

DE LA RESPUESTA CORRECTA A LA RESPUESTA MÁS JUSTA.
LA INTENSIDAD DE LA TESIS DE LA RESPUESTA JUSTA EN LAS DISTINTAS
ETAPAS DE LA DECISIÓN JUDICIAL*

JUAN B. ETCHEVERRY
jbetcheverry@austral.edu.ar

RESUMEN: Si bien hoy es mayoritariamente aceptado que los sistemas jurídicos resultan incapaces de ofrecer para todo caso una única respuesta correcta, todavía es posible (como hacen algunos autores) distinguir entre el plano de la *corrección* de una decisión jurídica de aquel de su *justicia* y defender que el derecho sí resultaría capaz de ofrecer un único resultado justo para todo caso. Por más que consideramos aceptable la distinción entre el plano de la corrección y el de la justicia, con este trabajo se busca mostrar que los tres principales argumentos para defender la “tesis de la respuesta más justa” (argumento de principios, de la bivalencia jurídica y del máximo grado de concreción) no resultan capaces de lograr su objetivo. Sin embargo, advertiremos que estos argumentos sí son capaces de mostrar que el derecho logra con diferente intensidad acotar los márgenes de decisión judicial según en qué etapa de dicha decisión nos encontremos.

PALABRAS CLAVES: Unica respuesta correcta, única respuesta justa, bivalencia jurídica, razonamiento judicial, discrecionalidad judicial

SUMARIO:

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	¿EXISTE UNA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA?.....	3
1.	LAGUNAS, ANTINOMIAS Y TEXTURA ABIERTA DEL LENGUAJE	3
2.	LA DISTINCIÓN ENTRE EL PLANO DE LA CORRECCIÓN Y EL DE LA JUSTICIA	4
2.1	EL ARGUMENTO DE LOS PRINCIPIOS	5
2.2	EL ARGUMENTO DE LA BIVALENCIA DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS.....	6
2.3	EL ARGUMENTO DEL MÁXIMO GRADO DE CONCRECIÓN.....	7
III.	LA POSIBILIDAD DE QUE EXISTAN MÁS DE UNA RESPUESTA CORRECTA Y JUSTA.....	8
1.	¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE LA EXISTENCIA DE UNA ÚNICA RESPUESTA JUSTA PARA CADA CASO?	8
2.	LAS CUATRO FASES O PARTES DE UNA DECISIÓN JUDICIAL	9
3.	LA BIVALENCIA JURÍDICA EN LAS CUATRO ETAPAS DE LA DECISIÓN JUDICIAL.....	11
4.	EL IMPACTO DEL ARGUMENTO DE PRINCIPIOS EN LAS CUATRO FASES DE LA DECISIÓN JUDICIAL.....	13
5.	MÁS DE UNA RESPUESTA JUSTA Y EL PROBLEMA DE LA PERPLEJIDAD JUDICIAL	17
IV.	CONCLUSIONES	20

* Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación financiado por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Técnica de Argentina y la Universidad Austral. Agradezco los comentarios y sugerencias de Pedro Rivas, Pilar Zambrano. El autor es investigador del CONICET y profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Austral (Argentina).

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años ha resurgido el interés acerca de cuál es y cuál debe ser el papel de los jueces y, en caso de encontrarnos frente a un sistema de control de constitucionalidad concentrado, especialmente el de aquellos órganos que tienen como principal encargo garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales. Como resulta esperable, este mismo interés también se proyecta sobre el rol que desempeñan o han de desempeñar los diferentes tribunales internacionales. A su vez, dicha preocupación se expresa en diferentes debates. Por ejemplo, se debate sobre la legitimidad de los órganos jurisdiccionales (en tanto poder normalmente inamovible y no electo de forma directa por el voto ciudadano) para crear y/o determinar el derecho vigente; o acerca de su legitimidad para controlar a los otros poderes del Estado (con mayores credenciales democráticas); o sobre los riesgos de la creación o determinación judicial del derecho a fin de garantizar un mínimo de seguridad jurídica o para que se respeten unas exigencias mínimas de justicia normalmente vinculadas con el ideal del *rule of law* (v. g., la garantía de la irretroactividad de la ley); o acerca de la posibilidad de responsabilizar a los órganos jurisdiccionales por el contenido de sus decisiones, etc.

Todos estos debates relativos acerca de cómo es o ha de ser la función jurisdiccional tienen como telón de fondo el siguiente interrogante: ¿el ejercicio de la función jurisdiccional presupone la existencia de una única respuesta jurídica adecuada para cada caso o, en cambio, hay cuestiones opinables sobre las que pueden existir más de una respuesta jurídicamente adecuada que ha de ser elegida por quien decide?

Con este trabajo buscamos ayudar a ofrecer una respuesta a esta pregunta. Para ello, en primer lugar, distinguiremos a las decisiones judiciales formalmente correctas de aquellas que resultan justas. Si bien en la actualidad resulta mayoritariamente aceptado que el derecho no puede aplicarse mecánicamente ya que es posible que exista más de una respuesta formalmente correcta para un caso, todavía queda por aclararse si esto mismo sucede con las respuestas justas. Tres son los principales argumentos para defender la “tesis de la respuesta más justa”: el argumento de que el máximo grado de concreción exige una única respuesta, el argumento de la bivalencia jurídica y el argumento de los principios. Por más que se defenderá que estos argumentos no resultan capaces de lograr su objetivo,

sostendremos que sí son capaces de mostrar que el derecho logra con diferente intensidad acotar los márgenes de decisión judicial según en qué etapa de dicha decisión nos encontremos.

II. ¿EXISTE UNA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA?

1. *Lagunas, antinomias y textura abierta del lenguaje*

Desde mediados del siglo XIX y a medida que avanzaba el siglo XX los teóricos del derechos han ido despertando del sueño noble de la jurisprudencia mecánica en el que muchos habían caído mecidos por el movimiento de la codificación (principalmente desarrollado en Francia) o por el de la jurisprudencia de conceptos (en Alemania)¹. No obstante, el perturbador ruido de las críticas al formalismo y al logicismo jurídico terminaron desvelando incluso a los más idealistas y mostrando con bastante contundencia lo ilusoria que resulta la idea de que los tribunales aplican mecánicamente las normas por medio de silogismos avalorativos de subsunción. Entre otras cosas, tales críticas han puesto de manifiesto que las normas jurídicas positivas no resultan capaces de ofrecer una única respuesta para cada caso que se presenta —laguna—². Frente al silencio que guarda en estos casos el derecho, el operador jurídico encargado de dirimir dicha cuestión debe terminar de decir el derecho para el caso en concreto con base en argumentos o razones que van más allá de los que le proveen de una forma determinada las normas jurídicas positivas. A su vez, en algunos casos los sistemas jurídicos acaban ofreciendo dos o más normas jurídicas positivas que pueden ser aplicadas a un caso y que conllevan a soluciones incompatibles entre sí —antinomias—. Cuando las normas jurídicas parecen decir más de lo necesario para un caso en concreto y si el sistema jurídico no prevé un sistema de prelación entre dichas normas, nuevamente el operador jurídico encargado de dirimir la cuestión debe hacerlo, en parte, con base en argumentos

¹ García Amado sostiene que las posiciones formalistas que niegan la discrecionalidad judicial han evolucionado desde las antiguas escuelas de la exégesis y de la jurisprudencia de conceptos del siglo XIX hacia las modernas concepciones del derecho como integridad (de Dworkin) o las posiciones denominadas neo-constitucionalistas. Cfr. J. A. GARCÍA AMADO, “¿Existe la discreción en la decisión judicial?”, *Isegoría* 35 (2006), 151 ss.

