

EL CONCEPTO DE DERECHO Y EL CONOCIMIENTO DE LO JUSTO EN FRANCESCO VIOLA*

THE CONCEPT OF LAW AND THE
KNOWLEDGE OF WHAT IS JUST
ACCORDING TO FRANCESCO VIOLA

O CONCEITO DE DIREITO E O
CONHECIMENTO DO JUSTO EM
FRANCESCO VIOLA

VICENTE HARGOUS**

* Agradezco al profesor Cristóbal Orrego Sánchez por su ayuda y consejos en la investigación de este artículo, y al propio Francesco Viola, por sus aclaraciones y su buena disposición.

** orcid.org/0000-0002-4071-9146. Pontificia Universidad Católica de Chile, Chile. vjhargous@uc.cl

RECIBIDO: 24 DE ABRIL DE 2018. ENVÍO A PARES: 25 DE ABRIL DE 2018
APROBADO POR PARES: 01 DE JUNIO DE 2018. ACEPTADO: 09 DE JULIO DE 2018

DOI: 10.5294/DIKA.2018.27.2.5

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO / TO REFERENCE THIS ARTICLE / PARA CITAR ESTE ARTIGO
VICENTE HARGOUS, "EL CONCEPTO DE DERECHO Y EL CONOCIMIENTO DE LO JUSTO EN
FRANCESCO VIOLA", EN *DIKAION*, 27, 2 (2018), PP. 310-343.

DOI: 10.5294/DIKA.2018.27.2.5

RESUMEN

El autor explica sistemática y críticamente la visión de Francesco Viola sobre el derecho y su cognoscibilidad. Ambos puntos son, dada la inusual perspectiva de Viola, inseparables, pues, para Viola, el significado focal de *diritto* es una práctica social constituida por los actos de interpretación que sus participantes hacen de la misma, al reconocerla como valor que se debe seguir. La conclusión de este estudio es que, sin perjuicio de ciertas objeciones que se le deben hacer a Viola –a saber, la incoherencia de su pensamiento, por decirse iusnaturalista a la vez que defiende tesis cercanas al relativismo–, su comprensión del razonamiento práctico como prudencia y la necesidad del casuismo como método jurídico son auténticas contribuciones al debate sobre la ley natural.

PALABRAS CLAVE

Prudencia; razonabilidad práctica; círculo hermenéutico; práctica social; interpretación; derecho natural.

ABSTRACT

The author offers a systematic and critical explanation of Francesco Viola's vision of the law and its knowableness. Both points, given Viola's unusual perspective, are inseparable. For Viola, the focal significance of *diritto* is that of a social practice constituted by the participants' interpretation of the practice itself, in recognizing it as a value that should be pursued. The conclusion of this study is that, notwithstanding certain obvious objections to Viola; namely, the inconsistency in his thinking by calling himself a *jusnaturalist* while, at the same time, defending certain theses close to relativism, his understanding of practical reasoning as prudence and the need for casuistry as a legal method are genuine contributions to the debate on natural law.

KEYWORDS

Prudence; practical reasonableness; hermeneutic circle; social practice; interpretation; natural law.

RESUMO

O autor explica sistemática e criticamente a visão de Francesco Viola sobre o direito e sua cognoscibilidade. Ambos os pontos são, dada a perspectiva não usual de Viola, inseparáveis, pois, para ele, o significado focal de diritto é uma prática social constituída pelos atos de interpretação que seus participantes fazem dela, reconhecendo-a como valor que deve ser seguido. Conclui-se que, sem prejuízo de certas objeções que devem ser feitas a Viola — a saber, a incoerência de seu pensamento, por se dizer jusnaturalista ao mesmo tempo que defende teses próximas do relativismo —, sua compreensão do raciocínio prático como prudência e a necessidade do casuísmo como método jurídico são autênticas contribuições para o debate sobre a lei natural.

PALAVRAS-CHAVE

Prudência; racionalidade prática; círculo hermenêutico; prática social; interpretação; direito natural.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: EL PENSAMIENTO DE FRANCESCO VIOLA. 1. DERECHO NATURAL COMPRESIBLE EN EL SIGLO XXI. 1.1. CASUISMO Y ROL JURÍDICO DE LA PRUDENCIA. 2. NOCIONES DE DERECHO EN FRANCESCO VIOLA. 2.1. EL *IUS* CONCRETO O COSA JUSTA. 2.2. LA REGLA JURÍDICA. 2.3. LA PRÁCTICA SOCIAL. 3. EL CONOCIMIENTO Y LA DETERMINACIÓN DE LO JUSTO. 3.1. EL CONOCIMIENTO DE LOS CIUDADANOS ACERCA DE LO JUSTO. 3.2. EL CONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD POLÍTICA ACERCA DE LO JUSTO. 3.2.1. LA CONSTITUCIÓN Y EL RULE OF LAW COMO EXPRESIÓN LINGÜÍSTICA DE VALORES. 3.2.2. LA LEY COMO EXPRESIÓN LINGÜÍSTICA DE VALORES. 3.3 EL CONOCIMIENTO DE LO JUSTO QUE REALIZA EL JUEZ. 4. CONCLUSIÓN VALORATIVA. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN: EL PENSAMIENTO DE FRANCESCO VIOLA

Entre los principales problemas sobre el iusnaturalismo a lo largo de toda su historia se encuentran el de la naturaleza misma del derecho y el de su conocimiento. Francesco Viola ha presentado dentro de la tradición iusnaturalista una postura muy innovadora, que asume como propias tanto la filosofía hermenéutica como algunas ideas de la filosofía analítica (o, al menos, el modo de plantear los problemas), pero llega a conclusiones que en sí mismas son de carácter clásico, para darle una renovación lingüística que hace más actual el iusnaturalismo. Por eso, es necesario profundizar, antes de exponer su visión al respecto, en la globalidad del pensamiento de nuestro autor. Para ello explicaremos primero las principales influencias que recibió, y después enunciaremos sus aportes.

1. DERECHO NATURAL COMPRESIBLE EN EL SIGLO XXI

Francesco Viola es un filósofo del derecho que ha estado presente en las discusiones contemporáneas sobre la ley natural, tanto teóricas como prácticas. Se cuentan entre sus mayores influencias las doctrinas de Aristóteles, de Maritain y de Gadamer.¹ A partir de sus doctrinas ha llevado a cabo una síntesis muy valiosa entre la doctrina clásica del derecho natural, la filosofía hermenéutica² y ciertas tesis de la *Analytical Jurisprudence*.³ El valor de esta síntesis reside en que la actualidad de su lenguaje se dirige a conclusiones clásicas, lo que las hace susceptibles de ser comprendidas hoy en variados ambientes filosóficos. Tal variedad se condice con uno de sus objetivos:⁴ convencer sobre la razonabilidad de una

1 Vicente BELLVER, "La trayectoria filosófico jurídica de Francesco Viola", Estudio preliminar en Francesco VIOLA, *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, Granada, Comares, 1998, pp. XVI-XVIII.

2 Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ, "Iusnaturalismo contemporáneo", en *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, vol. I, p. 49.

3 BELLVER, "La trayectoria filosófico jurídica de Francesco Viola", *op. cit.*, p. XVI.

4 Francesco VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Roma, Editori Laterza, 1997, p. 2; BELLVER, "La trayectoria filosófico jurídica de Francesco Viola", *op. cit.*, pp. XXII-XXIII.

objetividad ética.⁵ Para conseguirlo, no solo usa términos de hoy para expresar nociones filosóficas de ayer, sino que rescata como auténticos avances filosóficos las tesis de muchos autores actuales,⁶ en un intento por llegar a las conclusiones de la filosofía clásica a partir de ellas.

Maritain es el canal interpretativo a través del cual recibió el pensamiento antiguo y medieval, sobre todo el de Aristóteles y el de Santo Tomás de Aquino. Como un eco de la encíclica *Aeterni Patris*, ese autor francés postulaba una visión objetiva del mundo y muchas ideas propias de la filosofía clásica en general o del tomismo en particular, pero expresadas con lenguaje contemporáneo.⁷ Esta proyección se aprecia en Viola también. Por otra parte, respecto de Aristóteles, parece aprovechar más la globalidad del *Corpus Aristotélico* que sus clasificaciones y palabras,⁸ sobre todo en temas de filosofía práctica, como se observa en las citas de la *Política*, de los primeros libros de la *Retórica* y de las *Éticas*. Con ambas influencias en mente, no es de extrañar que asuma una visión de la ética con una primacía de lo político o social por sobre lo individual,⁹ con su consecuente repercusión para su idea de Derecho.¹⁰ Además, entre los puntos de mayor importancia defiende una ética que es objetiva en sí misma:¹¹ aquello que Aristóteles denominaba “lo justo natural”.

La influencia de Gadamer en Viola es notoria. Un clarísimo ejemplo de ella se encuentra en la obra *Diritto e Interpretazione*,¹² pero también se ve con frecuencia en sus otros libros. El círculo hermenéutico, por ejemplo, ocupa un lugar central en el pensamiento de Viola, como mostraremos más adelante.

5 Con ética objetiva queremos decir que precede a la mera voluntad del legislador, a lo subjetivo, y que es por esencia una ordenación racional.

6 Son muchos, pero nos referimos sobre todo a Gadamer, por la aplicación del círculo hermenéutico.

7 ORREGO SÁNCHEZ, “Iusnaturalismo contemporáneo”, *op. cit.*, pp. 46-47. Maritain trató de conciliar ideas modernas con la teoría de la ley natural (y, en particular, con el tomismo). V. gr. intentó defender de este modo los derechos humanos y la democracia liberal. Jacques MARITAIN, *El hombre y el Estado*, Madrid, Ediciones Encuentro y Fundación Humanismo y Democracia, 1983, pp. 61-65 y 91-124.

8 Por ejemplo, véase VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, *op. cit.*, pp. 66-78. La palabra “naturaleza”, esencial a la filosofía del Estagirita, no es usada por Viola en el mismo sentido que Aristóteles, sino solo según su uso actual; sin embargo, asume una visión teleológica o finalista del mundo.

9 Cfr., por ejemplo, Francesco VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, Editoriale Jaca Book, 1990, pp. 159-164; “La soggettività tra etica e natura”, *Rivista di filosofia neo-scolastica* 79, 4 (1997), p. 550. Para posturas similares de la filosofía práctica de Aristóteles (como “disciplina política”), véase Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, *¿Para qué sirve la Política?*, Santiago, Instituto Res Publica, 2012, pp. 28-62.

10 Esta perspectiva se asume desde materias como regímenes políticos o interpretación de la ley (Francesco VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Editori Laterza, 2002, pp. 402-403, 460 y 462; el libro se escribió en coautoría con Giuseppe Zaccaria, pero los capítulos son individuales, por lo que citamos siempre individualmente al autor respectivo), hasta otras como la noción misma de la teleología del hombre (VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, *op. cit.*, pp. 68-69, 184 y 317-318).

11 VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, *op. cit.*, pp. 211-269. En esas páginas realiza un análisis exhaustivo de la relación entre valores, subjetividad y deberes morales.

12 Véase VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, *op. cit.*

Por último, cabe incluir la filosofía analítica.¹³ Algunos alcances suyos incluso podrían encontrar su origen en el propio Wittgenstein,¹⁴ pero sobre todo son de notar algunos análisis que hace sobre Ronald Dworkin,¹⁵ Joseph Raz,¹⁶ H.L.A Hart¹⁷ –tanto para apoyar argumentos y conclusiones, como para rebatirlos– y, desde luego, John Finnis.¹⁸

1.1. Casuismo y rol jurídico de la prudencia

Viola usa poco los términos de prudencia y de casuismo. Sin embargo, ambos se hallan presentes en sus obras con otras palabras: la “razonabilidad” (del juez, del legislador o del ciudadano), la indeterminación de la ley en sí misma (como un texto cuya formulación ha de ser general, precisamente para dejar una cierta libertad de apreciación al juez), la importancia del análisis casuístico de la realidad que se interpreta (i. e. la particularidad del caso),¹⁹ la consideración de la costumbre al legislar... Simplemente lo mencionamos como una clave esencial para una adecuada comprensión de su postura sobre el conocimiento de lo justo por naturaleza, cuya aplicación se verá en detalle después. No es de menor importancia considerar que este parece ser un intento de volver a un modo más clásico de determinar el derecho (en el sentido de qué debe resolver el juez) y de salir de la ceguera de creer que el juez puede transformarse en un técnico que aplica cuasi-computacionalmente la ley.²⁰

-
- 13 Para un resumen del propio autor sobre esta síntesis entre filosofía analítica y hermenéutica, véase, en general, Francesco VIOLA, “Filosofía analítica, filosofía ermeneutica e conoscenza del diritto”, en *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1995, pp. 301-347.
- 14 Puede decirse que la distinción entre decir y mostrar es lo que subyace al tratar la inexactitud del método de la filosofía práctica en Francesco VIOLA (*Il diritto come pratica sociale*, op. cit., pp. 196-199). También cabe mencionar la adopción de la teoría de los juegos de lenguaje (VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 443) y la necesidad de la comprensión de la aplicación de las normas en el caso concreto para entender realmente su contenido (pp. 88-89). Otro ejemplo puede verse en Francesco VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, *Rivista di filosofia del diritto* IV, 1 (2015), p. 65.
- 15 V. gr. VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luogi dell’etica contemporanea*, op. cit., p. 260; *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 164.
- 16 V. gr. Francesco VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011, p. 77.
- 17 V.gr. *Ibid.*
- 18 BELLVER, “La trayectoria filosófico jurídica de Francesco Viola”, op. cit., p. XVI. Finnis ha servido de base para muchas tesis de nuestro autor. Por otro lado, acoge y defiende la crítica de Finnis a Raz, Hart y Kelsen. V. gr. Francesco VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2009, pp. 10 y 36 (el libro fue escrito en coautoría con Michele Mangini, pero los capítulos son individuales, por lo que citamos siempre individualmente al autor respectivo, con excepción del prefacio, que fue escrito conjuntamente por los autores). John FINNIS, *Natural law and natural rights*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 3-19.
- 19 Francesco VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, *Rivista di filosofia del diritto* IV, 1 (2015), p. 60.
- 20 Véase, por ejemplo, VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 462-463.

