

Sacristán, Estela B.

El papel del juez en los problemas de coordinación

IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2013
Facultad de Derecho - UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Sacristán, E. B. (2013, octubre). El papel del juez en los problemas de coordinación [en línea]. Presentado en *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/papel-juez-problemas-coordinacion.pdf> [Fecha de consulta:]

“EL PAPEL DEL JUEZ EN LOS PROBLEMAS DE COORDINACIÓN”
por Estela B. Sacristán¹
propuesta de comunicación² para las IX Jornadas Internacionales
“Derecho Natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez”
Buenos Aires, 2, 3 y 4 de octubre de 2013.

RESUMEN: El Derecho facilita el bien común proveyendo reglas autoritativas que resuelvan los problemas de coordinación que aparecen en relación con la obtención de los bienes.

Así, el Derecho provee su potencial para regular, solucionando problemas de coordinación en la consecución del bien común: cuando se requiere un curso de acción colectiva, se utilizan leyes o reglamentos; cuando se requiere un curso de acción individual, se acude al acto administrativo particular o, llegado el caso, a la sentencia judicial. Todo ello armoniza en el paradigma liberal de la separación de poderes, donde según se ejerza función judicial, administrativa o legislativa, se mira, respectivamente, al pasado, al presente o al futuro.

Pero ese paradigma ha cambiado: la Administración dispone o hace disponer de los derechos de los particulares; el legislador anula sus decisiones pasadas, o deviene controlador los jueces dictan sentencias con alcances restringidos o amplísimos, a veces sin mediar hechos, o sin ver los hechos. La variable de ajuste parece ser el bien común, pasible de ser afectado por ese cambio de paradigma.

La comunicación que aquí se propone versará sobre el aporte de FINNIS y HABERMAS en la construcción de una propuesta sobre la temática abordada, ajustada al rol del juez.

PALABRAS CLAVE: Derecho, bien común, reglas autoritativas, coordinación, regulación, decisión judicial, sentencia judicial, paradigma de la separación de poderes, cambio de paradigma, casos abstractos, casos subsistentes, FINNIS, HABERMAS, FULLER.

I. Planteo:

1. Sin el Derecho, la vida social sería impensable³. De allí su importancia trascendental para permitir el vivir en sociedad.

2. De otra parte, el Derecho puede ser concebido un coordinador o regulador de conductas: incluso como un coordinador de conductas, con justicia, o como coordinador de conductas orientadas al bien común⁴.

¹ Profesora adjunta de Derecho Administrativo (UCA). Becaria posdoctoral (UCA).

² Agradezco a la colega y amiga, Dra. Pilar Zambrano, los comentarios recibidos en oportunidad de preparar un trabajo, actualmente en prensa, que proveyó algunas de las ideas aquí desarrolladas.

³ LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del Derecho*, 5ta. ed. rev. y aum., Bosch, Barcelona, 1979, p. 276.

El Derecho es la opción por la razón o la verdad frente a la violencia como modo de resolución de conflictos, conf. COTTA, SERGIO, *El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica* (ISMAEL PEIDRÓ PASTOR, trad.), Pamplona, EUNSA, 1987, p. 38, y el término violencia no tiene un sentido meramente físico pues violento es todo lo que se desvía de lo razonable o debido en justicia, por efecto de un abuso de una posición dominante;

Ver, asimismo, la propuesta de ZAMBRANO, PILAR, “Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia. Entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia”, en *Persona y Derecho*, 60 (2009) ps. 131-152

⁴ Sobre el Derecho como –sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones- conjunto de reglas e instituciones dirigidas a razonablemente resolver cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, ver FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p.

3. La mentada concepción, puesta en términos cotidianos, implica que sin Derecho sería arduo vivir en armonía con los demás pues la vida tendría balcones al permanente uso de la fuerza, del capricho, del egoísmo. Esta concepción nos coloca, además, frente a la idea de regulación: se regulan conductas no solamente para contener la imposición de la voluntad del más fuerte, sino también para coordinar el obrar común de personas que, con buena voluntad, buscan un bien común.

