



FILOSOFÍA PRÁCTICA Y DERECHO

Estudios sobre teoría jurídica
contemporánea a partir de las ideas
de Carlos Ignacio Massini Correas

JUAN CIANCIARDO
JUAN B. ETCHEVERRY
CARLOS DIEGO MARTÍNEZ CINCA
PEDRO RIVAS
JAVIER SALDAÑA SERRANO
PILAR ZAMBRANO

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

FILOSOFÍA PRÁCTICA Y DERECHO
Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir
de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 776

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Leslie Cuevas Garibay
Cuidado de la edición y formación en computadora

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Elaboración de portada

FILOSOFÍA PRÁCTICA Y DERECHO

Estudios sobre teoría jurídica
contemporánea a partir de las ideas
de Carlos Ignacio Massini Correas

JUAN CIANCIARDO
JUAN B. ETCHEVERRY
CARLOS DIEGO MARTÍNEZ CINCA
PEDRO RIVAS
JAVIER SALDAÑA SERRANO
PILAR ZAMBRANO
Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2016

<p>Clasificación LC</p> <p>K230.A2 F55 2016</p> <p>Clasificación IJ</p> <p>C300 C438F</p>	<p><i>Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas</i> - México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.</p> <p>645 p. – (Serie Doctrina Jurídica, 776) ISBN: 978-607-02-8178-5</p> <p>1. Derecho – Filosofía– 2. Derecho natural 3. Derechos humanos 4. Teoría del conocimiento 5. Ciencia Política – Filosofía</p> <p>I. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas II. Cianciardo, Juan, coordinador; Etcheverry, Juan B., coordinador; Martínez Cinca, Carlos Diego, coordinador; Saldaña Serrano, Javier, coordinador; Rivas, Pedro, coordinador; Zambrano, Pilar, coordinadora.</p>
---	---

Primera edición: 15 de agosto de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-8178-5

CONTENIDO

Un universitario cabal	1
Juan CIANCIARDO	
Retrato de un amigo	9
Carlos Diego MARTÍNEZ CINCA	
De las raíces a los frutos. Recuerdos de un universitario agradecido. .	15
Carlos MASSINI CORREAS	

PRIMERA SECCIÓN ESTUDIOS SOBRE EPISTEMOLOGÍA, LÓGICA JURÍDICA Y ANÁLISIS DEL LENGUAJE

Interpretar es conocer. Una defensa de la teoría referencialista de la interpretación	53
Pilar ZAMBRANO	
Argumentación, principios y razonabilidad. Entre la irracionalidad y la racionalidad.	75
Juan CIANCIARDO	
Verdad práctica y ciencia jurídica. Una breve reflexión sobre los tres niveles del conocimiento jurídico	99
Guilherme BOFF	
Alfredo de J. FLORES	
Conocimiento práctico y prudencia jurídica en el pensamiento de Carlos Massini. Un argumento en torno a la autoridad del derecho. . . .	113
Hugo S. RAMÍREZ GARCÍA	

De nuevo sobre la Ley de Hume y la falacia naturalista. Las respuestas de Carlos I. Massini Correas	125
Javier SALDAÑA SERRANO	
Introducción a la razón prudencial. La virtud necesaria para conocer la verdad práctica en el derecho	149
Alejandro CASTAÑO BEDOYA	
Lenguaje y realismos jurídicos.	169
Oscar VERGARA	
De los métodos interpretativos a los argumentos justificatorios.	195
Rodolfo Luis VIGO	

SEGUNDA SECCIÓN
ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Fundamentación de los derechos humanos a la luz del pensamiento del profesor Massini Correas	211
Carlos Alberto Gabriel MAINO	
Derechos humanos y diversidad cultural. Reflexiones sobre algunos retos de la sociedad actual	229
Maricruz DÍAZ DE TERÁN VELASCO	
Del Estado de derecho liberal moderno al Estado constitucional de derecho actual	245
Daniel Alejandro HERRERA	
La objeción de conciencia en el contexto de los derechos fundamentales.	267
Ángela APARISI MIRALLES	
José LÓPEZ GUZMÁN	
Derechos humanos y discapacidad	293
José Antonio SEOANE	
El derecho a casarse y fundar una familia. La familia: encuentro de naturaleza y cultura: el derecho al estado de familia	315
Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO	

TERCERA SECCIÓN
ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO NATURAL

La legge naturale secondo Maritain oggi	335
Francesco VIOLA	
El otro lado del derecho. En diálogo con Gustavo Zagrebelsky	347
Andrés OLLERO	
Ética en primera persona. Reflexiones sobre los escritos de Giuseppe Abbà	383
Marta HANNA DE ROSA	
La indisponibilidad del derecho. Una tesis iusnaturalista en la obra de Carlos Massini Correas	395
Fernando Adrián BERMÚDEZ	
La relevancia de la determinación judicial y la tesis de la respuesta más justa	411
Juan B. ETCHEVERRY	
¿Existe una única respuesta correcta para cada decisión jurídica? El juez Hércules ante la incommensurabilidad de los bienes básicos . . .	429
Carolina PEREIRA SÁEZ	
La respuesta “más justa” a los <i>casos difíciles</i> : navegando entre el racio- nalismo y el voluntarismo	441
Carlos Diego MARTÍNEZ CINCA	
La influencia de H. L. A. Hart en la nueva escuela del derecho natural	459
Santiago LEGARRE	
Desafíos del <i>Rule of Law</i>	475
Maris KÖPCKE TINTURÉ	

CUARTA SECCIÓN
ESTUDIOS SOBRE ÉTICA Y FILOSOFÍA POLÍTICA

Ética y política: consecuencias de una ruptura	501
Jorge MARTÍNEZ BARRERA	

Filosofía y dialéctica en Aristóteles. Un enfoque sinóptico	511
Alejandro G. VIGO	
Cuatro etapas en las relaciones entre economía, política y ciencias so- ciales	535
Ricardo F. CRESPO	
Derecho, política y poder. Los presupuestos jurídicos y políticos del <i>Ru- le of Law</i> y el <i>Estado de derecho</i>	555
Pedro RIVAS	
Actualidad de la ideología. Pervivencia, mutación, impregnación . . .	569
Héctor GHIRETTI	
Antígona <i>vs.</i> Ismena: un ejemplo de argumentación práctica	593
Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO	
Constructivismo en las teorías de la justicia	607
Francisco CARPINTERO	

UN UNIVERSITARIO CABAL*

Juan CIANCIARDO

El profesor Massini es un universitario de la cabeza a los pies: en la Universidad de Mendoza y en todas las universidades que lo han tenido como profesor visitante se ha propuesto y ha propuesto a otros —a todos los que lo hemos conocido— un trabajo académico de excelencia, que se distinga por ser un aporte significativo a la sociedad. No ha querido conformarse con menos, y ha sabido conjugar ese talante exigente —auto-exigente, en primer lugar— con un buen humor inalterable, tan inalterable que no puede ser atribuido sólo a una inclinación del carácter sino a la virtud personal. Un buen humor así es una manifestación de alegría, una virtud que se asienta no tanto en la afectividad como en la inteligencia y en la voluntad, en el optimismo como actitud vital procedente de contemplar cuánto de bueno hay en cada una de las cosas que nos rodean.

La búsqueda de una universidad de excelencia que ha emprendido a lo largo de toda su vida el profesor Massini es un empeño que tiene mucho de utópico en los tiempos que corren, en los que el rol mismo de la universidad no es bien comprendido o es cuestionado.¹ En este sentido, es un lugar común, un *topoi* del discurso dominante acerca de la educación superior, la afirmación de que la universidad actual no responde a lo que se espera de ella, o lo hace solo muy parcialmente. Cuando digo “actual” no me refiero exactamente a esta universidad, la de 2016, sino a la que nos toca en suerte transitar desde hace ya varias décadas.

Un diagnóstico así no debería extrañar demasiado si proviniera exclusivamente de los profesores, es decir, de quienes tienen o deberían tener como oficio la crítica, el cuestionamiento de los paradigmas vigentes —por utilizar la conocida expresión de Kuhn—² con vistas a su superación y reem-

* Discurso pronunciado con ocasión de la investidura del profesor doctor Carlos Massini como doctor *honoris causa* por la Universidad de Mendoza el 8 de junio de 2011.

¹ A esto mismo se refirió el propio profesor Massini en la parte final de la clase que brindó con ocasión del acto mencionado en la nota anterior.

² Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, FCE, 1971, *passim*.

plazo por otros más satisfactorios: cuando el cuestionamiento es un oficio, resulta inevitable que el oficio mismo resulte uno de los objetos de la tarea.

Sin embargo, estamos ante una crítica más general, y por eso más preocupante. Proviene no sólo y ni siquiera principalmente de los profesores, sino sobre todo de los estudiantes y, hasta cierto punto, de la sociedad en general. Y tiene lugar en el mundo desarrollado y en el más amplio ámbito de los países subdesarrollados.

En el caso de los estudiantes, la crítica a la Universidad adquiere forma de desencanto y de disgusto. Sirve como ejemplo de ello, creo, las palabras poderosas con las que tiempo atrás —concretamente en 1984— se refería a ella Vargas Llosa, al recordar su paso por las aulas:

sí, era eso mismo, la Universidad. Ese año decepcionante, esos cursos de historia, literatura y filosofía en los que se matriculó en San Marcos. Muy rápidamente llegó a la conclusión de que a esos profesores se les había atrofiado la vocación, si es que alguna vez habían sentido amor por las obras maestras, por las grandes ideas. A juzgar por lo que enseñaban y por los trabajos que pedían a los alumnos, en la cabeza de esas soporíferas mediocridades se había producido una inversión. El profesor de Literatura Española parecía convencido de que era más importante leer lo que el señor Leo Spitzer había escrito sobre Lorca que los poemas de Lorca, o el libro del señor Amado Alonso sobre la poesía de Neruda que la poesía de Neruda, y al profesor de Historia parecían importarle más las fuentes de la historia del Perú que la historia del Perú y al de Filosofía más la forma de las palabras que el contenido de las ideas y su repercusión en los hechos... La cultura se les había disecado, convertido en saber vanidoso, en erudición estéril separada de la vida. Él se había dicho entonces que eso era lo esperable de la cultura burguesa, del idealismo burgués, apartarse de la vida, y había dejado la Universidad disgustado: la verdadera cultura estaba reñida con lo que allí se enseñaba.³

¿Cuáles son las causas de esta situación? El párrafo apunta a lo que, en mi opinión, es el centro de la crisis: la falta o la pérdida de la vocación universitaria. La vida de la universidad depende de que quienes se encuentran llamados a trabajar en ella respondan con generosidad a una cita de características peculiares. De que una respuesta así es posible nos da ejemplo cabal el nuevo doctor, que hoy recibe su investidura. Se trata de un llamado a buscar apasionadamente la verdad y a dejar todo por seguirla; a despreciar el dinero, el poder y todo bien material existente, y a preferir el saber. Y aunque a los ojos contemporáneos esto pueda parecer una locura, lo cierto

³ Vargas Llosa, Mario, *Historia de Mayta*, visible en: <http://www.hacex.org/pdf/VargasLlosa05.pdf>, p. 24. Debo la referencia a este texto al profesor Pedro Serna Bermúdez.

es que es profundamente plenificador: porque el dinero, el poder y todo lo material pasan, pero el saber, la contemplación de la verdad, no. Porque el dinero, el poder y los bienes materiales son externos al hombre que los posee, y el saber es interno a él, lo completa, lo perfecciona, lo plenifica, tiene la capacidad de proporcionar un grado de deleite y de felicidad que ningún otro bien tiene.

Sólo desde esta perspectiva creo que puede entenderse, de modo cabal, por qué un universitario como al que hoy homenajeamos, en cierto modo, nunca se jubila, siempre tiene tiempo para afrontar con pasión renovada nuevas lecturas y trabajos, o para entusiasmarse con el próximo congreso, con una reunión con investigadores antiguos y nuevos o con un libro colectivo, o para, en fin, dar a quien tiene necesidad de un consejo una opinión experimentada sobre los problemas cotidianos que se afrontan en el gobierno de una facultad o de la universidad.

Vale la pena detenerse un momento para situar las ideas precedentes en su contexto. Si bien es evidente que la sociedad de comienzos del siglo XXI necesita de ideas que le permitan comprenderse y comprender el mundo en el que se inserta, lo cierto es que, paralelamente, uno de los problemas más acuciantes y preocupantes de nuestros días es el de la pérdida —o, el menos, el deterioro profundo— del afán por saber. Es una de las consecuencias (quizá la más notoria) de una educación que se ha concentrado más en la acumulación mecanicista de información que en la adquisición de hábitos intelectuales y morales, por un lado, y de un proceso progresivo de banalización de la dimensión lúdica de toda existencia humana que ha acabado identificando el descanso con la evasión, por otro. Ambos procesos fueron favorecidos por la revolución de las comunicaciones; en especial por el advenimiento de la televisión, que ha adquirido hoy una profundidad inimaginable años atrás: hasta la arquitectura —incluso el morar humano más íntimo, las habitaciones, las salas de estar— debe adaptarse a las necesidades del plasma. Aunque debe reconocerse que la televisión tiene también una influencia positiva en otros aspectos, y que a caso no es el único factor negativo que se detecta en la “era de las comunicaciones”. Baste como ejemplo considerar que el tiempo presente ha traído también afecciones del carácter tan curiosas y extraordinariamente difundidas como las adicciones a los teléfonos celulares, al correo electrónico y a Internet.

Las consecuencias de este deterioro están a la vista de todos: el ciudadano medio recibe acriticamente lo que los tecnócratas del poder económico, político y mediático deciden sobre aspectos importantes de su vida, sin plantearse otro control sobre esas decisiones que la verificación “mediática” de

que es esa la opinión de “la gente”, opinión que es a su vez manipulada (de modos múltiples, también en el momento de auscultarla) por quienes son supuestamente controlados o guiados por ella.

La recuperación de un espíritu reflexivo, cuestionador, creativo, que no dé por supuesto más que las pocas cosas que merecen semejante reconocimiento epistémico, la superación de la atonía intelectual que campea en las profesiones, en los oficios y en las escuelas, es una tarea que corresponde a muchos actores sociales, entre los cuales se destaca como fuente primera la Universidad. En Argentina y en otros países con un desarrollo débil del conocimiento esto último constituye un desafío complejo. Apenas contamos con ámbitos universitarios que merezcan realmente ser llamados así. Predomina la Universidad-populista o la Universidad-empresa, en las que no hay espacio (o hay un espacio insuficiente) para el desarrollo científico: existen pocos profesores formados y activos que puedan llevarlo adelante, y apenas hay bibliotecas o laboratorios que brinden las condiciones de infraestructura básicas. A estos problemas se suma otro, que es en realidad una dificultad de la educación superior en buena parte del mundo occidental. Desde hace unos años se ha venido instaurando lo que un profesor ha denominado “la cultura del indicador”. Este profesor bautiza con esa expresión a la pretensión creciente de someter a baremos matemáticos el trabajo científico del profesor universitario. Se han introducido, en ese contexto, palabras sospechosas para cualquier profesor (no sólo para quienes nos dedicamos a las humanidades): evaluación, acreditación, calidad, estándar (con derivados idiomáticos que causan perplejidad y pavor: sub-estándar o sobre-estándar), la díada meta-objetivo, los “expertos”, etcétera. Esto ha producido que quienes aún se encuentran en una etapa de formación académica deban (ahora sí me referiré exclusivamente a las humanidades, aunque lo que diré entiendo que tiene traducción a las ciencias exactas, a las biológicas y a las sociales) procurar construir una montaña de publicaciones que les permita insertarse, luego —“evaluada” y “acreditada” por “expertos” su “calidad”—, en el sistema nacional de investigadores. A los profesores formados no les va mejor: lo que al “sistema” le interesa de su trabajo no es aquello que hayan dicho, o, con otras palabras, en qué medida hayan realmente generado un conocimiento original, sino más bien su (y empleo nuevamente un término sospechoso) “impacto”, es decir, el lugar en el que hayan dicho lo que dijeron, y que eso que han dicho haya sido repetido luego por otros en sus propias publicaciones, sin apenas considerar si lo dicho es un digno avance científico o una soberana estupidez.

No es poco frecuente, situados en este escenario, toparse con personas que se dedican a la docencia en una universidad y no han conocido nunca

(formados en la Universidad-populista o en la Universidad-empresa) o han perdido (probablemente para siempre, como consecuencia de la vorágine de la gestión) la vocación universitaria. No han tenido nunca o han perdido la actitud vital propia del auténtico universitario, que contempla la realidad toda, no sólo la parcela a la que se dedica de modo más específico, con ojos críticos, zarandeándola y amándola, con la intención de mejorarla y de mejorar así la vida de los que lo rodean. Se dedican a la pura docencia, entendida como repetición de información con más o menos gracia, o a la gestión universitaria como tecnócratas cuyas aspiraciones profesionales más hondas han sido devoradas, ya ni se acuerdan cuándo, por la tecnoestructura. En pocos lugares como en la Universidad resulta tan compatible moverse mucho y hacer muy poco. Es en ella donde, en realidad, aquel que más se mueve suele ser el que aporta menos.

Lo dicho no pasaría de ser una descripción con destino en los libros de historia (¿cuántas profesiones se han ido perdiendo en el tiempo, y cuántas nuevas han surgido?) si no fuera porque sus consecuencias son aterradoras. Lo son, en primer lugar, porque el conocimiento es un bien humano básico, sin el cual la vida del hombre no es auténticamente humana. Y la búsqueda de ese bien en grado sumo sólo puede darse en entornos como los que se han gestado en las universidades desde el siglo VIII o, antes, en Grecia y Roma. En segundo lugar, la pérdida a la que me vengo refiriendo nos incapacita para superar la crisis cultural en la que estamos inmersos, de las que la crisis económica y política son sólo epifenómenos. Vistas las cosas desde este punto de vista, se percibe con nitidez que la Universidad es “una cosa demasiado seria como para dejarla en manos de políticos y tecnócratas” (Llano).

Retomemos el análisis de las causas de la crisis universitaria, ya esbozadas. ¿Por qué alguien que es llamado a la Universidad deja sin respuesta ese llamado o da una respuesta inicialmente positiva para luego no sostenerla en el tiempo?

Lo primero ocurre muchas veces en sociedades como la nuestra, en las que la lógica del saber es reemplazada en el seno mismo de las universidades por la del poder o la del tener: lamentablemente no pocos de quienes se acercan a la docencia lo hacen pensando que así podrán obtener prestigio y, con él, poder político (intra y extra universitario) o dinero (porque será el pasaporte para más y mejores clientes). Yendo de las personas a las instituciones, lamentablemente abundan en Latinoamérica las universidades que han sido y se han desarrollado como negocios o como herramientas para la lucha partidaria.

Lo segundo, el abandono o la pérdida de una vocación universitaria que inicialmente se tuvo suele producirse en entornos de abundancia, como

consecuencia de la pereza y de la *curiositas*. Puede resultar ilustrativo, respecto de esto último, el siguiente pasaje de la novela *Solar*, del inglés Ian McEwan, en el que el autor se refiere al trabajo de su protagonista, Michael Beard:

Ocupaba un puesto universitario honorario en Ginebra y no enseñaba allí, prestaba su nombre, su título, profesor Beard, premio Nobel, a membretes e institutos, suscribía “iniciativas internacionales”, era miembro de una Comisión Real para la financiación de la ciencia, hablaba por radio con lenguaje de profano sobre Einstein, fotones o mecánica cuántica, brindaba su consejo sobre solicitudes de becas, era asesor de tres publicaciones académicas, escribía informes y reseñas sobre las obras de sus colegas, se interesaba por los cotilleos, la política de la ciencia, las intrigas, las argucias, el aterrador nacionalismo, las sumas colosales arrancadas a ministros y burócratas ignorantes para otro acelerador más de partículas o para alquilar espacio instrumental en un satélite nuevo, asistía a congresos internacionales en Estados Unidos —¡once mil físicos reunidos!—, escuchaba a posgraduados explicando sus investigaciones, daba con variaciones mínimas la misma serie de conferencias sobre los cálculos que apuntalaban la Combinación Beard-Einstein que le había valido el premio, concedía él mismo galardones y medallas, aceptaba títulos honoris causa y pronunciaba discursos y panegíricos al final de una cena sobre colegas jubilados o a punto de ser incinerados. Era una celebridad, por gentileza de Estocolmo, dentro de un universo restringido y especializado, e iba tirando un año tras otro, vagamente cansado de sí mismo, privado de alternativas... Quizá fuera suficiente, quizá había logrado todo lo posible durante un brillante verano de juventud. Una cosa era cierta: dos decenios habían transcurrido desde la última vez que se había sentado solo y en silencio, con un lápiz y una libreta en la mano, a meditar durante horas seguidas, a elaborar una hipótesis original, acariciarla, perseguirla, insuflarle vida. La ocasión nunca se le había presentado; no, era una débil excusa. Le faltaba la voluntad, el material, le faltaba la chispa. No tenía ideas nuevas.⁴

Son la pereza, la *curiositas* o apetito desordenado de saber, y también —en alguna medida, me parece— la creciente burocracia pseudouniversitaria a la que ya se hizo referencia, los factores que han conducido a que el doctor Beard abandone su vocación intelectual y se dedique realmente a otra cosa: a los papeles, a los cálculos, a la repetición de un único apunte hasta no creer él mismo lo que allí se dice.

Como consecuencia de este doble fenómeno transitan la Universidad profesores y estudiantes a los que no les interesa estudiar. No son, de ver-

⁴ McEwan, Ian, *Solar*, trad. de J. Zulaika, Buenos Aires, Anagrama, 2011, pp. 26 y 27.

dad, universitarios. Viven su vida a la velocidad de vértigo que impera en los tiempos modernos, sin sosiego, con la cabeza repiqueteada por el celular, los atascos de tránsito, las diversas pantallas que nos rodean... Con una precipitación que lo desborda todo. Como bien lo intuyó hace años Bradbury en *Fahrenheit 451*, en una vida así los libros no tienen espacio, carecen de sentido.⁵ Nada más alejado del estudio que el apuro. Quien muere como consecuencia de un balazo no resulta muerto por la bala, sino por la bala a la velocidad a la que es impulsada por el revólver. Lo que mata la vida intelectual del hombre actual no es el conjunto de actividades que despliega, sino la velocidad a la que suele hacer esas cosas, la ansiedad con la que las afronta.⁶

Ojalá que ejemplos como el del profesor Massini nos interpeleen. No podemos acabar siendo aquellas “soporíferas mediocridades” que padeció Vargas Llosa. Tenemos el deber de vivir intensamente nuestra vocación, siendo universitarios auténticos, buscadores incansables de la verdad. Sin embargo, para lograrlo, para seguir el ejemplo que nos propone Massini, hay algo fundamental que corresponde resaltar aquí, al final de estas líneas, que no fue dicho de modo expreso pero que estuvo latente, implícito, en los párrafos precedentes, del mismo modo que lo está, me permito intuir, en el espíritu que anima las atribuciones a este volumen colectivo. Se trata de un *quid* común a toda actividad auténticamente humana, de difícil definición, pero que en pocos oficios como en el nuestro resulta tan fundamental.