2. NOCIONES DE DERECHO EN FRANCESCO VIOLA²¹

2.1. El *ius* concreto o cosa justa

Santo Tomás de Aquino define en su *Summa Theologiae* el derecho (*ius*), ante todo, como la misma cosa justa (*ipsa res iusta*)²² o lo justo (*ius sive iustum*), y que consiste en “una cierta obra adecuada a otra según algún modo de igualdad” (*aliquid opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum*). Esto es lo que podríamos llamar una noción objetiva-realista del derecho (realista en cuanto se refiere a la cosa justa, no en cuanto se opone al idealismo), cuya fuente última viene de Aristóteles.²³ Derecho es lo que es justo en las relaciones entre personas respecto de cosas externas, lo que corresponde dar o hacer respecto de otro, según una cierta igualdad, porque la justicia es una cierta igualdad.²⁴

No es atingente aquí explicar con mayor profundidad esta noción objetiva de derecho (que, por cierto, no está exenta de polémicas), pues el propio Viola no profundiza en ella, pero reconoce su importancia explícitamente²⁵ y la aplica de manera indirecta cada vez que se atiende al caso concreto como el fenómeno jurídico real, o como aquello acerca de lo cual debe preocuparse el derecho como práctica social,²⁶ que veremos más adelante. Lo que es claro es que lo justo no es principalmente una norma abstracta ni un conjunto de normas reguladoras de la conducta humana, sino lo que el juez discierne como “lo razonable” en el caso concreto.²⁷

21 Es necesario decir que no incluyo dentro de estas nociones la de derecho subjetivo, aunque Viola sí la usa en ciertos casos, principalmente por dos motivos: primero, porque Viola la usa solo en determinados contextos (especialmente, para hablar de los derechos humanos) y, por regla generalísima, en plural (es decir, “derechos”), y parece ser más una adaptación al lenguaje ordinario y a los usos sociales que la asunción de una doctrina de la justicia. En consecuencia, no agrega ninguna connotación especial a este significado, que es de público conocimiento en ambientes jurídicos. En segundo lugar, no alude a la cognoscibilidad de los derechos, dado que su uso se suele referir a las declaraciones positivas de derechos humanos. Por tanto, no me parece que sea un concepto relevante para conocer a nuestro autor, y escapa a la línea general de nuestro trabajo (i. e.: explicación crítica del innovador concepto de derecho como actividad interpretativa). Sobre este tema, en todo caso, puede verse, en general, Francesco VIOLA, “La ética de los derechos”, *Doxa* 22 (1999). Viola ve los derechos humanos como una manera contemporánea para hablar de dignidad y es más o menos consciente de sus deficiencias sistemático-jurídicas y políticas.

22 S. Th. II-II, q. 57, a. 1, ad 1. Para una mayor comprensión de esta noción véase Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, pp. 64-84; *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2008, pp. 165-250; una versión resumida en Javier HERVADA, *Síntesis histórica de la ciencia del derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 2006, pp. 43-45. También, en general, véase Juan VALLET DE GOYTISOLO, “El derecho en santo Tomás de Aquino”, *Ius Publicum* 31 (2013) y, para una confrontación con las nociones modernas de derecho (o “derechos”) y la evolución histórica al respecto, véase Michel VILLEY, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976. Una postura distinta en José Joaquín UGARTE GODÓY, *Curso de filosofía del derecho*, t. I, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2010, pp. 503-515.

23 Para una sucinta explicación sobre el derecho en Aristóteles véase Javier HERVADA, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 3 ed., 1996, pp. 52-62.

24 S. Th. II-II, q. 57, a. 1, c.

25 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 463

26 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., pp. 159-160.

27 Véase, por ejemplo: Francesco VIOLA y Michele MAGINI, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000, pp. XII; Viola, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o*

Ahora bien, surge el problema de si la cosa justa es para Viola –como sí lo es claramente para el Aquinate²⁸– el caso focal o analogado principal del derecho. El derecho es un concepto analógico,²⁹ que admite por ende gradación. Viola parece justificar que este sería el caso focal, argumentando que lo que es justo se ve en contextos determinados: “ninguna sociedad real puede alcanzar el papel de modelo de justicia por dos motivos: porque la justicia es un ideal nunca perfectamente realizado, y porque se mide en relación con determinados contextos”.³⁰

No obstante, afirma también que, si queremos abarcar con una palabra el concepto del derecho en su globalidad, solo podemos entenderlo como una práctica social³¹ (que es el tercer significado que explicamos en este estudio). Creemos que nuestro autor sostiene, entonces, que este no es el caso paradigmático, pero sí muestra el sentido del derecho en sí. Vale decir, el derecho se diría principalmente de aquello que tiende hacia tal o cual relación justa concreta, y no de la relación misma, ni de “lo debido” (sea la “cosa debida”, como opina Hervada,³² o bien la acción de entregarla, como opina Massini),³³ pues ambas son concretas, y no comprenden el significado global del derecho.³⁴

Pueden resultar clarificadores ciertos pasajes en que alude a esta noción de *iustus*, pero como el analogado principal de “lo justo” (que se predica de una acción individual), y no del derecho mismo: “la acción es siempre concreta e individual, aquí y ahora. En el derecho el analogado principal de lo justo es la concreta y determinada acción justa (*ipsa res iusta*)”.³⁵ De aquí podríamos concluir que la alusión a la expresión tomista de *res iusta* es solo una explicación de “lo que es justo” (en este caso, como una cualidad del derecho),³⁶ y que esa no es la definición de derecho (*diritto*).

conflictus?, op. cit., pp. 5, 7 y 10; *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 428 y 433; *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., pp. 6, 89, 95 nota 40; *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., pp. 153-154.

28 “Al primer [argumento] se dice, entonces, que se acostumbra que los nombres desde su primera imposición se desvían hacia otros significados. Así como el nombre de ‘medicina’, primero fue asignado a significar el remedio que se da al enfermo para su sanación, después fue cambiado para significar el arte que hace esto. Así también este nombre, *derecho*, primero fue asignado para significar la misma cosa-justa”. S. Th. II-II, q. 57, art. 1, ad 1 (la traducción y las cursivas son nuestras).

29 FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., pp. 9-19 y 148.

30 FRANCESCO VIOLA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Madrid, Dykinson, trad. Ana Cebeira, Aurelio de Prada y Aurelia Richard, 2007, p. 432. (La obra fue hecha en coautoría con Giuseppe Zaccaria, pero los coautores escribieron capítulos por separado, por lo que citamos siempre individualmente a cada autor).

31 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 159.

32 JAVIER HERVADA, *Síntesis histórica de la ciencia del derecho natural*, op. cit., p. 44.

33 CARLOS IGNACIO MASSINI CORREAS, “Notas sobre el concepto de derecho: de Tomás de Aquino a Guido Soaje Ramos”, en XXXVI *Semana Tomista. Congreso Internacional*, 2011. *Sociedad Tomista Argentina*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras-UCA, 2011, p. 6.

34 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 159.

35 VIOLA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, op. cit., p. 433.

36 Sería concebible, desde esta perspectiva, un derecho injusto.

2.2. La regla jurídica

Puede decirse que la regla jurídica positiva es también llamada derecho, pero solo al modo de un caso periférico o como un analogado secundario.³⁷ Viola reconoce, más bien, que hoy el derecho suele ser llamado “conjunto de normas”, y que también la gente entiende por “derecho” una norma específica.³⁸ Sin embargo, hablando con precisión, Viola mismo parece inclinarse por la postura de que la norma no solo no es derecho, sino que ni siquiera es guía para la acción, pues es solo forma exterior (contingente)³⁹ en la cual se manifiesta la regla, que es algo distinto. “El concepto de ‘norma’ se distingue más claramente del de ‘regla’, que se refiere más directamente a la conducta y está menos comprometido con el lenguaje imperativo”.⁴⁰ La regla jurídica podría en cierto sentido (análogo) ser llamada derecho, por cuanto guía la acción hacia ciertos valores a que tiende una práctica social justa y es, a la vez, manifestación de dicha práctica social.⁴¹

37 Francesco VIOLA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, Mulino, 2003, pp. 14-22 (el libro fue escrito en coautoría con Giuseppe Zaccaria, pero los coautores escribieron capítulos por separado, por lo que citamos siempre individualmente a cada autor); VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 463. En FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., pp. 3-19 y 148, se pone como caso focal (y, por ende, como principal objeto de estudio del jurista) el sistema legal global. Aunque Finnis destaca el carácter eminentemente moral de *law*, lo entiende desde un punto de vista normativista. Sin embargo, es de notar, como advertencia, que la voz *law* en inglés no es en todos los casos directamente traducible al italiano por *diritto* (ni por “derecho” al castellano, ni por *droit* al francés...), pues su significado tiene una carga normativista que “derecho” no necesariamente tiene. Sin embargo, *law* es una palabra diversa de *norm*, y en consecuencia parecería ser algo más amplio. Pero, aun con estas consideraciones en mente, hay que atender al objeto de la ciencia del derecho para saber de qué estamos hablando: la filosofía jurídica –con todo lo que eso implica– que se centre en la norma será necesariamente muy distinta de aquella que se centra en el objeto de la justicia. Este es un caso en que se aprecia con claridad. Para el significado de *Law* y su relación con *norm*, véase FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., pp. 6-9, 14-15, 148 y 269-270. Para una introducción general de las raíces del legalismo véase Michel VILLEY, *Compendio de filosofía del derecho*, t. II, Pamplona, Eunsa, 1981, pp. 173-218. También puede ser de utilidad, para las diferencias fundamentales entre un sistema de fijación legalista y uno jurisprudencial, Alejandro GUZMÁN BRITO, *La fijación del derecho*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977, pp. 35-46. Además, es indispensable mencionar la distinción entre derecho y ley que santo Tomás de AQUINO hace en *S. Th.* I-II, q.94, a.2 y I-II, q.95, a.2; para una breve explicación al respecto véase Alejandro GUZMÁN BRITO, *La fijación del derecho*, op. cit., p. 66, nota al pie 104; HERVADA, *Historia de la ciencia del derecho natural*, op. cit., pp. 173-174; *Síntesis histórica de la ciencia del derecho natural*, op. cit., pp. 43-45; y, especialmente, Michel BASTIT, *El nacimiento de la ley moderna*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica de Argentina, trad. Nora Pereyro, 2005, pp. 181-193; y para una explicación de dicha distinción en abstracto véase HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, op. cit., pp. 149-156.

38 Por ejemplo, en VIOLA, *Le ragioni del diritto*, op. cit., p. 14.

39 La contingencia de la norma misma reside principalmente en su formulación lingüística. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., pp. 165-167.

40 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 156. Las traducciones del italiano de todos los textos de Viola son nuestras, con excepción de VIOLA, *Derecho e Interpretación. Elementos de teoría hermeneutica del derecho*, op. cit., que es una traducción al castellano de *Diritto e Interpretazione*.

41 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 10; *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 34-35.