² Algunos autores prefieren identificar todo el problema de la indeterminación del Derecho con el concepto de laguna. Por ejemplo, Raz propone una definición amplia de laguna. En concreto, sugiere que hay una laguna jurídica cuando algunas cuestiones jurídicas sujetas a la jurisdicción competente no tienen una respuesta completa. Como puede observarse, este concepto parece incorporar toda causa de indeterminación jurídica. Cfr. J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, 53-77.

o razones que van más allá de los que le proveen dichas normas jurídicas positivas³. El tema de las lagunas y de las antinomias ha sido ampliamente debatido en la tradición continental desde hace ya más de un siglo. No obstante, en la tradición anglosajona esta problemática ha sido abordada principalmente desde la cuestión de la “textura abierta” del lenguaje por medio del cual se expresa el Derecho. En concreto, se advierte que el lenguaje jurídico, en tanto lenguaje humano, posee núcleos de significado claro —casos claros o paradigmáticos— en los que existe un acuerdo general sobre la aplicabilidad de un término a una realidad, y zonas de penumbra en las que se experimentan los límites de la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Por esto, sin importar la técnica legislativa que se utilice para comunicar los criterios generales de conducta, y por más que en muchos casos dichas pautas operen sin dificultades, algún punto de su aplicación será dudoso y, por lo tanto, indeterminado⁴. En estos casos dudosos las normas jurídicas positivas tienen dificultades para ofrecer una única respuesta correcta a una cuestión jurídica⁵. En definitiva, básicamente tres son las causas por las que *inevitablemente* algunas cuestiones jurídicas terminan siendo relativamente indeterminadas y, por tanto, el derecho no es capaz de ofrecer para todo caso una única respuesta *correcta*: las lagunas, las antinomias y la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el Derecho.

2. *La distinción entre el plano de la corrección y el de la justicia*

Si bien pareciera que el derecho resulta incapaz de ofrecer para todo caso una única respuesta correcta, todavía es posible (como hacen algunos autores) distinguir entre el plano de la *corrección* de una decisión jurídica de aquel de su *justicia* y defender que el derecho sí resultaría capaz de ofrecer un único resultado justo para todo caso. Así, en el plano de la corrección sería posible encontrar varias maneras de adecuar la conducta que se juzga al material normativo disponible y diversos modos correctos de cumplir con el precepto de una norma; lo que supone admitir que existen varias respuestas *correctas* para un caso. No obstante, se sostiene que otra cosa sucede si se adopta la

³ Cfr. M. MOORE, “Four Reflections on Law and Morality”, *William and Mary Law Review* 48 (2007), 1529-1531.

⁴ Cfr. H. L. A. HART, *El Concepto de Derecho*, Trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, 157-159.

⁵ En un trabajo más extenso hemos mencionado las dificultades de intentar evitar toda posible indeterminación del Derecho apelando al *référé législatif*, a la negación lógica de las lagunas, a criterios legales que resuelvan las antinomias, a la intención de los legisladores, al propósito de la norma, etc. Cfr. J. B. Etcheverry, “Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación y aplicación del Derecho”, *Jurisprudencia Argentina* III (2011), 48 ss.

perspectiva de la justicia, de la *solución justa* en el caso concreto. Así, si bien desde el plano de la *corrección* puede resultar dudosa la aplicación de una norma que prohíbe el ingreso al parque con “vehículos” a una persona que por una afección física pretende hacerlo con una silla de ruedas propulsada por un motor eléctrico; no cabrían dudas desde la perspectiva de la *justicia* de la inaplicabilidad de tal prohibición para este caso específico. Tres son los principales argumentos que pueden encontrarse para defender esta posibilidad⁶.

2.1 El argumento de los principios

Uno de los argumentos más conocidos para defender la existencia de una única respuesta *justa* para cada caso pone de relieve el determinante papel que tienen los principios de justicia a la hora de buscar una respuesta jurídica justificada que permita resolver un conflicto. En la actualidad, muchos de estos principios se encuentran expresamente recogidos tanto por las prácticas constitucionales, legales y jurisprudenciales de los sistemas jurídicos occidentales. De hecho, hay quienes consideran que la explicitación jurídico positiva de estos principios se va dando paulatina y conjuntamente a las lagunas, antinomias y normas vagas con las que (a pesar de lo que proponía el formalismo del siglo XIX y XX) se van enfrentando quienes han resolver los conflictos jurídicos. Uno de los autores que con mayor repercusión defendió este argumento ha sido Ronald Dworkin. Para el profesor norteamericano, estas dificultades no suponen la negación de la existencia de una respuesta justa para cada caso, sino que ponen de manifiesto que aplicar una norma jurídica supone preguntarse “...qué interpretación, de las diferentes interpretaciones admisibles del significado abstracto de un término, mejor desarrollan el conjunto de principios y de políticas públicas capaces de ofrecer la mejor justificación pública para dicha norma al momento

⁶ Junto con estos tres argumentos que defienden la existencia de una única respuesta correcta o justa para cada caso, suele rechazarse a la discrecionalidad judicial con, al menos, dos argumentos: i) basado en la falta de legitimidad democrática de los jueces para crear derecho, ya que no son elegidos por los ciudadanos y, por lo tanto, no son responsables frente a ellos como lo es el legislador ante el electorado; y ii) fundado en que la creación judicial de derecho sería un grave atentado al principio de irretroactividad de las leyes. Si bien estos argumentos podrían ser importantes, para justificar la indeseabilidad de la discrecionalidad judicial, no sirven para defender que en todo caso necesariamente existe una única respuesta correcta o justa. No obstante, la explicación que se ofrecerá en este trabajo sobre el alcance que tienen la pretensión del derecho de ofrecer para todo caso una sola respuesta adecuada y sobre el fenómeno de la discrecionalidad judicial podría ser de utilidad para responder a los argumentos de la falta de legitimidad de la creación judicial de derecho por considerarla antidemocrática e irretroactiva.

de su aprobación”⁷. Para Dworkin, en esta tarea confluyen, al menos, cuatro etapas: i) pre-interpretativa: en la que se identifican las exigencias jurídicas a interpretar; ii) justificación general: en la que se buscan la/s finalidad/es de todas las exigencias jurídicas; iii) encaje: en la que se busca asegurar que la justificación general identificada ofrezca una explicación aceptable de las normas e instituciones que conforman la práctica jurídica; y iv) aplicación o reforma: se decide cómo debe aplicarse o dejar de aplicarse o reformarse una norma para que realice mejor la finalidad de la práctica⁸.