4. El Derecho no se propone solamente para contener el uso ilegítimo de la fuerza, sino también, y fundamentalmente, superar los llamados “problemas de coordinación”⁵. Y la función coordinadora del Derecho manifiesta también una cuestión antropológica previa: el hombre no se limita a actuar junto a otros, sino que actúa con otros en pos de un bien común. El Derecho, en palabras de COTTA, se da en el plano de la realización co-existencial del hombre⁶.

5. Así, el Derecho provee su potencial para regular, regularizar, normalizar, solucionando problemas de coordinación en la consecución del bien común.

6. Dentro de ese contexto que podemos percibir como social o de alteridad (con sus conductas pasibles de coordinación), puede advertirse la denominada triple función del Derecho con relación al obrar humano: (i) por un lado, el Derecho concebido como un medio de motivación de conductas (el respeto hacia los demás, o la posibilidad de una multa, me inducen o incentivan a extender el brazo antes de girar; repatrio dólares porque me atrae el incentivo de que me liberen de pagar impuestos)⁷. Por otro, (ii) el Derecho concebido como parámetro de interpretación de las conductas (extender el brazo antes de girar, u omitir hacerlo, es pasible de lecturas según moldes prefijados). Y (iii) el Derecho concebido como parámetro de valoración de la conducta (en la medida en que el obrar sea contrario a una norma jurídica, es “malo” o “injusto”, o “ilegítimo”).

7. En cierto modo, la concepción inicial, así como las otras dos, son mutuamente compatibles pues las conductas, en cuanto son interpretadas o apreciadas, presuponen alteridad, es decir, un punto de vista externo al agente, lo cual conduce a una dimensión no individual sino social; y la incentivación de conductas viene dada también desde lo social, pues así como el Derecho motiva a

153, ó p. 276 de la 2da. ed.; ZAMBRANO, PILAR, “El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis”, en *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Nro. 4, Año 2010, ps. 323/ 366, esp. p. 346.

⁵ Ver FINNIS, *Natural Law...* cit., p. 255.

⁶ Ampliar en ZAMBRANO, “El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de JOHN FINNIS...” cit., p. 330: “La respuesta de FINNIS, como la de AQUINO y antes ARISTÓTELES, asume un concepto teleológico de acción, donde el bien se constituye en fin necesario de todo obrar. El obrar se activa siempre en pos de un fin, y el fin que activa el ‘querer obrar’ es el bien conocido: cada vez que obramos buscamos o apetecemos realizar algo que se nos representa como bueno”.

⁷ Fijando la dicotomía y señalando las diferentes teorías requeridas por cada vertiente (visión formal; visión fáctica), GUIBOURG, RICARDO A., *Derecho, sistema y realidad*, Astra, Buenos Aires, 1986, p. 14.

De la lectura de ZAMBRANO, “El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de JOHN FINNIS...” cit., p. 336, surge que las personas no actúan solamente porque sí o por temor a una sanción o a la espera de un beneficio, sino que actúan de tal o cual manera por una “razón de bien”.

hacer, también motiva a no hacer; por ej., a no hacer lo contrario al Derecho, es decir, lo contrario a la vida coordinada, en sociedad.

8. Así las cosas, ese formidable ordenador de nuestra vida en sociedad, que a la vez que motiva y orienta conductas, nos permite interpretar o leer conductas de terceros, se endereza o inspira en obtener –como se adelantara- un *bien común*. Resulta trascendente enfatizar esta finalidad pues implica cambiar el centro de atención, de la actividad o su percepción por las personas, a la finalidad de la labor reguladora: el coordinar o regular ya no se limitará al control sostenido y concentrado ejercido por el órgano o ente estatal sobre actividades que son consideradas valiosas por una parte de la comunidad⁸, donde la coacción parece dividir a unos contra otros, sino que, como coordinación, incluirá ordenar (y controlar ese orden) en vistas al bien de la comunidad total en una suerte de ejercicio que realiza el bien de todos. Y, en el plano formal, ese formidable ordenador halla apoyo o sustento en, al menos, alguna clase de explicitación lingüística –textual o gestual o behavioural- para poder llegar a ser cognoscible y poder ser incentivo o molde u objeto de valoración, según el punto de vista que se adopte.