Una respuesta cabal como la que reclama la vocación universitaria —especialmente en el caso de un filósofo, como es el caso— implica bastante más que una simple acumulación de saber... Supone, en realidad, algo mucho más exigente e integral, porque somos una unidad, por un lado, y porque se trata de la contemplación de la verdad, por otro. Demanda un esfuerzo profundo en pos de encarnar en nuestra vida personal el conjunto de valores trascendentes que la orientan y le dan un sentido pleno. Éste es, hasta donde puedo ver, el mensaje más profundo que nos transmite con su magisterio el profesor Massini. De que cada uno de quienes compartimos con él la vocación universitaria se comprometa de modo personal con esos valores, de nuestra integridad, en definitiva, dependerá que estemos a la altura del desafío que el nuevo doctor nos propone con su ejemplo, desafío que él mismo se planteó y afrontó con un éxito que hoy nos enorgullece a todos.

⁵ Cfr. Bradbury, Ray, *Fahrenheit 451*, Barcelona, Ediciones Minotauro, 2007, *passim*.

⁶ Cfr. La imagen de la bala en Pieper, Josef y Leclercq, Jacques, *De la vida serena*, 3a. ed., Madrid, Rialp, 1965.

RETRATO DE UN AMIGO

Carlos Diego MARTÍNEZ CINCA

La tradición de otorgar el máximo título *académico* que un hombre o mujer pueda alcanzar en este mundo es muy antigua. Se puede decir que es una de las últimas tradiciones sobrevivientes de un mundo en el que la Iglesia, la milicia y la Corona constituían, junto a la universidad, los pilares fundamentales de ese orden social ya desaparecido que identificamos con el nombre de *cristiandad*. En la mayoría de las actuales universidades españolas, esmeradas en conservar el boato de las tradiciones a pesar de los procesos de integración que parecen haber debilitado parcialmente algunos valores esenciales de la vida universitaria, como la excelencia y la autonomía, es curioso observar, todavía hoy, la imitación de los rituales medievales que a fines del siglo XV asimilaban la concesión del doctorado *honoris causa* a la ordenación episcopal. Así, por ejemplo, el protocolo general de una joven universidad, como la Politécnica de Valencia, fundada en 1968, establece la entrega ceremoniosa del birrete, el anillo, los guantes blancos y el libro de la sabiduría al homenajeado como ha sido costumbre en Salamanca desde un decreto real de 1462.

Doctor honoris causa significa, literalmente, “el que es sabio, maestro, a causa de su honor”. Tradicionalmente el doctorado *honoris causa* ha sido entregado a figuras eminentes del saber, aun a quienes sin contar, en algunos casos, con un título universitario, han contribuido notablemente al desarrollo de las ciencias, de las artes y de las letras con su labor intelectual o artística. Tal fue el caso, entre nosotros, de Jorge Luis Borges, a quien la Universidad Nacional de Cuyo honró con semejante distinción, en una época en que aún se comprendía bien la naturaleza y el sentido del honor.

Es costumbre en los ceremoniales del doctorado *honoris causa* realizar una *laudatio* ecuaníme del homenajeado a fin de mostrar a la comunidad académica los méritos que constituyen título suficiente para el honor que se le pretende tributar. En esa dirección, creo que bastaría señalar escuetamente que durante los 35 años en que el doctor Massini Correas se desempeñó como secretario académico de nuestra casa de estudios publicó más de

25 libros, más de 120 artículos científicos y más de 90 notas y comentarios bibliográficos en revistas especializadas de Argentina, México, Chile, Brasil, Francia, Alemania, Portugal, Italia y España. En siete lustros de incansable labor ha sido profesor invitado de numerosas universidades nacionales y extranjeras, tanto de América como de Europa. Nos enorgullece saber que en cada uno de esos libros y artículos, en cada estadía de investigación y en cada curso de posgrado dictado en el Antiguo y en el Nuevo Mundo, la Universidad de Mendoza fue reconocida y honrada gracias al prestigio intelectual de su secretario académico. Ahora que el doctor Massini ha solicitado su retiro, será difícil alumbrar una figura que pueda mantener tan alto nuestro prestigio intelectual en el mundo como él supo hacerlo.

Sin embargo, no es una cuestión de números ni cantidades de publicaciones, cursos o conferencias lo que constituye la esencia del tributo que hoy venimos a prestar. La cuestión es, ante todo, una cuestión de honor.

El honor es un bien que conduce a un hombre o a una mujer al cumplimiento de sus deberes, al respeto por sus semejantes y por sí mismo. Honor es la reputación y el premio que sigue a la virtud, el premio a las acciones nobles de un hombre o mujer que trascienden su propia persona y las instituciones que lo cobijan para perdurar en el tiempo. Aristóteles sostiene, en un conocido pasaje de la *Ética a Nicómaco*, que el honor es el más excelso de los bienes exteriores a los que un ser humano puede aspirar, el bien que asignamos a los dioses y con el que premiamos las acciones más gloriosas de los hombres. Pero también señala que existe sólo un tipo humano que busca el honor con toda propiedad y que se hace merecedor de él con entera justicia: es el tipo humano que con notable precisión identifica y describe como el *megalópsychos*, “el de espíritu grande”, “el magnánimo”.¹

En un tiempo como el que nos toca vivir, en el que el honor se ha banalizado de manera sorprendente, quizá convenga preguntarnos quién es realmente un *megalópsychos*, un hombre digno de honor, y en nuestro caso, de un honor especial: el título de sabio y maestro, doctor *honoris causa*.

Megalópsychos, magnánimo, es el hombre que aspira a grandes cosas, nos dice Aristóteles, pero con una particularidad: es un hombre *digno* de las grandes empresas, pues quien tiene grandes aspiraciones pero no es digno de ellas es un insensato, como se deja ver cada vez que fracasa en una gestión para la que no tiene talento. Si para colmo de males el insensato se cree digno de tales empresas resulta además vanidoso, como explica el filósofo.

Si magnánimo es quien aspira a grandes cosas, siendo digno de ellas, en una cosa, más que en ninguna otra, se mostrará su magnanimidad: en

¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco* IV, 3 1123^b 15-20.

que será el mejor de todos, pues el que es mejor que otros, dice Aristóteles, siempre es digno de las cosas mayores, y el mejor de todos es digno de las cosas más grandes.

¿Pero cuáles son las cosas más grandes? Eso es lo que nuestro tiempo parece no comprender, lamentablemente, porque la riqueza y el poder no son ni deberían ser buscados por sí mismos sino por el honor que los hombres tributan a quienes los poseen. Sin embargo, la riqueza y el poder sin la virtud no son nada. Un rico o un poderoso cuyos vicios son de todos conocidos sólo puede ser honrado en el reducido séquito de sus obsecuentes, cada uno de los cuales se interesa más en la cuota de poder o riqueza que a él le tocará cuando el rico o el poderoso ya no esté.

El magnánimo necesariamente tiene que ser virtuoso, porque no existe cosa más grande que la virtud, nada hay más grande que una vida llevada conforme a lo más propio del hombre, la vida conforme a la razón. Por eso, como dice Aristóteles, la magnanimidad es el ornato de todas las virtudes, pues las realza y no se da sin ellas. Y por eso resulta tan poco frecuente encontrar un magnánimo de verdad, porque la magnanimidad no es posible sin nobleza moral.

¿Cómo se puede, con todo, reconocer un magnánimo? Lo distingue un curioso detalle, nos dice Aristóteles: el magnánimo suele ser *activo*. En efecto, sabiendo dónde reside el verdadero combate, el magnánimo no libra escaramuzas en cualquier frente de batalla: no considera digno de sí a cualquier enemigo. No se expone habitualmente al peligro, aunque si lo hace se juega la vida en ello. En la épica antigua, fue sin duda Aquiles un ejemplo eminente de magnanimidad y altivez: su negativa a entrar en combates menores y su desdén hacia el resto de los aqueos era causa de continua irritación entre sus pares. La gente común suele atribuir al magnánimo un temperamento flemático o indolente, porque sólo interviene allí donde se ofrece una empresa grande. Por eso es hombre de pocos hechos, pero grandes y de renombre.

Es hombre también de antipatías y de simpatías manifiestas, odia y ama abiertamente y sin recaudos, porque ocultar los sentimientos es propio del que tiene miedo, pero no de quien valora más la verdad que la opinión.

Como es propio del magnánimo, no necesitar casi de nadie, resulta lógica su disposición a hacer beneficios antes que a recibirlos, y ésa es también una razón de su altivez. Suele molestarle si alguien le recuerda un favor que le haya sido hecho; magnánimo como es, siempre está inclinado a recordar los numerosos beneficios *por él realizados* antes que los recibidos. Y por ello los inferiores, cuando lo necesitan y acuden a él, comienzan por recordarle los favores recibidos para asegurarse su beneplácito, como los esparta-

nos hacían con los atenienses cuando los requerían en su alianza contra Tebas, o como los restantes dioses con Zeus a cada giro de sus azarosas vidas.

Su altivez le impone no ver el mal que le han hecho: es frecuente que el magnánimo olvide las ofensas y tienda a desdeñarlas, porque de los inferiores no es posible recibir mal alguno. Y así como no prodiga elogios, tampoco habla mal de sus inferiores, como no sea, en raras ocasiones, para mostrar su desprecio.

La altivez, sin embargo, no es un vicio, es más bien el precio que debe pagar el excelente en su soledad, aunque pocos puedan entenderlo, porque una cosa es altivez y otra muy distinta altanería. El altanero es insolente, y suele imitar y parodiar al magnánimo en sus gestos desdeñosos y en su trato con la gente, aunque sin la virtud que acompaña al excelente. Jamás se verá al altivo ensañarse con el débil ni burlarse de un subordinado. El altanero, en cambio, se paga de sí mismo y se regodea en su superioridad. Lo que en el magnánimo es fruto de su claridad de juicio y de su superioridad moral, en el altanero lo es de su falsa seguridad en el poder, en la riqueza y en el vano honor del mundo.

Por último, Aristóteles nos dice que el andar lento, la voz grave y el hablar reposado son propios del magnánimo. No tiene prisa, en efecto, quien por pocas cosas se afana, porque pocas cosas, como hemos dicho, son verdaderamente grandes.

Me he detenido en la descripción aristotélica del magnánimo no sólo por el deleite que el recuerdo de los clásicos provoca en nuestra alma, sino también porque tal descripción constituye una justa semblanza de la persona a quien hoy vamos a honrar aquí.

Los solemnes ceremoniales que aún se practican en España suelen concluir con una admonición y un juramento.

Toma asiento en la cátedra de la Sabiduría —se le dice al nuevo doctor— y desde ella, descollando por tu ciencia, enseña, orienta, juzga y muestra tu magnanimidad en esta universidad, en el foro y en la sociedad, comprometiéndote a guardar las leyes y el honor de nuestra universidad, y a prestarle favor, auxilio y consejo.

Mirando con ecuanimidad la vida académica del profesor Massini Correias, creo que podemos tener por cumplido este juramento.

Días atrás, cuando ya no era más nuestro secretario académico y no disfrutaba de las mieles del poder, cuando ya no recibía más la visita de todos los que de un modo u otro pasaban por su despacho para hacer simple acto de presencia, pregunté por él. Una vez más Aristóteles vino a mi memoria.

Lo encontré en un altillo del viejo rectorado, en un cuarto oscuro, frío y vacío de muebles, apenas iluminado por un velador antiguo. Estudiaba el último libro de Neil MacCormick, uno de los pensadores más influyentes de la filosofía del derecho contemporánea, recientemente fallecido. Cuando le pregunté cómo se sentía se limitó a contestarme: “Estoy estudiando. Hago lo que siempre he sabido y he querido hacer”.

Entonces recordé lo que para Aristóteles constituía el rasgo esencial del magnánimo: se comporta moderadamente respecto de la riqueza y del poder, respecto de la buena y de la mala fortuna, no sintiendo alegría excesiva en la prosperidad ni excesivo pesar en el infortunio, porque “ni siquiera respecto del honor se comporta como si fuera para él de la máxima importancia”.² He ahí un magnánimo.

² *Ibidem*, 1124^a 15-20.

DE LAS RAÍCES A LOS FRUTOS. RECUERDOS DE UN UNIVERSITARIO AGRADECIDO

Carlos MASSINI CORREAS

En la universidad... he conseguido independencia, prestigio y la compañía de gente muy cultivada

John Henry Newman, *Letters and Diaries*, I, 130

SUMARIO: I. *Los orígenes y la infancia*. II. *Los estudios universitarios*. III. *La profesión y la universidad (y una tesis doctoral)*. IV. *Las cátedras y los primeros libros*. V. *La función directiva y más libros*. VI. *El viaje a Europa de 1981-1982*. VII. *El ingreso al Conicet y a la Facultad de Filosofía y Letras*. VIII. *Navarra, Alemania y la Universidad Católica*. IX. *La segunda tesis, la "filosofía del derecho" y las obras de Finnís*. X. *Santa Fe, México y La Coruña*. XI. *Los últimos años y un balance*.

I. LOS ORÍGENES Y LA INFANCIA

Cuando los organizadores de este volumen —todos excelentes amigos— me propusieron escribir unas páginas que sirvieran de introducción al libro y de presentación del destinatario, le comenté a mi esposa que había pensado escribir una corta autobiografía, pero limitada al campo intelectual o universitario. A lo que me respondió agudamente que no podía ser de otra manera, ya que no había tenido otra biografía que no fuera esa, todos los días metido en la universidad o en el escritorio estudiando. Más allá de la evidente exageración, su observación tiene gran medida de verdad. En efecto, la mayor parte de mi vida transcurrió en el ámbito universitario y científico en general, aun antes de tener uso de razón, ya que mis dos padres eran universitarios de tiempo completo, en ambos casos con una extraordinaria dedicación a la docencia, la investigación y el cultivo de las artes.

Mi padre, Carlos J. Massini Correas, tenía el título de abogado, profesión que ejerció a disgusto durante muy pocos años de su vida, pero en rigor era un estudioso destacado de la historia del arte y de la literatura. Ejerció como docente en la Universidad Nacional de Cuyo, en cuya Facultad de Filosofía y Letras se desempeñó como profesor titular de tiempo completo de Historia del Arte y de Historia Antigua, llegando a ser decano de esa dependencia universitaria. También fue director de la Academia de Bellas Artes de la misma universidad y fundador y director del Instituto de Historia del Arte de la Facultad mencionada, así como de la revista de este Instituto, los *Cuadernos de Historia del Arte*. Escribió varios libros de teatro y poesía, así como numerosos artículos y notas de historia del arte y tradujo varios poemas del francés, del inglés y del latín. Pero sobre todo fue un humanista completo que dedicó su vida a las letras, las artes y el estudio de la historia. Tenía talante liberal —en el sentido de Gregorio Marañón— y era muy conservador, razón por la que había conocido en los años veinte a Carlos Gardel en el comité conservador de Avellaneda, en la calle Pavón, así como a Barceló y a “Ruggierito”.

Por su parte, mi madre, Estela Rodríguez Lubary, había egresado del Conservatorio Nacional de Buenos Aires y se desempeñó como profesora titular de piano en el Conservatorio de Música de la ya citada Universidad (hoy integrante de la Facultad de Artes), directora del Departamento de Instrumentos de Teclado y como pianista (también tocaba el clavecín y el órgano) muy dedicada y destacada. De hecho, uno de sus colegas me dijo una vez que ella era la mejor pianista de la región; viniendo de uno de sus colegas, en general celosos, debe haber sido cierto. Como pianista, dio numerosos conciertos individuales y con la Orquesta Sinfónica de su Universidad, con la que tocó, entre otras obras, el Concierto núm. 2 para piano y orquesta de Beethoven y las Variaciones Sinfónicas de César Franck. Pero además era poetisa de buen nivel, pintora destacada (cuando participaba de alguna exposición, había que ir al *vernissage*) y traductora del inglés (tradujo el *Prayer Book* de John Henry Newman), del italiano y del francés. Era muy católica (era terciaria franciscana) y se preocupó mucho de educar a sus hijos religiosamente y darles buenos ejemplos.

Como se puede colegir de esta breve reseña, en mi casa existía un fuerte ambiente de estudio y cultivo de las artes y las humanidades, y a ella concurrían destacados intelectuales, que por esos años visitaban o vivían en la Argentina, de entre los que recuerdo a Jorge Luis Borges, quien era amigo de mi padre; Ángel González Álvarez, profesor de Metafísica en la Universidad de Madrid; Alberto Falcionelli, un historiador monárquico francés de primera línea; Antonio Millán-Puelles, profesor de filosofía de la Universi-

dad de Madrid; Miguel de Ferdinandy, un historiador de Europa de origen húngaro, y Joaquín de Entrambasaguas, un notable literato e historiador español. Pero concurrieron muchos más, y mi padre me hacía participar brevemente de esas reuniones, como cuando almorcé con Borges a los trece años, y de quien no entendía las constantes ironías.

Pero sobre todo existía en mi casa una monumental biblioteca, de más de siete mil volúmenes, con libros en castellano, francés, inglés, italiano, griego y latín, que mi padre compraba en Buenos Aires, con el expediente de llevar una valija más chica dentro de una mayor, y traerla de regreso llena de los libros que había conseguido. Y como en mi infancia no había televisión (cuando se lo dije a mis hijos pequeños, quedaros asombrados y desorientados, sin saber qué podía haber sido de mi vida sin ese vital complemento), la diversión más a mano era la lectura, y pasaba horas leyendo los libros que mi padre me facilitaba y recomendaba; así leí *De profundis* de Oscar Wilde (me emocioné varios años después, cuando pasé en tren por Reading, en viaje a Oxford), varias veces el *Quijote*, una enorme *Enciclopedia Larrousse Ilustrada* en francés, las poesías de Maurras, casi todas las novelas de Graham Greene, Chesterton, Jack London, Hugo Wast, las biografías de Lucio V. Mansilla, Juan Manuel de Rosas, Domingo Sarmiento, Hipólito Irigoyen, Francisco Solano López, Hernán Cortés, el Chacho Peñaloza y muchos más. Además, a la hora de la siesta, cuando mis padres dormían, leía los libros que me estaban prohibidos, es decir, los de Baudelaire, Faulkner, Beatriz Guido, Lawrence, Thomas Mann y muchos otros, que estaban escondidos en la segunda fila de la biblioteca para evitar que mi hermana o yo los leyéramos. En el escritorio de mi padre había una alfombra especialmente mullida, y me acostaba en ella de espaldas, leyendo con los brazos sosteniendo el libro, en una posición especialmente incómoda. De más está decir que el contenido de esos libros vedados era una cándida inocencia al lado de lo que hoy en día se pasa por televisión en horarios de protección al menor.

Pero todas estas lecturas —las permitidas y las prohibidas— me dieron un *background* cultural envidiable, que se enriqueció con la música que se escuchaba constantemente en casa, ya que mi madre practicaba asiduamente el piano, escuchaba discos con conciertos (mi padre escuchaba óperas) y venían alumnas del Conservatorio a practicar y tomar clases adicionales de piano. Además, mis padres contrataron, a mis seis años, una institutriz norteamericana llamada Mrs. Rodríguez (su padre era portorriqueño) que me enseñaba inglés y cultura anglosajona (de hecho, supe antes los nombres de los estados norteamericanos y que los de las provincias argentinas), lo que incluía lecturas de historia de Inglaterra y de los Estados Unidos (también

supe antes los detalles de la guerra civil norteamericana que los de las varias argentinas). Luego de tres años de inglés intensivo, mi madre sustituyó a Mrs. Rodríguez, que era evangelista, por Madame Blanche de Nicolás, una francesa encantadora, que era católica, aventando por ello los temores —de mi madre— de una perniciosa influencia del protestantismo en sus hijos. Y entonces empezó la etapa de la lengua y cultura francesa, con lecturas del *Paris-Match*, de poesías francesas y de la historia de Francia, resultando que me convencí de que Francia era el centro y culminación de la historia universal y los alemanes gente bruta y depravada, ya que peleaban a los franceses (el padre y un hermano de Mme. Nicolás habían muerto en la Primera Guerra Mundial); antes, con Mrs. Rodríguez, había estado convencido de que el eje y culmen de la historia pasaba por los países anglosajones. En definitiva, todo esto significó que aprendí inglés y francés en la infancia, lo que me sirvió enormemente en el futuro para la vida intelectual.

Por otra parte, fui al Colegio San José, de los Hermanos Maristas, en el que la pasé muy bien y del que guardo muy buenos recuerdos. Allí tuve como profesor de gimnasia a Gustav Neumann, quien había sido instructor gimnástico en el crucero *Admiral Graf von Spee*, hundido por su tripulación frente a Montevideo, luego de la Batalla del Río de la Plata. Éste sostenía que los alemanes eran claramente superiores a todos los demás pueblos (*Deutschland uber alles*), pero yo ya era más grande y no le creí tanto. En esa época, los años cincuenta, los maristas eran muy buenos docentes y muy buenos cristianos, y enseñaban filosofía y teología a sus alumnos. De hecho, en el secundario estudiamos Introducción a la Filosofía, Lógica, Gnoseología, Antropología (que se llamaba Psicología Racional, como si pudiera existir una Psicología irracional) y Ética, con profesores bastante buenos y dedicados. Por mi parte, disfruté enormemente esas lecciones, que eran mayoritariamente repudiadas por mis condiscípulos. Para ampliar el contenido de esas clases, le pedí a mi padre que me diera un libro más amplio y claro; me dio la *Introducción a la filosofía*, de Ismael Quiles S. J. (mi padre había ido al Colegio de El Salvador), que disfruté profundamente y que se constituyó en el primer libro de filosofía que leí por cuenta propia. También, en mi adolescencia, leí la *Introducción a la filosofía* de Jacques Maritain; el *Curso de filosofía* de Régis Jolivet; la *Historia de la filosofía* de Bréhier; *Así hablaba Zaratustra* de Nietzsche; *La rebelión de las masas*, *España invertebrada* y *meditación del pueblo joven* de Ortega, y muchos más, que interpretaba con la irresponsabilidad e inmadurez propias de mi edad.

También me interesé por la historia, ámbito del saber del que tenía a disposición en mi casa cientos de libros, como la *History of England* de Rudyard Kipling; la historia de Rozas de Carlos Ibarguren (*Juan Manuel de Rosas*.

Su vida, su tiempo, su drama); la *Historia de la Segunda Guerra Mundial* de Churchill; las *Memorias* del general de Gaulle; la *Historia de la Guerra del Paraguay* de Thompson; la *Breve historia de América* del mexicano Carlos Pereyra, y muchos más, que leí con avidez y enorme placer. Me atrajeron inmediatamente las posturas revisionistas de la historiografía argentina, en especial las de Julio Irazusta, José María Rosa y Ernesto Palacio, tal como correspondía a un muchacho de rebeldías limitadas.