2.2 El argumento de la bivalencia de las respuestas jurídicas

Otro argumento que suele ser presentado para defender la tesis de la única respuesta justa se basa en el hecho de que las respuestas jurídicas que los jueces han de ofrecer a los conflictos jurídicos en muchas ocasiones son presentadas como bivalentes por el propio sistema jurídico. En este sentido, los sistemas jurídicos suelen considerar que una norma es o no constitucional, que el demandado es o no responsable, que la prueba es o no válida, que el acusado es o no culpable, etc.⁹.

Por ello, algunos autores llegan a sostener que tanto el par formado por cada uno de estos enunciados “norma constitucional”, “demandado responsable”, “prueba válida” o “acusado culpable” y su negación son exhaustivos respecto de toda circunstancia específica a la que cada concepto se aplica e, incluso, que lo sería cada par formado por la aplicación o la no aplicación de una norma jurídica respecto de toda circunstancia específica a la que se aplican¹⁰. Así, por ejemplo, podrá discutir la doctrina si la acción de una persona de suministrar intencionalmente “vidrio molido” mezclado en la comida causando la muerte a otra persona supone cometer el delito de homicidio agravado, por ser ejecutado “con veneno” (agravante, por ejemplo, que reconoce el art. 80 del Código Penal de Argentina). No obstante, en lo que concuerdan todas las posiciones es en que o bien se considera al “vidrio molido” como “veneno” y, por tanto, se condena a quien cometiere un homicidio doloso con vidrio molido con una pena agravada; o bien no se considera al “vidrio molido” como “veneno” por no actuar químicamente en el cuerpo

⁷ Cfr. R. DWORKIN, “Is there Really No Right Answer in Hard Cases”, cit., 129. Esta idea fue desarrollada en *Taking Rights Seriously*, Mass., Harvard University Press, 1977, 81 y 107-110.

⁸ Cfr. R. DWORKIN, *Law's Empire*, Mass., Harvard University Press, 1986, 65-68.

⁹ Cfr. M. ATIENZA, “Sobre la única respuesta correcta”, *Jurídicas* 6 (2009), 23. Al respecto hemos trabajado las posiciones de Dworkin y Finnis sobre este punto en JUAN B. ETCHEVERRY, *Objetividad y determinación del Derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granda, Comares, 2009, 76.

¹⁰ Cfr. R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, cit., p. 120.

y, por tanto, no resulta aplicable al caso este tipo específico de agravante del homicidio¹¹. En definitiva, no pudiendo ser ambas posiciones doctrinarias correctas por ser antitéticas (es decir, porque aceptar una supone negar la otra), necesariamente una sola de las respuestas acerca de si el “vidrio molido” debe ser considerado “veneno” será la correcta o verdadera.

2.3 El argumento del máximo grado de concreción

A su vez, también hay quienes afirman que si bien en el plano de la comprensión o de la interpretación abstracta de los principios o del resto de las normas (que siempre tienen un mayor o menor grado de generalidad o abstracción) puede existir más de una respuesta correcta, esto es poco factible en el nivel de la interpretación concreta o práctica que busca aplicar una norma a un caso concreto para resolverlo y en el que las conductas se encuentran máximamente determinadas. La diferencia entre la interpretación abstracta y la concreta sería que, “[l]a interpretación concreta, típicamente desplegada a nivel judicial, formula enunciados referenciales definitivos, mediante los cuales se identifican instanciaciones concretas de los conceptos esclarecidos en la dimensión abstracta de la interpretación. Su propósito no es comparar conceptos con conceptos, sino aplicar conceptos a hechos. No pretende describir el concepto de acción voluntaria, tipos de acciones, su valor legal, y sus consecuencias, sino juzgar si los hechos concretos encajan con cada uno de estos cuatro tipos de juicios y conceptos”¹².

Para defender esta posición, se advierte que las decisiones judiciales se mueven en un ámbito de concreción en el que se daría una cumbre de determinación, “resultado de una síntesis de todas las causas” que no puede consistir sino en la “adopción de la mejor” o “más justa solución posible del caso concreto”¹³. Este argumento es defendido o respaldado principalmente por dos razones diferentes.

¹¹ Somos conscientes de que el Código Penal de Argentina zanja esta disputa doctrinaria en su art. 80 al considerar como otros posibles agravantes del homicidio que conllevan una pena de prisión o reclusión perpetua el ser perpetrado con *alevosía* (es decir, actuando sin riesgo o buscando que la víctima esté desprevenida o indefensa), *ensañamiento u otro procedimiento insidioso* (es decir, con engaño para producir el daño a la víctima).

¹² P. ZAMBRANO, “Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación”, pro-manuscrito, Buenos Aires, 2015, 7.

¹³ C. I. MASSINI CORREAS, “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, en C. I. MASSINI CORREAS, *Objetividad jurídica e interpretación del Derecho*, México, Porrúa-U. Panamericana, 2008, 156.

En primer lugar, sería así porque dichas decisiones se toman por medio de un proceso que concluye en una alternativa que ha “de ser única, ya que de lo contrario no sería posible alcanzar una decisión acerca del obrar, (...) [y] si no existiera en concreto una alternativa *mejor*, *i. e.*, más adecuada a la concreta determinación del bien humano, la voluntad no podría elegir su puesta en la existencia, “con la resultante parálisis de toda acción humana”¹⁴. Como dicha parálisis no sucede en el caso de las decisiones judiciales, entonces habría de reconocerse que para todo caso los jueces son capaces de encontrar la única respuesta que consideran adecuada. Sin embargo, esto no supone que se le niegue un papel a la voluntad que, conjugada con la inteligencia, conducirían a la alternativa mejor para el caso en concreto¹⁵.

En segundo lugar, otro grupo de autores, consideran que en el caso de la argumentación judicial siempre hay una respuesta adecuada porque la toma de decisiones judiciales está simplificada por el propio sistema jurídico que presenta a los conflictos jurídicos concretos y determinados como bivalentes. Esto explicaría que quienes actúan en la práctica jurídica guían su comportamiento por la idea de que existe una sola respuesta, “precisamente porque la búsqueda de la misma no es ‘en abstracto’ (...) [sino] del caso tal y como se lo ha planteado”¹⁶. Como resulta fácil advertir, el segundo argumento para defender que en la decisión judicial concreta siempre existe una única respuesta adecuada remite al argumento de la bivalencia jurídica.

III. LA POSIBILIDAD DE QUE EXISTAN MÁS DE UNA RESPUESTA CORRECTA Y JUSTA

1. *¿De qué hablamos cuando hablamos de la existencia de una única respuesta justa para cada caso?*

Antes de continuar, consideramos necesario precisar con claridad a qué se hace referencia cuando se defiende la tesis de que existe para cada conflicto jurídico “una única respuesta justa”. Claramente, con esta tesis no se defiende que “la decisión judicial justa” siempre pueda ser deducida de premisas axiomáticas y evidentes. A su

¹⁴ *Ibid*, 159.