9. A fin de obtener el resultado –Derecho para el bien común-, la existencia de una organización en forma de Estado resulta conveniente.

10. Para asegurar un Derecho para el bien común, la organización estatal brinda eficacia –se logra el objetivo-; eficiencia -la eficiencia se obtiene pues va de suyo que “la formación de costumbre es un método tosco para generar soluciones autoritativas a los problemas de coordinación”⁹, con lo que la mentada explicitación representará un estadio posterior y -en la medida de su carácter autoritativo-, más eficaz y eficiente de regulación; y equidad bajo forma de justicia.

11. El Estado se organiza bajo un sistema de separación de poderes para que el poder sea limitado –caso contrario se volvería a la violencia, a la fuerza, al egoísmo- y, en general, para obtención del bien común.

12. En el marco estatal, cuando se requiere un curso de acción colectiva, se utiliza el de las leyes, o el de los reglamentos; cuando se requiere un curso de acción individual, se acude a la sentencia judicial o –dentro de su limitado campo de acción- al acto administrativo particular. Este enfoque armoniza en el paradigma liberal de la separación de poderes, donde según se ejerza función judicial, administrativa o legislativa, se mira, respectivamente, al pasado, al presente o al futuro. Tal el clásico modelo o paradigma.

13. Pero ese paradigma ha cambiado.

II. Desarrollo:

14. El mentado cambio se percibe en casi todos los confines del Estado.

⁸ Cfr. OGUS, ANTHONY, *Regulation - Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 1, y la definición que allí luce, de SELZNICK, PHILIP, “Focusing Organizational Research on Regulation”, en NOLL, ROGER (ed.), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, Berkeley, 1984, p. 363.

⁹ FINNIS, *Natural Law and Natural Rights...* cit., p. 245.

15. El Poder Ejecutivo, por sí o motivando al Legislativo, dispone *ad libitum* de los derechos de los particulares (tal la estatización de las AFJP's¹⁰, ó la ocupación temporánea de Aerolíneas Argentinas¹¹, ó la intervención seguida de expropiación con ocupación temporánea de Repsol¹²).

16. Asimismo, el legislador anula su propio accionar pasado (ver las llamadas "leyes de obediencia debida y punto final"¹³), o se erige en controlador (por ej., por medio de su órgano Defensor del Pueblo de la Nación¹⁴ ó por medio de su "organismo" "autárquico" Auditoría General de la Nación^{15 16}).

17. Los jueces –por hipótesis, operadores del "derecho-regulador-o-coordinador para el bien común"- dictan sentencias con alcances restringidos o amplísimos, incluso sin andamiaje fáctico, o, en ocasiones, en un supuesto opuesto, sin ver dicho andamiaje fáctico.

18. Detengámonos en la práctica jurisprudencia, considerando la temática específica de esta ponencia. Los escritos de HABERMAS¹⁷ pueden echar luz en la valoración de ciertas decisiones judiciales.

19. Como vimos, los jueces –por hipótesis, operadores del "derecho-regulador-o-coordinador para el bien común"- dictan sentencias con alcances restringidos o

¹⁰ Tal proceder fue convalidado judicialmente: CSJN, R.37.LXVI, *Rossi, Pablo Ariel c/ EN – Ministerio de Trabajo*, del 26/3/2013.

¹¹ L. 26412; L. 26466. Está tramitando el juicio expropiatorio.

¹² Intervención por Dto. 530/2012; prorrogada por Dto. 1732/2012; ocupación temporánea de las acciones de propiedad de Repsol YPF S.A. en YPF S.A. por arts. 13 y 14, L. 26741; expropiación de las acciones de propiedad de Repsol YPF S.A. en YPF S.A., dispuesta por el artículo 7° de la L. 26741; negativa del gobierno de Argentina a emitir una oferta pública de adquisición de conformidad con lo establecido en los arts. 7(d), 7(e)(ii) y 28 del Estatuto de YPF Sociedad Anónima.

¹³ Ley de Punto Final 23492, de 1986; Ley de Obediencia Debida 23521, de 1987; su derogación por L. 24952, de 1998; su anulación por L. 25778, de 2003; a lo que se suma la L. 24584, de aprobación de la "Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26/11/1968".