Otra dimensión en la que fui introducido por mis padres fue la de las obras de teatro y los conciertos. Acerca de los primeros, como pasábamos el verano en Buenos Aires (desde allí íbamos tres semanas a algún lugar de veraneo en la costa atlántica), mi padre organizaba la asistencia a representaciones teatrales, en general de obras clásicas, que se representaban en el Teatro San Martín (*Becket*, *Romeo y Julieta*, *Hamlet*) o en el Jardín Botánico (*Sueño de una noche de verano*, *Fuenteovejuna*, *El alcalde de Zalamea*). También fui a todas las obras clásicas que representó el elenco de teatro de la Universidad de Cuyo en el Teatro Independencia, de entre las que recuerdo especialmente la de *El avaro*, de Molière. Y en lo que hace a los conciertos no sólo íbamos a los que daba mi madre, que eran bastantes, sino a casi todos los de la Orquesta Sinfónica de la Universidad citada, y a los que organizaba una magnífica institución, la Asociación Filarmónica de Mendoza, que traía a los más destacados intérpretes de nivel internacional; de esos conciertos recuerdo especialmente los que dieron Ruggiero Ricci, Duke Ellington, Friederich Gulda y una orquesta de cámara que se llamaba *Deutsche Bachsolisten*, que tocaba maravillosamente, aunque sin director. Pero a pesar de todos estos conciertos, terminó gustándome el jazz, del que tengo una colección envidiable de discos compactos además de haber escuchado personalmente a muchos de los genios de ese género, como Oscar Peterson, Lionel Hampton, Clark Terry, Benny Golson, James Moody, Niels-Henning Orsted-Pedersen, Harry Edison, Wynton Marsalis y Nat Adderley, y varios más.

II. LOS ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

Finalmente, terminó mi adolescencia, que en esos tiempos finalizaba a los dieciocho años y no a los treinta y tantos como ahora, y tuve que elegir una carrera. Cuando era chico, había pensado en ser marino, ya que tenía un tío muy simpático que lo era y al que le quedaba muy bien el uniforme; además lo había sido mi bisabuelo homónimo, al que mataron en la guerra del Paraguay, y también había sido militar mi tatarabuelo, el general Enrique Martínez. Igualmente había sido militar un tío de mi padre, Enrique Correas,

quien participó en la Campaña del Desierto y terminó siendo amante de Lola Mora.¹ Pero al llegar a la edad apropiada, los rigores de la vida castrense me apabullaban y me encantaban la filosofía y las letras, por lo que decidí estudiarlas en la universidad. Pero me encontré con la oposición de mi padre, en una época en que esas oposiciones obtenían resultados: me dijo que en la Argentina existía una enorme inestabilidad política (él había estado a un tris de ser echado de la Universidad de Cuyo en 1954 por razones políticas) y que debía estudiar una carrera que permitiera un ejercicio libre de la profesión, por cualquier eventualidad, y no depender sólo de la función pública. Y me aconsejó que estudiara derecho y que luego de recibirme podría estudiar lo que se me diera la gana.

Como era en general obediente y mi padre argumentativamente muy convincente, le hice caso y me inscribí en el curso preuniversitario de derecho de la Universidad de Mendoza. Allí había muchas chicas lindas, lo que fortaleció mi —al principio dudosa— vocación por las leyes. Estudié entonces derecho con bastante fortuna, con la ventaja de que en la carrera había muchas materias humanísticas, en general a cargo de buenos profesores, que fueron las que estudié más en serio. De este modo, estudié Introducción a la Filosofía, Filosofía General, Historia de las Ideas Políticas, Historia de las Instituciones Políticas Argentinas, Derecho Político (donde nos enseñaban Filosofía Política más que otra cosa), Sociología y Filosofía Jurídica. Odiaba por supuesto al Derecho Procesal, al Comercial y a todo lo que oliera a procedimientos y trámites. Pero en general, fui feliz en mi carrera, en la que hice buenos amigos y me formé una mentalidad ordenada, como lo hacen en general los estudios jurídicos. También cursé dos seminarios de grado: uno sobre el pensamiento político de Alberdi y otro sobre el de Donoso Cortés, que me resultaron enormemente gratificantes y formativos y me enseñaron a redactar trabajos de investigación.

Pero al mismo tiempo, y de modo paralelo a mis estudios formales, seguí leyendo y estudiando filosofía, en especial filosofía política. De este modo, leí a Tocqueville, a Aristóteles, a Montesquieu, a Marx, a Burke, a Bertrand de Jouvenel (que me encantaba), a Raymond Aron, a Julien Freund, Leo Strauss, a Platón (el de *La República* y el de *Las leyes*), a Cicerón, a Rousseau, a Maquiavelo, a Maurras, a Carl Schmitt, a Leopoldo E. Palacios y a decenas más. Pero no sólo leí filosofía política, sino también filosofía en general; en este ámbito, los que más me atrajeron fueron Antonio Millán-Puelles, quien había sido amigo de mi padre, y de quien leí dos veces sus *Fundamentos*

¹ Otro tío de mi padre, Julián Martínez, había sido amante de Victoria Ocampo, quien le dedicó un tomo (bastante escabroso) de sus Memorias, designándolo con la inicial “J”. Parecía que a casi todos los parientes les gustaban las artes.

de filosofía; Étienne Gilson, quien fue probablemente quien más influyó en mi pensamiento, y Jacques Maritain, de quien no compartía el pensamiento político, pero quien me instruyó provechosamente en temas de ética, estética e historia de la filosofía.

Como resultado de estas y otras lecturas, así como de mi formación católica, me fui convirtiendo en un firme adherente al tomismo, principalmente en la línea de Gilson, de quien había leído *El realismo metódico*, *L'être et l'essence*, *Las metamorfosis de la ciudad de Dios*, *Elementos de filosofía cristiana*, *La filosofía en la edad media*, *Réalisme thomiste et critique de la connaissance*, *El espíritu de la filosofía medieval*, *El tomismo*, *El filósofo y la teología* y algunos más. En esta adhesión influyeron principalmente Benigno Martínez Vázquez, que era el profesor de Derecho Político y de Filosofía Jurídica, además de un juez importante y excelente persona, y Rubén Calderón Bouchet, un notable profesor de filosofía y prolífico escritor que enseñó temporariamente Filosofía del Derecho en la Universidad de Mendoza e Historia de las Ideas Políticas en la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cuyo, donde fue profesor de mi esposa, quien se licenció en esa Facultad. Además de los de Gilson, leí —un poco más tarde— varios libros del notable filósofo italiano Cornelio Fabro, promotor de un “tomismo esencial”, distinto del manualístico, de quien me impresionó el rigor y la originalidad de sus interpretaciones.

Corresponde también decir algo del aspecto religioso de mi carrera intelectual, teniendo en cuenta la importancia que esa dimensión tiene en la vida humana y de su influencia innegable en la vida intelectual del hombre. Como dije al comienzo, fui educado desde mi primera infancia en el catolicismo romano: tanto mi padre como mi madre eran católicos practicantes, pero especialmente mi madre, quien provenía de una familia muy católica, en la que mi abuelo, Carlos Rodríguez Lubary, presidía todos los días el rezo del rosario, se exaltaban los valores de la moral católica y se participaba activamente de las obras de caridad organizadas por la Iglesia. Sobre esto me he explayado en un pequeño libro que escribí en memoria de mi madre,² por lo que no voy a abundar en detalles, pero lo importante es que me crié en un ámbito católico como si fuera un pez en el agua; ser católico era connatural a mí y no podía imaginar en mi infancia a nadie que no lo fuera. Así como Daniel Barenboim se sobresaltó al enterarse, en su primer día de colegio, de que no todos los chicos tocaban algún instrumento, así yo me desorienté al saber que entre los muchachos del barrio había uno que no era católico, y además buena persona.

² Massini Correas, C. I., *Estelita, una mujer extraordinaria*, Mendoza, 2011.

Vivíamos a dos cuadras de la Iglesia de los Jesuitas y a cuatro de la de San Agustín, iglesias en las que —contrariamente a lo que muestran las películas españolas más recientes— conocí a sacerdotes ejemplares: buenos, cultos y piadosos. Las cosas cambiaron bastante en los años sesenta y comenzó a preponderar la sociología en lugar de la teología, la liberación “desde” el pobre en lugar de la caridad y la terapia psicológica en lugar de la moral. Pero, gracias a Dios, yo ya había sido formado y así quedé para el resto de mi vida: en un catolicismo tradicional pero abierto a las propuestas contemporáneas que aparecían como razonables y realistas. Es decir, un catolicismo clásico, ya que no se pueden tirar por la borda veinte siglos de labor eclesial, pero sin reaccionarismos, ni nostalgias lastimeras, ni rigideces absurdas. En otras palabras, había aprendido a distinguir lo esencial de lo accidental, y a no atarme a lo contingente o adventicio, confundiénolo con lo constitutivo o fundamental. Siempre pensé que se podía ser un católico integral, sin necesidad de hacer ridiculeces, ni sostener posiciones contrarias a la evidencia sensible e intelectual. Esto me trajo la consecuencia inevitable de ser considerado tradicionalista por los progresistas y de poca confianza o “liberal” por los reaccionarios, situación con la que he debido convivir durante toda mi vida, y que probablemente me siga hasta mi muerte.

Por otra parte, el catolicismo que se practicaba en mi casa era, además de espiritual, profundamente intelectual y cultural, por lo que se leían libros de autores católicos, se asistía a conferencias sobre temas religiosos y se estudiaban las encíclicas y otros documentos eclesiales. En este sentido, se leían los libros de Mons. Fulton Sheen, de León Bloy, de Mons. Olgiati, de Papini, de Chesterton, de Charles Péguy, así como los clásicos de Teresa de Ávila, San Juan de la Cruz, San Agustín y Chateaubriand (mi madre leyó varias veces sus *Memoires d'outretombe* y *Le génie du christianisme*). Dicho en otras palabras, practicábamos un cristianismo católico no sólo de sentimientos y prácticas piadosas, sino de fuertes adhesiones intelectuales, fundadas en lecturas y debates sobre los temas centrales de la religión. Recuerdo una discusión, especialmente acalorada, entre mi padre, por un lado, y un amigo mío, Hugo Calderón, y yo, por el otro, sobre la figura de Pío X, a quien mi padre consideraba demasiado reaccionario, y nosotros defendíamos con más pasión que argumentos.

Pero lo importante de todo esto es que las convicciones religiosas adquiridas en mi infancia y mantenidas —salvo modificaciones de detalle y de actitudes— de manera inalterable a lo largo de toda mi vida tuvieron una real influencia en mi modo de ver la realidad y en especial la política, el derecho, la economía y la moral. Nunca creí posible, o al menos válida, la actitud esquizofrénica de quienes disociaban completamente las viven-

cias religiosas del resto de la vida, pretendiendo independizar radicalmente aspectos de la vida humana que están intrínsecamente vinculados. Así, por ejemplo, en el ámbito del derecho, siempre creí que las normas jurídicas no podían ser independientes de la moral y que debía existir una cierta continuidad entre ellas, lo que no significa confundirlas ni mezclar lo que es esencialmente distinto. Por su parte, también he sostenido invariablemente que, para el hombre religioso, la moral no es independiente de la fe y que aun para el agnóstico o el ateo la ética depende de las dimensiones centrales del perfeccionamiento humano, que se pueden conocer racionalmente con bastante certeza y tener una real influencia en la vida y en las personas.

III. LA PROFESIÓN Y LA UNIVERSIDAD (Y UNA TESIS DOCTORAL)

Ya recibido felizmente de abogado, con bastante buen promedio, tomé algunas decisiones: ante todo, casarme con mi novia de hacía varios años; después, ejercer la abogacía para subsistir, y finalmente entrar en la universidad, que era donde veía mi futuro profesional definitivo. Respecto de lo primero, me casé con María Cecilia Pontis en la Iglesia de San Nicolás de Bari de Mendoza y lo celebramos con una fiesta muy agradable en el Golf Club Andino, donde fueron muchos amigos y lo pasamos muy bien. Como luna de miel, hicimos un *tour* por varios lugares de la Argentina, el que incluyó una rotura del auto, y que resultó enormemente divertido y enriquecedor. Con María Cecilia compartía la afición por los temas políticos, la familia tradicional, y una genérica aceptación del orden sociocultural establecido. Con ella formamos un matrimonio y una familia armoniosos y felices, con cinco hijos inteligentes y buenos, que crearon un ambiente de amistad y de afectos que predispuso siempre al trabajo intelectual y lo convirtió en una actividad agradable y enriquecedora. A ello contribuyeron mucho mi madre y mis suegros, que murieron todos después de los noventa y cinco (mi padre había muerto mucho más joven, cuatro días antes de cumplir ochenta) y ejercieron un abuelazgo activo, largo y entrañable.

Respecto de lo segundo, acepté la invitación de mi suegro, Jorge Pontis Videla, de trabajar con él en su estudio de abogado, que era de los más importantes de Mendoza, y en el que trabajábamos tres abogados y cinco empleados. Si bien nunca fui un abogado vocacional, corresponde admitir que la gente con la que trabajé en esa profesión era en general competente y honesta, en especial la gran mayoría de los jueces con los que tuve que tratar. Evidentemente, eran otros tiempos. Por otra parte, después de la luna de miel, nos fuimos a vivir, en un principio, a casa de mis padres, ya que no

estaba terminada la que habíamos comenzado a construir hacía un año en un lote de Godoy Cruz, que en esa época era un descampado y hoy en día es un barrio muy agradable. Hemos vivido en la casa que allí construimos, y que ampliamos cuatro veces, desde hace más de cuarenta y dos años, y tengo los mejores recuerdos de mi vida en ella.

Y en lo que hace a mi ingreso en la universidad, a comienzos de 1971 fui a la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza, donde había estudiado, a buscar el diploma que acreditaba mi título de abogado y encontré en el patio al secretario de la Facultad, el licenciado Juan Carlos Pereira, quien me dijo —con su habitual tono brusco— que estaba buscando un secretario para el Instituto de Filosofía Jurídica de la Facultad y que si me interesaba el cargo. Por supuesto que acepté antes de que terminara de hablar, y de este modo, a los pocos días, inicié mi carrera universitaria, que ha continuado hasta ahora, a lo largo de más de cuarenta y tres años. El sueldo no era gran cosa, pero como lo sostiene Gilson en *Le philosophe et la théologie*, me aseguraba un tipo de vida al que sólo son merecedores unos pocos: austero pero con mucho tiempo libre y largas vacaciones, con la posibilidad de pasar la vida entre libros y conversaciones inteligentes y de gozar de la amistad de gente en general culta. Quiero destacar que Pereira fue por décadas un importante directivo de la Facultad mencionada y sus iniciativas fueron en general de gran beneficio para la institución.

En ese entonces la Universidad de Mendoza era una institución académica privada —y lo sigue siendo— que tenía sólo once años de antigüedad, lo que haría reír a un universitario europeo, capaz de medir en siglos la historia de su casa de estudios. Pero en compensación, estaba animada del espíritu entusiasta y optimista de las creaciones recientes; el principal portaestandarte de este espíritu era su fundador, el doctor Emilio Descotte, un abogado-historiador que había sido socialista en su juventud y que con los años se había vuelto —sensatamente— un conservador liberal. Había organizado la Universidad, en cuya acta de fundación aparecían muchos de los más notables personajes de Mendoza de entonces, al modo de una universidad medieval, es decir, como una asociación civil de profesores, que ofrecían sus servicios a cambio de una remuneración pagada por los estudiantes. Las autoridades se elegían —y se eligen todavía— por el voto de los profesores, y en general existía un clima de amistad intelectual y de camaradería académica que recuerdo con satisfacción y nostalgia. Tengo aún presente que un mes, siendo yo estudiante, no se pagaron los sueldos docentes por dificultades financieras, sin que nadie esbozara una protesta ni pusiera mala cara.

Acto seguido a mi ingreso al Instituto, me adscribí a las cátedras de Derecho Político y de Filosofía Jurídica, que estaban ambas a cargo del ya citado Benigno Martínez Vázquez, que no sólo hacía honor a su nombre, sino que era un profesor estudioso y dedicado. Lo secundaba un profesor de filosofía llamado Nolberto Espinosa, que había hecho su tesis en España y realizado estudios posdoctorales en Alemania, de donde trajo conocimientos muy actualizados y una esposa alemana. Los dos eran muy buenos docentes y personas muy cordiales, y mantuve con ellos una relación amistosa y agradable; Martínez Vázquez, quien fue presidente de la Suprema Corte de la Provincia, falleció hace ya varios años; Espinosa, por su parte, retirado hace ya tiempo, vive en una casa cercana a la Universidad y sigue leyendo asiduamente en alemán. Pero lo que interesa es que ambos contribuyeron mucho a mi formación, prestándome libros, corrigiendo mis primeros trabajos, discutiendo conmigo cuestiones filosóficas y ayudándome en mi carrera universitaria, por lo que tengo para con ambos una sentida deuda de gratitud.

Al año siguiente de comenzar a trabajar en el Instituto y de iniciar la adscripción a las cátedras que mencioné, decidí hacer mi tesis doctoral, y no podía ser de otra manera, ya que mi padre, cuando le entregué la boleta que certificaba la aprobación de mi última materia, me dijo escuetamente: “muy bien, ahora hay que pensar en el doctorado”. Además, la Universidad había creado hacía un año la carrera de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales, y en 1972 se abrían los primeros cursos ordinarios. En ese entonces, la parte estructurada de la carrera se componía de un solo curso, que duraba un año y que podía ser de derecho público, de derecho privado o de filosofía del derecho. Por supuesto que me inscribí en este último, que era el que tenía menos cursantes, pero que fue impartido por Rubén Calderón Bouchet, a quien ya he citado, y que dio un curso magnífico, cuyo contenido era la historia del pensamiento político occidental, desde Sócrates a Maritain. Se impartía todos los sábados a la mañana de 10 a 13 h, con un breve descanso en el medio; recuerdo haber disfrutado enormemente esas clases: bien expuestas, interesantes, eruditas y divertidas. Para aprobar el curso, redacté un trabajo sobre la noción de derecho en Francisco Suárez, que Calderón corrigió con benevolencia, y publiqué en una ignota revista de San Juan. Fue mi primer publicación seria —había realizado otras, pero de corte periodístico— y visto a la distancia del tiempo, no estuvo mal, en especial para un joven mendocino de 28 años.

Y llegado el momento de pensar en el tema de la tesis, se me ocurrió escribir algo sobre la concepción marxista del derecho; hay que recordar que en 1973 estábamos en medio de una oleada de subversión ideológica más o

menos marxista, y la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, una de las más importantes del país, había pasado a llamarse *Liberación y derecho*, y en la cual sólo se publicaban artículos de extrema izquierda, que propugnaban la supresión del derecho y del Estado, y la emancipación de las masas del imperialismo norteamericano. El director debía ser profesor de la Universidad y designé a Martínez Vázquez, pero como acababa de ser nombrado miembro de la Suprema Corte y tenía mucho trabajo, recurrí a Calderón Bouchet, quien aceptó ser mi director de hecho y comenzó por prestarme un montón de libros sobre el marxismo. Además, me dijo —con muy buen criterio— que me concentrara en las interpretaciones actuales del marxismo en el campo jurídico, ya que de lo contrario la tesis adquiriría una extensión desmesurada y demandaría un tiempo excesivo.

Me puse por lo tanto a leer a Marx en las *Obras completas* que, en su edición francesa, me prestó Alberto Falcionelli, un historiador francés monárquico que era profesor en la Universidad de Cuyo y amigo de mi padre. Además de prestarme los libros, Falcionelli me indicó en qué obras —evidentemente, las había leído todas— hablaba Marx del derecho y en qué lugar de cada una, con lo que me alivió sensiblemente el trabajo. También fui a la librería de Juan Blaton de Buenos Aires (Blaton era un librero belga que sabía bastante de filosofía y cuya librería vendía sólo libros de esa área del saber) y compré y encargué todo lo que pude sobre marxismo y derecho, que en esos años era bastante. De todos modos, pasé tres años leyendo sobre el tema, quitándole horas al trabajo y a mi familia; aquí debo agradecer a mi suegro, quien, a pesar de su explicable desconcierto por mi vocación intelectual, me dejó el tiempo libre necesario para estudiar, y a María Cecilia, quien paseaba por el barrio con nuestros dos primeros hijos para que hubiera silencio en casa y pudiera terminar la tesis, que finalmente terminé y quedó bastante bien armada según los criterios de esa época —estamos hablando de 1975— y en donde se sostenía la tesis de que las interpretaciones más en boga de la iusfilosofía marxista: la comunista soviética, la estructuralista francesa y la italiana del uso alternativo del derecho, en realidad no respetaban el pensamiento de Marx, quien era mucho más economicista, determinista y simplista que las versiones de sus ideas que estas interpretaciones proponían.

En octubre de 1975 defendí la tesis en el Aula Magna de la Facultad de Arquitectura —que era la más selecta de la Universidad— ante un tribunal compuesto por Raúl Enoc Calderón (quien era el decano de la Facultad), Nolberto Espinosa, Rubén Calderón, Benigno Martínez Vázquez (en esos años el director de la tesis integraba el tribunal) y Bernardino Montejano, quien era profesor en la Universidad de Buenos Aires. Era claramente un

tribunal favorable, como deberían serlo todos los jurados de tesis doctorales, y juzgó la tesis con benevolencia, otorgándole la máxima calificación y recomendado su publicación, la cual realizó la editorial Abeledo-Perrot de Buenos Aires, con un estudio preliminar del mencionado Montejano, y que se agotó en pocos meses dada la gran actualidad de la temática y el prestigio de la editorial. Esta misma casa editora me pidió poco después que realizáramos una segunda edición, pero ya estaba estudiando otras cosas y consideraba que había que ampliar el texto en algunos puntos, para lo que no tenía demasiado tiempo; además, ya se había pasado el furor de todo lo que se vinculara con el marxismo y decidí entonces no reeditarla; después me arrepentí de esta decisión, pero ya era tarde para reverla.

Lo importante de todo esto fue que el haber defendido mi tesis doctoral relativamente joven significó para mí una serie de ventajas enormes en mi carrera académica, sobre todo en una época en la que los doctores en derecho eran muy pocos. En efecto, gané varios concursos y obtuve varias designaciones gracias a mi condición de doctor, además de otorgarme un prestigio seguramente excesivo, ya que, en realidad, el doctorado sólo acredita que se ha realizado una investigación seria sobre un tema puntual y que se es miembro pleno de la comunidad académica. De aquí en adelante, siempre recomendé a mis discípulos y estudiantes realizar la tesis doctoral lo antes posible, no sólo porque cuando se es joven es más fácil realizarla, sino porque entrena en la investigación seria y abre los caminos de la vida universitaria.