¹⁵ A juicio de Massini, “la razón delibera (*deliberatio*) ante todo acerca de cuáles son las distintas posibles alternativas de solución, analiza cada una de ellas en su naturaleza y sus circunstancias, para decidir luego, movida la razón por la voluntad ordenada al bien, cuál es la solución más justa en el caso concreto. Esta resolución es el objeto del denominado último juicio práctico (*iudicium electionis*), el cual es seguido por la elección, por parte de la voluntad (*intentio*), de esa alternativa como la mejor y por la consiguiente dirección de la razón (*imperium*) a la voluntad para la realización efectiva de la opción elegida (*usus*)”, *Ibid*, 157-158.

¹⁶ M. ATIENZA, “Sobre la única respuesta correcta”, *Jurídicas* 6 (2009), 24.

vez, tampoco se hace referencia a que exista una única solución justa sólo porque siempre existe para cada caso una única decisión final; ya que una decisión puede ser final e injusta¹⁷. Obviamente, dicha tesis tampoco se refiere a que los jueces siempre resuelvan los casos conforme a la decisión más justa; de otro modo, no existirían decisiones judiciales reprochables ni tendrían sentido la multiplicidad de instancias como un mecanismo de control de la corrección de las decisiones judiciales. Por último, esta tesis tampoco sostiene que los jueces están institucionalmente obligados a decidir conforme al único resultado justo¹⁸.

Sin embargo, no resulta claro de la defensa de la “tesis de la respuesta más justa” anteriormente expuesta si ella se aplica a todo el contenido de la decisión judicial o solamente a algunos de sus aspectos. Por ejemplo, resulta bastante dudoso que el juicio determinativo acerca de exactamente cuánto ha de pagar de indemnización quien ha sido juzgado como responsable por un daño causado, o el que determina específicamente el *quantum* de una sanción (dentro de los parámetros legales) a quién ha sido considerado culpable sea estrictamente bivalente y conduzca a un único resultado justo¹⁹. Por ello, a continuación explicaremos cuáles son las cuatro partes o etapas de la decisión judicial y cómo impactarían en cada uno de dichas etapas la bivalencia de las respuestas jurídicas, el razonamiento con principios y el hecho de que el fin de estas etapas sea resolver un caso concreto y no meramente conocer en abstracto el derecho vigente. Este esfuerzo se hace con la finalidad de poner de manifiesto que si bien resulta difícil sostener que para cada caso existe siempre una única respuesta justa que ha de ser capaz de abarcar completamente todos los aspectos de una resolución judicial; es posible defender que la discrecionalidad judicial se encuentra restringida de diferente modo en cada una de las fases o partes de las decisiones judiciales.

2. *Las cuatro fases o partes de una decisión judicial*

Siguiendo a Zambrano, sostendremos el razonamiento judicial que conduce a la decisión judicial concreta puede ser dividido, al menos, en los siguientes partes o fases: la identificación de los hechos relevantes del caso que se presenta para ser resuelto de

¹⁷ Cfr. A. AARNIO, “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa* 8 (1990), 23-24.

¹⁸ Sobre los distintos modos de entender a la discrecionalidad judicial y, por tanto, a la tesis de la única respuesta correcta que niega dicha discrecionalidad cfr. B. HOFFMASTER, “Understanding Judicial Discretion”, *Law and Philosophy* 1 (1982), 27 ss.

¹⁹ Cfr. T. ENDICOTT, *Vagueness in Law*, Oxford, University Press, 2000, 72-73.

forma tal que puedan ser conceptualizados como tipos específicos de acciones; la atribución a un sujeto (o varios) en tanto agente que realizó voluntariamente tales tipos de acciones; la identificación de las normas que regulan este tipo de acciones y del modo en que los califican y de las consecuencias que le correlacionan; y, por último, el dictado de una norma de acción singular que establezca cómo se efectivizará la solución jurídica para el caso²⁰.

Más detalladamente, los jueces, a fin de alcanzar una decisión capaz de resolver un caso en concreto, por un lado, (i) han de identificar los hechos del caso que conforman o realizan un ejemplo concreto de algún tipo de acción jurídicamente contemplada. A esta etapa del razonamiento jurídico tradicionalmente se la denominó juicio de subsunción del caso en el supuesto de hecho previsto normativamente. A modo de ejemplo, puede decirse que en un caso en que alguien entrega gratuitamente a otro una cosa mueble no fungible nos encontramos frente a un contrato de comodato (cfr. Art. 2255 del Código Civil Argentino).

A su vez, (ii) los jueces deberán establecer si los hechos que generan el caso de algún modo son atribuibles a un sujeto, normalmente, en calidad de agente que obra conscientemente. Así, para que se perfeccione el comodato, será necesario no sólo la entrega gratuita por parte de alguien a otro de una cosa no fungible, mueble o raíz, sino que dicha entrega sea realizada con discernimiento (es decir, por alguien en pleno uso de su razón), intención de realizar la entrega de la cosa y de facultar su uso a una persona específica (es decir, sin ignorancia o error esencial sobre la cosa, la persona o la naturaleza del acción que se realiza) y libertad (es decir, sin mediar fuerza irresistible o intimidación capaz de causar fuerte impresión)²¹.

Identificados en los hechos del caso el tipo de acción y el supuesto de hecho normativo en el que podría subsumírsele y que dicha acción en principio pueda ser atribuida a un sujeto que obró voluntariamente, (iii) resta todavía verificar cómo califica la acción la norma que se le aplica (como permitida, prohibida o no prohibida) y qué consecuencias le correlaciona a ese tipo de acciones. Por ejemplo, el Código Civil de

²⁰ Cfr. P. ZAMBRANO, “Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación”, cit., 6 ss. Vigo, reconociendo el importante papel de los jueces a la hora de determinar el derecho, también desarrolla lo que denomina las diferentes “premisas del silogismo judicial”. Cfr. R. VIGO, “Razonamiento justificatorio judicial”, *Doxa* 21 (1998), 492 ss.

²¹ Cfr. los arts. 900, 921 ss., 924 ss. y 936 ss. del Código Civil de Argentina.

Argentina considera prohibido prestar una cosa (v. g., un arma de fuego) para un uso contrario a las leyes o buenas costumbres, o prestar cosas que estén fuera del comercio por nocivas al bien público y, por lo tanto, en estos casos el préstamo de uso no conformará un comodato válido (cfr. art. 2261 del Código Civil de Argentina).

Llegados a este punto, (iv) sólo faltaría formular una norma de acción de acción singular que efectivice y, en muchos casos, determine o concrete la consecuencia jurídica que surge de las normas que se aplican para resolver el caso. Por ejemplo: el agente X (personal de seguridad) que recibió un arma (para su portación sin su debido permiso) por medio de un contrato de comodato de parte de Y (sujeto este último que además contrata los servicios de seguridad personal que ofrece X) ha de devolver dicha arma en un determinado plazo específico y en un determinado lugar, por ser declarado dicho contrato como inválido ya que la finalidad del préstamo es que su objeto sea utilizado con un fin (tenencia ilegítima) contrario a las leyes (cfr. art. 189 bis del Código Penal de Argentina).