¹⁴ Const. Nac., art. 86: "El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación (...). Su misión es (...) el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas."

¹⁵ Const. Nac., art. 85: "El control externo del sector público nacional (...) será una atribución propia del Poder Legislativo."

El examen y la opinión del Poder Legislativo sobre el desempeño y situación general de la administración pública estarán sustentados en los dictámenes de la Auditoría General de la Nación.

Este organismo (...) del Congreso, con autonomía funcional, se integrará (...).

Tendrá a su cargo el control (...) de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada (...)."

¹⁶ Ver L. 24156, art. 156: "Créase la Auditoría General de la Nación, ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional. El ente creado es una entidad con personería jurídica propia, e independencia funcional. A los fines de asegurar ésta, cuenta con independencia financiera."

¹⁷ HABERMAS, JÜRGEN, *Between Facts and Norms* (WILLIAM REHG, trad.), The MIT Press, Cambridge, Mass, 1998, p. 240 y ss.

amplísimos, incluso sin andamiaje fáctico explícito (tales los casos *Halabi*¹⁸ ó *F., A. L.*¹⁹) o no perciben el caso aún cuando el mismo, con ciertos bordes temporales, sí existe (el caso del *PPI* para el período verano 2000-enero 2002²⁰). Son todos ellos casos emanados del más alto tribunal con competencia para dar la palabra final en materia de casos constitucionales en el plano interno.

20. En *Between Facts and Norms* HABERMAS analiza la separación de poderes y el rol de los tribunales que ejercen el control de constitucionalidad²¹.

21. Allí analiza la aparente competencia entre la legislatura y judicatura en un “estado del bienestar”, repasa la “jurisprudencia de valores” del Superior Tribunal alemán y reseña debates norteamericanos acerca de la naturaleza de la revisión constitucional (el procedimentalismo de HART ELY, las propuestas cívico-republicanas de MICHELMAN y SUNSTEIN y las distinciones de ACKERMAN). Propone un modelo procedimentalista del derecho y de la democracia que comprende el aspecto de diálogo intersubjetivo de la argumentación legal judicial, el carácter deontológico de los derechos básicos en comparación con otros valores, y una concepción no-paternalista del rol de la Corte Suprema en la salvaguarda de la cualidad discursiva de la toma de decisión legislativa.

22. Para los detalles de esta acabada concepción, cabe remitir a la lectura de su obra. Baste, a efectos del presente, tener en cuenta algunos principios que sienta.

23. Tomando como premisa que hay mecanismos de coordinación de la acción – en general, influencias y comprensión mutuas-, y problemas de coordinación (por conflictos entre acciones individuales o en la elección y realización cooperativa de bienes colectivos) que pueden ser solucionados –entre otros- por instituciones estatales²², enseña que el primero de ellos es el principio de protección total de los individuos, que se garantiza mediante una judicatura independiente. La accionabilidad de las pretensiones funda la garantía de los remedios legales y de ella se sigue el citado principio²³. Dicho principio, sumado al debido proceso, brinda los subprincipios de una poder judicial independiente que debe aplicar el Derecho de forma tal que garantice tanto la certeza del Derecho como la aceptabilidad racional de las decisiones judiciales.

24. Reparar en tal principio, en el caso del ya mencionado *F., A. L.*, pone en evidencia la limitada -si no inexistente- aceptabilidad racional que la convalidación de la muerte de un por nacer puede ameritar. Una decisión judicial –en especial

¹⁸ *Halabi, Ernesto c/P.E.N. - ley 25.873 dto. 1563/04 - s/amparo-ley 16.986*, Fallos: 332: 111 (2009).

¹⁹ *F., A. L. s/ medida autosatisfactiva*, Fallos: 335: 197 (2012).

²⁰ *Defensor del Pueblo de la Nación - incidente med. c/E.N. - P.E.N. - M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento*, Fallos: 328: 1633 (2005), y *Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. - P.E.N. - M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento*, Fallos: 328: 1652 (2005).

²¹ Habermas, op. loc. cit.

