

Antonio BOGGIANO, *Porqué una teoría del derecho. Introducción a un derecho constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1992, 139 páginas.

La presente obra, dividida en veinticuatro breves capítulos, gira en torno de tres aspectos fundamentales: por un lado, reivindica una *teoría del derecho* que ha de tener como misión el «explicar el proceso de producción y control de razonabilidad de las normas jurídicas para el "imperio del derecho"» (p. 15); por otro, defiende la vinculación de ésta con el *derecho constitucional*, el cual, en la medida en que emerge como «el fruto de un continuo compromiso entre principios, filosofías e intereses» (pp. 9-10), entraña necesariamente una reflexión filosófica sobre el derecho. Por último, el ámbito de la decisión judicial, verdadero «banco de pruebas» para una y otro, ya que es allí donde la coherencia de aquella y el sustento de éste asumen toda su virtualidad o manifiestan toda su crisis o, para decirlo con D'Ors, toda su perplejidad (*Imperplejidad jurídica*, Revista Jurídica del Notariado, I, 1992).

Sobre la base de dicho objetivo, el autor de este trabajo, actual Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, se ocupa de un interesante abanico de temas, entre los cabe mencionar la distinción entre teoría y filosofía del derecho (pp. 59 ss.); el permanente –y popular, en el sentido de que se trata de una tarea común a los miembros de la sociedad– afán por encontrar lo justo concreto (pp. 27-8, 44, 88, 114, 138); la relación principios-normas (pp. 42-49, 133 ss., entre otras); la clásica e insustituible consideración del derecho positivo y el derecho natural (pp. 46, 87-8, 111, 113, 109, 127); la importancia que la *auctoritas* de la doctrina ejerce en la creación de las normas (p. 82), y, en esta misma línea, la mutua alimentación de los poderes legislativo y judicial a la hora de crear aquellas (pp. 99, 132 ss. y, en general, 77-81; 83-86; 93-6; 131-4); la autolimitación que el poder judicial realiza de este último aspecto (pp. 101-7); la polémica en torno de la «politización» de las decisiones judiciales (pp. 89-90); la distinción entre *principle* y *policy* (p. 68); la impredecibilidad de dichas decisiones (p. 94) o el papel de éstas ante las «cosas nuevas» (cuestiones de bioética o informática, etc.) (pp. 115 ss.).

En lo que sigue desarrollaremos –con las limitaciones propias de una recensión– sólo algunos de los temas precedentemente citados: aquellos que, de forma general, son tópicos comunes en la discusión actual sobre la plausibilidad de una teoría jurídica apoyada en una filosofía de *contenido* (ver en esta línea nuestras reseñas a *La filosofía del derecho de la posmodernidad*, de Arthur Kaufmann, publicada en el número anterior de esta revista y la que, en este mismo volumen, se realiza a una obra de Jean-Marc Trigeaud).

Una primera observación se vincula con el hecho de que la teoría del derecho tiene un alcance bastante más amplio que el modesto significado que le asignan las conocidas teorías formalistas, al punto que la distinción entre aquella y la filosofía del derecho pierde, a nuestro juicio, por momentos intensidad. La primera, en efecto, es considerada una contemplación de la realidad jurídica (p. 59) y, en tal sentido, sirve para dar cuenta de «la comunicabilidad entre el principio, la norma general y la decisión». Pero, advierte el autor, al obrar de ese modo, «contribuye a la elaboración del derecho», ya que «no se limita a una descripción lógica neutral del sistema positivo» (p. 70. El subrayado es nuestro). Al llegar a este punto, la presencia de la filosofía del derecho parece evidente. Esta, dice el autor, «profundiza los principios jurídicos más allá de los sistemas normativos en particular» (pp. 63 y 71), por lo que «lleva hasta lo último, hasta un punto en que se hace necesario abrirse a la realidad total» (pp. 70-1 y p. 55) y de la que emerge, con razgos muy precisos, el respeto a la persona humana, la cual, en última instancia, ha de ser vista como *imago Dei* (pp. 44, 63 y 65).

En esta perspectiva de fundamentación, el autor insiste en la necesidad de superar la distinción teórica, tan cara al positivismo, entre el derecho que es y el que debería ser (p. 84), fundamentalmente porque ella no responde a la *praxis* de legisladores, jueces o, incluso, a la de la misma opinión pública, la cual, ante un derecho injusto, dice Boggiano con agudeza, exige a los operadores jurídicos su inmediata abrogación (cfr pp. 27-28, 44, 88, 114, 138).

Esta connatural dimensión de justicia que habita en todo ser humano plantea, una vez más, la vieja cuestión del derecho natural. En opinión del autor, «juzgar acerca de la *razonabilidad* del derecho positivo es juzgar acerca de su fundamento en los principios del derecho natural» (p. 42), principios éstos que son inmanentes a aquél (p. 46). De acuerdo con lo ya adelantado, la consistencia de esta afirmación debe verificarse en el ámbito de un control judicial de «razonabilidad», el cual, además de garantizar el mínimo de justicia exigido por el iusnaturalismo, debe hacerse cargo del requisito de validez formal que ambiciona el positivismo (p. 87).

