría ayudarnos el tomar en cuenta la estrategia discursiva de la teoría de la elección racional que siguen muchos economistas para ver si, en el fondo, no ocurre algo similar con una teoría adjudicativa formulada en primera persona, en el plano fronético. En efecto, algunos economistas, como Gary Becker, Ronald Coase, y los partidarios del enfoque racional de la conducta humana aplicado al derecho, como Richard Posner, postulan

²⁷ *Ibidem*, p. 660.

²⁸ Finnis John, *Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 161.

²⁹ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 114.

que un sujeto racional elegirá siempre la solución más eficiente de dos o más alternativas que se le presenten. Pero no pudiendo determinar a priori cuál de todas las opciones sea la más eficiente (pues existe una “frontera de la eficiencia” a lo largo de la cual es posible encontrar distintas soluciones tan eficientes unas como otras), los partidarios de la elección racional se ven forzados a admitir que la solución más eficiente sólo se puede conocer *ex-post facto*, resultando ser aquella por la que optó el sujeto, pues de otro modo no la habría elegido. Este modo de argumentar se apoya en una evidente petición de principio, pues la única forma de reconocer la eficiencia de una solución es remitiéndose a la elección de quienes se supone que siempre eligen de manera eficiente. ¿Hay una petición de principio similar en una teoría de la adjudicación, formulada en primera persona, en un nivel fronético, que postula que existe *una* y sólo *una* respuesta más justa, y que esa respuesta se conoce porque es la que elige el hombre prudente? Me lo he preguntado muchas veces, y aún no he logrado dar una contundente respuesta negativa al problema.

Creo, sin embargo, que la petición de principio que existiría en el fondo de una teoría que postulara que existe sólo *una* respuesta más justa, y que esa respuesta se conoce porque es la que elige el hombre prudente, se salvaría con sólo admitir que, si efectivamente existe esa respuesta, se conocería *a posteriori*, no *a priori*, y esto no solamente desde la perspectiva del “espectador imparcial”, sino incluso en la perspectiva de la primera persona. Dejando de lado el caso del rey Salomón, respecto de muchas de nuestras decisiones más difíciles, habiendo actuado con la debida prudencia y previsión, sólo sabremos que habrán sido las más justas una vez que haya transcurrido el tiempo necesario para evaluarlas con ecuanimidad. Aun así, tal vez el tiempo y la razón nos revelen que en algunos casos otra opción hubiera sido la más justa, pero todavía podremos decir que la opción elegida fue la más justa *para nosotros* precisamente porque, no habiendo podido resolver un estado de perplejidad intelectual, la elegimos con voluntad honesta, siguiendo las “razones” del corazón. Quizá la clave resida en reconocer, con cierta modestia, que en verdad no había *una solución* más justa que otra, *a priori*, sino que en todo caso nuestra elección la tornó más justa.

En tercer lugar, parece haber una razón moral en la necesidad de reconocer que a la razón deliberativa se le presentan, en ocasiones, dos o más soluciones justas, en el nivel fronético, y para el caso concreto. Esa razón tiene que ver con la creatividad, con la capacidad de formular analogías, con la intuición de cuáles sean los principios generales que rijan una determinada materia (la materia del caso concreto), con la previsión de todas y cada una de las consecuencias que se seguirían de adoptar una u otra solución, con la

circunspección que es necesario adoptar cuando la razón deliberativa se encuentra en un estado de auténtica perplejidad. En efecto, cada uno de estos hábitos virtuosos que se requieren, según Tomas de Aquino, para el recto ejercicio de la prudencia, parecen estimularse mejor, en principio, ante la perspectiva de que la razón no puede conocer, a priori, una solución más justa que otra, pues precisamente del hecho de que la razón no pueda determinar a priori esa solución surge la necesidad de ejercitar aquellos otros hábitos morales que perfeccionan la parte intelectual como también la parte *apetitiva* del alma, donde claramente la voluntad ejerce su imperio. Suponer, de antemano, que hay una y sólo una solución más justa, aun cuando esa solución deba ser alcanzada en un nivel frónético, podría inducir a un cierto quietismo o pereza intelectual, pues nada obliga tanto a una persona a hacerse cargo de las propias elecciones cuando esa elección se funda en una decisión auténtica de su propia voluntad y, como en el caso de los jueces, esas elecciones se imponen al resto de la sociedad. Bien entendido, no hay nada de voluntarismo en esta afirmación, pues la decisión no se funda en meros sentimientos o emociones, como tampoco en una “voluntad desvinculada de la razón”.