²² Habermas, op. cit., p. 139/141.

²³ Habermas, op. cit., p. 172.

emanada del máximo tribunal constitucional- no tendría que carecer de aceptabilidad racional.

25. HABERMAS arguye que la rama judicial resuelve conflictos sobre la base de las leyes existentes; brindando decisiones autoritativas acerca de lo que es legal o ilegal en los casos en particular, el poder judicial trata, al derecho existente, como derecho existente (derecho en sentido restringido), v.gr., desde el pivote normativo estabilizante de expectativas behaviourales²⁴, siguiendo a LUHMANN (derecho en sentido amplio)²⁵. Volviendo a los casos mencionados, en el supuesto de *Halabi* mal podían generarse expectativas ante una normativa nunca aplicada. De allí que puede considerarse crucial la verificación del derecho realmente existente, a fin de tratarlo como existente y no como hipotético. Todo ello evita que la sentencia se convierta en una ejercicio teórico.

26. Desde el punto de vista de la teoría del discurso, y según el citado autor, “las leyes pueden regular la transformación del poder comunicativo en poder administrativo en tanto adoptadas luego de un procedimiento democrático, dar fundamento a un sistema de protección legal total garantizado por jueces imparciales, y proteger (*shield*), de a la Administración ejecutora, las clases de razones que sustentan la toma de decisión legislativa y judicial. Estas razones normativas pertenecen a un universo en el cual la legislatura y la rama judicial comparten la tarea de justificar y aplicar normas. Una Administración limitada a discursos pragmáticos no debe, mediante sus contribuciones, modificar nada *en este* universo (...)”²⁶. Lo aquí dicho permite ver el caso del *PPI* de manera diversa: allí fue un decreto del Poder Ejecutivo el que dio inicio a la medida que colocara en tela de juicio la aplicabilidad de un índice extranjero para reajustar las tarifas en Argentina, culminando, en los hechos, con la inaplicación de un ajuste previsto en una ley del Congreso. Así, la Administración modificó, pasó del discurso pragmático a la justificación de una derogación, y ello fue convalidado judicialmente: la protección o escudo parecen haber cedido.

27. Para HABERMAS, el Derecho no es solo aquel que en sentido amplio comprende el subsistema social especializado en la estabilización de expectativas behaviourales, sino también que, en sentido restringido, comprende todas las interacciones que están no sólo orientadas por el Derecho sino también enderezadas a producir y reproducir nuevo Derecho como Derecho, lo cual requiere autoaplicación del Derecho y normas que confieran competencia para hacer, aplicar e implementar Derecho²⁷. Veamos: La creación de Derecho en *F., A. L.* es evidente; no hubo un “estar enderezado” a producir, sino creación pura. Pero como explica el autor citado, “esta producción y reproducción de leyes involucra diferentes instituciones que, simultáneamente, cumplen diversas funciones”. En *F., A. L.*, el Tribunal produjo o reprodujo solo, a contramano de su propia jurisprudencia²⁸, y en

²⁴ Habermas, op cit., p. 186.

²⁵ Acerca de ambas acepciones, ver Habermas, op. cit., p. 195.

²⁶ Habermas, op. cit., p. 192.

²⁷ Habermas, op. cit., p. 195.

²⁸ Ver *Sánchez, Elvira Berta c/M° J y DD HH - art. 6 ley 24.411*, Fallos: 330: 2304 (2007).

forma institucionalmente aislada, salvo por algún accionar administrativo manifestado en manuales²⁹. No se trata de pretender que los jueces acuerden sus decisiones con los restantes poderes sino de atender al juego institucional de todos los poderes involucrados.