La ley ciertamente puede ser denominada tanto regla como norma, según si se atiende en ella a lo formal o a lo material.⁴² Pero la ley en sí misma no es derecho, sino que se relaciona con el derecho como la potencia al acto:

Ley y derecho no son la misma cosa. No son, sin embargo, solo ocasionalmente diferentes la una del otro. Entre ellos, por el contrario, hay una diferencia ontológica, esencial. Ley y derecho están entre sí como la potencia y el acto, como la posibilidad y la realidad. La ley no es aún la realidad del derecho, es solo un grado, ciertamente necesario, del camino hacia la realización del derecho. La ley es una norma general para la multiplicidad de casos *posibles*, el derecho sin embargo decide sobre una situación *real* aquí y ahora.⁴³

La regla, a través de su concreta formulación lingüística (la norma) que ha de interpretarse, prevé soluciones para múltiples casos posibles, y de este modo sirve de guía para la acción; en consecuencia, apunta hacia lo justo, le da un sentido determinado, pero no se identifica con él.⁴⁴ Por eso la “cosa-derecho” a la que se refiere la filosofía hermenéutica de Viola no consiste en algo preconstituido y aplicable⁴⁵ (sea la norma o la regla, como objeto de interpretación), sino en una actividad social persistente para alcanzar ciertos fines (para la cual la regla es criterio y guía),⁴⁶ que es el desarrollo y la aplicación de un valor en el caso concreto.⁴⁷ No obstante, cabe destacar que en múltiples explicaciones generales Viola usa la voz “derecho” para referirse a la regla jurídica.⁴⁸ Es comprensible, dado que el uso lingüístico es, por cierto, fundamental para determinar el significado de una palabra,⁴⁹ y así puede darse a entender en ambientes normativistas. Parece propio del carácter de Viola acoplarse a los modos de decir de nuestro tiempo, sin perjuicio de los matices que realiza cuando trata el tema directamente.⁵⁰

2.3. La práctica social

Para nuestro autor, el significado focal del derecho es aquel que lo considera en su globalidad, de modo omnicompreensivo (“una concepción no reduccionista del

42 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 339-340. Para aclaraciones terminológicas respecto de la distinción entre norma y ley, y de su relación con el derecho y la moral, véase HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, op. cit., pp. 304-314, 319 y 328.

43 Arthur KAUFMANN, *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Wages*, Frankfurt am Main, Athenaeum, 1972, p. 157. Citado en VIOLA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, op. cit., p. 309.

44 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 324; *Le ragioni del diritto*, op. cit., pp. 14-22.

45 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 455.

46 VIOLA, *Le ragioni del diritto*, op. cit., p. 15. Véase también VILLEY, *Compendio de filosofía del derecho*, op. cit., p. 207.

47 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 162.

48 Ejemplos clarísimos se aprecian en VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 3-4, 21-32; y también *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., pp. 80 y 84.

49 Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico-Philosophicus*, Trowbridge & Esher, Redwood Burn Limited, trad. C.K. Ogden, 1981, pp. 56-57 (el pasaje citado corresponde al pará. 3.326).

50 Otro tanto ocurre respecto de los derechos subjetivos.

fenómeno jurídico”),⁵¹ lo cual solo sería posible, a juicio de Viola, si se lo considera como una práctica social.⁵²

Si queremos considerar el derecho en su globalidad –como conviene a cada aproximación filosófica– y no solo de modo sectorial, entonces debemos decir que el mismo se nos presenta como una práctica social común en un contexto de relaciones intersubjetivas. La consideración filosófica debe abarcar el derecho de modo omnicomprendivo, esto es, de manera tal que ningún aspecto suyo pueda escaparse. Solo la identificación del derecho con una práctica social puede alcanzar este objetivo.⁵³

La norma, el mandato soberano y las relaciones intersubjetivas son solo elementos del derecho, que no alcanzan a abrazarlo en su totalidad. Finnis parece concluir algo similar:

Nosotros ciertamente podemos hablar de manera inteligible y útil del derecho de un grupo menor, incluso de una banda. Pero, como indica la comprensión común de las expresiones “derecho” y “el derecho” sin restricciones, el caso central de derecho y de sistema jurídico es el derecho y el sistema jurídico de una comunidad completa.⁵⁴

Si bien Finnis habla de *lawy* no de *right*,⁵⁵ y, por ende, no se refiere a lo mismo que Viola, el razonamiento es muy parecido, y es perfectamente aplicable a ambos casos, desde la postura de Viola:⁵⁶ el significado principal de “derecho” (al igual que el de ley) es más que una relación jurídica, ya que se refiere al todo social o “comunidad completa”. Nuestro autor considera que el derecho es una práctica social (que es mucho más amplia que una norma: se trata de una actividad humana cooperativa).⁵⁷ Pertenece, en consecuencia, al ámbito de la acción humana,⁵⁸ y

51 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 167.

52 Este modo de proceder es, a fin de cuentas, el método aristotélico del caso ejemplar, explicado por nuestro autor en VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, op. cit., pp. 180-183.

53 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 159.

54 FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. Cristóbal Orrego, 2000, p. 178.

55 FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., p. 148.

56 Aunque para Finnis la consecuencia práctica de esta visión del caso focal de *law* es la amplitud del ámbito de aplicación o vigencia de la norma, cosa que no es aplicable a la noción de Viola que estamos tratando, el modo a través del cual concluye dicha consecuencia es más o menos el mismo que el de Viola. Por eso, para este, si el derecho es aplicable a la comunidad completa, también lo será la ley.

57 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 159.

58 *Idem*. Es necesario mencionar que Viola hace una distinción entre acciones comunes y actividades comunes: en aquellas ninguno de los actos individuales que las componen le otorgan su identidad propia, y las más conocidas de ellas son las acciones sociales, que son actos individuales considerados públicos o sociales por su relevancia en la vida común, y que juegan un rol importante en sociedad (el ejemplo de Viola es el acto de testar); por ende, no se refiere a aquellos actos realizados por muchos individuos a la vez con una voluntad común. Para Viola, las actividades comunes, en cambio, apuntan más bien a la vida misma en grupo, por la cual se participa de una unidad de pensamiento (y también de un cierto fin común, pero es un fin de la actividad misma, y no necesariamente coincide con la motivación de cada agente). La noción de acción y de finalidad excede los propósitos de este estudio, pero podemos mencionar, para este concepto en general, entendido como acto humano (final), una cita del propio Viola: “se puede constatar un amplio acuerdo en torno a la convicción de la imposibilidad de comprender la acción únicamente con base en la explicación causal” (VIOLA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, op. cit., p. 409). Véase también Alejandro VIGO, *Aristóteles. Una introducción*, Santiago, Instituto

no al de un cierto deber ser expresado en un texto legal. Derecho es, desde esta óptica, un complejo tejido social compuesto de muchos actos individuales, y que de alguna manera los engloba a todos, basado en una cierta conciencia común de obrar con justicia (por adecuarse los actos singulares a la práctica misma y por la coordinación que así se produce entre ellos).

En este punto incorpora Viola la teoría del círculo hermenéutico:

Quien participa en una práctica social encuentra ya un mundo preconstituido en el cual insertarse y, entonces, frente a él debe asumir el rol de intérprete, pero su obra contribuirá a hacer crecer este mundo, a evidenciar sus aspectos escondidos o potenciales, a iluminar las partes ya extinguidas. En este sentido, junto con todos los demás participantes, es autor de este mundo común.⁵⁹

Para participar de esta práctica social los agentes concretos deben realizar continuos actos de interpretación y reinterpretación de la práctica misma, que es mutable:

La actitud interpretativa, en cambio, considera el derecho no ya como una “cosa” para observarse desde el exterior, sino como una actividad que en su conocerse se va desarrollando y actuando. Se trata de una actividad interpretativa, y esto quiere decir que la misma siempre está apuntando a entender los significados, pero estos a su vez son productos de una actividad hermenéutica.⁶⁰

Entonces resulta que la identidad misma de la práctica es una suerte de interpretación común que los ciudadanos –y los políticos, y los jueces y juristas– realizan en ella y sobre ella:⁶¹ “la práctica jurídica en todos sus aspectos es una práctica interpretativa”.⁶² Participar del grupo –de la práctica misma– consiste en los actos de conocimiento que los agentes individuales realizan sobre él, y dicho conocimiento (puesto que recae sobre algo exterior a la mente y sobre lo cual se tiene una cierta preconcepción) es un acto interpretativo: existe una “interacción vital entre conocimiento y participación, por la que participar implica comprometerse en una actividad cognoscitiva y, para conocer, se necesita en cierto modo com-

de Estudios Sociedad, 2007, pp. 110-114; Karol WOJTYLA, *Persona y acción*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1982, pp. 134-138; Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, *El anillo de Gíges. Una introducción a la tradición central de la ética*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 2005, p. 26; Hans WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, 4 ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 39-45 y, en general, Juan de Dios VIAL LARRAÍN, *Inteligencia y libertad en la acción moral*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002. Sobre los límites al conocer los valores y en el estudio de la acción, véase Elizabeth ANSCOMBE, *An Introduction to Wittgenstein Tractatus*, Bristol, Thoemmes Press, 1996, pp. 171-172 (esta última incluye tanto una explicación sobre la postura de Wittgenstein al respecto como algunas objeciones a la misma); y sobre acciones comunes (por compartir un fin), véase FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., pp. 151-152; John RAWLS, *A theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1999, pp. 456-464; ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Gredos, trad. Manuela García Valdés, 2000, L. I, cap. 1, 1252a (citamos con la enumeración tradicional de los pasajes).

59 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 164. Véase también Francesco VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, *Rivista di filosofia del diritto* IV, 1 (2015), p. 58.

60 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 158.

61 *Ibid.*, pp. 168-169.

62 *Ibid.*, p. 169.

prometerse en un proceso de acción”.⁶³ Pero esta interpretación cambia lo que la práctica es (pues la práctica es la unidad “de discurso y de pensamiento”),⁶⁴ y le da una identidad nueva, pues el intérprete se hace parte de ella. El uso comunica significado, y se puede *decir* por medio del *hacer*.⁶⁵

Esta práctica ha de incorporarse en la sociedad y, de este modo, si es una aplicación y desarrollo (en definitiva, un medio para la persecución) de los valores que reconocemos como buenos, se hace una práctica social justa, cuyo contenido ha de ser respetado y seguido por quienes participan de ella. Viola lo expresa más detalladamente:

La justificación general del implantarse de una práctica jurídica en un contexto social se combina con la historia cultural específica de tal contexto, con su modo de percibir la comunidad y la convivencia, con la interpretación local de los valores y de la finalidad común. Sin embargo, el movimiento y la tendencia a una plena realización y expansión de la práctica conduce necesariamente a ensanchar los horizontes, a una continua interpretación y reinterpretación de los valores internos y, en consecuencia, en el conflicto entre la cerrazón de la dimensión local y su superación, la práctica subsiste solo en la medida en que se mantiene fiel a su razón de ser más profunda, que es asegurar un fondo común lo más abierto posible al razonamiento práctico.⁶⁶

El derecho, entonces, es una realidad externa a cada sujeto individual, toda vez que, si el derecho es interpretación, es un conocimiento de algo exterior, y por ende es objetivo.⁶⁷ No obstante, es una realidad viva –pues “pues no es el producto de un arte, sino el arte mismo”–⁶⁸ y depende en alguna medida del devenir histórico y de la política y la sociedad del momento.⁶⁹ Por ende, las circunstancias históricas y culturales forman parte de los factores de determinación de lo que es justo,⁷⁰ que es siempre concreto. Una de las cosas más curiosas del pensamiento de Viola es esto: se acepta una objetividad de la moral y del derecho, pero que depende de las circunstancias en su determinación concreta⁷¹ (si se considera que el caso focal del derecho no es lo justo en el caso concreto ni la norma, sino la práctica social de interpretación, en virtud de la cual se conoce lo justo en el caso preciso y en la norma que se ha de fijar positivamente). Por otro lado, la práctica social debe permitir –so pena de dejar de ser una práctica social (*desuetudo*) o de dejar

63 *Ibid.*, p. 168. Véase también Francesco VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, *op. cit.*, p. 59.

64 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, *op. cit.*, p. 160.

65 *Ibid.*, p. 158.

66 *Ibid.*, p. 160.

67 *Ibid.*, p. 158. Viola aprovecha esta afirmación para rebatir las tesis de Kelsen, en el sentido de que la norma debe reconocer esta realidad social que es anterior a ella.

68 VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, *op. cit.*, p. 72.

69 El razonamiento práctico es, a juicio de Viola, público o político, pues está inserto en la práctica interpretativa común; Francesco VIOLA, “La concordia come concetto politico”, *Filosofia politica* 1 (2018), p. 28.

70 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, *op. cit.*, p. 160.