IV. LAS CÁTEDRAS Y LOS PRIMEROS LIBROS

Como acabo de decir, el haber defendido mi tesis doctoral me favoreció enormemente en mi ulterior carrera académica, en especial dándoles un argumento decisivo a quienes me propusieron para ingresar en algunas cátedras: en primer lugar, en la de Filosofía del Derecho I (contenía la parte histórica) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Cuyo, que tiene su sede en la vecina provincia de San Juan y a la que íbamos todos los viernes por la tarde (dábamos tres horas de clase) en el auto de Benigno Martínez Vázquez. La titular de la cátedra era Sylvia Martínez Zuviría de Caballero Vidal, una muy buena docente y excelente persona, que no sólo me propuso para profesor adjunto de su cátedra, sino que me encargó el dictado de toda la parte histórica y me ayudó en todo lo que pudo para que mi docencia en San Juan fuera exitosa y placentera. Por supuesto que aproveché para estudiar en serio la historia de la filosofía del derecho, con el método de estudiar

en profundidad, el primer año, la de la Edad Antigua, el segundo, la de la Medieval, y así sucesivamente; el resto lo explicaba siguiendo unos manuales (Truyol y Serra, Fassò, Villey, Hervada y Corts Grau), hasta que supe toda la materia por mí mismo; entonces renuncié, ya que había sido nombrado en Mendoza y no podía mantener ambas obligaciones. Pero esos viajes me sirvieron enormemente no sólo para enriquecer mi amistad con Martínez Vázquez, sino para aprender historia de la filosofía y entrenarme como profesor universitario.

Mientras tanto, había sido designado ayudante diplomado (que es el equivalente a un jefe de trabajos prácticos) de Introducción al Derecho en la Universidad de Mendoza, en la cátedra de la que era titular Luis Sarmiento García, donde me desempeñé por tres años, hasta que se abrió otro primer año en razón de la cantidad de alumnos, y fui nombrado profesor adjunto interino (a cargo de la titularidad) en la cátedra “C” de Introducción al Derecho. Mientras tanto, seguía haciendo mi adscripción en Filosofía Jurídica, en la que daban clases Martínez Vázquez y Calderón Bouchet, clases en las que no sólo aprendí muchísimo, sino que me formaron en el arte de la docencia universitaria, que tiene sus propias reglas y habilidades. En esa cátedra fui designado adjunto a los pocos años, e inmediatamente después Martínez Vázquez renunció a ella, dejándome a cargo de la enseñanza, primero como adjunto encargado y luego como titular interino. En esta cátedra me he desempeñado desde entonces (febrero de 1976) hasta la actualidad, y ella me ha dado enormes satisfacciones, no sólo en el aspecto docente, sino también en el de la investigación y de las relaciones personales.

Además, por ese entonces había comenzado a publicar artículos en diversas revistas argentinas, como *El Derecho*, *Sapientia* (que es la revista argentina en la que más he escrito), *Idearium*, el *Boletín de Estudios Políticos* y *Mikael*, y reuní cinco de esos trabajos en un breve libro —de 140 páginas— que publicó la editorial Abeledo-Perrot de Buenos Aires con el título de *Sobre el realismo jurídico*. El libro contaba con un prólogo muy elogioso de Germán Bidart Campos, quien ha sido indudablemente el más grande constitucionalista del país, y los diferentes capítulos se referían a temas centrales de la filosofía del derecho: el concepto de derecho, su fundamento filosófico y su concreción judicial. Estos trabajos sirvieron para aclararme los temas principales de la filosofía jurídica, ya que los temas más dificultosos de todo saber sólo se aclaran cuando se habla o se escribe sobre ellos, en especial cuando se los consigna por escrito. El libro tuvo una gran difusión, y todavía hoy me encuentro con bastante gente que lo leyó y —lo que es más importante— recuerda lo que decía.

En ese libro aparece un trabajo dedicado a un iusfilósofo francés cuyos trabajos acababa de conocer y apreciar: el profesor de la Universidad de París, Michel Villey. Este relevante estudioso dirigía la entonces magnífica revista *Archives de Philosophie du Droit*, y defendía un iusnaturalismo de corte romanista, privatista y centrado en los derechos reales, que en ese momento me parecía insuperable. Villey elaboró su doctrina partiendo de la experiencia jurídica concreta y renegando de los iusnaturalistas que elaboraban su pensamiento desde la perspectiva teológica o simplemente moral. Esto último me atrajo fuertemente, aunque con los años he considerado que la visión general del pensador francés era excesivamente limitada y reductiva. Unos años después, Villey fue a Chile a unas *Jornadas de Derecho Natural* y conseguí que bajara de paso en Mendoza y diera dos conferencias que resultaron sumamente atrayentes y desafiantes para los asistentes, en general limitados a la lectura de la primera edición de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen y del penoso manual de *Introducción al derecho* de Aftalión, García Olano y Vilanova. Villey tenía cara de chino (su madre era vietnamita) y era poco simpático, como casi todos los franceses, pero evidenciaba el nivel superlativo de las investigaciones europeas y la apabullante cultura de sus profesores. Además fue muy generoso conmigo. Volveremos a hablar de él.

También por esos años había recuperado la relación con Guido Soaje Ramos, un muy buen profesor e investigador de ética y filosofía del derecho a quien había conocido en Mendoza durante mi infancia, ya que era amigo de mi padre y tenía un hijo de mi misma edad. Soaje se distanció de mi padre por cuestiones tontas que cuesta entender hoy en día y por lo tanto dejé de verlo hasta los años setenta, en que se desempeñaba como profesor de Filosofía del Derecho en la UBA, director del Instituto de Filosofía Práctica e investigador principal del Conicet. Lo reencontré en un congreso y fue muy amable conmigo, y a partir de ese momento mantuvimos relaciones de amistad cordial y generosa, especialmente de su parte; corrigió trabajos míos, discutimos temas de filosofía práctica y me invitó a disertar en su Instituto y a publicar en la revista *Ethos*, que él dirigía y era el medio de expresión del INFIP. En especial, Soaje me enseñó el arte del trabajo intelectual riguroso, ya que él lo era hasta extremos excesivos, y promovió mis tareas intelectuales de modo activo y consecuente, hasta su muerte en Córdoba a los 84 años.

De lo que he venido diciendo hasta ahora, se puede tener la impresión de que tuve una suerte inmensa y que todo el mundo fue amable y generoso conmigo, lo que podría aparecer como extraño; pero efectivamente las cosas fueron así, al menos en líneas generales. En una oportunidad, Espinosa me dijo: “usted es un hombre afortunado y no sabe la ventaja que eso

significa en la vida”, siguiendo en esto el *dictum* de Aristóteles según el cual para ser feliz era necesario “tener buena fortuna”. Esto es algo que siempre me ha asombrado: la gran mayoría de las personas importantes y destacadas con las que traté me ayudó positivamente en mi carrera, me ofreció cargos y lugares donde publicar, me invitó a dar conferencias y a participar en reuniones académicas; de hecho, nunca gestioné los varios cargos que tuve, siempre me los ofrecieron espontáneamente, inclusive algunos que no pude aceptar por falta de tiempo vital. No sé si muchos otros habrán tenido esta misma experiencia, pero para mí fue un dato vital importante y que me marcó profundamente y he tratado de replicarlo en mi trato con los demás.

V. LA FUNCIÓN DIRECTIVA Y MÁS LIBROS

En 1975 tuvo lugar un cambio de autoridades en la Universidad de Mendoza, la cual, en 1974, había sido objeto de una injusta y persecutoria intervención por parte del gobierno nacional, con el enmascarado propósito de nacionalizarla y entregarla a un grupo sectario de seguidores. Superada la intervención por la resistencia activa y beligerante de profesores y estudiantes, que incluyó la toma de la Universidad por estos últimos, hubo un periodo de transición que finalmente terminó con la elección del ingeniero Salvador Puliafito, como rector, y de Héctor Corvalán Lima, como vicerrector y decano de la Facultad de Derecho. Yo conocía a Corvalán desde unos años antes y nos habíamos hecho grandes amigos; era un abogado de éxito e historiador de vocación; había escrito varios trabajos destacados sobre Artigas, Rosas y otros personajes de la historia Argentina. Era profesor de Historia de las Instituciones Políticas y uno de los mejores oradores que he conocido, además de político hábil y convincente. En cuanto fue nombrado decano, me ofreció el cargo de secretario académico de la Facultad, que acepté sin chistar, fundamentalmente porque estaba asociado a un sueldo que me permitiría abandonar el ejercicio de la abogacía, que ya me tenía saturado y agobiado. Y esto último no por las circunstancias de su ejercicio, que fueron bastante buenas (sobre todo las económicas), sino por mi rechazo visceral a los trámites, colas, expedientes, embargos, desembargos y discusiones inconducentes, en especial con empresarios, que resultaron ser —en contra de lo que sería lógico— la gente más irracional que pudiera pensarse.

Me instalé, entonces, en la Secretaría Académica, donde lo pasé muy bien, aunque por poco tiempo, ya que al año siguiente me ofrecieron ser secretario académico del Rectorado, es decir, con mayor jerarquía y mejor sueldo. Allí trabajé varios años con Puliafito y Corvalán en gran armonía

y provecho, ya que hicimos cosas importantes para la Universidad: reformamos el Estatuto y los Reglamentos de las facultades, creamos el Departamento de Investigaciones, reglamentamos la carrera docente, creamos la revista *Idearium* y la *Revista de la Universidad de Mendoza*, pusimos en marcha la Editorial de la Universidad (EDIUM), construimos un nuevo edificio para la Facultad de Derecho y el Rectorado, hicimos lo necesario para duplicar la matrícula de la Universidad, saneamos sus finanzas, organizamos congresos internacionales y muy numerosos asados, ya que Corvalán era muy sociable y excelente gourmet (cuando se terminó el edificio de Derecho, hizo construir una parrilla en la terraza). La proliferación de asados no era muy buena para su salud, ya que estaba enfermo del corazón, y tuvimos varios sobresaltos en la Universidad por su persistente enfermedad, que lo llevó a la muerte mientras ejercía el cargo de rector.

Pero además de la labor directiva, a la que dedicaba la mitad de la jornada, seguí estudiando firmemente y publicando artículos y libros. Entre estos últimos, quiero destacar un breve ensayo intitulado *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, que se refería a la sustitución de modelo clásico del pensamiento jurídico por el racionalismo continental y el empirismo inglés, con fuertes repercusiones en el ámbito jurídico y político; todo esto desarrollado muy en la línea de las doctrinas de Michel Villey, que era la influencia preponderante en mi pensamiento por esos años. También publiqué una colección de ensayos de filosofía política con el título de *La revolución tecnocrática*, que incluía un trabajo sobre el tema del título, otro sobre la concepción marxista de la justicia y otro sobre *Tomás Moro y su significado en el nacimiento de la Edad Moderna*, que lo escribí al cumplirse quinientos años de su nacimiento; este humanista londinense fue para mí siempre un modelo de vida personal, de compromiso político y de fidelidad religiosa. Asimismo, escribí, en estos años —los últimos años setenta— un breve ensayo que intitulé *El renacer de las ideologías*, en el que explicaba mi escepticismo acerca de la tesis de la “muerte de las ideologías”, difundido en los años sesenta por una serie de pensadores relevantes, y desarrollaba una tesis bastante original sobre la naturaleza y desaciertos del pensamiento ideológico.

En este mismo periodo me presenté a un concurso abierto para la titularidad en la cátedra de Teoría Política Normativa de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Cuyo; como tenía el doctorado y varias publicaciones en la materia, lo gané y comencé a desempeñarme como profesor en esa Universidad, donde explicaba en realidad filosofía política, en el sentido propuesto por Leo Strauss en *What's Political Philosophy?* En esta cátedra expuse a Platón (el de *La República* y *El político*), *La política* de Aristóteles; a John Locke, a Marx y la *Teoría del Estado* de Ernesto Palacio, el más impor-

tante libro de ese tema escrito en la Argentina. También saqué varios temas de la *Introducción a la teoría del Estado*, de Arturo Sampay y de *La prudencia política* de Leopoldo Eulogio Palacios, libros todos ellos con los cuales había logrado estructurar una visión bastante actualizada de la filosofía política realista clásica. A esa visión opuse el ideologismo moderno y contemporáneo, que resumí en el libro citado más arriba, que se agotó en pocos meses y que tontamente me opuse a su reedición. Pero en rigor, a pesar de que en esa Facultad había buenos profesores de los que era buen amigo, nunca me sentí propiamente incluido o involucrado en los avatares de esa dependencia académica; de hecho, cuando me ofrecieron en ella un cargo directivo, lo decliné sin tristeza, pues no me sentía propiamente “parte” de la Facultad.

VI. EL VIAJE A EUROPA DE 1981-1982

Hasta este momento del relato, todas las actividades y acontecimientos que he relatado y comentado tuvieron lugar exclusivamente en la Argentina, pero en 1981 decidí, junto con dos amigos y colegas en la filosofía del derecho, Carlos Raúl Sanz y Rodolfo Vigo, hacer un viaje académico a Europa, con la finalidad principal de frecuentar el *Centre de Philosophie du Droit* de la Universidad de París, que dirigía Michel Villey. De hecho, Villey me había invitado a dar una conferencia en una de las sesiones semanales del *Centre*, que en ese ciclo lectivo versaban sobre la responsabilidad jurídica. El viaje comenzó en Madrid, donde reencontramos a Enrique Zuleta Puceiro, quien entonces vivía en España; conocimos a Juan Vallet de Goytisolo, Andrés Ollero y Antonio Fernández-Galiano, e hicimos un poco de turismo, limitado porque hacía un frío horroroso; después nos enteramos que era el invierno más frío de Europa en los últimos 35 años. De allí fuimos en un auto alquilado a Pamplona, pasando por Burgos (hacía más frío que en Madrid), donde conocimos la ciudad vieja y la magnífica catedral, con la tumba del Cid Campeador y de su esposa. El viaje de Burgos a Pamplona fue hecho bajo la nieve más tupida, y cuando llegamos a la ciudad nos alojamos en el hotel “La Perla”, frente a la plaza del Castillo, el mismo donde había vivido Hemingway durante sus andanzas navarras, que cuenta en su atractiva novela *Fiesta*.

Al día siguiente —seguía el frío infernal— fuimos al campus de la Universidad de Navarra, donde habíamos acordado un encuentro con Javier Hervada, profesor allí de Filosofía del Derecho y de Derecho Canónico, así como notable intelectual y jurista, de quien me hice después buen amigo. Nos mostró la Universidad, bastante más reducida de lo que es hoy en día, pero con un entorno y unos edificios notables, y nos llevó a comer con

Francisco Carpintero, quien era en ese momento su adjunto y con un doctorando mexicano de cuyo nombre no puedo acordarme, a un restaurante muy distinguido que se llama Rodero; allí conocimos a Pedro Lombardía, un canonista notable, que estaba casualmente comiendo en ese lugar. La Universidad nos causó una muy buena impresión, fundamentalmente por sus excelentes profesores, su magnífica biblioteca y el espíritu de estudio y el ambiente de amistad universitaria que reinaba en sus claustros.

De allí fuimos en tren a Barcelona (en el tren nos cocinamos de calor por la excesiva calefacción), donde hicimos sólo un poco de turismo y tomamos un avión de Air France para París. Allí hacía más frío que en España —llegó a haber más de 10 grados bajo cero— y estaba todo cubierto de una gruesa capa de nieve. Nos recibió Enrique Morad, quien era amigo de Carlos Sanz y dirigía la Casa Argentina en París, un magnífico edificio inaugurado en los años veinte por Marcelo T. de Alvear, que alojaba a estudiantes de posgrado y profesores que estudiaban en esa ciudad; allí nos instalamos, ya que el alojamiento era muy bueno y muy barato, y una línea de subterráneo (*Métro*) nos llevaba hasta la Universidad de París II, a la que pertenecía la Facultad de Derecho. Ésta estaba en pleno barrio latino, frente a la *Place du Panthéon*, donde está el Panteón que le da su nombre, la Mairie (ayuntamiento), la *Bibliothèque* de la *Sorbonne* y la iglesia gótica de *Saint-Étienne-du-Mont*. El Panteón es un santuario laicista, donde se venera a una gran cantidad de personajes de la República francesa y están las tumbas de unos pocos, desde Voltaire a Mme. Curie, construido en un estilo neoclásico frío y presuntuoso. La zona está llena de bares y librerías, entre ellas la muy conocida *Librairie Dalloz*, y en esos bares nos reunimos varias veces con George Kalinowski a hablar de lógica y filosofía del derecho.

La Universidad de París era entonces —y creo que lo sigue siendo— profundamente burocrática y fría, y contrastaba con lo que habíamos visto en la Universidad de Navarra, pero se estudiaba en serio y había profesores notables, entre los que conocimos a Henri Battifol, Jean Carbonnier, Christophe Grzegorzcyk, Mahomed “El Shakankiri”, Francois Terré y Guy Augé. Allí fuimos a los seminarios semanales que organizaba Villey y a los que iban bastantes profesores y que presidía Battifol, en su condición de antiguo decano de la Facultad. En uno de estos seminarios expuse un *paper* sobre *Los fundamentos de la responsabilidad civil en el iusnaturalismo clásico*, que fue bastante debatido, debate del que salí airoso gracias a la eficacia de las lecciones de Mme. Nicolás. También fuimos a las clases de Villey en el *Cours d'études approfondies*, al que asistían los doctorandos de la Facultad, y cuyo nivel no me satisfizo para nada; la explicación que dio después Villey fue

que, como los estudiantes venían de varios países con niveles de educación dispares, había que bajar el nivel para que todos entendieran.

En los seminarios mencionados me hice amigo de Georges Kalinowski, un sensacional lógico, ético y filósofo del derecho polaco, que había emigrado de Polonia por la persecución, primero nazi y después comunista, y que estaba casado con una francesa muy agradable, pero de muy mala salud. Su única hija Agnes se casó después con Michel Bastit, un destacado profesor de filosofía práctica. Vivía en Orsay, cerca de París —se llegaba por tren— donde fui a visitarlo un par de veces; su casa quedaba en la Rue Maginot frente a un bosque, y cuesta creer que le pusieran a la calle ese nombre, a la vista de los resultados de la famosa *Línea*. Kalinowski era íntimo amigo de Juan Pablo II, a quien, siendo Georges decano de la Facultad de Filosofía de Lublin, designó como profesor de ética, pensando que tenía mucho futuro. Estando yo en su casa de Orsay, recibió una carta de Wojtyła, escrita por supuesto en el incomprensible idioma polaco. Varios años después conversé brevemente en Roma sobre Kalinowski con Juan Pablo II, quien lo recordó vívidamente y con mucho cariño. En esa oportunidad tuve la ocasión de conversar también con Joseph Ratzinger, quien me pareció extraordinariamente inteligente, a la vez que sencillo y empático; es un hombre físicamente pequeño, pero inmenso moral e intelectualmente.

Por supuesto que en París fuimos a todos los museos y lugares turísticos, pero también a la librería Vrin, que queda en la *Place de la Sorbonne*, frente al edificio homónimo, y donde sólo hay libros de filosofía en cantidades asombrosas, y por lo general buenos. También fuimos a *caves* de Jazz, en especial a dos: *Le chat qui pêche* y *Le petit journal*. En este último escuché al genial pianista francés Claude Bolling y a un notable saxofonista tenor que creo recordar que se llamaba René Richard. Asimismo, hicimos varias recorridas en el auto de Morad por el noroeste de Francia, visitando Chartres, el Mont Saint-Michel, Rennes, Ruan y Reims. Fuimos también a Saint-Malo, Chambord, los Castillos del Loire, Caen y Lisieux, donde visitamos la tumba de Santa Teresita. Todo esto en medio de un frío devastador y de una nieve que se elevaba un metro y medio a cada costado del camino.

Después de estas peripecias francesas, decidimos dividir nuestros destinos: Carlos Sanz se fue a recorrer el sudeste de Francia, mientras que Rodolfo Vigo y yo decidimos visitar las Islas Británicas. Fuimos a Inglaterra en camión, que en este caso tenía dos volantes, uno a la izquierda y otro a la derecha, para manejarlo en Francia o Inglaterra, respectivamente. Al llegar a Dover desde Boulogne, en el buque HMS Leopard, la policía británica nos demoró a los dos argentinos bastante más que a los demás pasajeros, con una requisitoria especialmente profunda y molesta y varias llamadas

telefónicas; finalmente nos dejaron entrar. Lo que no sabíamos era que en febrero de 1982 ya había ocurrido el incidente de Davidoff en las Georgias del Sur, y que por lo tanto se estaba por desencadenar la Guerra de las Malvinas. Evidentemente, los ingleses estaban al tanto.

Después de diez días en Inglaterra, regresamos a París por el mismo camino —y con el mismo camión y el mismo chofer francés que manejaba indistintamente y bien por la izquierda y por la derecha— y fuimos invitados por Villey a comer en un restaurante. Fuimos a buscarlo a su departamento en la Rue d'Assas, en el que tenía todo decorado al estilo oriental —seguramente vietnamita, pues había sido profesor en la Universidad de Saigón— y presidido por un inmenso órgano de tubos, como el de una catedral, con una obra de Bach puesta en el atril. Allí nos enteramos de que era organista consumado —de hecho, nos dijo que su real vocación había sido esa— y que lo ejecutaba habitualmente, con la consiguiente desazón de los vecinos, que le habían impuesto —justificadamente— un horario estricto para tocar. Fuimos —Vigo, Villey y yo— a un restaurante muy pintoresco en el Boulevard Saint Michelle, en el que Villey nos sugirió que escogiéramos el menú económico; en ese punto, era un francés consumado.

De París fuimos a Roma en un avión de Alitalia e hicimos una visita predominantemente turística, que incluyó un viaje a Nápoles y otro a Florencia, la cuna de mis ancestros italianos. Pero hicimos muy poco en lo académico, salvo visitar el notable Sergio Cotta, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma, quien nos llevó a una conferencia de Uberto Scarpelli, un defensor a ultranza del positivismo jurídico, en su versión crudamente no-cognitivista. Después de la conferencia hubo un largo y bien argumentado debate, del que sacamos la conclusión de que las discusiones iusfilosóficas tenían en Italia mucho más nivel y eran más interesantes que las que habíamos compartido en Francia. También compramos algunos libros en la librería Ancora, que queda en la Vía della Conciliazione, y que es realmente enorme y está muy bien provista de libros de filosofía.

El resultado importante del viaje a Europa que acabo de relatar sucinatamente fue para mí la adquisición de varias enseñanzas, la principal de las cuales fue tomar conciencia del nivel en el que allí se trabajaba en la investigación y la docencia: muy riguroso, con referencia directa a las fuentes originales, disponiendo de una bibliografía exhaustiva y con la posibilidad efectiva de debatir periódicamente las ideas con colegas acreditados y solventes. Todo esto supone, por supuesto, que *todos* los profesores se dediquen de tiempo completo a la universidad, que las bibliotecas estén rigurosamente actualizadas y que se disponga de espacios, personal de apoyo y tecnología adecuada; que los sueldos sean decentes, ya que si bien ellos son bajos

(en relación con otros salarios profesionales) en todo el mundo, no se puede exigir una dedicación completa a quienes no se les paga lo necesario para vivir dignamente. Y que no haya política partidista en la universidad, ya que de las varias universidades que visité, me parecieron mejores cuanto menos cabida le daban a la política agonal.