28. Con base en la experiencia alemana que reseña, HABERMAS³⁰ dice que la Corte Constitucional Federal, al resolver conflictos de poderes (disputas intragubernamentales) afecta la separación de poderes, pero una justificación plausible de esta competencia –otrora considerada en cabeza de nuestra propia Corte Suprema– se apoyaría “en el recaudo técnico de dirimir conflictos entre entes gubernamentales que dependen de la colaboración”³¹. Sin embargo, acota que aquí la lógica de la separación de poderes no puede ser transgredida por medio de tribunales que carezcan de medios coercivos para hacer que un parlamento o una administración recalcitrantes cumplan sus decisiones. Por ende, aún en pos de esa colaboración, un límite a la decisión judicial sería la ejecutabilidad de la decisión. Nuevamente, *Halabi* no podía conminar al Legislativo a sancionar una ley de acciones de clase, puesta en mora reiterada en *PADEC*³². En otras palabras, allí donde no hay coerción para hacer cumplir cesa la jurisdicción, importante extremo al considerar al enfrentar un aparente conflicto intragubernamental.

29. La revisión judicial de casos abstractos –ya se mencionaron *F., A.L.*, caso en el que el aborto ya había sido consumado, o *Halabi*, aparente caso en el que no se había aplicado una legislación suspendida– desplaza un control de constitucionalidad que correspondería al legislador mismo, *ex ante*, para ubicarlo en la sede judicial. Habermas propicia que lo efectúe el mismo legislador: “Vale la pena considerar si la legislatura no podría escrutar sus decisiones, ejerciendo una quasi-revisión judicial por sí. Esto podría ser institucionalizado, por ej., en una comisión parlamentaria (también) dotada de expertos en Derecho”³³. En la competencia entre parlamento democráticamente equipado, y jueces dotados de menor legitimidad democrática, el beneficio institucional sería evidente. El parlamento provee las razones, y el juez reabre el “paquete de razones” ante el caso: pero nunca podría utilizar esas razones de forma implícitamente legislativa elaborando y desarrollando el sistema de derechos³⁴. No puede emplear las razones del legislador de cualquier manera. Por ejemplo, creando un derecho a un aborto rápido, gratuito y seguro.

30. Una amplia competencia judicial no tiene por qué poner en juego la separación de poderes, afirma HABERMAS³⁵. Y un doble límite al ejercicio de esa competencia es “acotarla” a la “aplicación” de normas (constitucionales)³⁶. Ello

²⁹ Ver guías sobre salud reproductiva publicadas por el Ministerio de Salud en su *webpage*.

³⁰ Habermas, op. cit., ps. 240/241.

³¹ Habermas, op. cit., p. 241.

³² *PADEC c/ Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales*, exp. P.361.LXIII, del 21/8/2013.

³³ Habermas, op. loc. cit.

³⁴ Habermas, op. cit., p. 262.

³⁵ Habermas, op. cit., p. 244.

³⁶ Habermas, op. cit., p. 261.

requiere casos a los cuales aplicarlas, y no meras justificaciones. El caso debe poder ser apreciado, en su real existencia, pasada.

31. Puede decirse que una desfiguración en los bordes competenciales como los que revelarían casos como *F., A. L., Halabi* ó *Defensor del Pueblo*, desdibujaría, también, la función de coordinación del Derecho, que es el encargado de facilitar la vida en sociedad. En otras palabras, los efectos de aquella desfiguración hace peligrar esa finalidad social, con los consiguientes efectos en el plano de los comportamientos individuales.

32. El segundo aporte respecto del tema de esta ponencia gira alrededor de la aplicabilidad del *desideratum* de FULLER a la práctica judicial, y la noción de regulación autoritativa en tanto aplicada a la decisión judicial.

33. El ideario de FULLER dice que se realiza el imperio del derecho si la regla (i) es prospectiva y no retroactiva; (ii) no es de imposible cumplimiento; (iii) ha sido promulgada, resultando (iv) clara y (v) coherente con las demás; y (vi) sus prescripciones son lo suficientemente estables como para permitirle a las personas ser guiadas por el contenido cognoscible de las mismas; (vii) el dictado de decretos y resoluciones aplicables a situaciones relativamente limitadas es orientado por reglas que son promulgadas, claras, estables y relativamente generales; y (viii) aquellos dotados de la autoridad para dictar, administrar y aplicar las reglas bajo algún cargo oficial (a) han de dar cuenta de su cumplimiento de las reglas aplicables a su actuación, y (b) en los hechos administran el derecho en forma previsible y de conformidad con su tenor; entonces, cumplidos todos estos recaudos, estaremos ante reglas o regulaciones que integren un “sistema jurídico” que “funcione bien”³⁷.