3. *La bivalencia jurídica en las cuatro etapas de la decisión judicial*

Presentadas estas cuatro etapas del razonamiento judicial consideramos importante advertir que la bivalencia jurídica pretende lograr en diferente medida su cometido (de presentar a las soluciones de los conflictos jurídicos como opciones antitéticas en las que sólo *una* puede ser correcta o verdadera) en cada una de las etapas de la decisión judicial. Más en concreto, pareciera que el sistema jurídico pretende una mayor bivalencia de las respuestas jurídicas en las dos primeras etapas del razonamiento jurídico que juzgan hacia atrás el actuar de una/s determinada/s persona/s, que en el resto de tales etapas en las que se establece hacia delante cómo corresponde resolver los problemas de coordinación que surgieron a partir del actuar que se juzga.

Más específicamente, puede decirse que el sistema jurídico pretende un grado de precisión y previsibilidad capaz de regular anticipadamente (hacia atrás) todo conflicto de coordinación actual de modo tal que dichas regulaciones del pasado puedan actuar como si proporcionaran al momento de resolver el conflicto razones para actuar de la manera legalmente prevista. Esta pretensión, se expresa por medio de técnicas como la presentación del sistema jurídico como un cuerpo normativo coherente o capaz de prever todos los casos o el uso de algunos conceptos jurídicos (llamados, por Dworkin,

“dispositivos”) como si fueran bivalentes. Como hemos visto, el uso de estas técnicas es una ficción que no ha de ser tomada literalmente. La existencia de lagunas, antinomias y la textura abierta del lenguaje por medio del cual se expresa el derecho evidencian los límites de dicha pretensión y de las técnicas de las que se sirve para tal fin. Sin embargo, la existencia de dicha pretensión y de tales técnicas parecen circunscribirse principalmente al razonamiento jurídico que indaga lo sucedido en un caso, preguntándose por el tipo de acción que origina el conflicto; la posibilidad de atribuírselo (como un acto voluntario), al menos, a un sujeto; y la calificación de dicha acción (como permitida, prohibida o debida) que hacen la/s norma/s que podría/n aplicársele/s. Así, el sistema jurídico y el uso que hacen de él los operadores jurídicos para resolver conflictos parecen pretender, por ejemplo, que resulte claro si un determinado hecho es o no un acto jurídico, si dicho acto es o no un contrato, si dicho contrato conforma un contrato de locación o uno de compra-venta, o si una determinada persona es o no responsable por el incumplimiento de tal contrato o si resulta culpable o inocente de determinado delito, etc.²².

En cambio, el propio sistema jurídico y la práctica que de él hacen los operadores jurídicos parecen reconocer un mayor margen de maniobra para los jueces y, por tanto, una relajación de la pretensión de la bivalencia de la respuesta jurídica en los elementos de la decisión que resuelven no tanto juzgando el pasado de las acciones realizadas, sino decidiendo hacia el futuro sobre las consecuencias que les corresponden a dichas acciones. Más específicamente, tanto la práctica como las normas jurídicas en muchas ocasiones ofrecen explícitamente márgenes de decisión a las consecuencias jurídicas concretas que han de aplicársele a determinados tipos de acción previstos legalmente (v. g., “*será reprimido con prisión de 1 año a 6 años el que entregare un arma de fuego, por cualquier título, a quien no acreditare su condición de legítimo usuario*”). Algo parecido sucede con los aspectos relativos a cómo concretamente han de ejecutarse las consecuencias jurídicas determinadas judicialmente para la resolución de un caso en concreto (v. g., “*el señor X ha de devolver a la brevedad el arma de fuego*”). Esto último es tan así que en muchos casos los jueces no especifican puntualmente cómo, cuándo y dónde se efectivizará lo decidido, dejando a las partes que lo acuerden e interviniendo sólo, en juicios de ejecución de sentencias, en los caso en que ellas no pudieran

²² Cfr. Cfr. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Traducción de C. ORREGO, Abeledo Perrot, 2000, 306 ss.

convenir esto o en los que una de las partes se rehusase a cumplir con lo decidido judicialmente (v. g., “el señor X ha de devolver a la el arma de fuego en cuestión el día 10 de junio de 2015 a las 8hs en el domicilio del deudor ...”).

4. *El impacto del argumento de principios en las cuatro fases de la decisión judicial*

A la crítica anteriormente esbozada, podría intentar responderse con el *argumento de los principios*. Según este argumento: cuando (a) el significado abstracto del supuesto hecho o de la consecuencias jurídica vuelvan necesaria su determinación o concretización; o cuando (b) los hechos de un caso no encajen específicamente en un supuesto de hecho; o cuando (c) dichos hechos encajen en más de un supuesto de hecho normativamente previsto (v. g., cuando el contrato de leasing era atípico y, por tanto, no estaba claro si había que aplicársele supletoriamente las normas del contrato de compra-venta o las del contrato de locación); e incluso cuando (d) resulta necesario determinar o concretar cómo ha de ser la acción singular que resuelve el caso; todo esto podrá hacerse guiados por el criterio de cuál es la opción que mejor desarrolla los principios que justifican al Derecho.

Planteado así, en definitiva, el argumento de la bivalencia (y la versión del argumento de la máxima concreción que remite al de la bivalencia) reposaría en la corrección del argumento de los principios. El problema es que este último argumento no advierte que una de las características con las que suele identificarse a los principios (y, que sólo en una medida menor resulta aplicable a las reglas) es que están intrínsecamente necesitados de concreción o determinación porque suelen admitir más de un modo similar de ser desarrollados o efectivizados²³.

²³ Existen diferentes criterios para atribuir la categoría de principio a un precepto. Como explica Guastini, un modo de hacerlo es afirmando que el rasgo que caracteriza a los principios es su “peculiar estructura lógica”. A diferencia de las reglas, los principios serían normas con un supuesto de hecho abierto (no concreto y determinado) y sin una específica consecuencia jurídica. En cambio, otros identifican a los principios conforme a la posición peculiar que ocupan en el ordenamiento jurídico (o en uno de sus subsectores). Los principios serían normas “fundamentales, caracterizadoras, que confieren identidad axiológica al ordenamiento (a uno de sus subsectores) y ofrecen justificación a las restantes normas...”. R. Guastini, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, *Jueces para la democracia* 34 (1999), 39 ss. En un sentido parecido, cfr. M. ATIENZA, “Sobre principios y reglas”, *Doxa* 10 (1991), 105 ss. Finnis parece partir de este último criterio cuando distingue entre principios con fuerza concluyente (que emplean una forma negativa) y los principios con fuerza directiva (que emplean fórmulas asertivas). Cfr. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cit., 251 ss.