VII. EL INGRESO AL CONICET Y A LA FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS

Poco tiempo después de regresar de Europa, me encontré en un congreso con Alberto Caturelli, un destacado filósofo argentino, quien ha realizado contribuciones relevantes a la historia del pensamiento argentino, y me preguntó si no me interesaba ingresar al Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet), del que él era miembro desde hacía décadas. Me explicó que esa institución se regía por criterios bastante objetivos —al menos para los estándares nacionales— y exigía un trabajo riguroso y una producción intelectual prolífica y de calidad; además, me aseguró que el sueldo era bastante decente y que con mis antecedentes y publicaciones podría ingresar sin inconvenientes. Después de consultarlo con la almohada y con mi mujer, decidí presentarme al próximo llamamiento, cosa que hice puntualmente y con grandes expectativas de estabilidad y exigencia. Esto último porque siempre he creído que el hombre, salvo excepciones, es hijo del rigor y si no se tienen metas obligatorias que cumplir e informes que presentar a evaluación, no se trabaja todo lo necesario y con la calidad que se podría hacer.

El trámite de admisión en el Conicet demoró bastante; de hecho terminé ingresando en mayo de 1983, durante el gobierno de Alfonsín, en el que se produjeron varios cambios en ese organismo. El principal de ellos fue que ingresaron en masa a las comisiones asesoras afiliados del radicalismo y de otros grupos de izquierda, en general con la idea de aprovechar jugosamente el botín; en el área de derecho, el que tenía vara alta era Carlos Nino, lo que me trajo cierta tranquilidad, ya que si bien se encontraba bastante más a la izquierda que yo, era conocido por su objetividad y su talante liberal y poco sectario. Y efectivamente ingresé, y además en la categoría de investigador independiente, bastante superior a lo que había imaginado. Y siguiendo el consejo evangélico que hay que ser mansos como palomas y astutos como serpientes, propuse como tema de investigación el del fundamento de los derechos humanos en el pensamiento actual.

Me puse entonces a investigar ese tema en el utilitarismo y el liberalismo anglosajón, en el marxismo, en los diversos consensualismos, en la obra de

Carlos Nino y en el iusnaturalismo de John Finnis. A este último lo acababa de leer en su obra *Natural Law and Natural Rights*, que me había parecido oscura en su redacción pero enormemente interesante y desafiante en su contenido, ya que se presentaba una versión del iusnaturalismo clásico en el lenguaje, estilo argumentativo y problemática propios de la *Analytical Jurisprudence* anglosajona, en especial oxoniense. Esto significaba una absoluta novedad y —como todas las novedades— no fue bien comprendido por todos, y algunos iusnaturalistas hipotecaron su futuro para tratar de desacreditarlo. Por el contrario, a mí me pareció enormemente sugerente y útil para la difusión de la teoría del derecho natural, aunque no estuviera completamente de acuerdo con algunas tesis de su teoría ética, por lo que le dediqué varios trabajos y muchas horas de estudio. Unos años después lo visité en Oxford, donde tenía un despacho en el *University College* justo encima del de Ronald Dworkin; es una persona tímida y reservada pero enormemente agradable y cordial y nos hicimos buenos amigos y nos hemos visto prácticamente todos los años.

Pero antes de dedicarme al pensamiento de Finnis, había pasado tres años estudiando las ideas de Georges Kalinowski, a quien, como dije había, conocido en París, y cuyo libro *El problema de la verdad en la moral y en el derecho* me había parecido excepcional y cuyos trabajos de ética y de lógica jurídica y deóntica resultaron un avance notable en los estudios filosófico-jurídicos. Kalinowski había escrito *Initiation à la philosophie morale, Sémiotique et philosophie, L'impossible métaphysique, Querelle de la science normative, Études de logique déontique, Introducción a la lógica jurídica* (traducido por Juan A. Casaubon), *Teoría del conocimiento práctico* (en polaco), y una enorme cantidad de artículos en los que abordaba casi todos los problemas de la filosofía del derecho. De estos artículos traduje nueve, algunos con la colaboración de profesores amigos, y los publiqué conjuntamente en Buenos Aires con el título de *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, con un estudio preliminar mío. También escribí un libro sobre su pensamiento, que publiqué, con un prólogo de Javier Hervada, en la editorial de la Universidad de Mendoza. El título del libro fue *Derecho y ley en el pensamiento de Georges Kalinowski*, y es uno de los más desafiantes que he escrito. En especial porque este autor sostenía que, sin el rigor de la lógica y de la contemporánea metateoría de la ciencia, la filosofía termina transformándose inevitablemente en mera literatura; para él, la solidez argumentativa y la precisión semántica eran el supuesto imprescindible de toda buena filosofía y, en definitiva, de todo pensamiento. Bajo su influencia escribí un libro extenso, publicado con el título de *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, que él mismo prologó y que se ha reeditado ya dos veces.

De esa época son también dos libros que tuvieron bastante trascendencia, y en los que reuní varios de mis últimos trabajos: el primero, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, que fue publicado por Abeledo-Perrot y *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, que se publicó primero en Chile y luego en Buenos Aires y del que hay actualmente una tercera edición en prensa en México. En ambos volúmenes recojo los resultados de mis investigaciones de esa época en el Conicet, los cuales fueron pensados y elaborados bajo la influencia de las ideas de Kalinowski y Finnis, de quien había leído otros libros, como *Fundamentals of Ethics y Moral Absolutes*, y de quien volveré a hablar más adelante.

También en esos años —la segunda mitad de los años ochenta— me presenté a un concurso llamado por la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Cuyo para llenar la titularidad de la recién creada cátedra de Filosofía del Derecho; salió sorteado el tema de la filosofía analítica del derecho, y como lo sabía en detalle, gané la cátedra, que ejercí con dedicación y empeño hasta mi jubilación en 2011. En esta Facultad tuve oportunidad de hacer buenos amigos, entre los que quiero destacar a quien era entonces decano, Miguel Verstraete, un auténtico filósofo y un especial personaje universitario, y a Héctor Padrón, un profundo y refinado intelectual. Gracias a Dios, el ambiente en esta Facultad siempre fue mucho mejor —más académico— que aquel que percibí en la Facultad de Ciencias Políticas. Además, se trataba de la Facultad en la que había enseñado mi padre y ejercido como decano, por lo que dar clases allí era para mí una auténtica satisfacción. Todavía sigo yendo con gusto y provecho a conferencias y jornadas que se realizan en esa Facultad.

VIII. NAVARRA, ALEMANIA Y LA UNIVERSIDAD CATÓLICA

No he dicho nada hasta ahora, aunque la cronología lo hubiera exigido, de mis actividades en la Universidad de Navarra, a la que fui invitado durante varios años a dar cursos de doctorado en derecho en los meses de enero, en los que explicaba derechos humanos y filosofía del derecho. Pero sobre todo estudiaba en la magnífica Biblioteca de Humanidades, de la que recuerdo el copetín que se sirvió cuando llegó a tener un millón de volúmenes, cifra que hoy ha más que triplicado. Y no sólo estudiaba allí, sino que fotocopiaba artículos y libros, que después me sirvieron para alimentar mis investigaciones y darme cierta fama de erudito. También asistí allí varias veces a las reuniones filosóficas que se realizaban anualmente y en las que conocí a Robert Spaemann, Elizabeth Anscombe, Peter Geach, Fernando Inciarte y varios otros fi-

lósofos de renombre, que eran habitualmente invitados por esa Universidad. También me hice amigo allí de Pedro Serna, Rafael Alvira, Alejandro Llano, Alfredo Cruz Prados y Juan C. Cruz, con quienes continué manteniendo una fructífera amistad a través del espacio. Asimismo, frecuenté en Pamplona a destacados profesores europeos, como Francesco D'Agostino, Salvatore Amato, Ralph McInerny, Russell Hittinger, Dalmacio Negro y varios otros, pero especialmente a Antonio Millán Puelles, de quien ya dije que había sido amigo de mi padre y con quien mantuve varias veces conversaciones inteligentes, agudas y divertidas. Sobre su pensamiento político escribí un artículo que se publicó en 1994 en el *Anuario Filosófico* de la Universidad de Navarra.

Un año antes de esa publicación, solicité una beca del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) y la gané, con lo que pude ir unos meses como Visiting Scholar a la Universidad de Münster, en Wesfalia del norte, donde enseñaban Fernando Inciarte y Werner Krawietz y vivía Joseph Pieper, a quien visité en su casa de Malmedy Weg 10, ya retirado de la Universidad. Allí me alojé en el *Edith Stein Kollege*, y trabajé en el *Philosophisches Seminar*, fundamentalmente sobre el pensamiento de Rawls, sobre cuyas ideas conversé mucho con Inciarte, mientras caminábamos (*unter den Linden*) por los jardines del *Schloss* (palacio) donde está el Rectorado de la Universidad. Münster es una ciudad pequeña pero encantadora, que fue totalmente destruida durante la Segunda Guerra Mundial y luego reconstruida a nuevo, incluyendo la *Dom* (catedral) y la Iglesia de San Ludgeri, en cuya torre aún están las jaulas en que colgaron hasta morir a Juan de Leyden y dos de sus secuaces, luego del fracaso de su revuelta anabaptista de 1535. Cuando pregunté el porqué de la permanencia hasta ahora de las jaulas vacías en la torre de la iglesia, me contestaron que era como advertencia para eventuales revolucionarios.

Aproveché mi estadía en Münster para recorrer Alemania del norte, que tiene unos paisajes preciosos, y fui a Paderborn, Osnabrück, Hannover, Colonia (donde visité la tumba de San Alberto Magno) y Hamburgo. Y en la misma ciudad de Münster fui varias veces a la librería Herder, que tiene cinco pisos de libros y donde se puede encontrar cualquier título que a uno se le ocurra, y si no lo tienen, lo traen en una semana. Tuvimos un accidente de automóvil con Inciarte (quien manejaba muy mal), del que salimos ilesos, a pesar de que el auto quedó en medio del campo. Lo importante es que esa breve estadía en la Universidad alemana me convenció de que para estudiar en serio y hacer progresar el conocimiento es necesario —pero no suficiente— contar con bibliotecas bien provistas y actualizadas, tener un régimen de empleo docente estricto pero objetivo y sin acomodos políticos, y que exista un ambiente de estudio disciplinado y de sana competencia

intelectual, tal como ocurría en ese país. De lo contrario, los cargos universitarios se convierten en sinecuras prebendarias, botines políticos o reductos ideológicos, sin conexión seria con la ciencia, la sabiduría y la auténtica enseñanza.

Durante la estadía en Münster me reuní con Rodolfo Vigo y su mujer, Marita, con quienes habíamos acordado hacer un viaje a Inglaterra. Volamos a Londres desde esa ciudad alemana en un avión pequeño a turbohélice, que sobre el Mar del Norte se movió como una coctelera, y aterrizamos en un Londres con bastante buen clima, al menos comparado con el del norte de Alemania, donde llovía todos los días, hacía un frío de órdago y el sol salía veinte minutos por mes. En este viaje fui a Oxford a visitar a Finnis —Rodolfo no pudo venir, pues se enfermó del estómago— con quien mantuve largas conversaciones sobre los temas principales de la filosofía del derecho y visité casi todos los Colleges; me impresionaron especialmente el retablo de alabastro de la capilla del Magdalen College, la Iglesia de Saint Mary, donde predicaba John Henry Newman, el comedor del University College, que me mostró Finnis amablemente y las cúpulas de Oxford, que se ven magníficas desde la torre del Magdalen. El ambiente universitario que se respira en Oxford es realmente notable, y el cobijo de la arquitectura medieval es casi un imperativo para el estudio serio y meditado.

Poco tiempo después de esta estadía en Alemania —con la escapada al Reino Unido— me llamó Julio Raúl Méndez, un sacerdote salteño doctorado en filosofía en Roma con una excelente tesis sobre *El amor, fundamento de la participación metafísica*, y me ofreció —lo habían designado decano de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires— hacerme cargo de la cátedra de Ética en esa Facultad. Lo acepté de inmediato, como en general acepto los buenos ofrecimientos, y comencé a ir cada quince días a Buenos Aires a dar clases, secundado por una profesora excelente, Marisa Mosto, quien colaboró conmigo con dedicación y eficiencia. Cuando después de tres años dejé la cátedra, cansado de los viajes, Marisa se hizo cargo —merecidamente— de ella, y aún sigue dictándola al mejor nivel. Lo que me llamó más la atención en la UCA fue el muy buen nivel de sus estudiantes: inquietos, informados e inquisitivos; en rigor, fueron los mejores estudiantes que tuve en mi larga carrera docente. Además, esta actividad me obligó a leer —y estudiar— tres libros del notable eticista romano Giuseppe Abbà: *Lex et virtus, Quale impostazione per la filosofia morale?* y *Felicità, vita buona e virtù. Saggio di filosofia morale*, que están entre los mejores de Ética que he leído.

IX. LA SEGUNDA TESIS, LA “FILOSOFÍA DEL DERECHO” Y LAS OBRAS DE FINNIS

Al ser profesor en dos facultades de filosofía, me pareció que era pertinente y casi obligatorio doctorarme en ese saber, para acreditar mi solvencia para impartir esas clases. Decidí entonces doctorarme en filosofía en la Universidad de Cuyo, donde me eximieron de los cursos estructurados, en razón de que ya tenía un doctorado. Y me puse a investigar en el tema de la justicia, o de la distribución de los bienes y servicios en la comunidad política, tal como fuera presentada por los clásicos, los ilustrados y los revolucionarios. En la parte de los clásicos estudié las concepciones de Aristóteles y de Tomás de Aquino, poniendo de relieve las aportaciones originales del segundo, lo que debe haber disgustado enormemente a los tomistas blindados, que sostienen la perfecta continuidad entre ambos autores. Entre los ilustrados, estudié las propuestas de Hume y Kant, que veían a la justicia desde la perspectiva del individuo y no de la comunidad. Entre los revolucionarios escogí a Marx, que me pareció arquetípico, y quien sostenía claramente que para alcanzar el reparto ideal de bienes entre los hombres es necesario cambiar la naturaleza humana, lo que se lograría de un modo relativamente fácil: bastaba con modificar las relaciones de producción económica. Al estudio de estos autores, agregué la de la teoría de la justicia de John Rawls, que tiene la característica de ser meramente hipotética y contrafáctica, pero siguiendo —de modo bastante trivial— las huellas de los autores ilustrados.

Finalmente, desarrollé una versión personal de la concepción clásica, que pone el acento en el carácter analógico del concepto de justicia, cuyo analogado principal es la acción humana justa, que es la que da sentido a todo el resto y le otorga una naturaleza práctica y realista. Defendí la tesis en la Facultad de Filosofía, ante un tribunal formado por Mirko Skarica, de la Universidad Católica de Valparaíso, Alberto Caturelli, de la Universidad de Córdoba, y María Isabel Larrauri, de San Juan (en reemplazo de Juan de Dios Vial Larraín, de la Católica de Chile, que no pudo venir por una enfermedad). Me pusieron la nota máxima y pasé a ser Dr. Dr., como ponen los alemanes. Pero nunca me la creí y siempre pensé que —también en lo que se refería a la tesis— era fundamentalmente un deudor: de mis padres, de mi familia, de mis amigos y colegas, y fundamentalmente, de Dios, ya que como dice el lema de la Universidad de Oxford, *Dominus illuminatio mea*.

Un poco antes de embarcarme en la tesis, había concebido la idea de publicar un libro que resumiera el resultado de mis investigaciones en filosofía del derecho y sirviera de texto para mis estudiantes de Filosofía Jurídica.

Me puse entonces a hacerlo, tarea que duró varios años —casi diez— pero que me trajo grandes satisfacciones intelectuales, ya que me obligó a pasar en limpio todos los temas centrales de esa asignatura, muchos de los cuales había ya estudiado, pero que los tenía desordenados o sin haberlos redondeado totalmente. El resultado fueron tres tomos de más de doscientas cincuenta páginas cada uno, que abordan el concepto de derecho, en su pluralidad analógica (conducta, norma, derecho subjetivo), los derechos humanos, el derecho natural, la justicia, el conocimiento jurídico y la interpretación del derecho. Los editó muy cuidadosamente Abeledo-Perrot de Buenos Aires y el primer tomo ya debió ser reeditado.

Y a fines de los años noventa me puse a estudiar seriamente a Finnis, ya que, como dije, consideraba que su empresa intelectual resulta especialmente importante en momentos como los actuales, en que a la hegemonía del positivismo, que duró cien años: desde mediados del siglo XIX a mediados del siglo XX, ha sucedido una múltiple pluralidad de doctrinas concurrentes, que debaten entre sí, sin que ninguna alcance una real preponderancia. Finnis ha propuesto una versión del iusnaturalismo clásico que puede competir con el resto de las doctrinas que rivalizan en el mundo académico actual, tanto por su lenguaje, como por los problemas que aborda, su estilo argumentativo y sus referencias doctrinales. De hecho, en la comunidad académica cuando se tiene que hacer referencia al iusnaturalismo clásico, se remite a las obras de Finnis, que son el objeto inexcusable de críticas y diatribas, aunque también de elogios. Sobre sus ideas escribí varios artículos, publicados algunos en revistas importantes, como *Rechtstheorie* y *Persona y Derecho*, y que pienso recoger, junto con otro trabajo más extenso que estoy escribiendo, en un libro unitario. Por supuesto que no comparto todos y cada una de las tesis de Finnis, pero sí su teoría del derecho, su doctrina de los bienes humanos básicos, su visión de la filosofía jurídica como eminentemente práctico-normativa, su concepción de la ciencia jurídica y varios puntos más. Además, como ya dije, es un muy buen amigo, lo que pude verificar cuando aceptó venir a Mendoza, donde dio dos conferencias y compartimos un asado en la finca de los Toso, *El capacho*, en el departamento de San Carlos. En estos momentos estoy dirigiendo una tesis doctoral sobre su pensamiento, lo que me produce una enorme satisfacción.

X. SANTA FE, MÉXICO Y LA CORUÑA

También, a principios de los años noventa, fui designado director del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica de Santa Fe; se trata de una

universidad mediana, pero de bastante influencia en la zona del Litoral del río Paraná y bien organizada y gestionada. Allí trabajé con una joven profesora de filosofía del derecho, María de los Ángeles Manassero, quien era muy capaz, estudiosa (había defendido y publicado una excelente tesis doctoral sobre Chaim Perelman) y personalmente buena y encantadora. Lamentablemente, y sin haber probado un cigarrillo en su vida, murió a los 45 años de cáncer de pulmón, dejándonos a todos los que trabajamos con ella una ausencia y una tristeza inimaginables. Dirigí esa carrera hasta 2013, y tengo los mejores recuerdos de los docentes y colaboradores que trabajaron en ella, en especial del director de Posgrado de la Universidad, Juan Carlos Ballesteros.

Por otra parte, fui invitado a finales de los años noventa a dictar unas clases de Fundamentos de los Derechos Humanos en la Universidad Panamericana de México, que tiene su sede en un antiguo obrador colonial del siglo XVII, conservado de un modo magnífico, aunque ampliado en varias partes. Después de algunos años de clases, me invitaron a realizar todos los años una estadía de investigación de un mes, ofreciendo en ese periodo algún curso de posgrado, lo que he venido haciendo desde hace un tiempo, con excelentes resultados, al menos para mí. México es un país surrealista pero lleno de gente buena y entusiasta, que trata de llevar adelante bien las cosas, en especial las universitarias. Allí hice buenos amigos y publiqué varios libros: *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, editado por la UNAM, *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, de la editorial Porrúa, varios más en colaboración y una tercera edición de *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, que está por salir de la imprenta.

Y en lo que se refiere a Europa, fui invitado varias veces por Pedro Serna, quien ejerce de catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de La Coruña, a participar de varios proyectos de investigación con sede en esa Universidad y que suponían viajes anuales a Galicia, a veces con largas estadias. En uno de estos viajes coincidí un mes con Javier Saldaña, uno de los organizadores de este volumen, quien me enseñó a planchar las camisas y a utilizar los lavarropas comunes del hotel “El Portazgo”. Viajé también mucho por Galicia, que es un lugar de ensueño, a pesar de la lluvia casi constante, especialmente en invierno. Por supuesto que visitamos varias veces Santiago de Compostela, donde fuimos a la Catedral románica a ver el magnífico Pórtico de la Gloria y la ceremonia del *Bota Fumeiro*, un inmenso incensario, de más de un metro de alto, que se sacude de un lado al otro de la Iglesia, “botando fumo” para todos lados. Cuenta la leyenda que esto se hacía en la Edad Media para aplacar el olor corporal de los peregrinos a la tumba de Santiago, que de otro modo resultaría insoportable.

En La Coruña impartí varios seminarios sobre el pensamiento iusfilosófico de algunos autores contemporáneos, integré jurados de tesis doctorales y discutí largamente con Serna y varios de sus colaboradores los temas centrales de la filosofía del derecho. Pero también aquí aproveché para estudiar en la biblioteca, que no es tan completa como la de Navarra, pero está muy actualizada. Al revés de lo que sucede con la mayoría de las universidades de Europa, la de La Coruña es muy nueva, y tiene un campus grande y moderno en el predio donde tuvo lugar la Batalla de La Elviña, donde gallegos y escoceses derrotaron a las tropas napoleónicas durante la Guerra de la Independencia. Todos los años llega a La Coruña, para el aniversario de esa batalla, una delegación escocesa con gaitas, polleras y uniformes de época, y junto con varios gallegos (algunos tienen que hacer de franceses, ya que no consiguen gente de esa nacionalidad que vaya a celebrar una derrota) recrean la batalla, con caballos, cañonazos y sobre todo con mucha cerveza, que pareciera ser el motivo final de todo el montaje.

Y también quiero hacer mención a mi pertenencia, por más de treinta años, a la Sociedad Tomista Argentina, una asociación científica fundada en los años cuarenta por Tomás Casares, quien fue el primer presidente, Monseñor Octavio N. Derisi y varios otros, y presidida por Derisi durante décadas. Esta entidad, además de efectuar publicaciones, y programar cursos y conferencias, organiza todos los años la Semana Tomista Argentina (ya se han realizado 38), un congreso de filosofía en el que se han tratado los temas centrales de esa disciplina y al que concurren habitualmente destacados filósofos de América y Europa, entre los que recuerdo a Ralph McInerney, Vittorio Possenti, Leo Elders, Marie-Dominique Phillippe (quien daba la impresión de estar en presencia de un verdadero santo), Juan José Sanguinetti, Roberto Busa, Mauricio Beuchot, William Carroll, Abelardo Lobato y muchos más. Durante los últimos treinta años fui —con la correspondiente ponencia— a casi todas las semanas, lo que me obligó a estudiar varios de los temas fundamentales de la filosofía realista clásica y sintetizar alguno de sus aspectos para su exposición y el posterior debate. Durante los últimos años motorizaron la Sociedad Gustavo E. Ponferrada, Marycel Donadio de Gandolfi y Maia Lukac de Stier, quienes lo hicieron con dedicación, eficiencia y muy buenos resultados, y para quienes quiero dejar constancia de mi gratitud y reconocimiento.