V. BALANCE FINAL

Como dije al comienzo, los ejes centrales de la teoría adjudicativa para los casos difíciles que propone el profesor Massini Correas han ensanchado el horizonte de la teoría argumentativa. Sus principales contribuciones han sido:

1) La necesidad de distinguir, analizar y relacionar tres planos y dos niveles en la deliberación práctica, demostrando que la solución sólo puede alcanzarse en un plano *frónético* o prudencial, donde se alcanza la máxima determinación. En ese plano, no tiene sentido plantear una teoría basada en la imparcialidad, como proponen las éticas consecuencialistas y utilitaristas, y como en parte parece reconocer Finnis, sino una teoría en primera persona, basada en el juicio prudencial de un hombre virtuoso. Indudablemente se requiere de un cambio cultural enorme en nuestro mundo para que esta propuesta llegue a buen puerto, pero, como el profesor Massini Correas ha puesto de manifiesto, existe ya un amplio movimiento (*Virtue Jurisprudence*) en los Estados Unidos de Norteamérica que ha reconocido la necesidad de volver a este punto de partida de la tradición central de la ética en Occidente.³⁰

³⁰ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Virtue Jurisprudence”, *Philosophia*, 74, 1, 2014, pp. 97-102.

2) La necesidad de abordar el problema de los casos difíciles adoptando la perspectiva de la respuesta más justa y no la de la solución correcta, porque, como ha quedado de manifiesto, la perspectiva de la corrección es tributaria del “modelo de reglas” y responde a un concepto de adecuación formal, de ajuste, propio de un “espectador imparcial”, en el que cualquier argumento podría “ajustarse” a principios más o menos generales que permitieran justificar las preferencias subjetivas de los jueces, como sostienen los críticos radicales y los escépticos.

3) La necesidad de afirmar que existe *una* y sólo *una* respuesta más justa al caso concreto, y que esa respuesta se conozca, a priori, en el nivel *fronético* o prudencial, mediante un adecuado ejercicio de deliberación práctica. Este último aspecto es, como he expuesto en mi homenaje, tan desafiante como cuestionable.

Las dificultades que parecería haber tras la afirmación de que sólo haya *una* respuesta más justa que otra en los verdaderos dilemas prácticos son también tres: *a*) parece una afirmación contraintuitiva (el caso del rey Salomón es un ejemplo, pero también nuestra propia experiencia en dilemas prácticos); *b*) la afirmación parece fundarse en una cierta petición de principio (como las teorías de la elección racional de los economistas, aunque claramente la teoría del profesor Massini Correas no tenga nada de “racionalista”), y *c*) parece estimular menos el desarrollo de los hábitos virtuosos que se relacionan estrechamente con la prudencia, que si admitimos que no existe una solución más justa *a priori* que otra, sino que la justicia se revela *a posteriori* (habiendo, por supuesto, seguido todos los pasos de la deliberación práctica como corresponde). El desafío que la teoría del profesor Massini Correas plantea a quienes nos dedicamos a la filosofía del derecho es el de encontrar un lugar razonable para las intuiciones en la teoría del acto humano. Sospecho que es, más bien, una tarea pendiente de la filosofía, sin más.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002.
- FINNIS, John, “Derecho natural y razonamiento jurídico”, *Persona y Derecho*, vol. 3, 1995.
- , *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.

- , “Commensuration and Public Reason”, *Collected Essays. Vol. I: Reason in Action*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- MARTÍNEZ CINCA, Carlos Diego, “Límites de la educación superior basada en competencias”, *Revista Universidades*, vol. LXI, 50, 2011.
- , “Los casos difíciles y el pragmatismo de los jueces. Claves de la declinación del Estado de derecho”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XX, 2014.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, *Ars Iuris*, vol. 34, 2005.
- , *Filosofía del derecho. T. III: El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- , “Virtue Jurisprudence”, *Philosophia*, 74, 1, 2014.
- POSNER, Richard, “The Jurisprudence of Skepticism”, *Michigan Law Review*, vol. 86, 5, 1988.
- VEATCH, Henry, “Does the Grisez-Finnis-Boyle Moral Philosophy Rest on a Mistake?”, *The Review of Metaphysics*, vol. 44, 4, 1995.