Más específicamente, suele considerarse que los principios tienen un supuesto de hecho “abierto”, “abstracto” o “muy general”. En las reglas, las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto que pretende ser cerrado. En cambio, en los principios, ni si quiera se pretende formular una lista cerrada de las mismas. De este modo, si en las reglas, las condiciones de aplicación se supone que se encuentran concretadas y determinadas, en el caso de los principios tales condiciones apenas se encuentran muy genéricamente establecidas²⁴. Dicho de otro modo, pareciera que las reglas pretenden ser inderrotables, cerradas o absolutas, ya que su estructura parece aspirar a que su aplicación no admita excepciones no explicitadas; mientras que los principios parecen aceptar ser derrotables, abiertos o no absolutos, porque su aplicación admite excepciones no explicitadas²⁵. No obstante, estos criterios de diferenciación entre reglas y principios no son fuertes debido a que las reglas no son tan absolutas, porque pueden existir argumentos basados en principios que pueden pesar contra el resultado al que dan lugar²⁶; y, viceversa, algunos tipos de principios pueden conformar estándares jurídicos absolutos o que no exhiben un carácter *prima facie* (por ejemplo, nada puede pesar en contra de los resultados de la aplicación del principio que establece que nadie ha de ser condenado por un delito sino sobre la base de prueba que conduzca más allá de la duda razonable)²⁷.

Todo esto genera que muchas veces la jurisprudencia que los aplica no sea espontáneamente uniforme. Por ejemplo, en la jurisprudencia argentina (especialmente en la de su Corte Suprema Nacional) se debatió ampliamente si la tenencia de estupefacientes para consumo personal podría o no ser considerada una “acción privada” (según el art. 19 de la Constitución de Argentina) “que de ningún modo ofend[e] al orden y a la moral pública, ni perjudic[a] a un tercero” y, por lo tanto, que no podría ser punida, al estar “exenta de la autoridad de los magistrados”.

²⁴ Cfr. M. ATIENZA, “Sobre principios y reglas”, cit., 108.

²⁵ Hemos trabajado el tema de la derrotabilidad de las reglas y los principios en *Objetividad y determinación del Derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, cit., 138 ss.

²⁶ Cfr. R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 100.

²⁷ Cfr. T. ENDICOTT, “¿Existen las reglas?”, en *Palabras y Reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, México, Fontamara, 2004, p. 54. Ródenas también sostiene que los principios pueden imponer una excepción a las reglas. Sin embargo, sugiere que los jueces no son libres de decidir cuándo una regla es derrotable. A su juicio, los jueces deben demostrar a la luz del sistema de principios la excepción a la regla o su oposición a razones desplazantes también incorporadas al sistema jurídico. Cfr. Á. RÓDENAS, “En la penumbra: Indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas”, *Doxa* 24 (2001), p. 76.

Sin embargo, los principios, además de ser normas con condiciones de aplicación expresamente abiertas y generales, en muchos casos también carecen de una consecuencia jurídica concreta y determinada²⁸. Por ello, puede resultar indeterminado el tipo de acción singular que han de mandar los jueces para resolver un caso aplicando un principio. Por ejemplo, si bien queda claro del artículo 17 de la Ley de Contrato de Trabajo de la Argentina la *prohibición* de “cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo...”; no surge de la norma qué tipo de medidas tomar en caso de que una empresa con miles de empleados sólo tenga una ínfima parte de su personal de sexo femenino. En los últimos años, partiendo de este principio y otros similares (algunos incluso más generales y otros más extensos, recogidos en tratados internacionales y la propia Constitución de Argentina) la jurisprudencia argentina ha sostenido que los empleadores *deben* tener un “criterio neutro” en relación al sexo del empleado a la hora de su contratación e incluso *deben* “rechazar aquellos otros criterios que, aun cuando sean formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo”. Incluso se ha llegado a condenar a una empresa a que “en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida”²⁹.

La importancia de la determinación o concreción judicial en la aplicación de los principios (tanto por su especificación como adecuados para resolver determinados tipos de casos, como por las consecuencias jurídicas que de ellos se extraen) se refleja en el valor y la utilidad que tiene el precedente judicial en relación a cómo aplicarlos. El valor e interés que le dan los operadores jurídicos a estos precedentes no es tanto por la respuesta individual que se ha ofrecido a un caso sino, más bien, la delimitación que se hace de la norma general que se aplicó al caso³⁰.

Estas dificultades en la aplicación de los principios, tanto para integrar la interpretación de otra norma o para resolver un caso, han sido reconocidas por los principales defensores de la distinción entre principios y reglas (Dworkin y Alexy) al advertir que su aplicación de no es “disyuntiva” o “a todo o nada” como la de las reglas.

²⁸ Roscoe Pound pone énfasis en este aspecto al sostener que los principios jurídicos “no asignan ninguna consecuencia detallada y definida a un estado o situación de hecho definida y mucho menos detallada”. R. POUND, “Mi filosofía del derecho”, trad. de P. Casanovas, en P. CASANOVAS y J. J. MORESO (eds.), *El ámbito de los jurídicos*, Crítica, Barcelona, 310.

²⁹ Fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, de fecha 16 de diciembre de 2002 sobre “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/Freddo SA s/amparo”.

³⁰ Cfr. R. VIGO, “Razonamiento justificatorio judicial”, cit., 494.

La aplicación de los principios admite grados de cumplimiento³¹ y, por ello, cuando en un caso dos principios entran en conflicto, el encargado de dirimirlo ha de tener en cuenta el “peso relativo” de cada uno de ellos³². Esto lo admite incluso Alexy que caracteriza a los principios como mandatos de optimización que ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes³³. De hecho, debido a lo indeterminados que resultan en muchos casos los principios, Alexy considera que no existen (ni sería razonable que existiesen) sistemas jurídicos sólo compuestos de principios. A su juicio, “un sistema de principios puro, debido a su indeterminación y debilidad, contradiría exigencias irrenunciables de la seguridad jurídica”³⁴. Por ello, considera que los sistemas jurídicos suelen estar compuestos por reglas, principios y procedimientos sobre cómo se crean, modifican y aplican estos principios y reglas³⁵.

Si bien (conforme a lo que arriba ha sido advertido), el carácter *prima facie* de los principios (es decir, la apertura de sus condiciones de aplicación a otras razones) requiere que sean determinados al momento de su aplicación, dicha necesidad de determinación parece menor en el proceso de decisión acerca de si los tipos de acciones específicas están o no reguladas por el contenido de un principio (o si un tipo de interpretación específica es más conforme al contenido de un principio que otros tipos de interpretación) que la necesidad de concreción que requieren para pasar de su contenido y de los múltiples posibles modos graduales de respetarlo a una norma de acción singular que establezca cómo se efectivizará la solución jurídica para el caso.

³¹ Dworkin utiliza la distinción entre “derechos abstracto” y “derechos concretos” para sostener que en los casos difíciles en los que existe un conflicto entre derechos abstractos basados en principios, los jueces han de expresar qué derechos concretos tienen las partes. Cfr. R. Dworkin, LDS, 162 y 168. Si bien hay que reconocerle a Dworkin que la gradualidad que se predica de la aplicación de los principios es diferente si se los considera en abstracto o en un contexto concreto al que han de ser aplicados. No obstante, esto no niega completamente dicha gradualidad.

³² R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1979, 24-26. Sobre la distinción entre principios y reglas cfr., entre otros, J. CIANCIARDO, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 108 (2003), 891-906.