XI. LOS ÚLTIMOS AÑOS Y UN BALANCE

Ya entrados los años dos mil, podemos decir que en líneas generales las cosas siguieron su curso habitual: dando mis clases de Filosofía Jurídica en la Fa-

cultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de Ética en la carrera de Psicología y de Bioética en la de Medicina, siempre en la Universidad de Mendoza. En 2010 me jubilé en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Cuyo y dejé la Secretaría Académica de la Universidad de Mendoza, quedando sólo como docente e investigador superior. Ya me había retirado del Conicet, en el que había llegado a ser investigador principal a los 45 años, resultando en ese momento el investigador más joven de esa institución en dicha categoría. Pero seguí publicando artículos, reseñas y libros; entre estos últimos cabe destacar *La ley natural y su interpretación contemporánea*, editado por EUNSA, en Pamplona, en 2006; *Teoría del derecho y de los derechos humanos*, publicado en 2011 en Lima por la editorial ARA, y *Facticidad y razón en el derecho*, que está en prensa en la Editorial Marcial Pons. También publiqué artículos en revistas colombianas, brasileras, españolas, italianas e inglesas, algunos de ellos en inglés y otros en italiano. En la gran mayoría de ellos analizaba críticamente el pensamiento de varios iusfilósofos contemporáneos: Sergio Cotta, algunos seguidores de la hermenéutica filosófica, como Francesco D'Agostino y Francesco Viola, Andrei Marmor, Owen Fiss, Luigi Ferrajoli, Duncan Kennedy, y el ya citado John Finnis.

También tuve la oportunidad de conocer desde dentro —que es como realmente se conoce— la universidad norteamericana; en julio de 2012 fuimos un grupo de argentinos y chilenos a trabajar como *Visiting Scholars* en la Universidad de Notre Dame, en South Bend, Indiana. Esta universidad está cerca de Chicago y se ubica entre las diez primeras de los Estados Unidos y entre las veinticinco primeras del mundo, y tiene un campus paradisíaco, con unos edificios magníficos y unas instalaciones asombrosas. Habíamos sido invitados por el Jaques Maritain Center, dirigido ahora por John Callahan y conducido de hecho por Alice Osberger, una viejecita encantadora que viene de la época de la dirección del recientemente fallecido Ralph McInerny, conductor icónico de ese centro de investigaciones por muchos años. Allí estudiamos en medio de una paz ambiental y abundancia de medios llamativa; baste pensar que la biblioteca tiene 17 millones y medio de volúmenes, y que los pocos que no tiene los consigue en tiempo récord. Yo aproveché la ocasión para leer las partes que más me interesaban de los cinco volúmenes de los *Collected Essays* de John Finnis, editados magníficamente en 2011 por Oxford University Press. Además, nos alojamos en un edificio de departamentos en el mismo campus, con unas instalaciones de una comodidad superlativa y un precio irrisorio. En Notre Dame tuve la oportunidad de conocer a Alasdair MacIntyre, uno de los filósofos políticos más relevantes de la actualidad, que trabaja en ese Centro y de reencontrarme con Bradley Lewis, un discípulo de Gerhard Niemeyer, a quien había

conocido en un congreso en México, y que estaba en el centro terminando un libro sobre el bien común. Realmente, luego de observar la superabundancia de medios y recursos de la universidad norteamericana, es necesario valorar adecuada y positivamente la labor que se realiza en las universidades y centros de investigación de Iberoamérica, en medio de una asombrosa escasez de medios.

Pero lo que me parece fundamental de estas últimas páginas es efectuar un balance, recuento o valoración puntual de los hechos centrales de mi vida académica, con la finalidad principal de sacar algunas conclusiones que sirvan de enseñanza o de experiencia anticipada para los universitarios de las generaciones más jóvenes. Y la primera conclusión a la que he llegado es que la vida intelectual ha de ser, al menos en la actualidad, una obra mancomunada; en efecto, en la enumeración que realizó Paul Samuelson de las razones por las que había ganado el Premio Nobel de Economía, se citaba, primero, el haber tenido buenos maestros; segundo, haber disfrutado de buenos colegas académicos; el tercero, el tener buenos discípulos; el cuarto era haber leído a los clásicos de la asignatura, y el quinto, tener suerte. Como surge de esta simple enumeración, las razones principales —salvo la suerte— del éxito académico revisten carácter social o colectivo y pueden resumirse en la existencia de una comunidad académica armónica, activa y generosa. Por mi parte, tuve buenos maestros, que he enumerado en lo que precede, y buenos discípulos, en la Argentina y otros países, que me alentaron y colaboraron conmigo de múltiples formas. Probablemente me faltaron buenos colegas académicos en mi especialidad, el menos en Mendoza (no había prácticamente nadie), pero lo compensé con la frecuentación de estudiosos de otras ciudades y del extranjero. Pero hubiera sido mejor tenerlos más cerca, para debatir las ideas, dividir las tareas, discutir los trabajos y recibir aportaciones novedosas.

Por otra parte, es claro que la vida intelectual se desarrolla hoy en día a nivel internacional y no meramente local, y que es necesario evitar a toda costa el provincianismo, que puede llevar al descubrimiento del agujero del mate —como se dice en la Argentina— o de la rueda, luego de años de meditación y estudio. En este punto también tuve suerte, ya que tuve la posibilidad de viajar bastante, a veces hasta excesivamente, por buenos centros académicos de América y Europa. Que a veces se me fue la mano con los viajes lo prueban dos anécdotas: una de ellas es que mi hija Ángeles —tenía entonces siete años— al pedirle en el colegio que consignara en el cuaderno la profesión de sus padres, en mi caso consignó “viajero”; la segunda es que una vez, caminando por la calle Espejo de mi ciudad, me encontré con un amigo, quien me dijo asombrado: “¡Carlos, qué estás haciendo por Mendo-

za!” Pero más allá de los excesos, la única manera de estar actualizado, en cualquier ciencia que sea, es la frecuentación de los centros de investigación internacionales, que es donde se genera el conocimiento y se publican los resultados de esas investigaciones.

La tercera consideración que puede hacerse a partir de lo relatado es que el haber trabajado en el Conicet y frecuentado estudiosos de un alto nivel de rigor y exigencia metodológica, como —especialmente— Guido Soaje Ramos, Georges Kalinowski y John Finnis, hizo posible que trabajara con una precisión, riqueza bibliográfica y una sistematicidad poco comunes en la Argentina. Me ayudó también en esto el leer en varios idiomas, en especial el inglés, que es el idioma en el que se divulgan la ciencia y la filosofía contemporáneas. Pero sobre todo, el tener que presentar informes bianuales al Conicet, no teniendo amigos en las comisiones evaluadoras, me obligó a trabajar siempre con seriedad y rigor metodológico, aunque a veces esto fuera en contra de la gracia y atractivo literario de los escritos. También contribuyó en este punto el haber frecuentado por años la filosofía de matriz analítica (Anthony Kenny, Anscombe, Geach, Bochenski), que pone un especial acento en la precisión del lenguaje, el rigor lógico y la fuerza argumentativa.

En cuarto lugar, y como ya mencioné más arriba, uno de los secretos, a veces menospreciado, del estudio meticulado y metódico es la dedicación auténticamente exclusiva a las tareas de investigación y docencia. Esto es de muy difícil concreción en la Argentina, pues los salarios son en general muy pocos, y se los compensa con la atribución al “beneficiado” de tareas de gestión, que le mejoran los ingresos pero le quitan buena parte del tiempo para estudiar y escribir, con lo que la calidad de la labor académica decae inexorablemente. En mi caso las cosas sucedieron así, ya que tuve —por razones de subsistencia de mi numerosa familia— que ejercer cargos de gobierno universitario durante casi toda mi vida, cargos que me tomaban al menos media jornada, teniendo que optimizar el tiempo y quitarle a la familia y al descanso el lapso necesario para desarrollar las tareas intelectuales. En definitiva, podría haber investigado mucho más y escrito más cosas y de mejor calidad si hubiera tenido una dedicación exclusiva real y efectiva al trabajo intelectual. A veces lo lamento y otras veces no, ya que la actividad de gestión académica tiene sus atractivos innegables, pero pensado objetivamente, hubiera sido mejor para mí haber tenido siempre una dedicación completa a la investigación.

También resulta especialmente importante —y lo he vivido siempre así— el ambiente familiar adecuado, ya que una existencia conflictiva o difícil en ese orden resta mucho tiempo mental y afectivo a las tareas del espí-

ritu e impide la tranquilidad y serenidad que exige el estudio fructífero. Tengo muchos ejemplos de esto, positivos y negativos, tanto en la generación de mi padre como en la mía, por lo que corresponde hacer una mención especial a mi caso particular. Como ya mencioné el principio, he tenido una vida familiar realmente notable, lo que mi hija Cecilia —que es psicóloga— llama una “familia funcional”, es decir, que funciona bien y cumple con sus tareas propias adecuadamente. Mi mujer ha sido una esposa ejemplar y cariñosa y una madre superlativa, y su actividad en este ámbito es una de las causas de que mis hijos hayan sido todos, sin excepción, buenos, inteligentes y trabajadores, que hayan culminado sus carreras, trabajen con eficiencia y provecho, y lleven adelante sus familias —ya constituidas o en curso— con dedicación y buen humor. Resulta prácticamente inexpresable el valor de la contribución que todos han hecho a la buena realización de mi empresa intelectual. Por otra parte, siempre tuvo su importancia el que pudiera contar con un escritorio espacioso, luminoso y alejado del bullicio cotidiano de la casa. Una amiga a quien se lo mostré un día, exclamó asombrada: “¿cómo no vas a escribir tanto con este escritorio?”.

Asimismo, aparece como conveniente resaltar que, a lo largo de mi extensa carrera, llegué a la conclusión —ayudado por MacIntyre y Abbà— de que resulta imposible trabajar intelectualmente con eficacia fuera de alguna tradición de investigación y pensamiento. No se puede empezar a pensar desde cero, y los que lo intentan llegan a resultados lamentables o necesariamente banales o irrelevantes. Pero además de la tradición, es necesario el recurso a la experiencia de las “cosas humanas”, como gustaba decir a Aristóteles: a la aprehensión directa e indirecta de los fenómenos humanos sociales —políticos, jurídicos, económicos— y a su procesamiento conforme a los cánones de una tradición, y en este caso la tradición paradigmática es la que Isaiah Berlin llamó “tradición central de occidente”, iniciada por Platón y Aristóteles y continuada a través de los siglos por una saga de mentes razonables y realistas. En contra de esta tradición se levanta la orientación que puede llamarse ideológico-revolucionaria, para la cual la tradición es una opresión y la experiencia una cadena, y que prefiere remitirse idealmente a un futuro de emancipación total humana, liberado tanto de las cadenas de la trascendencia como de la experiencia. Los resultados son conocidos: terror jacobino, gulag, exterminio, guerra total y, en definitiva, degradación, tiranía y aniquilación humana.

Finalmente, y para terminar, es necesario referirse brevemente al influjo de la vida religiosa en las tareas intelectuales, toda vez que la fe hace posible el conocimiento de realidades y de dimensiones de la realidad que resultan inaccesibles a quien carece de ella. Y esto es así porque la dimensión reli-

giosa otorga una perspectiva cognitiva y vital de una amplitud inconcebible fuera de sus parámetros, y supone una idéntica amplificación del concepto de razón, tal como lo desarrolla Ratzinger en su célebre discurso de Ratisbona. En efecto, la apertura a una realidad trascendente a la conciencia y al mundo material, supone una dilatación de la razón que contradice la saga escéptica y recelosa que ha seguido el pensamiento occidental desde fines de la Edad Media, y que culmina con la negación posmoderna de todo conocimiento objetivo, es decir, de todo conocimiento en sentido propio. Y que también aboca a una desconfianza absoluta en las capacidades de la razón humana, tanto en el orden metafísico, como en el físico y en el moral.

Pero si, por el contrario, se considera a la razón como una capacidad que tiene un doble objeto: conocer y pensar, y que puede constitutivamente alcanzarlo (aunque de modo imperfecto, porque se trata de una razón meramente *humana*), es preciso asumirla y desarrollarla en todas sus dimensiones: teológica, metafísica, matemática, física, lógica, estética y moral; dimensiones que, además, guardan entre sí una intrínseca continuidad y se iluminan las unas a las otras en una sinergia virtuosa y enriquecedora. En este sentido, el estudio del derecho a partir de una noción abarcativa de la razón hace posible su comprensión integral y profunda, sin limitaciones arbitrarias, ni reduccionismos estériles. Por supuesto que esto no significa confundir lo que es diferente, ni entremezclar lo que existe separado, sino sólo abrirse a la realidad toda y a todas las posibilidades de la razón, especialmente en el ámbito jurídico. Siempre traté de hacerlo a lo largo de toda mi vida intelectual y espero, en el atardecer de mi existencia, haber contribuido en algo al esclarecimiento integral de la noción, el fundamento, las dimensiones y las concreciones del derecho. Todo ello con la ayuda de Dios, el ser subsistente por sí mismo y por lo tanto realidad y razón plena, que fundamenta y enriquece la razón humana y hace posible su despliegue completo, intensivo y veritativo.

PRIMERA SECCIÓN

ESTUDIOS SOBRE EPISTEMOLOGÍA,
LÓGICA JURÍDICA Y ANÁLISIS
DEL LENGUAJE

INTERPRETAR ES CONOCER. UNA DEFENSA DE LA TEORÍA REFERENCIALISTA DE LA INTERPRETACIÓN*

Pilar ZAMBRANO**

SUMARIO: I. *La interpretación como proceso cognitivo.* II. *El referente o designatum último de los textos jurídicos: ¿conceptos prácticos morales o juicios y conceptos pre-morales?* III. *Interpretación abstracta e interpretación concreta como actividades cognitivas consecutivas.* IV. *Los desafíos cognitivos de la interpretación abstracta: una semántica realista y un horizonte teleológico objetivo.* V. *Los desafíos cognitivos propios de la interpretación concreta.* VI. *La ampliación del espacio para el error (i): libertad y exterioridad.* VII. *La ampliación del espacio para el error (ii): la indeterminación del futuro.* VIII. *Conclusiones.*

El profesor Massini es uno de los pocos iusnaturalistas contemporáneos que ha analizado y discutido en detalle el problema de la objetividad de la interpretación jurídica. Y lo ha hecho, como destaca Francesco Viola en el prólogo al libro que Massini dedica de forma especial a este tópico, “con la admirable capacidad de hacer revivir una gloriosa tradición de pensamiento, muchas veces olvidada o ignorada, a la vez que [proponiendo] un diálogo entre ésta y las corrientes filosófico-jurídicas más recientes”.

Son muchas las razones que pueden ofrecerse para justificar la falta de atención directa que ha recibido el problema de la interpretación en este contexto de pensamiento. Entre otras, ocupa sin lugar a dudas un lugar

* Agradezco a los profesores Juan Bautista Etcheverry y Carlos Ignacio Massini sus valiosas observaciones y sugerencias de cambios, que enriquecieron la versión actual de este trabajo.

** Universidad de Navarra.

¹ Cf. Viola, F., “Prólogo” a Massini, C. I., *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, México, Porrúa, IX, 2008. Entre otros partícipes o, cuanto menos amigos, de la tradición iusnaturalista que se han dedicado de modo consistente y sistemático al problema de la objetividad de la interpretación cabe nombrar a Rodolfo Vigo, Georges Kalinowski, Jerzy Wróbleski, Francesco Viola, Pedro Serna, Andrés Ollero, Mark Murphy y Michael Moore.

central el hecho de que, al menos desde que Hart y Kelsen focalizaron el debate entre iusnaturalismo y iuspositivismo, la cuestión de la justificación del carácter normativo del derecho desplazó a un lugar secundario el problema de su inteligibilidad.² Muy probablemente —aunque se trata sólo de una conjetura— del lado iuspositivista este desplazamiento estuvo motivado por la consciencia de los riesgos que implicaba reflexionar seriamente acerca de la compatibilidad entre la naturaleza creativa —o no enteramente reproductiva— de la interpretación jurídica y la tesis de las fuentes sociales. No es casual que cuando Hart y sus discípulos se tomaron en serio este problema en respuesta a las críticas de Dworkin, tuvo lugar la primera fractura explícita dentro de la tradición, entre incluyentes y excluyentes.³

Como sea, lo cierto es que la creatividad interpretativa es también sumamente incómoda para una tradición que, como el iusnaturalismo, ha defendido siempre la capacidad epistémica de distinguir entre el derecho justo y el derecho injusto, de acuerdo con parámetros de justicia meta-positivos. Vale la pena en este sitio recordar la indiscutible advertencia de Kelsen, según la cual si el derecho “que es” no se puede reconocer con independencia de los pre-conceptos morales del intérprete, entonces mucho menos se lo puede “criticar”.⁴

Conviene pues tomarse en serio en una y otra tradición el problema de la naturaleza cognitiva o discrecional de la interpretación. De modo que la iniciativa de Massini de hacer revivir la tradición “central” en relación con este tópico es ya de por sí un mérito que vale la pena destacar. No sólo con vistas a salvaguardar la consistencia interna de los postulados o

² La pregunta por la obligatoriedad del derecho es, según Hart, un punto de partida del análisis austriano del derecho, que influyó de manera determinante a la filosofía analítica inglesa posterior. *Cfr.* Hart, H. L., *The Concept of Law*, 2a. ed., OUP, 7, 1994.

³ La crítica de Dworkin se plasmó en sus ya clásicos artículos “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, XIV, 1967; “Social Rules and Legal Theory”, *The Yale Law Journal*, LXXXI, 855, 1972, y “Hard Cases”, *Harvard Law Review*, 88, 1057, 1975; reimpresos luego en los primeros seis capítulos de *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth & Co. Ltd., Londres, 1977 (en adelante TRS). Sobre la polémica con Hart, *cf.*, a título de ejemplo, Soper, E. PH., “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1977, pp. 3-27; así como el resumen que ofrece el propio Hart de esta polémica en el *Postscriptum* de Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Clarendon Press, 1994, pp. 238-276. La última palabra de Dworkin al respecto se encuentra en Dworkin, R., “Hart’s Postscript and the Carácter of Political Philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, núm. 1, 2004; reimpreso luego en Dworkin, R., *Justice in Robes*, Harvard University Press, capítulo 6, 2006. Para una excelente aproximación al debate en español puede consultarse Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico excluyente, un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006.

⁴ *Cfr.* Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, trad. de Vernengo, 2a. ed., México, Porrúa, (1960), 1982, pp. 79 y 80.

tesis centrales del iusnaturalismo sino también, y con independencia de las discusiones escolásticas, porque constituye una reflexión irrenunciable para cualquiera que se tome en serio la pretensión del derecho de guiar y juzgar la conducta humana con autoridad moral.

En efecto, la pretensión del derecho de guiar la conducta humana haciendo alguna diferencia en el razonamiento práctico de sus agentes descansa sobre, al menos, dos presupuestos lógicos. De una parte, que los enunciados normativos que integran el sistema poseen un núcleo duro de sentido o inteligibilidad, no susceptible de ser reconstruido de forma indefinida en el proceso de interpretación. De otra, que la individuación de la naturaleza normativa tanto de los hechos que se juzgan como de las acciones que se imperan en el proceso judicial es el resultado de un juicio cognitivo y, en esa misma medida, también objetivo. Con este ánimo inquisitivo, nos proponemos en las páginas que siguen describir y discutir la propuesta de Carlos Massini en torno a las condiciones de posibilidad de estos dos presupuestos.

Se describirá en primer lugar el argumento de Massini según el cual la naturaleza cognitiva de la interpretación en general y de la interpretación jurídica en particular se asienta sobre una teoría semántica referencialista. En segundo orden, se indagará acerca del modo en que una teoría semántica referencialista condiciona la interpretación abstracta típicamente desplegada a nivel dogmático, y la interpretación concreta, típicamente (aunque no sólo) desplegada a nivel judicial.

Si bien el profesor Massini no ha distinguido de forma sistemática uno y otro nivel de interpretación, se trata de una distinción presupuesta en su obra y en no pocos sitios marcada de forma explícita. Profundizando en el sentido de esta distinción, se argumentará que la interpretación abstracta constituye una etapa o parte de la interpretación concreta, y que por lo mismo asume o “arrastra” sus desafíos cognitivos. Se argumentará, seguidamente, que la interpretación concreta que realiza a nivel judicial presenta desafíos cognitivos específicos y exclusivos, que no están presentes en la interpretación abstracta, y que emanan de su naturaleza “sintética”. Estos desafíos postulan la necesidad de conectar las teorías de la interpretación jurídica con alguna filosofía de la acción que sea coherente con su pretensión de objetividad.

I. LA INTERPRETACIÓN COMO PROCESO COGNITIVO

Entre muchas otras definiciones posibles del concepto “interpretar”, explica Massini que se trata de la “actividad o proceso por el cual se capta o apre-

hende el significado de un texto determinado”.⁵ Esta actividad o proceso es esencialmente cognoscitiva. No se propone construir una realidad, sino más bien conocerla o reconocerla con la intermediación del lenguaje.

Massini distingue dos modos básicos a través de los cuales el hombre accede cognitivamente a lo real. De un parte, el acceso directo a través de la simple aprehensión. De otra, el acceso mediado por el lenguaje de otros sujetos, a través de la interpretación. En uno y otro supuesto, lo que se encuentra al final del proceso inquisitivo es una *res* o cosa que no se construye, sino que se capta o aprehende. La distinción entre conocer e interpretar no radica pues en el objeto último del proceso, sino más bien en el modo de acceder a este objeto. Directamente cuando se accede a lo real a través de la abstracción, indirectamente, cuando se accede a través de la interpretación.⁶

La *res* que está al final del proceso cognitivo en la interpretación jurídica es una “norma para la ordenación de la actividad humana jurídica”.⁷ Por lo mismo, la interpretación jurídica paradigmática es, según Massini, la que realiza el juez, cuya función es reconocer a partir de textos jurídicos cuáles son las normas a las que debe ajustarse la acción singular de las partes del proceso. Estas normas, insiste Massini, no son el producto de una decisión discrecional, sino más bien un objeto reconocible intelectualmente. En este orden de ideas, usando palabras de Kalinowski, explica Massini que “entre los hombres considerados como sujetos de acción y sus acciones posibles... existen relaciones tan reales como sus términos: los sujetos de acción y sus acciones posibles”.⁸

Sintetizando, la interpretación de los textos jurídicos es una actividad cognoscitiva que se propone reconocer, con la intermediación del texto, una relación deóntica que es “tan real como sus términos” y que se expresa a través de una norma próxima de acción, que impera a personas concretas (Juan, Pedro, Cecilia) hacer o dejar de hacer algo (pagar, compensar, entregar, omitir), en relación con otras personas concretas (a Pablo, Ramón, María). La pregunta obvia en este contexto es ¿dónde es preciso posar la mirada para reconocer la existencia de estas relaciones deónticas singulares “tan reales como sus términos”?