71 Más adelante veremos que esta determinación de lo que es justo en el caso concreto consta de distintos niveles: del legislador, del juez y del ciudadano común.

de ser justa— el razonamiento práctico, el ejercicio de la prudencia (por el legislador, por el juez y por el ciudadano).

Para evitar confusiones, no está de más decir que esta práctica no consiste en una repetición mecánica de actos individuales: “No basta que ciertos comportamientos sean repetidos mecánicamente, sino que se requiere sobre todo una aceptación de la misma [práctica] no solo como hecho, sino como valor”.⁷² Esta aceptación como valor es parte esencial del proceso de conocimiento de lo justo: la valoración es una interpretación de la práctica —de la actividad común—, por la cual conocemos su identidad bajo una cierta forma de deber.⁷³ La práctica social será tal solo si es interpretada como aquella que persigue y desarrolla determinados valores objetivos, en virtud de los cuales podrá ser considerada en su propia identidad como valiosa o buena⁷⁴ (y, podríamos agregar, justa, conforme a la justicia). Ahora bien, como ya veremos, el hecho de que deba existir una determinación interpretativa de la que el derecho depende (y, más aún, en la cual consiste) no lo transforma en algo subjetivo: “una práctica no se deja al capricho o al arbitrio de sus participantes, sino que tiene su propia identidad que debe ser respetada por quienes la frecuentan”.⁷⁵ Debido a que es una práctica interpretativa, y por ende su identidad es inseparable de su cognoscibilidad, es menester que la profundización sobre esta noción sea vista al estudiar el conocimiento y la determinación de lo justo.

3. EL CONOCIMIENTO Y LA DETERMINACIÓN DE LO JUSTO

Como es lógico, la determinación de lo justo en el caso concreto y su conocimiento son cuestiones inseparables, toda vez que los valores (otros autores⁷⁶ prefieren la palabra bienes) que podemos discernir como buenos (y, por lo tanto, bajo la forma de deber,⁷⁷ de algo que se ha de hacer y perseguir⁷⁸ en el plano práctico, sea de acción personal, sea de actividad social) son abstractos, y exigen una concreción.

72 *Ibid.*, p. 162. En COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, “En busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural”, *Prudentia Iuris* 72, 2011, p. 36, también se toma en consideración la percepción de ciertas conductas como valor, considerando las circunstancias históricas y culturales, aunque refiriéndose al tema específico del conocimiento de la ética y de la educación moral de las personas: “Orientada por las personas que la rodean, impregnada por la cultura en la que está inmersa, la persona reconoce ciertos modos de comportarse y de pensar, como valores a seguir, leyes que observar, ejemplos que imitar, visiones del mundo que deben ser asumidas. El contexto social y cultural ejerce, por tanto, un papel decisivo en la educación orientada hacia los valores morales”.

73 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, *op. cit.*, p. 162: “Se deben desarrollar actitudes interpretativas que confieren un determinado sentido a los procesos exteriores”. Welzel toma una postura similar, y también enfatiza que la valoración solo puede recaer sobre acciones o actividades, y no sobre hechos. Véase Hans WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Buenos Aires, Editorial B de F, trad. Felipe González Vicen, 2011, pp. 330-331.

74 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, *op. cit.*, p. 162.

75 *Ibid.*

76 Véase, por ejemplo, FINNIS, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, pp. 60-97; Alfonso GÓMEZ-LOBO, *La ética de Sócrates*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1998, pp. 89 y 194; Robert GEORGE, *Moral pública. Debates actuales*, Santiago, Instituto de Estudios Sociedad, 2009, p. 3.

77 FINNIS, *Natural law and natural rights*, *op. cit.*, pp. 296-298, 341-343.

78 Según se afirma en *S.Th.* I-II, q. 94, a. 2, c.: “el bien ha de ser realizado y perseguido, y el mal ha de ser evitado” (*bonum est faciendum et prosequendum; malum autem vitandum*) (la traducción

La visión casuística influye al conocer el derecho: la respuesta de Viola es que en abstracto conocemos solo valores, y no preceptos formulados lingüísticamente. El deber concreto no podría enunciarse de modo general, y la razonabilidad se establece atendiendo principalmente a las circunstancias de hecho y al contexto específico de la acción.⁷⁹ En consecuencia, por una parte, la interpretación por la cual se conoce lo justo concreto es siempre un acto de concreción: “la influencia de la hermenéutica en el pensamiento jurídico se dirige sobre todo a los procesos de concretización, es decir, a la problemática de la relación entre la necesaria generalidad de la norma y la justicia del caso concreto”.⁸⁰ Por otra parte, lo que Aristóteles llama lo justo natural y lo justo por convención no son, en la inmensa mayoría de los casos, claramente escindibles: no podemos creer que el derecho natural es una suerte de ordenamiento jurídico (entendido como “conjunto de normas”) paralelo al positivo,⁸¹ sino como lo que es conforme a la naturaleza humana en cuanto es razonable. Además, no sería posible conocer la moral sin una concepción previa de la misma, que viene dada por la experiencia de la vida (y, principalmente, por lo que sepamos a través del derecho positivo, si se considera que derecho no es sinónimo de norma).

La concreción, no obstante, admite grados. Así, puede formularse lingüísticamente una lista de valores o ciertas líneas generales para su persecución, pueden expresarse ciertas prohibiciones generales, puede establecerse una respuesta justa en el caso ya acaecido, pueden distinguirse cosas que parecen poco razonables (casos hipotéticos manifiestos)⁸²... Estos grados son llamados por nuestro autor “planos” o “niveles”.⁸³ El cognoscente baja desde los principios abstractos hasta el caso concreto de modo paulatino, y será más amplia la determinación si es más amplia la generalidad de casos a los que aplicaría esa justicia; la justicia pasa de la potencia al acto en el caso concreto, y en este movimiento pueden distinguirse grados. Francesco Viola no hace un tratamiento sistemático de ellos y de cómo se realiza la determinación, y eso es lo que en este estudio procuramos lograr. Los planos que nosotros distinguimos son tres: el de la autoridad política –que se encarga de fijar positivamente los valores, sea a nivel constitucional, sea a nivel legislativo–, el del juez y el del ciudadano.⁸⁴ A continuación, los veremos uno por uno.

del latín es nuestra). Sobre este primer principio del orden práctico véase UGARTE GODOY, *Curso de filosofía del derecho*, op. cit., p. 419.

79 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 462.

80 VIOLA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, op. cit., p. 433.

81 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 2: “El derecho natural no debe ser considerado como un *alter ego* del derecho positivo, sino como algo interior a los procesos de positivización”. Véase también: BASTI, *El nacimiento de la ley moderna*, op. cit., pp. 102-103.

82 VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell’etica contemporanea*, op. cit., pp. 180-183.

83 Por ejemplo, en VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 168: “Es obvio que hay varios niveles de conocimiento de la práctica misma, en relación con la particular posición de los participantes y con la mayor o menor proximidad respecto de la acción concreta”. Otros ejemplos en: VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, op. cit., pp. 58 y 60; “La concordia come concetto politico”, *Filosofia politica* 1 (2018), p. 24.

84 El jurista o filósofo del derecho bien podría incluirse como un plano más. Sin embargo, Viola apenas lo trata expresamente (una ocasión en que lo hace es en VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 433) y, por otro lado, la distinción carecería de sentido, toda vez que el jurista sin autoridad oficial no pasa de ser un ciudadano sabio (en ese sentido, podría asimilarse a la ley, en cuanto es guía para la acción y factor de determinación de lo justo).

3.1. El conocimiento de los ciudadanos acerca de lo justo

La práctica social debe interpretarse por sus partícipes⁸⁵ (todos los ciudadanos), pero, puesto que la identidad de la práctica preexiste a sus concepciones (es objetiva) –y que según la interpretación de dicha identidad deben conformar sus acciones individuales–, pueden surgir conflictos sobre dicha interpretación, en cuyo caso se ha de acudir a individuos dotados de autoridad suficiente para resolver la controversia (los jueces).⁸⁶ De estos dos tipos de sujetos, jueces y ciudadanos, nos centraremos en este apartado en los segundos.

Ante todo, es necesario tener en consideración el porqué de toda esta alambicada explicación de Viola. Él se considera a sí mismo un hombre pragmático, y piensa que no tiene sentido la creación de un enorme sistema abstracto sin repercusiones en la vida práctica.⁸⁷ Toda la teoría hermenéutica que explica busca ser, ante todo, una teoría susceptible de llevarse a la práctica.⁸⁸ Además, hay que considerar que los ciudadanos no saben con precisión qué es lo justo en cada caso. Viola cree –siguiendo el criterio que ya enunciaba santo Tomás⁸⁹– que la sabiduría de los jueces es escasa,⁹⁰ entonces *a fortiori* debemos decir lo mismo de los ciudadanos. Por eso, los ciudadanos deben –dicho con mayor precisión: están-obligados a– dejarse guiar por la ley.⁹¹ La ley viene a ser entonces una suerte de expresión lingüística (norma) de un modo de prosecución (regla, en cuanto es el contenido sustantivo-material que la norma expresa) de un fin (y el fin de la ley debe tender a determinar lo justo para una comunidad concreta).⁹² Por eso, es una parte fundamental para la interpretación de una práctica social en que se ven involucrados los ciudadanos. La relación entre la ley y la práctica social no ha sido explícitamente tratada por Viola, mas es posible concluir lo que hemos señalado si tenemos en cuenta, a la vez, lo que hemos explicado sobre el derecho como práctica social, la noción de ley y el papel que esta juega en la vida social. Sobre la ley trataremos en particular en el apartado sobre el conocimiento de lo justo que realizan los po-

VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., pp. 196-199. Sin embargo, la dogmática jurídica (no la labor de un jurista, sino de muchos, con sus acuerdos y el modo en que interpretan lo justo) podría jugar un papel fundamental. VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 163-171; VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, op. cit., p. 60.

85 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., pp. 168-169.

86 *Idem*. Es de notar que Viola no alude a sujetos dotados o investidos de determinadas “potestades”, sino a “sujetos dotados de un rol autoritativo”. La distinción entre *potestas* y *auctoritas* parece ser relevante en este caso, toda vez que el juez es, a juicio de Viola, un intérprete de la realidad social, y no un mero funcionario público investido de poder: el juez conoce una realidad que lo precede, no impone su voluntad arbitrariamente. Para mayores detalles sobre la distinción entre *potestas* y *actoritas* véase Alejandro GUZMÁN BRITO, *La fijación del derecho*, op. cit., pp. 36-37.

87 BELLVER, “La trayectoria filosófica jurídica de Francesco Viola”, op. cit., p. XIX.

88 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 1.

89 S. Th. I-II, q. 95, a. 1, ad. 2: “la justicia viva no se encuentra en muchos” (*Iustitia animata non invenitur in multis*). Citado en VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 52 (la traducción del latín es nuestra).

90 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 52: “El gobierno de la ley (*governo della legge*), y no el de los hombres, requiere que el trabajo del juez esté siempre estrechamente guiado por la ley, y no basado en su sabiduría personal, que es una cualidad escasa”.

91 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 12.

92 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., pp. 61-62.

líticos (legisladores), pero daremos aquí algunas explicaciones específicas sobre su rol frente a los ciudadanos que se someten a ella y una posible interpretación que concilie la idea de práctica social con el rol de la ley.

La práctica social es algo más amplio que la ley: es una actividad común de muchos ciudadanos, que actúan con conciencia de obrar justamente (de buena fe, con una valoración positiva de su propia conducta), para desarrollar ciertos valores. La ley, en cambio, es, en su ropaje material, una forma concreta de control o regulación social,⁹³ pero que en su contenido⁹⁴ tiende a la satisfacción de ciertos valores que la comunidad o los más sabios o la mayoría de los sabios reconocen como tales.⁹⁵ La ley no es, entonces, lo mismo que el derecho.⁹⁶

Ahora bien, respecto del rol de la ley, es necesario tener en consideración el análisis con el que se ha criticado a Kelsen⁹⁷ desde la tradición jurídica analítica: si la ley se propone regular las acciones, entonces debemos centrarnos en los motivos de los agentes respectivos –i.e. de los ciudadanos que la deben obedecer–, pues los hombres actúan con conciencia del fin en cuanto fin. Por tanto, la obligación de cumplir la ley es ante todo moral:⁹⁸ “en la óptica del ciudadano el punto de vista práctico se presenta como un punto de vista moral”.⁹⁹ La ley ha de ser criterio o guía para la acción:¹⁰⁰ debe dar razones para obrar del modo que dispone,¹⁰¹ y esto es esencial a la ley incluso si estas no coinciden con los “motivos” del agente.¹⁰² Esto es lo que Hart denominó “el punto de vista interno” (*the internal point of view*): “el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir comportamientos que se ajustan a las reglas, sino que utilizan las reglas como estándares para la evaluación de su conducta y de la de otros”.¹⁰³ La ley es una cierta regla y medida

93 VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., p. 80; *Le ragioni del diritto*, op. cit., p. 22.

94 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., pp. 14-18. En esta parte explica Viola su interpretación del concepto de ley de santo Tomás de Aquino.