³³ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., 81-98. Sin embargo, la gradualidad de los principios puede ser puesta en duda si se considera que la noción de óptimo no puede ser de cumplimiento gradual: el óptimo se alcanza o no se alcanza. Por ello, a fin de que los principios no terminen siendo indistinguibles de las reglas, algunos autores prefieren sugerir que la característica diferenciadora de los principios es su contenido de “deber ser ideal” (*ideales Sollen*). Este tipo de deber ser no presupone que lo debido sea posible jurídica y fácticamente en su totalidad. Cfr. A. GARCÍA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, 192 ss.

³⁴ Cfr. R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997, 168.

³⁵ Cfr. *Ibid*, 168 y 173-174.

5. *Más de una respuesta justa y el problema de la perplejidad judicial*

Por último, frente al argumento que defiende la existencia de una única respuesta correcta porque, de otro modo, los jueces no podrían resolver, ya que si no existiera en concreto una alternativa *mejor* la voluntad no podría elegir su puesta en la existencia y se paralizaría la acción humana, surgen varios interrogantes: ¿Cómo se produce entonces la acción en casos en los que el entendimiento ofrece opciones de resolución cuyas razones son relativamente suficientes (y no absoluta o necesariamente suficientes)? ¿Cómo salimos de la indecisión e inmovilidad frente a razones insuficientes? ¿Cómo se lleva a cabo una decisión judicial frente a opciones justas prácticamente iguales?

La voluntad (nuestra inclinación a decidir por una de las opciones justas de resolución) no queda necesariamente inmóvil frente a la inconmensurabilidad de los argumentos para elegir entre las opciones razonables. Una de las maneras en que se supera esa inmovilidad de la voluntad para decidir frente a opciones desde el punto de vista de los argumentos como igualmente razonables puede darse “por la disposición del hombre”, por el impulso de la persona³⁶. Más específicamente, en estos casos, el querer decidir razonablemente puede, a su vez, querer aprovechar el impulso de las disposiciones afectivas según los hábitos de carácter de la persona que decide para lograr optar entre las distintas posibilidades razonables de la decisión³⁷.

Esto no supone defender una visión emotivista o irracionalista de la decisión judicial por dos razones. En primer lugar, porque quien decide lo hace dentro de un grupo de opciones previamente consideradas razonables. En segundo lugar, existen razones para que la voluntad quiera la intervención de las disposiciones afectivas según los hábitos de carácter de la persona que decide a fin de desbloquear su inmovilidad e inclinar la balanza en los casos que hay que decidir por una opción entre varias de ellas razonables. Las teorías de la decisión judicial basada en las virtudes (*virtue*

³⁶ Cfr. C. LLANO, “La decisión humana ante bienes prácticamente iguales”, en *Examen filosófico del acto de la decisión*, Pamplona, Eunsa, 2010, 47 ss.

³⁷ Finnis le reconoce un papel a la afectividad en la toma de decisiones entre opciones inconmensurables. Expresamente reconoce que esto puede suceder en el ámbito político e, incluso, en el judicial. Cfr. J. FINNIS, “Commensuration and Public Reason” en *Reason in Action. Collected Essays*, V. I, Oxford, Oxford University Press, 2011, 252-254.

jurisprudence) han reflexionado sobre dichas razones³⁸. Para estas teorías, las disposiciones de carácter para elegir lo que es bueno, noble o justo (virtudes), *indiscutidamente ayudan* a tomar resoluciones justas para los casos e, incluso, nos ofrecen el *mejor* criterio para determinar qué decisiones son justas, al punto que puede defenderse que “lo que determina la corrección de una decisión es que un juez virtuoso podría haber tomado tal decisión”³⁹. Así, podría decirse que, en general, las virtudes juegan un papel *constitutivo* de las decisiones judiciales justas y, en particular, de aquellas en las que parece haber más de una decisión justa posible⁴⁰. Esto no supone afirmar que sólo un juez virtuoso puede tomar decisiones justas, sino que quien no lo sea también puede hacerlo aprovechando o decidiendo con los mismos criterios de otro que sí lo es⁴¹. En último término esto sería así porque la mejor acción siempre será aquella que logre integrar del mejor modo posible el complejo de facultades corpóreo-anímicas (razón, voluntad, inclinaciones sensibles) de quien decide “de manera que las tendencias mismas de los sentidos lleguen a ser un principio del actuar humano configurado por la razón”⁴². Esto se logra por medio del hábito de integrar estas dimensiones en el obrar, lo que genera “una especie de disposición estable o de inclinación adquirida que permite realizarlos con la corrección correspondiente a cada facultad en cuestión: con facilidad, espontaneidad y buen tino”⁴³. En definitiva, la mejor decisión es aquella que está en consonancia con el particular modo de ser de quien decide.

Ahora bien, ¿sostener que los hábitos afectivos razonables nos ayudan a elegir una de las diferentes opciones justas y que hay razones para seguir a dichas inclinaciones no supone, en realidad, defender una versión especial de “la tesis de la respuesta más justa”? Por dos razones esto no es necesariamente así. En primer lugar, si bien existen

³⁸ Cfr. L. SOLUM, “Virtue jurisprudence: Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes”, *Persona y Derecho* 69 (2013), 5-51.

³⁹ Cfr. M. A. AMAYA NAVARRO, *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, México, Tribunal Electoral del Poder judicial de la Federación, 35.

⁴⁰ Cfr. *Ibid*, 38-46.

⁴¹ De hecho, está en camino de ser virtuoso (específicamente, prudente) el juez que es consciente de que debido a que las acciones contingentes sobre las que decide son tan variadas se vuelve casi indispensable recurrir a la experiencia que se adquiere a lo largo del tiempo por medio de la memoria personal y el consejo de quienes gocen de mayor experiencia. Cfr. Juan B. ETCHEVERRY, “Discrecionalidad Judicial. Causas, naturaleza y límites”, *Teoría y Derecho* 15 (2014), 162. Con esta propuesta se busca ofrecer una respuesta sobre el papel de las virtudes en las decisiones judiciales justas entre la visión que considera que sólo un juez justo puede tomar decisiones justas (Solum) y la que considera que las decisiones justas son las que hubiera tomado un juez justo (Amaya).

⁴² Cfr. M. RHONHEIMER, *La perspectiva de la moral*, cit., 204-205.

⁴³ *Ibid*, 203.

razones para complementar los elementos racionales y argumentables de una decisión con inclinaciones afectivas razonables; puede ser que estos elementos afectivos no puedan incorporarse a la justificación de la decisión, ya que no siempre logran brindar razones públicas que hagan de la opción elegida la *más justa* y que excluya al resto de opciones como *menos justas o injustas*⁴⁴. Esto, por un lado, supone que sea razonable esperar que diferentes jueces con distintas disposiciones de carácter opten para un mismo caso por diferentes posibilidades justas de respuesta. Por el otro, no supone que las decisiones en las que se debe optar por una resolución entre varias posibles justas no puedan ser debidamente justificadas. En realidad, todas las opciones justas de resolución de estos casos pueden justificarse en las razones que hacen que esa opción justa sea razonable.