El profesor Massini distingue entre dos tipos de relaciones deónticas a las que se refieren las normas jurídicas, en el más estricto sentido del término “referir”. De una parte, están los enunciados jurídicos que se refieren

⁵ Massini, C. I., *op. cit.*, p. 41.

⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁷ *Ibidem*, p. 43.

⁸ *Ibidem*, 12, citando en nota 43 a Kalinowski, G., “Loi Juridique et loi logique. Contribution à la sémantique de la loi juridique”, *APD*, 25: 129, 1980.

a relaciones deónticas de origen natural, que existen con independencia de toda praxis humana. Son normas que, en terminología clásica tomista, derivan por “conclusión” su significado de la ley natural y se refieren, sin agregados sustanciales, a las relaciones deónticas establecidas por normas naturales de justicia.⁹ De otra, están las normas que designan relaciones deónticas de origen positivo, parcialmente construidas o “determinadas” por el legislador político.

A la pregunta por la dirección de la mirada en búsqueda del *designatum* o referencia de los enunciados normativos, habría pues que responder “depende”. Hay textos jurídicos que se refieren de modo directo a relaciones deónticas naturales y otros que, en cambio, determinan acciones “axiomáticamente neutras” en orden a “promover, permitir o prohibir... la vida buena en sociedad”.¹⁰ En el primer supuesto, típicamente ejemplificado por los textos constitucionales que reconocen derechos fundamentales, la mirada en búsqueda del referente designado por el texto debería posarse en la clásica ley natural y, más precisamente, en “las relaciones deónticas existentes entre los hombres y sus bienes humanos básicos”.¹¹ En el segundo, ejemplificado por el ardid o engaño que configura el tipo penal de estafa, la mirada debería posarse en las actividades que “habitualmente se designan” con estos conceptos.¹²

II. EL REFERENTE O *DESIGNATUM* ÚLTIMO DE LOS TEXTOS JURÍDICOS: ¿CONCEPTOS PRÁCTICOS MORALES O JUICIOS Y CONCEPTOS PRE-MORALES?

De acuerdo con esta explicación, cuando se interpretan normas positivas que concluyen su contenido material a partir de la ley natural, nada se interpone entre el lenguaje de la norma positiva y la relación deóntica designada. La interpretación reenvía a los principios y reglas de justicia intrínsecamente inteligibles que fueron incorporados por las normas de derecho positivo.

⁹ *Ibidem*, p. 13.

¹⁰ *Ibidem*, p. 45.

¹¹ *Ibidem*, p. 46. Hemos cuestionado la existencia de normas jurídicas puramente conclusivas en Zambrano, P., “Principios fundamentales como determinación de los principios morales de justicia. Una aproximación desde la distinción entre la perspectiva moral y la perspectiva jurídica de especificación de la acción humana”, en Etcheverry, J. B. (ed.) *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, México, UNAM, 2013, pp. 87 y ss.

¹² *Cfr.* Massini, C. I., *op. cit.*, p. 46.

La interpretación de normas positivas que determinan la ley natural es, en cambio, algo más compleja. El lenguaje jurídico no reenvía en este caso de modo directo hacia una relación deóntica intrínsecamente inteligible sino hacia otro nivel de uso del lenguaje, como surge de la aserción según la cual la referencia del “ardid o engaño” son las actividades “habitualmente designadas” con estos conceptos. El reenvío de un nivel de uso del lenguaje hacia otra plantea, sin embargo, la necesidad de establecer cuál es el criterio y fundamento de inteligibilidad de este segundo nivel de uso del lenguaje. O bien este segundo nivel es intrínsecamente inteligible, o bien, en el amplísimo espacio en que el derecho positivo determina los principios morales de justicia, la teoría interpretativa referencialista parece caer en el dilema del regreso al infinito que afecta a las teorías semánticas convencionales.¹³

Ni Massini ni Kalinowski, a quien Massini sigue en este punto, son ajenos a esta dificultad. En referencia a la inteligibilidad del lenguaje en general, dice Kalinowski que “los significados de las palabras, o bien son abstraídos (en el sentido etimológico) de la realidad, o bien son construidos a partir de conocimientos abstraídos de la realidad”.¹⁴ Según esto, la dimensión construida o convencional del lenguaje recibe su inteligibilidad de su referencia a conceptos que se abstraen de una realidad intrínsecamente inteligible.

Aplicando estas consideraciones lógicas al lenguaje jurídico, sostiene Massini que las relaciones deónticas convencionales deben elaborarse sobre la base de conceptos “abstraídos de la realidad de las cosas humanas”.¹⁵ Precizando un poco más todavía, explica luego que esta realidad humana está compuesta por las “dimensiones perfectivas de la naturaleza humana y los bienes humanos básicos” y “lo justo natural”.¹⁶

Según esto, hay dos modos de explicar la inteligibilidad del derecho positivo en su dimensión convencional. O bien la fuente última de inteligibilidad son los primeros principios morales del razonamiento práctico (lo

¹³ Hemos estudiado este dilema como argumento central en favor del uso de una teoría semántica referencialista en la interpretación jurídica en Zambrano, P., “Inteligibilidad del derecho y principios fundamentales. Sobre las condiciones de un juego del lenguaje con sentido”, *Dikaion*, 2015 (en prensa). La necesidad de conceptos intrínsecamente inteligibles como escape al regreso significativo al infinito ha sido señalada en el plano de la filosofía del lenguaje, entre otros, por LLano, F. e Insciarte, D., *Metafísica tras el final de la metafísica*, Ediciones Cristiandad, 2007, pp. 60-62; Blackburn, S., *Spreading the Word. Groundings in the Philosophy of Language*, OUP, 1984, p. 44; Laurence, S., Margolis, E., “Concepts and Cognitive Sciences”, en Margolis, E. y Laurence, S. (eds.), *Concepts: Core Readings*, Mit Press, 1999, p. 10.

¹⁴ Cfr. Kalinowski, G., *Sémiotique et philosophie*, París, Hadès-Benjamin, 1985, p. 166, citado por Massini, C. I., núm. 26, 2008.

¹⁵ Cfr. Massini, C. I., *op. cit.*, p. 13.

¹⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 14, 47.

justo natural), o bien son los principios directivos de la razón práctica que, antes de prescribir cursos de acción, muestran cuáles son los fines o bienes perfectivos de la naturaleza humana, a los que tiende toda acción racional, con independencia de su bondad moral.¹⁷

Ahora bien, si la inteligibilidad del lenguaje jurídico dependiera de su referencia a lo justo natural, entonces tanto el derecho injusto como el derecho moralmente indiferente serían ininteligibles. Pero el derecho injusto, aun el derecho gravemente injusto, no deja de ser inteligible o comprensible. Una norma que proscribiera todo tipo de ejercicio de la libertad de culto sería una norma tan injusta como inteligible o comprensible. Precisamente porque es comprensible es que tiene sentido censurarla de injusta. Lo mismo se aplica al derecho que opta por uno de entre muchos modos posibles de determinar lo justo natural.

Estas razones nos inclinan a proponer que la última fuente de inteligibilidad de todo discurso normativo, jurídico y moral, justo o injusto, conclusivo o determinativo, son los llamados por Finnis “principios pre-morales” del razonamiento práctico.¹⁸ Y si estos principios o juicios prácticos pre-morales son inteligibles es porque conectan conceptos intrínsecamente inteligibles. En particular, el concepto genérico de acción humana, que permite distinguir entre los fenómenos físicos y los hechos atribuibles a un sujeto en calidad de agente; una lista básica de tipos de acciones *in genere naturae*, y un conjunto básico de fines a los que tiende toda acción humana inteligible, aun antes de que la acción pueda ser valorada como buena o mala, justa o injusta.¹⁹

La función de la ley natural no es, en fin, dotar de inteligibilidad o comprensibilidad al lenguaje jurídico, sino dotarlo de razonabilidad. Los primeros preceptos deónticos u obligatorios del razonamiento práctico justifican el derecho positivo, pero no muestran cuál es su significado. No manifiestan cuál es el tipo de acción penada en la estafa, ni directa ni indirectamente. La inteligibilidad del tipo de acción penada y de los bienes que se protegen con la proscripción penal surge, en cambio, de la misma fuente de la cual surge la inteligibilidad de “lo justo natural”. A saber, de la inteligibilidad intrínseca de los tipos básicos de acción consistentes en “comunicar” (falazmente) y “transferir o dar”, y de la inteligibilidad intrínseca de los bienes pre-mo-

¹⁷ Cfr. Grisez, G., “The First Principle of Practical Reason. A Commentary on the Summa Theologiae”, 1-2, Question 94, Article 22, *Natural Law Forum*, p. 184.

¹⁸ Cfr. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., OUP, 2011, pp. 31 y ss.; Aquinas, *Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, pp. 86-89.

¹⁹ Cfr. Grisez, Germain *et al.*, “Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends”, *American Journal of Jurisprudence*, 32, p. 101.

rales sobre los que impactan (negativamente) estas acciones y que, a su vez, dotan de inteligibilidad a los tipos básicos de acciones: el bien de la verdad, el bien de la amistad, el bien de la justicia.²⁰

III. INTERPRETACIÓN ABSTRACTA E INTERPRETACIÓN CONCRETA COMO ACTIVIDADES COGNITIVAS CONSECUTIVAS

La explicación de Massini según la cual el *designatum* de los textos jurídicos son “relaciones deónticas reales” genera un segundo orden de interrogantes que podría sintetizarse del siguiente modo: ¿acaba la interpretación jurídica en un tipo genérico de acción debida o acaba, en cambio, en una norma concreta y singular de acción? La respuesta de Massini es clara: toda interpretación jurídica es esencialmente práctica en el sentido de que apunta siempre, de forma directa (en el caso de la interpretación concreta) o indirecta (en el caso de la interpretación abstracta) a identificar una norma próxima de acción. El profesor Massini distingue así las dos clases de interpretación con un criterio gradual. En ambos casos, el intérprete se orienta como fin último a identificar la “conducta debida” en el plano de la acción concreta o singular. La diferencia estriba en que sólo en el plano concreto se formula de modo definitivo la norma singular, como resultado de un proceso cognitivo que es al mismo tiempo sintético y deductivo.²¹

Vale entonces insistir con la pregunta ¿cómo se identifica el tipo (siempre genérico) de acción designado por las normas positivas en la interpretación dogmática o abstracta y cómo se produce luego el paso, desde el tipo hacia la norma de acción concreta que impera *un modo* de realizar (*to instantiate*, en inglés) el tipo legal, en la interpretación concreta? ¿Conlleva este paso una diferencia cualitativa en el proceso de interpretación jurídica, o es acaso una diferencia gradual?

Un modo de abordar esta interrogante es profundizar en la naturaleza del referente o *designatum* de una y otra clase de interpretación, haciendo uso de distinciones clásicas en filosofía del lenguaje. La interpretación abstracta típicamente desplegada por la dogmática formula predicaciones generales,

²⁰ La referencia a tipos pre-morales de acciones permite superar la tautología consistente en definir las acciones prohibidas por los principios morales absolutos haciendo referencia a los mismos principios, como cuando se afirma que “está mal matar injustificadamente”. Sobre este problema y las posibles vías de escape véase Finnis, J., *op. cit.*, pp. 165 y ss.; Zambrano, P., *op. cit.*, pp. 99 y ss.

²¹ *Cfr.* Massini, C. I., *op. cit.*, p. 79.

mediante las cuales se conectan significativamente conceptos análogos, con el propósito de esclarecer el significado de unos a la luz de los otros.²²

La interpretación abstracta acaba en la formulación de, al menos, cuatro clases de juicios predicamentales generales: *a)* juicios sobre el significado de los tipos de acción, tales como “la compraventa es el contrato consistente en intercambiar bienes por dinero”; *b)* juicios sobre la naturaleza de la acción humana voluntaria o, lo que es lo mismo, sobre los criterios para atribuir un suceso a un sujeto en calidad de “agente”, tales como “el acto voluntario es aquel realizado con discernimiento, intención y libertad”; *c)* predicaciones sobre la calidad meritoria o demeritoria de los tipos de acción y, más concretamente, sobre su permisón, tolerancia o prohibición, tales como “la compraventa de autos usados está permitida en tales y cuales condiciones”, y *d)* enuncia las consecuencias jurídicas que se siguen de la realización de cada tipo, a través de juicios tales como “quien recibe el precio de la cosa vendida, está obligado a entregar la cosa en el tiempo y en la forma convenida”.

La interpretación concreta, típicamente desplegada a nivel judicial, formula enunciados referenciales definitivos, mediante los cuales se identifican instanciaciones concretas de los conceptos esclarecidos en la dimensión abstracta de la interpretación.²³ Su propósito no es comparar conceptos con conceptos, sino aplicar conceptos a hechos. No pretende describir el concepto de acción voluntaria, tipos de acciones, su valor legal y sus consecuencias, sino juzgar si los hechos concretos encajan con cada uno de estos cuatro tipos de juicios y conceptos.

Esta identificación se descompone en cuatro sub-juicios, que son correlativos a los cuatro sub-juicios realizados en el plano abstracto de la interpretación: *a)* el sub-juicio de individuación en sentido estricto, mediante el cual se identifican los hechos del caso como una instancia de un tipo genérico de acción jurídica: “Juan pagó a Pedro en cumplimiento de la obligación asumida en el contrato de compraventa”;²⁴ *b)* el sub-juicio de atribución,

²² Véase Millán Puelles, A., *Fundamentos de filosofía*, Madrid, Rialp, 1981, p. 126.

²³ Sobre la distinción entre enunciados predicativos que se refieren a universales y enunciados predicativos que *usan* universales, pero se refieren a instancias o casos particulares, véase Searl, J. R., *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969, pp. 26 y ss. La distinción entre el nivel abstracto y el nivel concreto de la interpretación, como dos actos lingüísticos y cognitivos diferenciables aunque conectados, es defendida de modo enfático por Guastini, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (2007), 2008, trad. de M. Carbonell y P. Salazar, Madrid, Trotta, pp. 29 y ss.; “Replica”, *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy* II, 2013, pp. 125 y 126.

²⁴ Sobre la naturaleza del “juicio de individuación”, véase, por ejemplo, el ya clásico trabajo de Goldmann, Alvin en filosofía de la acción Goldman, A., “The Individuation of Action”, *The Journal of Philosophy*, 68, 1971, pp. 761-774: 761.

mediante el cual los hechos se individualizan o identifican como acciones, por oposición a meros sucesos, y se atribuyen a un sujeto en calidad de agente: “Juan pagó y Pedro aceptó el pago con intención, discernimiento y libertad”; *c)* el sub-juicio de mérito o demérito: “lo que Juan hizo está permitido y conlleva la consecuencia jurídica de obligar a Pedro a entregar la cosa vendida”, y *d)* el sub-juicio de responsabilidad, mediante el cual se formula una norma de acción singular: “Pedro debe entregar la cosa vendida, en el plazo de un mes, en el domicilio constituido en el contrato, etcétera”.²⁵

Como apunta Massini, la interpretación concreta (típicamente judicial) es el resultado de un razonamiento mixto, deductivo y sintético.²⁶ Aplicando esta aserción a los cuatro sub-juicios de la interpretación concreta, podría concluirse que el sub-juicio de mérito o demérito es predominantemente deductivo, pues se limita a aplicar al caso concreto el juicio de mérito general realizado en el nivel abstracto de la interpretación. Los otros tres sub-juicios son en cambio predominantemente sintéticos, en el sentido de que “saltan”, por así decirlo, hacia la realidad singular, conectando el conocimiento conceptual provisto a nivel abstracto con la aprehensión de lo fáctico.

Tanto en la fase deductiva como en la sintética, la interpretación concreta utiliza los conceptos y juicios esclarecidos en el nivel abstracto de la interpretación. Por ello, los desafíos cognitivos del nivel abstracto se proyectan sobre el nivel concreto. Sin embargo, a los desafíos cognitivos recibidos desde el momento abstracto de la interpretación, la interpretación concreta añade desafíos cognitivos nuevos, que son propios de su dimensión sintética.

IV. LOS DESAFÍOS COGNITIVOS DE LA INTERPRETACIÓN ABSTRACTA: UNA SEMÁNTICA REALISTA Y UN HORIZONTE TELEOLÓGICO OBJETIVO

Si el derecho pretende guiar la conducta haciendo alguna diferencia en el razonamiento práctico de sus agentes, entonces debería existir una conexión significativa o inteligible entre los textos jurídicos y el resultado de la interpretación en sus dos fases, abstracta y concreta.

²⁵ La identificación de cada uno de los sub-juicios de la interpretación abstracta y concreta está inspirada en la distinción que propone Sánchez Ostiz entre la *imputatio facti* y la *imputatio iuris*, como sub-juicios diferenciables pero co-implicados en el juicio de imputación penal, en Sánchez Ostiz, P., *Imputación y teoría del delito*, Buenos Aires, IB de f, 2008, pp. 451 y ss.

²⁶ *Cfr.* Massini, C. I. *op. cit.*, p. 78.

Un modo de dar cuenta de esta conexión en la faz abstracta es utilizar la conocida distinción de John Austin entre las dimensiones locucionaria, performativa y perlocucionaria del uso del lenguaje. En todo acto del habla o uso del lenguaje, dice Austin, se pueden distinguir tres intenciones: la intención fática de producir unos ruidos o grafismos; la intención locucionaria de conectar tales ruidos o grafismos con un significado, y la intención performativa de hacer algo con lo que decimos. A estas tres intenciones básicas, algunos actos del habla añaden una cuarta intención, la intención perlocucionaria, consistente en producir algún efecto en el interlocutor a través de *lo que* hacemos al decir algo.²⁷

El objeto de la intención locucionaria, aquello que se quiere “decir” cuando se habla, se pone de manifiesto de modo exclusivo y excluyente a través de las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje. La intención locucionaria es la intención de hacer uso de estas reglas y, por así decirlo, de someterse a ellas.²⁸ El que dice “buen día”, dice todo lo que la expresión “buen día” es capaz de significar y referir de acuerdo con las reglas semánticas y sintácticas del idioma español.

Ahora bien, cuando usamos el lenguaje rara vez lo hacemos con la intención de referirnos al plexo total de significados que pueden extraerse de un enunciado, siguiendo las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje. Si así fuera, usaríamos siempre el lenguaje con la intención única de describir o mostrar lo que las cosas son. Pero describir o mostrar es una de las muchas cosas que podemos hacer con el lenguaje. Entre otras, saludar, ordenar o prescribir, prometer, amenazar, pedir perdón.

Lo que nos proponemos *hacer* con las palabras constituye la intención performativa del lenguaje, sin cuya aprehensión se frustra de modo absoluto la función comunicativa del discurso. Un alumno que llega tarde a clase y que no percibe el sentido irónico del “buen día” del profesor no comprendió lo esencial del acto del habla, aun cuando comprenda perfectamente el significado del enunciado. A la aprehensión de la intención performativa, algunos tipos de actos del habla añaden la condición de que el intérprete capte también, en algún grado, su intención perlocucionaria. Así, el éxito en la interpretación de los mandatos y prescripciones depende de que el intérprete comprenda, en alguna medida, cuál es el efecto o fin ulterior del mandato.

Que la aprehensión de la intención performativa y/o perlocucionaria de los actos del habla sea una condición necesaria de su éxito comunicativo

²⁷ Cfr. Austin, L., *How to do Things with Words*, Clarendon Press, 1962, pp. 100 y 101; Searl, J. S., *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969, pp. 23 y ss.

²⁸ Cfr. Searl, J. S., *op. cit.*, p. 45.

es una consecuencia lógica de su naturaleza de agencial: los actos del habla son un tipo específico de acción humana que, como toda acción humana, se torna inteligible a la luz de sus fines o propósitos.²⁹ Ahora bien, mientras que la intención locucionaria se manifiesta plenamente con las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje, las intenciones performativa y perlocucionaria se tornan inteligibles a través de su contextualización en la práctica de la cual forma parte el acto del habla. Y si bien muchas veces el sentido literal o locucionario del discurso coincide con su sentido performativo y perlocucionario, la validez de esta aserción depende, también, del contexto práctico en que se inserta el acto del habla.³⁰

Pero contextualizar, en el caso de las prácticas sociales normativas, no es otra cosa que conectar la prescripción singular con los fines o propósitos de la práctica en su totalidad. Por ello, la interpretación sistemática-teleológica, que contextualiza a las normas en una práctica jurídica y las interpreta a la luz de los propósitos últimos de la práctica, no es una modalidad más de interpretación o algo así como una opción interpretativa. Es, en cambio, la forma necesaria de toda interpretación normativa.³¹

Por supuesto, la determinación de cuáles son los fines o propósitos inmediatos de las normas, y los fines últimos de la práctica, no es independiente del sentido locucionario o estático de los textos jurídicos. De otra forma, el intérprete no estaría propiamente interpretando las normas de derecho positivo, sino creando a partir de su propia convicción. Más bien, el intérprete identifica el sentido teleológico singular y sistemático, pasando del significado estático y locucionario de los textos a su sentido discursivo performativo y perlocucionario.³²

²⁹ Cfr. Austin, J., *op. cit.*, p. 11.

³⁰ Cfr. Searl, J. S., *op. cit.*, p. 45.

³¹ La indefectible naturaleza teleológica-sistemática de toda interpretación jurídica ha sido lúcidamente puesta de manifiesto por Ronald Dworkin, entre otros trabajos, en Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 49-53 y 62-72; "Reply", *Arizona State Law Journal*, 1997, pp. 29-447; "Darwin's New Bulldog", *Harvard Law Review*, pp. 111-1732; "In Praise of Theory", *Arizona State Law Journal* 29, 1997, pp. 361; "The Judges New Role. Should Personal Convictions Count?", *Journal of International Criminal Justice*, 2003, pp. 4-9 y ss.; *Justices for Hedgeghos*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, pp. 130 y ss. Hemos analizado en profundidad este tópico en Zambrano, P., *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*, UNAM, 2009, pp. 59 y ss.

³² En igual sentido propone Massini, siguiendo a Wroblewski, que toda interpretación jurídica es contextual y, porque es contextual, implica una respuesta a la pregunta por las funciones sistémicas y los fines últimos del derecho. Véase Massini, C. I., *op. cit.*, p. 131; Wroblewski, J., "Semantic Basis of the Theory of Legal Interpretation", *Logique et Analyse*, 1963, pp. 21-24, 410. Para Wroblewski la contextualización genera problemas de indeterminación (*fuzziness*) específicos y distinguibles de los problemas de indeterminación netamente semán-

Recapitulando: la interpretación abstracta formula juicios predicamentales acerca de *i)* el significado del concepto de agencia o acción voluntaria en las distintas áreas del derecho; *ii)* el significado de los tipos de acción; *iii)* el carácter meritorio o demeritorio de estos tipos. Todos estos juicios son el resultado de una lectura de normas jurídicas que es a la vez estática y discursiva, literal y sistemático-teleológica. Más precisamente, la interpretación abstracta es el resultado de un proceso cognitivo que se despliega en dos etapas. Primero, una etapa literal, en la cual se identifica el significado locucionario, estático o literal de los enunciados jurídicos. Segundo, una etapa sistemático-teleológica, en la que se pasa del significado locucionario estático de los enunciados al sentido discursivo, performativo y perlocucionario.