95 Este es el método aristotélico de la ἐνδοξα (éndoxa), que veremos más adelante.

96 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., pp. 156-159. En particular, en la página 156, al criticar la concepción normativista del derecho: “La conocida máxima del jurista romano Paulo (*non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*) afirma que el derecho y la ley no se deben identificar, y que esta última no precede al primero, sino que le sigue”. Traducimos la sentencia de Paulo del modo siguiente: “el derecho no sale de la regla, sino que por el derecho la regla es hecha”.

97 HANS KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1945, p. 19, citado en FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., p. 5.

98 FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., pp. 12-17.

99 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 403.

100 Véase HERBERT HART, *The concept of Law*, 2 ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 98 y 218; VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., p. 84; VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 33; y, especialmente, FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., p. 12. Una postura ligeramente distinta, aunque también contraria a Kelsen, en JOSEPH RAZ, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 162-177.

101 La dirección hacia la cual los ha de guiar (el fin) es obviamente una cuestión muy discutida. Aristóteles prefiere pensar que es para hacer buenos ciudadanos a los hombres. ARISTÓTELES, *Política*, op. cit., L. III, Cap. 4, 1277a-1277b. Viola recoge, por su parte, este fin de “educación a la virtud” en *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., pp. 24-27; pero también señala en otros pasajes que son muchos fines los que puede tener, uno de los cuales sería la coordinación social: VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., pp. 82-83.

102 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 35.

103 HART, *The concept of Law*, op. cit., p. 98 (la traducción es nuestra).

de la acción,¹⁰⁴ y solo si es sustantivamente así podrá ser una ley en un sentido clásico, porque dará motivos para actuar (más allá de la sanción). En palabras de Viola: “de hecho, una acción es libre solo si en el sujeto que actúa se encuentra el principio que mueve la acción misma”.¹⁰⁵ Dichos motivos son lo que se conoce como la *vis directiva*¹⁰⁶ de la ley.

Pues bien, así como la ley ha de guiar a los ciudadanos, del mismo modo a ellos corresponde necesariamente informarse respecto de lo que la ley indica y considerarla como criterio para su actuar. Se condice esto con la definición tomista de ley, como ordenación de la razón (*rationis ordinatio*).¹⁰⁷ En otras palabras, puesto que entendemos que lo justo es aquello que es razonable en el caso concreto de las relaciones sociales entre personas, las personas deben seguir la ley, pues en general parecería razonable que la ley sea justa.¹⁰⁸

Estas cosas son conocidas y aceptadas por autores de muchas corrientes. Viola agrega, sin perjuicio de lo anterior, una novedad: el bien común no está determinado, sino que ha de determinarse;¹⁰⁹ en consecuencia, es necesario también para los ciudadanos interpretar la ley, no en busca de la “voluntad del legislador”, sino de la razonabilidad en las circunstancias en que se aplica con su obediencia.¹¹⁰ La razonabilidad exige incorporar como factores para la determinación de lo justo la costumbre, la cultura, el contexto social en general (incluyendo el fin de la práctica social de la que se participa), las circunstancias particulares del caso y el texto mismo de la ley.¹¹¹ El ejercicio de este razonamiento práctico es lo que

104 S. Th. I-II, q. 90, a. 1, c.; VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 10.

105 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 57.

106 S. Th. I-II, q. 96, a. 5, ad. 3. Viola acoge, desde luego, esta distinción entre *vis coactiva* y *vis directiva*. VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 57. Véase también Francesco VIOLA, “Riflessioni sulla metamorfosi del concetto di autorità nel pensiero di Hobbes”, *Revue européenne des sciences sociales* 20 (61) (1982), p. 76, donde explica la operación de la autoridad según los clásicos (primariamente a través de la persuasión, y solo de modo secundario a través de la coacción).

107 S. Th. I-II, q. 90, a. 4, c. Una explicación al respecto en UGARTE GODOY, *Curso de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 398-399; y VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., pp. 14-18. Véase también Francesco VIOLA, “Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica”, *Persona y Derecho* 46 (2002), p. 37.

108 SAN AGUSTÍN, *De libero arbitrio*, I, Cap. 5, n. 11: “Páreceme que la ley no es sino justa” (*Mihi lex esse non videtur, quae justa non fuerit*) (la traducción es nuestra). Citado en Antonio MILLÁN-PUELLES, *Léxico filosófico*, Madrid, Rialp, p. 391.

109 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 18.

110 *Ibid.*, pp. 49-51.

111 *Ibid.*, p. 13: “Ante todo, no se puede decir que en el pensamiento de Tomás de Aquino se presuponga una concepción completa de la justicia a la que el bien común debería adecuarse. Hay, sin duda, principios de la ley natural, y sí queremos también de la ley divina, pero los contenidos del bien común dependen también de otros factores, tales como los relacionados con la finalidad de la cooperación social y su grado de extensión (por ejemplo, es diferente el bien común de la familia respecto del de la comunidad política), los relacionados con el tipo de régimen político, las tradiciones profundamente arraigadas y las circunstancias históricas y culturales”.

siempre se ha denominado “prudencia”,¹¹² que no mira tanto al contenido de las normas cuanto a su adecuación a un contexto dado.¹¹³

Considerando que la ley positiva deriva de la natural,¹¹⁴ señala Viola:

Por lo tanto, el legislador humano no es en sentido propio la fuente original sino en el campo de las materias indiferentes. Desde este punto de vista, el rol de guía de la ley humana, que –como hemos visto– es esencial para que los ciudadanos sean tratados como seres conscientes y libres, se justifica por el hecho de que los principios de la ley están ya escritos en la razón de cada ser humano.¹¹⁵

Existe una conexión intrínseca entre el iusnaturalismo y el modo de comprensión de la ley como criterio o medida para la acción:¹¹⁶ los hombres pueden ser tratados como seres racionales y libres por la ley, que los obliga¹¹⁷ a seguir un modo de acción determinado, precisamente porque los fines de la ley están de alguna manera contenidos en la naturaleza humana¹¹⁸ (entendiendo naturaleza en su significación clásica).¹¹⁹ La ley, entonces, concreta (determina) los fines de la naturaleza humana (Viola prefiere la nomenclatura de “valores”) en medios específicos para su persecución, y solo obliga en la medida en que así lo haga. Pero lo natural en el hombre es lo razonable¹²⁰. Desde este punto de vista, solo tiene sentido interpretar la ley desde su razonabilidad en el caso concreto,¹²¹ y no desde una presunta “voluntad del legislador”.

112 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., pp. 61-62. Véase sobre el tema de la prudencia aplicada al derecho, en general: Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983. Sobre la prudencia en Aristóteles véase Alejandro VIGO, *Aristóteles. Una introducción*, op. cit., pp. 208-213.

113 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 62.

114 Esta justicia a la que nos referimos párrafos atrás se debe precisamente a su derivación de la ley natural, como señala, entre otros, el propio Viola: “Como sabemos, la ley positiva se deriva de alguna manera de la natural” (*Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 56). Véase también BASTIT, *El nacimiento de la ley moderna*, op. cit., pp. 102-106; FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., pp. 281-290; WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, op. cit., p. 74.

115 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 57.

116 FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., pp. 12-17. La tesis del punto de vista interno de Hart lleva a Finnis, en última instancia, al iusnaturalismo. Solo desde este punto de vista el derecho puede verse como criterio, y no como pura fuerza. VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 57.

117 Usamos el verbo obligar en el sentido expresado en FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., pp. 297-298, es decir, la necesidad racional de un medio para alcanzar un fin.

118 Leonardo POLO, *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, Madrid, Unión Editorial, 1996, pp. 108-110.

119 ARISTÓTELES, *Física*, Madrid, Gredos, trad. Guillermo R. de Echandia, 1995, L. II, cap. 1, 192b; BASTIT, *El nacimiento de la ley moderna*, op. cit., pp. 117-118; Alasdair MACINTYRE, *Primeros principios, fines últimos y cuestiones filosóficas contemporáneas*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, trad. Alejandro Bayer, 2003, pp. 59-64; Robert SPAEMANN, *Lo natural y lo racional*, Madrid, Rialp, trad. Daniel Innerarity y Javier Olmo, 1989, pp. 30-31; VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, op. cit., pp. 66-78; WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, op. cit., p. 77.

120 Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, *Objetividad ética*, Valparaíso, Edeval, 1995, pp. 35-40; VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 103.

121 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., pp. 36-37, 49 y 52; ZACCARIA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 188-193, 207-213; VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 459-463.

Dicha razonabilidad del caso ha de admitir interpretaciones que sean conciliadoras con la conciencia de valor que está insita en la práctica social de la que participa el agente individual que conoce, en el caso concreto, qué (debe) hacer.¹²² Existen determinadas convicciones sociales sobre valores que indudablemente se han de proteger, o que evidentemente es bueno desarrollar;¹²³ a veces la convicción no es de la totalidad de los miembros de la comunidad, sino solo de los más sabios, o de la mayoría de los sabios.¹²⁴ Dichas convicciones forman parte de la identidad de la práctica social de la que se participa, y es quizá el principal objeto de interpretación sobre ella y su contenido como valor. Este método de conocimiento basado en (en el sentido de que comienza por) la opinión (ἔνδοξα) tiene sus raíces en Aristóteles.¹²⁵ Este conocimiento no puede ser despreciado por el hecho de no ser científico, porque no sería razonable, ya que es casi imposible que sea absolutamente errado.¹²⁶ Dada su importancia, trataremos sobre él al final, y como parte del proceso legislativo que determina lo justo natural. Pero es necesario incluirlo como un factor que los ciudadanos deben considerar al momento de decidir qué hacer.

La determinación de qué es lo racional en el caso concreto es tarea de la prudencia.¹²⁷ A los ciudadanos nos les basta con conocer los principios generales de la ley natural, ni tampoco los principios y valores puestos en la ley humana con un lenguaje concreto, ni comprender los usos sociales, ni con observar las circunstancias y consecuencias del acto que se haga. Por otro lado, la interpretación de la práctica social no permite conocer de modo patente ciertos mandatos o prohibiciones del caso concreto. Alcanzar lo justo en el caso concreto exige, por ley natural, articular todos estos factores, conjugando la objetividad de los valores con las condiciones subjetivas del ejercicio de la acción moral. “Sin este juego cruzado y circular entre objetividad y subjetividad no entramos en el campo propiamente práctico, que tiene por fin la acción aquí y ahora, y no meramente el conocer abstracto”.¹²⁸ El ejercicio de la prudencia no es susceptible de ser analizado en partes: solo puede ser comprendido en su globalidad de modo general. No obstante, Viola considera

122 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale, op. cit.*, p. 162.

123 *Ibid.*, pp. 196-199. Se aprecia con claridad una diferencia entre el conocimiento analítico autoevidente de los bienes humanos básicos planteado, entre otros, por Finnis, y la noción de valores en los que creen aquellos a quienes sería razonable creer (sea por su sabiduría, sea por ser mayoría, sea por ambas a la vez). No se trata en este caso de una evidencia lógica que es decisoria, sino más bien de un cierto conocimiento algo confuso, pero que sirve de base para interpretar.

124 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale, op. cit.*, pp. 196-199; *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto, op. cit.*, pp. 458-459.

125 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Gredos, trad. Teresa Martínez Manzano, 2014, L. I, cap. 4, 1095a25-30. Es necesario hacer la precisión de que, aunque ἔνδοξα podría traducirse por “opinión”, no se trata de una opinión cualquiera (δόξα), sino una opinión probable, por ser una suerte de creencia común. Véase Francesco VIOLA, “La concordia come concetto politico”, *Filosofía política* 1 (2018), p. 27; “La ética de los derechos”, *Doxa* 22 (1999), p. 511.

126 En otras palabras, es casi imposible que todos los ciudadanos, o los más sabios o la mayoría de los más sabios estén absolutamente equivocados (aunque puedan estarlo parcialmente).

127 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, *op. cit.*, pp. 61-62. Hans WELZEL parece llegar a las mismas conclusiones respecto del conocimiento casuístico, pero a través de la “conciencia” (*Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material, op. cit.*, pp. 80-81).