En segundo lugar, tener en cuenta los hábitos afectivos no elimina totalmente la posibilidad de que tenga que decidirse un caso entre opciones igualmente justas, porque pueden darse casos en que los operadores jurídicos (obligados a decidir) se encuentren perplejos frente a dos o más posibilidades justas de decisión incluso desde la perspectiva que les proporcionan sus inclinaciones de carácter. En estos casos, por el impulso de la voluntad, quien decide puede considerar por medio de su entendimiento especialmente algo bajo determinada perspectiva y no bajo otra que le permita tomar una decisión. Esto supone aceptar que en estos casos la causa (una razón) de que la voluntad quiera algo no siempre actúa con un carácter necesario, “porque la voluntad misma puede presentar un impedimento, o bien eliminar esa consideración que la induce a querer, o bien considerando lo opuesto”⁴⁵. Como explica Carlos Llano, al final de todas las consideraciones hay un reducto inabordable en que la voluntad de la persona es todavía dueña de su decisión y no puede ser al fin y al cabo conducida por nadie⁴⁶. En estos casos, hay algo que la voluntad aplica a una opción más que a las otras. Esta decisión “que opta por un bien con preferencia sobre otro igual, no es

⁴⁴ Sobre este punto, en parte disintimos con Amaya. A su juicio, “una concepción de la justificación jurídica basada en las virtudes, no tiene por qué asumir que la sensibilidad perceptual del juez virtuoso impide que éste dé razones a favor de su decisión. Por el contrario, el juez virtuoso tiene una sensibilidad especial que, justamente, le permite discernir las razones relevantes que apoyan una determinada decisión en el caso concreto y, desde luego, expresarlas en su sentencia”. Si bien compartimos que un juez virtuoso es capaz de identificar mejor las razones a favor de una decisión, particularmente en lo que respecta a las decisiones entre más de una opción justa, la sensibilidad perceptual del juez virtuoso que puede ayudarlo a decidirse con base en razones por una de las opciones justas en parte puede no resultar comunicable en lo que se refiere a la exclusión de las otras opciones por las que no se ha optado. Cfr. M. A. AMAYA NAVARRO, *Virtudes judiciales y argumentación*, cit., 36-37.

⁴⁵ TOMÁS DE AQUINO, *De malo*, q. 6, na.1, ad. 15.

⁴⁶ Cfr. C. LLANO, “La decisión humana ante bienes prácticamente iguales”, cit., 48.

estrictamente irracional, ya que hay un bien adicional en el uso de su propia libertad, y ello es mejor que suspender la decisión por no haber motivo real preferente para ella, o por no haber podido encontrarlo; peor sería quedar perplejos en la duda y en la inacción. No es irracional, ni irresponsable: cuanto más conscientes de los motivos que verdaderamente han entrado en juego dentro de la decisión, más libres y responsables nos hacemos respecto de ella; peor sería creer que hemos decidido con objetividad, cargando sobre una supuesta bondad objetiva (inexistente) el peso de la motivación, y ocultar el subyacente motivo de nuestra propia libertad, que es quien ha inclinado en verdad nuestra decisión”⁴⁷.

IV. CONCLUSIONES

Por más que hoy en día resulte bastante claro que el conjunto de leyes dictadas por el legislador no logran ofrecer un único resultado correcto para cada controversia jurídica, existen autores que partiendo de la distinción entre el plano de la *corrección* de las decisiones judiciales del de su *justicia*, defienden que el derecho en su conjunto es capaz de ofrecer una única resolución justa para cada caso. Tres son los principales argumentos para defender esto.

Por un lado, se advierte que si bien es comprensible que toda interpretación abstracta (o dogmática) de una norma conduzca a varios resultados posibles, no sucede lo mismo cuando la interpretación se realiza para la resolución de un caso en concreto. Esto sería así porque de no conducir a un único resultado *mejor*, la voluntad no podría elegir su puesta en la existencia y se paralizaría la acción decisoria. Además, por la específica finalidad que persigue la interpretación en concreto, dicha diferente finalidad hace que el sistema jurídica simplifique la interpretación en concreto presentándola como bivalente. Por último, el argumento que parece tener mayor peso para defender “la tesis de la respuesta más justa” advierte que frente a las múltiples posibilidades interpretativas de una norma para resolver un caso en concreto, ha de decidirse por aquella que *mejor* realiza el conjunto de principios de justicia que justifican al derecho en general y a la decisión en particular. Este argumento ha cobrado especial relevancia desde que muchos de estos principios se encuentran expresamente recogidos tanto por

⁴⁷ C. LLANO, “La distinción entre bien y motivo y su secuela para la práctica”, en *Examen filosófico del acto de la decisión*, cit., 57.

las prácticas constitucionales, legales y jurisprudenciales de los sistemas jurídicos occidentales.

Si bien consideramos aceptable la distinción entre el plano de la corrección y el de la justicia, con este trabajo se busca mostrar que los tres principales argumentos para defender la “tesis de la respuesta más justa” (argumento de que el máximo grado de concreción exige una única respuesta, de la bivalencia jurídica y de los principios) no resultan capaces de lograr su objetivo. Por más que la finalidad de la interpretación concreta limita las posibilidades interpretativas, no asegura un único resultado. Además, frente a los casos que admiten más de un modo justo de resolución, la voluntad no queda necesariamente inmóvil. Una de las maneras en que se supera esa inmovilidad de la voluntad para decidir frente a opciones desde el punto de vista de los argumentos como igualmente razonables puede darse por la disposición razonable de quien decide. Por último, aunque los principios jurídicos sirvan para orientar la decisión judicial e, incluso, la interpretación de otras normas, no logran necesariamente conducir a un único resultado, entre otras cosas porque una de las características con las que suele identificarse a los principios (y, que sólo en una medida menor resulta aplicable a las reglas) es que están intrínsecamente necesitados de concreción o determinación porque suelen admitir más de un modo similar de ser desarrollados o efectivizados.

Igualmente, consideramos que estos argumentos sí son capaces de mostrar que el derecho logra con diferente intensidad acotar los márgenes de decisión judicial según en qué etapa de dicha decisión nos encontremos. Así, por ejemplo, el propio sistema jurídico y la práctica que de él hacen los operadores jurídicos parecen reconocer un mayor margen de maniobra para los jueces y, por tanto, una relajación de la pretensión de la bivalencia de la respuesta jurídica en los elementos de la decisión que resuelven no tanto juzgando el pasado de las acciones realizadas, sino decidiendo hacia el futuro sobre las consecuencias que les corresponden a dichas acciones. A su vez, si bien el carácter *prima facie* de los principios requiere que sean determinados al momento de su aplicación, dicha necesidad de determinación parece menor en el proceso de decisión acerca de si los tipos de acciones específicas están o no reguladas por el contenido de un principio que la necesidad de concreción que requieren para pasar de su contenido y de los múltiples posibles modos graduales de respetarlo a una norma de acción singular que establezca cómo se efectivizará la solución jurídica para el caso.