Los aspectos precedentemente tratados son releídos desde la óptica de la decisión judicial. En efecto: ¿cuál ha de ser la razón por la que se adopta una opción concreta y no otra, sin que, claro está, ello suponga incurrir en arbitrariedad? Como dice el autor, parafraseando a Hart, «aunque no se pueda demostrar que la decisión adoptada sea la única "correcta" desde el punto de vista lógico-formal, tal decisión ha de ser aceptable como "el producto razonado de una ilustrada elección imparcial". En todo esto tenemos el "pesar" y "balancear"

característico del esfuerzo por hacer justicia entre intereses en conflicto» (p. 23).

La justicia aparece, pues, no sólo como un eterno *desideratum* que en vano el positivismo científico procuró apartar de la reflexión jurídica, sino como el objetivo a desentrañar en las concretas circunstancias de un caso. El autor ilustra este aspecto con un fallo del Alto Tribunal argentino: «hacer justicia, misión específica de los magistrados, no importa otra cosa que la recta determinación de lo justo *in concreto*, y ello sólo se puede lograr ejerciendo la virtud de la prudencia (...) lo que exige conjugar los principios enunciados por la ley con los elementos fácticos del caso» (pp. 66-7).

Esta afirmación supone un ponderado conocimiento de la *realidad* de las cosas, lo cual necesariamente ha de llevar a una reflexión de tipo filosófico. En este contexto, lo propio no ha de ser el andar «más seguro» (lícito objetivo de toda teoría del derecho); sino, de modo especial, el mirar «más profundamente» el sentido último de los casos. A nuestro juicio, Boggiano percibe este aspecto con claridad, cuando expresa que «la doctrina clásica de la razón práctica, —en oposición, apuntamos nosotros, a lo que después hará el racionalismo—, versa sobre una realidad operable que no está "constituida" definitivamente, sino que se encuentra en proceso de realización» (pp. 81-2 y 85). Va de suyo que esta observación pone de manifiesto el papel eminentemente creador de la jurisprudencia, en razón de que «la decisión instauro una nueva realidad sea produciendo una consecuencia jurídica general o individual que debe realizarse. Opera una cierta "creación" de la realidad al ordenar una conducta que no era la individualizada hasta la toma de la decisión» (pp. 80-1). De ahí que ésta última no debe verse como el producto de una decisión «irracional», según lo afirmado desde una teoría «pura» o como una deducción «lógica» a partir de las normas, como en el pensamiento racionalista, sino el resultado de una compleja y a la vez enriquecedora comprensión del *sentido* último de los *textos normativos* (en la versión más amplia de la palabra texto y de la palabra normativo), a la luz del *contexto*, es decir, de esa realidad que nutre al caso concreto (pp. 97 y 108).

Como es fácil de prever, tal comprensión no es fácil de lograr. La opinión de Lord Roskill es ilustrativa. Para éste, la mejor elección de justicia es la que está «en mayor consonancia con las necesidades corrientes de la sociedad y que, por tanto, será vista como la más sensible y como la de más fácil aplicación, a pesar de los lamentos de esos abogados académicos que buscarán la perfección intelectual en lugar del imperfecto pragmatismo» (p. 137. La traducción es nuestra).

Esta cuestión lleva a la compleja querrela acerca de la relatividad y, por tanto, de la jerarquía de los valores. Para Boggiano, resulta difícil, por no decir

imposible, evadirse de un elemento valorativo al momento de la toma de la decisión judicial (cfr pp. 95-96). El problema, como siempre, reside en saber cuáles son esos elementos y, muchas veces, a ese debe agregarse otro, correctamente puesto de manifiesto por Griffith: «mi tesis es que los jueces en el Reino Unido no pueden ser políticamente neutrales porque ocupan posiciones en las que se les requiere que tomen decisiones políticas» y, más todavía, porque «su interpretación de lo que sea el interés público y, por tanto, lo que sea políticamente deseable, está determinado por la clase de personas que son y por la posición que ocupan en nuestra sociedad» (p. 135. La traducción es nuestra). Esto implica el reconocimiento por parte de los juristas del *common law* de lo que, desde la hermenéutica filosófica pusiera de manifiesto Gadamer en *Warheit und Method*: la carta de ciudadanía científica de los *Vorurteile* (prejuicios). Con esto, la cuestión de la decisión judicial adquiere una mayor complejidad, pero, al mismo tiempo, una indudable riqueza. Por lo demás, cabe recordar que la incorporación de los prejuicios como criterios posibles de decisión constituye el punto de partida para una de las más consistentes críticas al planteamiento positivista.

La obra de Boggiano, en síntesis, resulta atrayente pues plantea muchos de los temas capitales de la actual discusión iusfilosófica y sugiere interesantes respuestas a muchos de ellos. Tal variedad de temas es un acierto pero, paradójicamente, se concentran allí el grueso de las críticas formales que cabe realizar. A saber, que algunos temas parecen escapar a lo que es una clásica exposición de filosofía del derecho; otros quedan inconclusos y, en fin, otros se reiteran en varios capítulos, con lo que se pierde, por momentos, la unidad sistemática.

*Renato Rabbi-Baldi Cabanillas*

Francesco D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, G. Giappichelli, col. "Recta Ratio", Turín 1992, 230 páginas.

Lo primero que debe tenerse en cuenta a la hora de comentar esta nueva obra del profesor d'Agostino es que no estamos frente a un trabajo concebido, inicialmente, de forma unitaria. El autor reúne en esta oportunidad once escritos diferentes, publicados entre los años 1987 y 1991, cuyas temáticas van desde lo