34. Este es el *desideratum* del *rule of law* de FULLER³⁸, asumidos por FINNIS, que constituye una serie de indicadores formales de que una ley es justa, sin asegurar, empero, sin más, que la misma lo sea.³⁹

35. Si Derecho es autoridad⁴⁰, regulación autoritativa será Derecho, aceptado en su fuerza autoritativa, y ese *desideratum* puede ser aplicado a la decisión judicial en la medida en que compartamos, con FINNIS, su fuerza vinculante en un sistema de *common law*⁴¹ o de obligatoriedad –incluso de hecho- del precedente. En lo que aquí interesa, los casos citados *F., A. L., Halabi, Defensor del Pueblo, PADEC, Sánchez* constituyen precedentes, disvaliosos, valiosos.

36. En tanto considerados precedentes vinculantes, pueden ser apreciados en su calidad de “regulación autoritativa”⁴² –es decir, en términos simples, y siguiendo a

³⁷ Finnis, op. cit., ps. 270/271 ó ps. 270/271 de la 2da. ed.

³⁸ FULLER, LON L., *The Morality of Law*, Storrs Lectures on Jurisprudence 1963, rev. ed., Yale University Press, New Haven y Londres, 1964, ps. 38/39.

³⁹ En principio, si estos recaudos se cumplen, la ley será justa. Mas son un requisito necesario de justicia, pero no suficiente.

⁴⁰ Esta posibilidad lingüística es adoptada por ZAMBRANO, “El Derecho como razón...” cit., p. 341.

⁴¹ Finnis, op. cit., p. 313.

⁴² Finnis, op. cit., p. 271, ó p. 271 de la 2da. ed.

FINNIS, aquella equivalente a ‘razón suficiente’ para creer o actuar en su conformidad- remite a la posibilidad de que haya regulaciones que concreten aquellos ocho caracteres, regulando conductas, y perfilando lo que podemos catalogar como “autoridad para regular” o “competencia para regular”.

37. ¿Fue *F., A. L.* –en la tesis adoptada- una regulación autoritativa del derecho a la vida? La respuesta es negativa pues no puede ser razón suficiente para creer o actuar en su conformidad en tanto convalida matar a un por nacer. De cara a la labor judicial, y al peso indicado del precedente, la toma de decisión judicial debe –se entiende- verse a sí misma como regulación autoritativa, en todos sus efectos, concretando todo el *desideratum* para integrar el imperio del Derecho.

38. La respuesta en el caso de *Halabi* es similar pues no se podía creer o actuar de conformidad con una mera hipótesis teórica.

39. En el caso del *Defensor del Pueblo* y el índice extranjero, la respuesta también es similar pues en la causa se había acreditado un interés contrario, manifestado por otros particulares, en otra causa, con lo que se había corroborado su insuficiencia como razón para actuar.

40. El Derecho es “autoritativo” cuando sus normas son moralmente obligatorias, i.e., cuando obrar conforme a Derecho no es meramente una cuestión de interés, sino de justicia. El Derecho es capaz de generar obligaciones morales cuando cumple con su función de coordinar en vistas al bien común. Y ello –en fin- se hace patente o visible al particular por medio del cumplimiento de los *desiderátum* ya explicitados.

41. Cuando el particular vea esos *desiderátum* cumplidos en una sentencia, la considerará moralmente obligatoria. Caso contrario, la decisión judicial respectiva devendrá fútil a efectos de ser instrumento de coordinación en vistas al bien común.

II. Conclusiones:

El aporte de HABERMAS, en los problemas de coordinación que enfrenta el juez, es que, incluso en ejercicio de una amplia competencia judicial en casos abstractos o intragubernamentales, no tiene por qué ponerse en juego la separación de poderes, y un indicativo es el nivel de coercibilidad de la decisión judicial.

El aporte de FINNIS, con base en FULLER, se sintetiza en que las sentencias deben ser moralmente obligatorias en vistas a coordinar para el bien común y lo serán si cumplen el *desiderátum*.

Ello se ejemplifica en la muestra jurisprudencial aquí considerada.