128 VIOLA y MANGINI, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, *op. cit.*, p. XII; VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, *op. cit.*, p. 71.

que el conocimiento de los valores sociales mediante opinión –i. e. la primera interpretación de la práctica social– tiene el carácter de una cierta precomprensión o prejuicio.¹²⁹ Esta concepción previa y difusa sobre lo bueno y lo malo es lo que admite aplicar el círculo hermenéutico a la ética: toda interpretación exige una noción previa, un sustrato previo que es moldeable –se agrega lo que no estaba incluido en el conocimiento difuso inicial, y se quita lo que no debería estarlo, según lo que se conozca al aproximarse a la cosa misma¹³⁰–, desde y en el cual se conoce la práctica social (el derecho). Viola no trata claramente el rol que toma la ley¹³¹ en cuanto precomprensión de lo justo, pero parece razonable que se debe incorporar en esta etapa inicial. En primer lugar, porque de este modo las leyes injustas (que puede haberlas, al menos desde la perspectiva iusnaturalista, de la cual Viola es parte)¹³² podrían ser descartadas, pero manteniendo una suerte de presunción de justicia. En segundo lugar, porque si la ley es una ordenación racional, que da motivos para la acción, entonces ha de comprenderse como un factor más en la determinación de lo justo, pero dada su generalidad¹³³ y su carácter de guía¹³⁴ ha de incorporarse solo como una noción previa.¹³⁵

La prudencia, entonces, considera la opinión social y la ley positiva. Pero esto es aún demasiado amplio, por lo que debe continuar avanzando en el círculo hermenéutico, a fin de renovar la visión que ya se tenía. Así, entonces, se pasa de la generalidad y la vaguedad a la especificidad y la concreción. No obstante, como ya hemos esbozado, esto no sería posible sin considerar la importancia del contexto concreto en que se halla el agente. En efecto, el ciudadano no realiza una “hipótesis de subsunción norma-hecho”, ni una aplicación lógico-técnica de la ley, cual máquina (un sistema así simplemente no sería posible, por ser inhumano), sino todo lo contrario: “el carácter razonable o irrazonable tiene que medirse

129 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 458-459.

130 Esta visión previa de la totalidad es esencial al nuevo conocimiento para el todo a través de sus partes: “En principio, comprender es siempre moverse en este círculo, y por eso es esencial el constante retorno del todo a las partes y viceversa. A esto se añade que este círculo se está siempre ampliando, ya que el concepto del todo es relativo y la integración de cada cosa en nexos cada vez mayores afecta también a su comprensión”. Hans Georg GADAMER, *Verdad y Método*, vol. I, 8 ed., Salamanca, Sígueme, trad. Ana Agud Apatricio y Rafael de Agapito, 1999, pp. 244-245. Una manera similar de proceder se aprecia en la interpretación que hace MacIntyre sobre Aristóteles, que acaba por justificar una conciliación entre el modo que enseña en los *Analíticos posteriores*, y el modo que de hecho aplicó en sus otras obras: la ciencia sería una suerte de conocimiento que aún no está plenamente acabado, pero que perfeccionaría la visión del todo desde la perspectiva de una totalidad que ya se reconoce. MACINTYRE, *Primeros principios, fines últimos y cuestiones filosóficas contemporáneas*, op. cit., pp. 32-37.

131 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., pp. 174-178. Viola apunta el rol que tiene la ley, su distinción de “lo que es justo” y cómo la interpretación del derecho es un proceso complejo que excede el texto legal. Incluye expresamente, en cambio, como parte de la precomprensión, las buenas costumbres y las reglas para vivir de modo civilizado (p. 196); ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, op. cit., p. 218. Por otro lado, dice que la ley es el principal criterio para el juez: VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., pp. 17-20, aunque consta en la página 37 que no es un criterio autónomo.

132 VIOLA, *Le ragioni del diritto*, op. cit., pp. 113-117.

133 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., pp. 14, 36, 49-52.

134 *Ibid.*, p. 17.

135 Es de notar que el acto interpretativo se dirige a un caso, y, por tanto, remite a la totalidad del sistema de reglas, y no a una norma particular (VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 157).

sobre la base de contextos determinados, de los compromisos asumidos y de las circunstancias de hecho”.¹³⁶ Existe también una explicación que da Viola con otras palabras: el ejercicio de la razón práctica que tiende a la deliberación moral es un proceso unitario, por cuanto es respetuoso de la especificidad de sus componentes¹³⁷ (las circunstancias del hecho, la cultura, etc.). Este es el conocimiento que realizan los ciudadanos de lo que es justo en el caso concreto: la razón práctica que discierne considerando las circunstancias. Este discernimiento es una obligación ineludible: cada uno tiene la competencia y el deber de juzgar el contenido de la ley natural en el caso concreto, aunque esta interpretación no pueda obligar a otros.¹³⁸

3.2. El conocimiento de la autoridad política acerca de lo justo

Considerando todo lo que ya hemos señalado, es obvio que la tarea principal de los legisladores consiste en plasmar en normas las reglas necesarias para el desarrollo de los valores que la comunidad reconoce como tales. Pero este proceso se realiza en los sistemas jurídicos contemporáneos occidentales, por regla general, en dos momentos: el momento constituyente¹³⁹ y el momento legislativo.

3.2.1. La constitución y el *Rule of Law* como expresión lingüística de valores

Hermenéuticamente, la constitución es un texto (escrito o no), que plasma determinados valores.¹⁴⁰ Pero esa determinación de la ley natural que realiza la constitución admite muchas soluciones, justas e injustas, pues la generalidad de este texto es amplísima. Corresponde a la ley, entonces, determinar los valores un poco más (pero con un cierto margen de apreciación).¹⁴¹ Los límites dentro de los cuales es formalmente legítimo legislar los fija la Constitución.¹⁴² Asimismo, es propio también de la Constitución determinar ciertos modos de regulación para el gobernante, que impidan la arbitrariedad: se selecciona una forma de régimen.

Todo esto está estrechamente vinculado a lo que en el sistema anglosajón se denomina *Rule of Law*. Este término no puede ser directamente traducido por Estado de derecho o *Rechtsstaat*: es un fenómeno jurídico mucho más amplio, y que precisamente por eso tiene la ventaja (para efectos del estudio de Viola y del nues-

136 VIOLA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, op. cit., p. 432. También en VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 202, alude al sentido común (*sensu comune*) como criterio interpretativo; creemos que es un ejemplo más de la prudencia, una palabra distinta para referirse a lo mismo.

137 VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., p. 96.

138 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 57.

139 Véase, en general, Bruce ACKERMAN, *We the People*. Vol. 1. *Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press & Belknap Press, 1991.

140 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 384-385. Además, manifiesta un primer consenso sobre qué es justo; VIOLA, “La concordia come concetto politico”, *Filosofia politica* 1 (2018), p. 24.

141 VIOLA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 7, 83.

142 *Ibid.*, pp. 378-384: la Constitución establece una “esfera de lo no disponible”.

tro) de incorporar en sí ciertos criterios que en el sistema continental de hoy se incluyen en la Constitución. En primer lugar, implica ciertos aspectos formales o procedimentales que limitan el ejercicio del poder.¹⁴³ En segundo lugar, se refiere a ciertos valores fundamentales para la convivencia social.

Respecto de lo primero, el *Rule of Law* es una protección contra el arbitrio del poder,¹⁴⁴ basada en la garantía de ciertos derechos inherentes a cada ser humano y en la equidad y la razonabilidad de las reglas,¹⁴⁵ que son en cierto sentido independientes de la voluntad del soberano: no asegura que la ley sea justa, pero pone ciertas condiciones para que lo sea.¹⁴⁶ En otras palabras, garantiza una base mínima para la búsqueda común de la justicia sustancial¹⁴⁷ y, sin renunciar a este fin, admite un cierto margen de apreciación para su aplicación en distintas circunstancias y tiempos culturales.¹⁴⁸

El *Rule of Law*, entonces, incluso en sus aspectos procedimentales, no es un concepto dogmático puramente formal, pues establece límites al derecho, que “tutela la posibilidad del actuar moral en la vida social. Sin este supuesto, el derecho mismo pierde su especificidad en comparación con otros métodos de control social”.¹⁴⁹ Es más que un sistema normativo de prohibiciones para la autoridad, dado que dichas prohibiciones se establecen con miras a un fin.¹⁵⁰ Prueba de esta sustantividad es que una sociedad no puede ser justa, a juicio de Viola, si no respeta el *Rule of Law* (aunque una sociedad que lo respete bien puede ser injusta), como conjunto de principios jurídicos que limitan el ejercicio del poder según ciertos criterios de razonabilidad.¹⁵¹ El aspecto puramente procedimental –lo que Viola llama justicia jurídica (*giustizia giuridica*)– no es suficiente,¹⁵² aunque es condición necesaria en la búsqueda del valor de la justicia en su plenitud de significado.¹⁵³ Con respecto al segundo tema que nos atañe, basta con señalar que los valores en general se expresan mediante ciertas declaraciones de derechos y ciertos principios generales de derecho, que sirven de luz interpretativa¹⁵⁴ para legisladores, jueces y ciudadanos. Todos ellos conocen lo justo mediante un proceso de interpretación: la razón práctica (como razonabilidad) discierne qué es justo. A los re-

143 FRANCESCO VIOLA, “Constituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica”, *Persona y Derecho* 46 (2002), p. 38.

144 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 60; esto se debe en parte a que los sabios son escasos, como ya vimos. Véase también JOHN FINNIS, “Is natural law theory compatible with limited government?”, en *Natural Law, liberalism and morality*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 1-26.

145 VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., p. 1.

146 *Ibid.*, pp. 6 y 8. Esta justicia exige que la norma sea susceptible de ser llevada a la práctica.

147 *Ibid.*

148 *Ibid.*, p. 7.

149 *Ibid.*, p. 80.

150 Tampoco puede sostenerse esto en los países en que estos principios están consagrados en una Constitución: es solo un modo diverso de manifestación de una misma regla sustantiva. VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 384-388.

151 *Ibid.*, pp. 95-96.

152 *Ibid.*

153 *Ibid.*, p. 96.

154 *Ibid.*, pp. 384-389.

dactores del texto constitucional les corresponde expresar lingüísticamente este discernimiento,¹⁵⁵ al igual que al legislador.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos mencionar que esto es solo el modo en que se expresan dichos valores como reglas (podríamos decir, “reglas de rango constitucional”), y que no solo se caracteriza por su nivel en la jerarquía del ordenamiento jurídico, sino también por la generalidad que les es propia. Pero el problema de su conocimiento en cuanto valores es el mismo que el de la ley: se trata simplemente de un nivel más amplio en la generalidad lingüística en que se expresan. En consecuencia, una vez más resalta como esencial el rol de la prudencia,¹⁵⁶ que atiende a las circunstancias, a la cultura, a la historia y a la tradición político-jurídica del pueblo destinatario del texto constitucional (y otro tanto puede decirse para la jurisprudencia en el sistema anglosajón, en cuanto formula los principios del *Rule of Law*).

Viola acaba también por afirmar que el vínculo entre la constitución y la justicia es moral (al igual que con la ley), y por ende también lo será su interpretación.¹⁵⁷

3.2.2. La ley como expresión lingüística de valores

Indudablemente, es necesario que exista una ley positiva, tanto si se es positivista como si se es iusnaturalista; en este último caso, porque se deben determinar los principios universales y comunes de la ley natural a los casos particulares.¹⁵⁸ A esto parece referirse Hans Welzel en su *Introducción a la filosofía del derecho*: “al hombre le es impuesto de modo ineludible el cometido de dar expresión al deber ser trascendente bajo los presupuestos y las condiciones cambiantes de su existencia histórica, y de hacerlo en la forma de estructuras sociales dotadas de sentido”.¹⁵⁹ Al igual que en los otros planos, lo principal para tener en cuenta en este nivel de conocimiento es el círculo hermenéutico, que ya esbozamos, y el rol de la razón práctica (en este caso, de la *prudentia gubernativa* o *regnativa*,¹⁶⁰ la prudencia del gobernante). La determinación de los principios abstractos y difusos que, a través del proceso interpretativo de la práctica social, son conocidos bajo forma de valores, se debe hacer mediante un ejercicio de la razón práctica de la autoridad: la *prudentia gubernativa*. *Gubernaculum* es la labor de los políticos: dar forma al orden jurídico para dirigirlo al bien común.¹⁶¹

155 En el caso del *Rule of law*, esta tarea recae sobre los jueces, que elaboran ciertos principios jurídicos. Los principios del debido proceso elaborados en el mundo anglosajón son un ejemplo que pone Viola al respecto (*Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., p. 89).

156 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., pp. 97 y 106. En la página 97 Viola se refiere a la prudencia con el término de “razón práctica jurídica”.

157 *Ibid.*, pp. 386-387.

158 S. Th. I-II, q. 91, a. 3; VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 20.

159 WELZEL, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, op. cit., p. 339.

160 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., pp. 61-62; VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., pp. 97 y 106.

161 *Ibid.*, p. 17.

La derivación de la ley humana desde la ley natural es conocida entre autores tomistas. Se realiza por dos modos:¹⁶²

... *ad modum conclusionis* (como en la ciencia) y *ad modum determinationis* (como en el arte). Y es también sabido que no se trata de dos modos separados de derivación, sino de una compleja relación entre principios universales de razón y su concretización histórica realizada por los conceptos jurídicos, doctrinas e instituciones jurídicas unidas a decisiones políticas, todas cosas que son en gran medida propias del carácter cultural y llegan a comprenderse sobre la base de la razonabilidad más que de la lógica deductiva.¹⁶³

Claramente se aprecia una oposición entre la teoría de Finnis¹⁶⁴ y la de Viola (pese a que este cita a aquel en el pasaje que transcribimos): para nuestro autor, la derivación no consiste en un proceso lógico (del mismo modo que la evidencia no es lógica, sino sobre todo experiencial y social), que parte desde una cierta autoevidencia de la mente y se concreta mediante procesos deductivos; por el contrario, es una derivación de la razón práctica. Viola parece tener en mente (aunque no lo cita en este pasaje) a Aristóteles,¹⁶⁵ que señala al comienzo de la *Ética a Nicómaco* que no podemos aspirar en filosofía práctica a una certeza y una exactitud propias de las ciencias particulares, pues sería como exigir a un retórico argumentaciones matemáticas.¹⁶⁶

Los políticos deben considerar la opinión social al legislar, para de este modo conocer los principios abstractos de la ley natural desde los cuales descender a las normas positivas: “hemos de guiarnos por nuestras convicciones más consolidadas y extendidas, porque ya poseemos la experiencia del derecho y tenemos una comprensión indeterminada del mismo”.¹⁶⁷ Por ende, no se trata, para los políticos, de revisar estadísticas, sino de comprender el sentido común de las personas (el sentido común, *sensu comune*, la razón común, *ragione comune*),¹⁶⁸ manifestado ya por las mayorías, ya por la opinión de los más sabios, ya por la de la mayoría de los sabios,¹⁶⁹ lo que en sí mismo constituye una cierta evidencia.¹⁷⁰

162 S.Th. I-II, q. 95, a. 2.

163 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 29.

164 FINNIS, *Natural law and natural rights*, op. cit., pp. 281-290.

165 VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, op. cit., p. 29 (nota 57), y ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, op. cit., L. I, cap. 3, 1094b14-1095a10. Véase también Teresa MARTÍNEZ MANZANO, “Prólogo”, en *Ética a Nicómaco*, Madrid, Gredos, trad. Teresa Martínez Manzano, 2014, p. 11.

166 ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, op. cit., L. I, cap. 3, 1094b20-25: “Hablando, pues, de tales cosas y partiendo de tales premisas, hemos de contentarnos con presentar la verdad de un modo tosco y esquemático. Y cuando tratamos de cosas que ocurren generalmente y se parte de tales premisas, es bastante con llegar a conclusiones semejantes. Del mismo modo se ha de aceptar cada uno de nuestros razonamientos; porque es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada materia en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aceptar que un matemático empleara la persuasión como exigir de un retórico demostraciones”.

167 VIOLA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, op. cit., pp. 429-430.

168 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 433.

169 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 196; ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, op. cit., L. I, cap. 4, 1095a20-30.

170 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 433. Prueba de ello es que cualquier hombre medianamente juicioso (“el hombre medio”) puede reconocer

Esta es una noción previa (preconcepción) que es modificable, pues es solo una primera etapa del círculo hermenéutico. Ahora bien, habida consideración de la práctica social ya existente y, sobre todo, de la opinión que puede razonablemente ser considerada válida, resta solo determinar lo justo. Una vez más nos encontramos frente a una labor que corresponde a la prudencia, teniendo a la vista también las circunstancias del país en que se legisla. Pero el conocimiento práctico es un conocer para hacer (*conoscere per agire*), y la pregunta sobre “qué hacer”, como ya hemos visto, recae siempre sobre una situación concreta (un caso), y no sobre una hipótesis general (en la que se pone la ley).¹⁷¹ Esta respuesta es la verdad práctica. Lo anterior coincide con el hecho de que Viola es de aquellos autores que consideran que no existe una sola respuesta correcta (verdadera, justa) para los “casos difíciles”, sino una respuesta que será la mejor en el caso concreto, y solo en ese sentido será la “respuesta correcta”.¹⁷²

En la concepción de Tomás de Aquino no está previsto el descenso [...] desde los principios primeros de la ley natural y, sin embargo, se reconoce que las soluciones correctas de los problemas prácticos específicos pueden ser más de una¹⁷³ y que, entonces, el pluralismo de las opiniones es [...] en una cierta medida legítimo y fructífero.¹⁷⁴

La prudencia, entonces, es en cierto sentido creadora: “la decisión final conserva siempre de algún modo su creatividad porque es un acto de la razón práctica”.¹⁷⁵ La determinación es un acto creador de lo justo: no es una aplicación lógico-deductiva necesaria, sino una concreción que es contingente, y que debe realizarse por las autoridades de la comunidad (intérpretes oficiales). Viola, con este complejo sistema interpretativo, intenta salvar tanto la objetividad de la moral como una notable indeterminación histórica de las normas, pues la hermenéutica es creación y conocimiento a la vez.

3.3 El conocimiento de lo justo que realiza el juez

Desde la perspectiva del *ius* entendido como “lo justo”, es al juez a quien corresponde de modo oficial “decir-derecho”.¹⁷⁶ Pero Viola lleva hasta el extremo esta percepción casuista, pues acaba por sujetar la determinación misma de lo justo al contexto concreto en que sucede (incluidas las normas, lo que pueda considerarse una práctica social, los valores de la comunidad, las circunstancias personales y exteriores...). La razón práctica (prudencia) que discierne qué es lo más

aquellos valores. La evidencia a que se refiere Viola no es lógica, sino experiencial.

171 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., p. 161.

172 *Ibid.*, pp. 161-162. Dicho de otro modo, la respuesta correcta se dice tal no por ser “única”, sino por ser la mejor posible en el caso.

173 Nuestro autor no da ninguna cita de santo Tomás, en este pasaje, que justifique esa afirmación.

174 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 14.

175 VIOLA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, op. cit., p. 433.

176 La labor del juez consiste en una interpretación oficial de una práctica social, que le permite discernir lo que es justo en el caso concreto. Cfr. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., pp. 168-169.

justo (o lo más razonable)¹⁷⁷ en cada caso tiene una función creativa (o creadora) y hermenéutica.¹⁷⁸ Podemos, por ende, formular de este modo la perspectiva de Viola al respecto: al no ser el derecho algo abstracto, sino algo concreto, no puede conocerse de modo puramente abstracto.¹⁷⁹

Como hemos señalado, el rol del juez es inseparable, para nuestro autor, de la noción de derecho como práctica social. En efecto, dice Viola:

Lo que significa que –como ya fue dicho– la identidad de una práctica no puede ser separada de la actitud de sus participantes. Pero esto a su vez se vincula con el hecho de que los sujetos se integran a una práctica ya existente que tienen que respetar e interpretar. Es necesario, por tanto, que dentro de la práctica haya sujetos particulares dotados de un rol autoritativo, a los que se pueda recurrir cuando las interpretaciones sobre la identidad de la práctica sean controvertidas.¹⁸⁰

Del mismo modo que al político corresponde el *gubernaculum*, al juez corresponde la *iurisdictio*, como función pública oficial de interpretación con fidelidad al orden jurídico preexistente,¹⁸¹ pero sin carecer de creatividad.¹⁸² Dicho de otra manera, la fidelidad del juez a la ley es dinámica, lo cual se condice con lo todo el pensamiento de Viola.¹⁸³

Señala Viola que el jurista (y esto obviamente puede también decirse de los jueces) elabora paso a paso ciertas predefiniciones, que cambian a medida que avanza la investigación.¹⁸⁴ Pero ellas han de aterrizar en casos reales y concretos. El problema de la unidad entre la generalidad de la norma y la justicia del caso solo admite, según Viola, soluciones casuísticas. En otras palabras, la generalidad de la norma sería tal que su justicia abstracta solo puede concretarse con una adecuada interpretación de las circunstancias del caso, y esta interpretación no podría sino ser creadora (o, si se prefiere, creativa).¹⁸⁵ La ley, sin embargo, fija límites al juez, que frenan la parte pasional (o animal) de su persona, para que no se deje llevar por lo que “siente”, sino que acate lo que la sociedad considera que es más justo (al menos, en general).¹⁸⁶ Pero la respuesta de Viola sigue siendo el

177 FRANCESCO VIOLA, “Constituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica”, *Persona y Derecho* 46 (2002), p. 36.

178 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 463.

179 Esto parece incluir una cierta crítica a la posición de Finnis al respecto: no podemos, según Viola, deducir normas desde ciertos principios evidentes, pues toda conclusión que saquemos ha de aplicarse e interpretarse en un caso determinado (VIOLA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 463; *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., pp. 51-52).

180 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, op. cit., pp. 168-169.

181 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 17.

182 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 463.

183 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., p. 463; VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, op. cit., p. 60.

184 VIOLA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, op. cit., p. 433.

185 *Ibid.*, p. 463.

186 VIOLA, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, op. cit., pp. 5-6. A pesar de tal límite, Viola cree que el margen de apreciación del juez es enorme.

casuismo: el derecho tiene vida propia, está vivo, en virtud de la jurisprudencia que lo concreta, aunque esta tenga ciertos límites.¹⁸⁷

Los jueces, además, establecen ciertos principios jurídicos, que forman parte esencial de lo que podemos llamar la “justicia natural”.¹⁸⁸ Estos principios no son vinculantes universalmente, pero sí son un criterio para la acción, del mismo modo que la ley y la opinión de los juristas. La ley, entonces, queda como equiparada al nivel de las demás fuentes del derecho.

En última instancia, lo que el juez decide en el caso es un ejercicio de la equidad natural (*equitas, ἐπιείκεια*) que, como dice MacIntyre,¹⁸⁹ no ha de entenderse como igualdad, sino como razonabilidad. La unidad de la razón práctica, interpretativa y creadora, es lo común en la percepción de los valores objetivos, tanto para el individuo que participa de una comunidad (y, por eso, de una práctica social: de un modo de comprender y ver el mundo y los valores), como para la autoridad que los concreta en leyes y sentencias judiciales.

4. CONCLUSIÓN VALORATIVA

Se pueden formular muchas críticas al pensamiento de Viola. Lo que inmediatamente salta a la vista en sus obras es una cierta confusión al tratar estos temas, debida en parte a la sobreabundancia retórica de su estilo, salvo el caso de los últimos dos capítulos de *Il diritto come pratica sociale*, que, a juicio nuestro, son mucho más precisos, claros y sistemáticos al explicar el círculo hermenéutico y su aplicación en la filosofía del derecho.

Parece también existir una cierta indecisión (o, al menos, falta de claridad), respecto de los juegos entre casuismo y sistema, entre objetividad ética y cambios históricos, entre interpretación de la norma y prudencia de aplicación al caso,¹⁹⁰ y también en materias epistemológicas (¿la interpretación *construye* o *reconoce* lo justo?)¹⁹¹ Cabría preguntar, sobre la primera cuestión, aterrizando un poco las teorías de Viola: ¿qué pasa si el texto de una ley es expreso y no cabe sino aplicarlo de un modo determinado al caso concreto, pero la aplicación parece injusta? ¿Debería el juez dejarse guiar por la ley, someterse a ella? ¿En qué quedaría

187 VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, *op. cit.*, p. 2.

188 *Ibid.*, p. 89.

189 Alasdair MACINTYRE, *Giustizia e razionalità*, vol. I, Milano, Anabasi, trad. C. Calabi, 1998, p. 149, citado en VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, *op. cit.*, p. 106.

190 Véase Francesco VIOLA, “The judicial truth”, *Persona y Derecho* 32 (1995), p. 263. Podríamos formular de este modo la pregunta: ¿por qué decimos que lo que se interpreta es la ley (además del derecho mismo), si en realidad el juez se atiene más a las circunstancias del caso y a conceptos tan amplios como “la opinión social”?

191 He encontrado, además de los pasajes ambiguos (v. gr. VIOLA, “The judicial truth”, *op. cit.*, p. 265), ciertas afirmaciones que parecen favorables tanto al realismo (v. gr. VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, *op. cit.*, p. 64; “La soggettività tra etica e natura”, *Rivista di filosofia neo-scolastica* 79, 4 (1997), p. 548) como al relativismo (v. gr. VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, *op. cit.*, p. 63).

entonces el casuismo? Y, en caso contrario, ¿no deberíamos reconocer entonces que la ley no marca un límite para el juez?

Respecto del segundo dilema, el “peligro del historicismo” de la teoría del derecho como práctica social es bastante evidente.¹⁹² Este “peligro” no reside tanto en la postura misma historicista, sino precisamente en la incoherencia, pues Viola trata de justificar, a la vez, una cierta objetividad ética desde sus tesis. Él parece ser consciente de este problema,¹⁹³ pero no dedica muchos argumentos al respecto. Incluso creemos que podría llegar a formularse una acusación de relativismo por el modo en que defiende que existen muchas respuestas válidas a los llamados “casos difíciles”.¹⁹⁴ La excesiva importancia que da al contexto y las circunstancias (históricas, culturales, personales y todas las que sean apreciables) difumina en la misma medida la objetividad ética que dice defender.

Otro problema de falta de claridad podría verse respecto del caso focal del derecho (como lo justo concreto y como práctica social). Cita a santo Tomás de Aquino para referirse a la cosa justa, pero señala que sería el analogado principal de lo justo, y no del derecho. Ahora bien, esto es, por una parte, claramente contrario al texto del propio santo Tomás, y, por otra, es un modo confuso de tratar el tema, cuya utilidad es muy cuestionable. Además, parece confundir la plenitud del significado del derecho con la magnitud del sistema jurídico: al argumentar que el derecho en su globalidad no puede ser concreto porque no sería global cae en una confusión terminológica (además de caer en una circularidad), pues “global” designa el caso focal (la plenitud de significación, que puede, por cierto, admitir el significado de derecho como *ius* concreto), mientras que en el otro se refiere a que debe abarcar todo el sistema social. El *ius* como cosa justa puede perfectamente contener la plenitud del significado del derecho (eso quizá mostraría, por el contrario, que la política es la que se encarga primeramente del todo social). Por otro lado, claramente el significado técnico de derecho como práctica social no lo usa nadie más que Viola, por lo que confunde, y su utilidad es muy cuestionable.

Otra crítica que estimamos que se le debe hacer es la existencia de algo necesario (a saber, la naturaleza en sentido aristotélico) dentro la formulación lingüística contingente de los preceptos de la ley natural.¹⁹⁵ Podemos ver dicho contenido necesario, a juicio nuestro, en los absolutos morales.¹⁹⁶ Decir, por ejemplo, que “no

192 V. gr. VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, *op. cit.*, p. 63: contiene ciertas afirmaciones bastante ambiguas al respecto, pese a sostener con claridad en la página siguiente afirmaciones contrarias. Nos parece que no son conciliables (o, si lo son, exigen de una explicación pormenorizada y clara).

193 VIOLA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, *op. cit.*, p. 460.

194 VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, *op. cit.*, pp. 161-162; *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, *op. cit.*, p. 14.

195 V. gr. en VIOLA, “Il diritto come arte della convivenza civile”, *op. cit.*, p. 62, alude a los cambios de ciertas palabras técnicas, como los derechos humanos, pero omite en este texto la inmutabilidad del contenido de estos, que es la dignidad humana. En VIOLA, “La concordia come concetto politico”, *Filosofia politica* 1 (2018), p. 28, se refiere sin matices a la permanente apertura de la interpretación en sí misma (y, por ende, del derecho), de modo que sería esencialmente mutable en su contenido.

196 En realidad, si somos más precisos, lo necesario es la naturaleza humana y, en consecuencia, ciertos fines propios de la misma, a partir de los cuales podemos llegar a conocer los absolutos morales, junto con las demás prescripciones de la ley natural.

es lícito en ningún caso matar directamente a un inocente”, o que “es ilegítimo en cualquier hipótesis el homicidio” (como acto formalmente especificado por su objeto), es indiferente. Y podemos dar un ejemplo más absurdo: es contingente si usamos la primera fórmula, pero comenzando con las palabras “es siempre ilícito”, en lugar de “no es lícito en ningún caso”. Sin embargo, el contenido necesario (del respeto de la vida ajena expresado como un deber) es clarísimo, y el caso concreto, la inmensa mayoría de las veces, no afectará el juicio moral que se haga. La postura de Viola no realiza estas precisiones, y podría por ende interpretarse como relativista (lo cual el propio Viola niega: la crítica no apunta al pensamiento relativista, sino a la inconsistencia), pues pura y simplemente asume que los principios morales serían contingentes en la mayoría de los casos, ya que solo se podrían apreciar casuísticamente.

Sin perjuicio de lo anterior, la visión que Viola tiene del derecho y su conocimiento, ciertamente constituye un aporte al iusnaturalismo actual. En primer lugar, pocos hay que defiendan el casuismo como método jurídico. Viola, además de ello, lo armoniza con el ejercicio de prudencia, y salva así la perspectiva clásica del derecho en el caso concreto (aunque lo llame “lo justo”, y no “el derecho”). En segundo lugar, nos parece que su difusión contribuirá a futuro a contrarrestar el enorme despliegue que ha tenido la *New Natural Law Theory*; no por ser esta errada, sino porque es bueno que reciba críticas desde una postura iusnaturalista basada en un lenguaje contemporáneo. Esto fomenta la aclaración de términos. Por último, destaca la síntesis de los aportes de muchas filosofías actuales para el análisis del fenómeno jurídico; sobre todo, de la hermenéutica y de la filosofía analítica, lo que contribuye también a un diálogo con el positivismo y ciertas escuelas relativistas. Tanto este diálogo como aquella crítica contribuyen a la dilucidación de límites que una teoría ve en la otra, por ende, a un mayor acercamiento a la verdad sobre temas éticos y, en definitiva, a una mejor posibilidad de alcanzar una ética universal.¹⁹⁷

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *We the People*. Vol. 1. *Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press & Belknap Press, 1991.
- ANSCOMBE, G. E. M., *An introduction to Wittgenstein Tractatus*, Bristol, Thoemmes Press, 1996.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Gredos, trad. Teresa Martínez Manzano, 2014.
- ARISTÓTELES, *Física*, Madrid, Gredos, trad. Guillermo R. de Echandía, 1995.
- ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Gredos, trad. Manuela García Valdés, 2000.
- AQUINO, Santo Tomás de, *Summa Theologiae*, †1274.

197 COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, “En busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural”, *op. cit.*, pp. 60-62.

- BASTIT, Michel, *El nacimiento de la ley moderna*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica de Argentina, trad. Nora Pereyro, 2005.
- BELLVER, Vicente, "La trayectoria filosófica jurídica de Francesco Viola", en Francesco VIOLA, *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la ética contemporánea*, Granada, Comares, trad. Vicente Bellver, 1998, pp. XV-XXVI.
- COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, "En busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural", en *Prudentia Iuris* 72 (2011), pp. 15-65, en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/en-busca-etica-universal-nueva-mirada.pdf>
- FINNIS, John, "Is natural law theory compatible with limited government?", en *Natural Law, liberalism and morality*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 1-26, doi: 10.1093/acprof:oso/9780199243006.003.0001
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, trad. Cristóbal Orrego, 2000.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2 ed., Oxford, Oxford University Press, 2011.
- GADAMER, Hans Georg, *Verdad y Método*, 8 ed., vol. I, Salamanca, Sígueme, trad. Ana Agud Apatricio y Rafael de Agapito, 1999.
- GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, Joaquín, *Objetividad ética*, Valparaíso, Edeval, 1995.
- GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, Joaquín, *¿Para qué sirve la Política?*, Santiago, Instituto Res Publica, 2012.
- GARCÍA-HUIDOBRO CORREA, Joaquín, *El anillo de Giges. Una introducción a la tradición central de la ética*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 2005.
- GEORGE, Robert P., *Moral pública. Debates actuales*, Santiago, Instituto de Estudios Sociedad, 2009.
- GÓMEZ-LOBO, Alfonso, *La ética de Sócrates*, Santiago, Editorial Andrés Bello, 1998.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La fijación del derecho*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977.
- HART, H.L.A., *The concept of Law*, 2 ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, 2008.
- HERVADA, Javier, *Historia de la ciencia del Derecho Natural*, 3 ed., Pamplona, Eunsa, 1996.
- HERVADA, Javier, *Síntesis histórica de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 2006.
- HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 2008.
- HIPONA, San Agustín de, *De libero arbitrio*, †430.
- KAUFMANN, Arthur, "Gesetz und Recht", en *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Wages*, Frankfurt, Athenaeum Verlag, 1977.

- KELSEN, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., 1945.
- MACINTYRE, Alasdair, *Giustizia e razionalità*, Milán, Anabasi, 1998.
- MACINTYRE, Alasdair, *Primeros principios, fines últimos y cuestiones filosóficas contemporáneas*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, trad. Alejandro Bayer, 2003.
- MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, Madrid, Ediciones Encuentro y Fundación Humanismo y Democracia, 1983.
- MARTÍNEZ MANZANO, Teresa, "Prólogo", en ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Gredos, 2014, pp. 9-19.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, "Notas sobre el concepto de derecho: de Tomás de Aquino a Guido Soaje Ramos", en *XXXVI Semana Tomista. Congreso Internacional, 2011. Sociedad Tomista Argentina*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras-UCA, 2011.
- MILLÁN-PUELLES, Antonio, *Léxico filosófico*, Madrid, Rialp, 2002.
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, "Iusnaturalismo contemporáneo", en Jorge Luis Fabra Zamora (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. I, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, pp. 37-62.
- POLO, Leonardo, *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, Madrid, Unión Editorial, 1996.
- RAWLS, John, *A theory of Justice*, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- SPEAMANN, Robert, *Lo natural y lo racional*, Madrid, Rialp, trad. Daniel Innerarity y Javier Olmo, 1989.
- UGARTE GODOY, José Joaquín, *Curso de Filosofía del Derecho*, t. I, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2010.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms., "El derecho en santo Tomás de Aquino", *Ius Publicum* 31 (2013), pp. 11-18.
- VIAL LARRAÍN, Juan de Dios, *Inteligencia y libertad en la acción moral*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.
- VIGO, Alejandro, *Aristóteles. Una introducción*, Santiago, Instituto de Estudios Sociedad, 2007.
- VILLEY, Michel, *Compendio de filosofía del derecho*, t. II, Pamplona, Eunsa, 1981.
- VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.
- VIOLA, Francesco, "Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica", *Persona y Derecho* 46 (2002), pp. 35-71, en <http://hdl.handle.net/10171/14214>

- VIOLA, Francesco, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Roma, Editori Laterza, 1997.
- VIOLA, Francesco y ZACCARIA, Giuseppe, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Madrid, Dykinson, trad. Ana Cebeira, Aurelio de Prada y Aurelia Richard, 2007.
- VIOLA, Francesco, "Filosofía analítica, filosofía ermeneutica e conoscenza del diritto", en *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1995, pp. 301-347.
- VIOLA, Francesco, "Il diritto come arte della convivenza civile", *Rivista di filosofia del diritto* IV, 1 (2015), pp. 57-74, doi: 10.4477/79703.
- VIOLA, Francesco, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, Editoriale Jaca Book SpA, 1990.
- VIOLA, Francesco, "La concordia come concetto politico", *Filosofía política* 1 (2018), pp. 11-28, doi: 10.1416/89149.
- VIOLA, Francesco, "La ética de los derechos", *Doxa* 22 (1999), pp. 506-524, en http://www1.unipa.it/viola/Etica_de_los_derechos.pdf
- VIOLA, Francesco, "La soggettività tra etica e natura", *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica* 89, 4, (1997), pp. 537-552, en <https://www.jstor.org/stable/43063124>
- VIOLA, Francesco, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2011.
- VIOLA, Francesco, "Riflessioni sulla metamorfosi del concetto di autorità nel pensiero di Hobbes", *Revue européenne des sciences sociales* 20 (61) (1982), pp. 63-88, en <https://www.jstor.org/stable/40369461>
- VIOLA, Francesco, "The judicial truth", *Persona y Derecho* 32 (1995), pp. 249-266, en <http://hdl.handle.net/10171/12864>
- VIOLA, Francesco y Giuseppe ZACCARIA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, 2 ed., Roma, Editori Laterza, 2002.
- VIOLA, Francesco y Giuseppe ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, Mulino, 2003.
- VIOLA, Francesco y Michele MANGINI, *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2000.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán. Parte General*, 4 ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, Buenos Aires, Editorial B de F, trad. Felipe González Vicen, 2011.
- WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*, Trowbridge & Esher, Redwood Burn Limited, trad. C. K. Ogden, 1981.
- WOJTYLA, Karol, *Persona y acción*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, trad. Jesús Fernández Zulaica, 1982.