Una semántica realista garantiza la conexión del momento estático de la interpretación con los textos jurídicos, pues ofrece un “piso firme” que impide que la interpretación gire en el vacío o se remonte al infinito, reenviando de un concepto al otro. Sin embargo, una semántica realista no se basta a sí misma para iluminar el paso desde el sentido locucionario o estático de los textos, hacia el sentido discursivo, performativo y perlocucionario. Este paso exige contextualizar, y contextualizar supone, en el caso del derecho, determinar cuáles son los bienes y valores deónticos —no meramente pre-morales— que justifican la práctica en su totalidad. Por ello, si el *telos* normativo sistémico no fuera intrínsecamente inteligible, toda la objetividad que ofrece una semántica realista en el momento literal de la interpretación se pierde en el momento discursivo.

En conclusión, para que todos los juicios predicamentales generales propios del nivel abstracto de la interpretación posean en verdad alguna conexión inteligible con los textos jurídicos y con la práctica en su totalidad, es preciso que: *a)* el significado estático, que en otros sitios he denominado “piso semántico de la interpretación”, posea una cierta inteligibilidad objetiva, independiente de los pre-conceptos del intérprete; *b)* los propósitos, fines o bienes últimos del sistema sean también, en alguna medida, intrínsecamente inteligibles. En todo caso, una cosa queda clara: si la interpretación pretende en verdad ser *interpretación*, y no en cambio pura creación, entonces tanto el “piso” semántico provisto por el sentido estático de los textos, como el “techo” teleológico desde el cual el intérprete determina su sentido discursivo, deberían ofrecer alguna resistencia al intérprete.

ticos. Véase Wroblewski, J., “Legal Language and Legal Interpretation”, *Law and Philosophy*, 4, 1985, pp. 239-255.

V. LOS DESAFÍOS COGNITIVOS PROPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONCRETA

La interpretación concreta es una continuación de la interpretación abstracta. Más precisamente, la interpretación concreta involucra o implica a la interpretación abstracta. Por lo mismo, si el marco semántico y el horizonte teleológico de comprensión no ofrecen resistencia a nivel abstracto, tampoco la ofrecerán ni en la faz deductiva ni en la faz sintética de la interpretación concreta.

El primer desafío de la interpretación concreta es, pues, heredar o recibir una interpretación abstracta que asuma una teoría semántica realista y un horizonte teleológico de comprensión objetivo. En este orden de ideas, haciendo referencia al sub-judicio de individuación de la acción que conecta tipos de acciones con casos singulares, ha señalado con acierto Spaemann:

Una cosa debe quedar clara: si la tipologización, esto es, la descripción de la acción, es arbitraria, también lo es la operación de extraer acciones concretas del *continuum* de la praxis vital... Del rechazo de los universales se sigue el rechazo de la idea de entidades individuales identificables, según han mostrado concluyentemente P. Geatch, Wiggins, C. Rapp y otros... Los autores mencionados se referían a cosas individuales. Pero el argumento vale igualmente, en incluso todavía más, para las acciones... Y naturalmente, si las acciones no son unidades individuales identificables, tampoco son enjuiciables moralmente³³ [ni jurídicamente, ni desde ningún otro punto de vista, agregamos nosotros].

La impecable lógica de Spaemann se resume en lo siguiente: sin una teoría semántica referencial como presupuesto, el paso desde el texto jurídico a los juicios generales en la interpretación abstracta, y de éstos a los juicios sintéticos de la interpretación concreta no puede constituir otra cosa sino un salto al vacío. La discrecionalidad de la interpretación concreta (y, particularmente, de la interpretación judicial) constituye un corolario ineludible, en otras palabras, de un escepticismo previo —no ya moral— sino conceptual o semántico. La razón es simple: si la formulación del concepto de agencia y de los tipos de acción son creaciones convencionales puras, de principio a fin, entonces no existe criterio alguno para distinguir en los casos singulares las notas o señales que los constituyen en instancias de tales conceptos.

³³ Spaemann R., *Grenzen. Zur Ethischen dimension des Handlens*, Klett-Cotta, 2001, p. 52. La traducción corresponde a la versión castellana *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de J. Fernández Retenega y J. Mardomingo Sierra, Pamplona, p. 54.

El convencionalismo conceptual puro abre pues un espacio para la discrecionalidad bastante más amplio que el que Hart o Kelsen están dispuestos a aceptar. La discrecionalidad no se limitaría al sub-juicio de individuación en casos que son difíciles de encajar en uno u otro concepto legal, como propone Hart.³⁴ Tampoco se limitaría, como aspira Kelsen, a la elección de uno entre muchos modos posibles de realizar el tipo de acción que se impera en la sentencia a través del sub-juicio de responsabilidad.³⁵ Si tanto el concepto de agencia como la tipologización obtenidos en el nivel abstracto de la interpretación carecen de toda referencia a una realidad intrínsecamente inteligible, entonces todos los sub-juicios de la interpretación concreta son discrecionales, y en todos los casos.

Una semántica realista es, en fin, tan necesaria en la interpretación abstracta como lo es en la interpretación concreta. Sin embargo, además de insuficiente para iluminar el horizonte teleológico de la interpretación, una semántica realista no asegura contra el error en la formulación de los juicios, sino al contrario: el lugar para el error es la consecuencia de la naturaleza cognitiva de los juicios interpretativos, abstractos y concretos. Si los juicios fueran un ejercicio puro de la voluntad, no cabría la distinción entre lo válido y lo inválido, lo cierto y lo incierto.

Dejando por ahora las causas posibles de error en la interpretación abstracta, vale señalar que la dimensión sintética de la interpretación genera problemas cognitivos específicos que no están presentes en el nivel abstracto de interpretación. Estos problemas son de dos clases. De una parte, problemas propios de todo juicio cognitivo que conecta conceptos con casos. De otro, problemas propios de la individuación de la acción dentro del proceso judicial.

Los problemas del primer tipo obedecen a la variabilidad de lo fáctico, sobre lo cual recae todo juicio predicamental singular. Los conceptos son estáticos e inmutables. Lo fáctico es, en cambio, infinitamente variable y cambiante. Esta oposición no es ninguna novedad. Como hace ya mucho tiempo advirtió Aristóteles, los conceptos son abstracciones de aquello que permanece inmutable en el cambio. Por ello, como ha señalado de muchas y reiteradas formas Aquino, cuanto más se aproxima la razón a lo singular, más se aproxima también a la contingencia y se amplía el espacio para el error.³⁶

³⁴ Cfr. Hart, H. L., *op. cit.*, p. 123.

³⁵ Cfr. Kelsen, H., *op. cit.*, pp. 351 y ss.

³⁶ Cfr. Aquino, T., *De Veritate* q. 10 a. 6, q. 19 a. 1; *Suma teológica* I q. 84 arts. 6 y 8; I-II q. 14 a.3; q. 57 a. 6.

Desde el punto de vista cognitivo, la oposición entre la inmutabilidad de los conceptos y la variabilidad de las cosas a las cuales los conceptos hacen referencia explica, entre muchas otras cosas, que una misma persona pueda formular juicios predicamentales generales con un alto nivel de corrección y fallar en su aplicación a lo singular. Esto es perfectamente posible porque el fallo no obedecería en tal caso a una deficiente aprehensión del significado conceptual, sino a una deficiente apreciación circunstancial de los rasgos que conforman la realidad singular.³⁷

Sin embargo, como se ha dicho, el espacio para el error que es connatural a todo juicio referencial se amplía en la interpretación concreta realizada a nivel judicial por tres razones: *a)* aquello que se juzgan son acciones humanas; *b)* las acciones se juzgan desde su manifestación exterior; y *c)* en el supuesto particular del subjuicio de responsabilidad se impera una acción hacia el futuro, con todo lo que el futuro posee de indeterminación.

VI. LA AMPLIACIÓN DEL ESPACIO PARA EL ERROR (I): LIBERTAD Y EXTERIORIDAD

La primera razón de la ampliación del espacio para el error en la interpretación concreta emana de su objeto: lo que se juzgan son acciones, y éstas, a diferencia de los fenómenos físicos, están surcadas de libertad, la cual explica que los modos de realizar (*to instantiate*, en inglés) cada tipo de acción sean mucho más variables que los modos en que se instancian los fenómenos físicos. Ello es así, tanto en las denominadas por Searl “acciones brutas” y por Aquino “acciones *in genere natura*”, como “correr” o “reír”, que se definen en función de la capacidad biológica desplegada, como —y todavía con mayor razón— en las acciones que se definen por su impacto sobre bienes —como matar—, o por el despliegue de procedimientos reglados culturalmente.³⁸

Cuanto más abstracta es la definición del *to de acción*, tanto más lugar para la variabilidad de modos de realizarla y, por lo mismo, tanto más lugar también para errar en la determinación del tipo de acción con el cual encajan las acciones singulares.

La segunda razón para la ampliación del error en la síntesis cognitiva concreta, y específicamente en la que despliega el juez, es una continuación de la anterior: toda acción humana es una combinación de interioridad y exterioridad. Por lo mismo, la naturaleza o especie de las acciones individuales no se determina única ni principalmente en función de las capaci-

³⁷ Cfr. Llano, A., *El enigma de la representación*, Madrid, Síntesis, 1999, pp. 233-236.

³⁸ Cfr. Searl, J. S., *op. cit.*, p. 39; Aquino, T., *Suma teológica* I-II q. 20 a. 6.

dades físicas o biológicas actualizadas, o de su impacto positivo o negativo sobre bienes y reglas exteriores. Se determina, además, en función del tipo de acción que el agente elige desplegar al actuar.³⁹ El célebre ejemplo de Wittgenstein, retomado entre otros por Kelsen, es muy elocuente de lo que se quiere apuntar aquí: un hombre levantando su mano no es sólo un hombre levantando su mano. Es, o puede ser, un hombre saludando, amenazando, advirtiendo, pidiendo auxilio, etcétera. Todo depende de aquello que el hombre levantando la mano haya elegido hacer, con o mediante el tipo físico “levantar la mano”.⁴⁰

Por ello, en la amplísima gama de acciones por las cuales el derecho responsabiliza a los agentes con un criterio subjetivo, se asume que un observador externo (el juez, el abogado) es capaz de determinar cuál fue el tipo interiormente elegido por el agente al desplegar la acción. Sin embargo, el juez sólo cuenta con el tipo biológico —levantar la mano— y con el impacto del tipo sobre bienes circundantes a la acción para abducir, en el sentido más estricto del término “abducir”, tanto la naturaleza voluntaria del hecho, como el tipo específico de acción que el agente elige desplegar o realizar —saludar, amenazar, etcétera—. El resultado de esta abducción, claro está, bien lejos está de la seguridad de las operaciones lógicas deductivas e incluso de la inducción.⁴¹

Como muestra de las dificultades interpretativas que plantea la abducción aplicada a la interpretación de la acción singular, basta asomarse a la intensidad del debate analítico en torno a la existencia o no de criterios ob-

³⁹ Aquino, *Suma teológica*, I-II, qq. 17-20, especialmente, q. 18 a 6, y q. 20. Interpretando en este punto a Aquino, *cf.* Finnis, J., *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*, trad. de Juan García Norro, Barcelona, Euns, 1992, pp. 65-60, e interpretando a Aristóteles, Finnis, J., *Fundamentals of Ethics*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 33. *Cfr.* asimismo, en la tradición tomista, Ronheimer, M., *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, trad. de C. Mardomingo, Madrid, Rialp, 2000, pp. 44-53, y Ronheimer, Martin *et al.* (eds.), *Perspective of the Acting Person: Essays in the Renewal of Thomistic Moral Philosophy*, Washington, DC, Catholic University of America Press, 2008, p. 41.

⁴⁰ *Cfr.* Wittgenstein, L., *Philosophical Investigations* (Anscombe, E., trans.), (1958) [1999], §433; Kelsen, H., (1960) [1982], p. 16.

⁴¹ Explicando el concepto de abducción, dice Charles S. Peirce: “La deducción prueba que algo *tiene* que ser; la inducción muestra que algo *es actualmente* operativo; la abducción sugiere meramente que algo *puede ser*”, en *Lecciones de Harvard sobre el pragmatismo*, trad. de J. Vericat, (1903) [1988], &21, disponible en: <http://www.unav.es/gep/OnThreeTypesReasoning.html> (fecha de consulta: 18 de noviembre de 2014). Otro concepto aplicable a este tipo de inferencia lógica es el de “raciocinio reductivo”, que Kalinowski describe como “raciocinio cuya premisa señala un efecto, del que la conclusión indica la causa. Como muchas veces un mismo efecto puede tener diversas causas, el raciocinio reductivo es, en principio, un raciocinio con conclusión probable”, en Kalinowski, G., *Introducción a la lógica jurídica*, trad. de J. Casauborn, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 152.

jetivos de individuación de la acción; a la división de la dogmática penal en torno a la prueba del dolo; a los intensísimos debates ius-privatistas sobre la distinción entre culpa con y sin representación, y la posibilidad o imposibilidad de acreditar una y otra cosa.

VII. LA AMPLIACIÓN DEL ESPACIO PARA EL ERROR (II): LA INDETERMINACIÓN DEL FUTURO

La variabilidad de realizaciones posibles de cada tipo de acción y la aproximación exterior a la acción singular condicionan de modo particular los sub-juicios de atribución y de individuación en sentido estricto, mediante los cuales se reconoce en un hecho pasado (Juan pagó a Pedro y Pedro no entregó la cosa) su condición de “acción voluntaria”, y su tipología (“pago en la compraventa”).

El sub-juicio de responsabilidad es también un juicio de individuación. Pero a diferencia de los sub-juicios anteriores, lo que se individualiza ahora no es la especie de una acción realizada en el pasado, sino algún modo de realizar un tipo de acción en el futuro. En el ejemplo propuesto, mediante el sub-juicio de responsabilidad se determina cómo debe obrar Pedro para materializar la acción típica consistente en “entregar la cosa en cumplimiento de la obligación asumida en el contrato de compraventa”. Ya no se trata de determinar si los hechos juzgados constituyen la referencia de un tipo (el pago de la compraventa); si son atribuibles a alguien (Juan y Pedro) a modo de agente, y cuál es su valor legal (cumplimiento de un contrato válido). Se trata, en cambio, de identificar el modo en que debe obrar un agente (Pedro) para realizar otro tipo de acción (reparar el daño generado a Juan por el incumplimiento contractual).

El cambio temporal elimina las dificultades epistémicas originadas en la exterioridad de la acción, mientras que potencia las dificultades epistémicas originadas en la variabilidad de modos de realizar tipos de acciones. El problema de la aproximación exterior a la acción se elimina porque, a diferencia de lo que ocurre con las acciones que se juzgan en el pasado, la intención con que el agente despliegue la acción imperada por el juez es irrelevante. En efecto, ya no se trata de averiguar ¿qué hizo Pedro? o ¿porqué lo hizo?, sino de obligar a Pedro a restaurar la relación deóntica que lo unía Juan a través del contrato de compraventa, y que él alteró cuando incumplió con su obligación contractual de entregar la cosa vendida. En este punto, la función específica del derecho es restaurar este equilibrio, imperando a Pedro

que entregue la cosa, con independencia cuál sea su intención en el cumplimiento de la orden judicial.⁴²

Sin embargo, mientras el problema de la aproximación exterior a la acción se elimina, el problema de la variabilidad se potencia porque la opción entre uno de los muchos modos de realizar el tipo todavía está abierta. El juez no se limita pues a comparar conceptos con hechos ya acaecidos y cerrados. En cambio, debe comparar los conceptos (el tipo de acción debida) con una multiplicidad de opciones fácticas realizables.⁴³ Más precisamente, debe comparar el tipo que pretende imperar (reparar, indemnizar, punir, etcétera) con los muchos modos posibles de realizarlo en las circunstancias, determinando por una parte si estos muchos modos son en verdad instancias del tipo, e identificando, de otra parte, cuál es —si alguno— el más eficaz y eficiente para realizar el *telos* normativo sistémico.⁴⁴

La identificación de la acción más eficaz y eficiente conlleva deliberación o comparación entre opciones de acción. No pocas veces, esta deliberación acaba en un conjunto de opciones que se aparecen ante la inteligencia como igualmente eficaces para realizar el *telos* sistémico. Otras, la mayor parte, la deliberación acaba en opciones que se manifiestan eficaces para realizar una dimensión del *telos* sistémico, pero ineficaces para realizar otra. Etcheverry ofrece en este mismo volumen razones de peso para argumentar que en esta clase de situaciones la decisión final está en buena medida condicionada por la disposición afectiva del intérprete.

Sin discutir esta aserción, conviene apuntar que la afectividad está a su vez avalada por la perspectiva teleológica de la interpretación abstracta y concreta. En otras palabras, si en alguna circunstancia fuera válido decidir una cuestión jurídica por razones afectivas es porque es razonable esperar que la afectividad o inclinación del juez conduzca a revelar la opción más compatible con el *telos* normativo sistémico. Sin embargo, la afectividad no debería jugar ningún rol, o al menos ningún rol consciente, en la delimita-

⁴² Aquino, *Suma teológica*, II-II, q. 58 a 9, ad. 2 y ad 3, y a 10.

⁴³ La identificación del conjunto de cursos de acción disponibles para realizar un tipo de acción es el resultado de lo que Aquino denomina “consejo o deliberación” en *Suma teológica*, I-II q. 14 art. 1. En cambio, la identificación intelectual del curso concreto que, dentro de este conjunto, mejor realiza el tipo que se pretende imperar, es el resultado de lo que Aquino denomina “juicio” en *Suma teológica*, I-II q. 13 art. 1 ad. 2; q. 14 a. 6.

⁴⁴ La eficacia y eficiencia para realizar el fin sistémico como criterio de elección dentro de las opciones que son conceptualmente compatibles con el tipo legal es otro modo de explicar el juicio dworkiniano de ajuste, a través del cual el intérprete elige, entre las muchas conexiones significativas entre casos y normas, la que muestra al sistema “en su mejor luz”. Dworkin, R., *op. cit.*, pp. 65-68; 2011, pp. 130 y ss. Véase también, en igual sentido, Massini, C. I., *op. cit.*, p. 158; Zambrano, P., *op. cit.*, p. 73.

ción del conjunto de cursos de acción disponibles para la deliberación. En la medida en que el derecho se propone guiar la acción del juez, se espera que esta delimitación sea el resultado de un juicio cognitivo de individuación, que conecta los cursos de acción “elegibles” con el tipo normativo que se pretende imperar.

VIII. CONCLUSIONES

Todo sistema normativo se propone, por definición, guiar la acción de sus agentes y juzgarla a *posteriori*, en vista de su impacto sobre el bien o fin práctico que al que tiende el sistema en su totalidad. Uno y otro propósito descansan sobre el presupuesto de que el lenguaje normativo es lo suficientemente inteligible para sus agentes, de forma que puedan reconocer: *a)* los tipos de acciones debidas; *b)* los bienes o fines hacia los cuales se orienta la regulación de la acción, y *c)* la distinción entre hechos y acciones.

En línea con la teoría de la interpretación desarrollada por el profesor Massini, en las páginas anteriores se ha argumentado que la inteligibilidad de todo discurso depende de su referencia a una realidad intrínsecamente inteligible. Una realidad que se “conoce” o aprehende por abstracción y no, en cambio, como resultado de la comparación de unos conceptos con otros. Si así no fuera, todo proceso interpretativo se remontaría en una regresión comparativa al infinito: para comprender un concepto comparamos con otro concepto, que a su vez debemos comparar con otros conceptos, y así sucesivamente.

Esta tesis formal se complementa con una indicación material acerca de la realidad última que brinda inteligibilidad al discurso jurídico en su totalidad. Se ha sugerido en este sentido que el *designatum* intrínsecamente inteligible a partir del cual se formula concepto y juicio normativo, moral o jurídico, conclusivo o determinativo, no son los primeros preceptos morales del razonamiento práctico, como sugiere el profesor Massini, sino los principios pre-morales que indican cuáles son los bienes humanos básicos a los que tiende toda acción humana; una tipología pre-moral de acciones y un concepto básico de acción humana.

Ahora bien, una semántica referencialista es un presupuesto necesario de la inteligibilidad de todo lenguaje, y del lenguaje jurídico en particular. Sin embargo, explica Massini que la interpretación jurídica no se propone conocer el significado estático o literal de los textos jurídicos, sino cuál es la conducta imperada por el derecho sistemáticamente considerado. En este

trabajo se ha desarrollado la tesis de que esta identificación se obtiene como resultado de un razonamiento que se desarrolla en dos etapas, una abstracta y otra concreta.

La etapa abstracta típicamente desarrollada por la aproximación dogmática al estudio del derecho concluye en la formulación de juicios predicamentales generales acerca del tipo de acciones jurídicamente imperadas, acerca del concepto de acción jurídica, acerca del carácter meritorio o demeritorio de cada tipo de acción jurídica, y acerca de las responsabilidades que genera la realización de cada tipo de acción. La etapa concreta de la interpretación recoge los resultados de la etapa anterior, y los conecta o aplica a hechos singulares. Como resultado de esta conexión sintética, se formulan cuatro tipos de juicios predicamentales referenciales: un sub-juicio de individuación de la acción, un sub-juicio de agencia o atribución, un sub-juicio de mérito, y un sub-juicio de responsabilidad.

La cognitividad y objetividad de la fase abstracta de la interpretación depende de que asuma una semántica realista o referencial y un horizonte objetivo de comprensión teleológica. Lo primero permite identificar el significado locucionario, literal o estático de los textos. Lo segundo permite pasar del significado literal, locucionario o estático, al sentido discursivo, performativo y perlucionario de los textos. El horizonte de comprensión teleológico aporta un criterio para elegir, dentro del marco de significados locucionarios habilitados por las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje, el que mejor realiza el *telos* sistémico. Los juicios generales que resultan de la interpretación abstracta son, pues, el resultado de una interpretación que es a la vez textual, sistemática y teleológica.

En la medida en que la interpretación concreta utiliza los conceptos esclarecidos en el nivel abstracto de la interpretación y los aplica a hechos singulares, supone el despliegue de un razonamiento sintético que arrastra, por así decirlo, los desafíos cognitivos de la etapa anterior y agrega otros nuevos. Los desafíos cognitivos nuevos, propios de la interpretación concreta en su faz sintética son de cuatro tipos: la variabilidad de lo singular; la máxima variabilidad de la acción humana, que está surcada de libertad; la aproximación exterior a la acción, y la indeterminación del futuro. Estos desafíos no son, sin embargo, insuperables. No, al menos, cuando el intérprete los aborda desde una teoría semántica referencial y en vista de un *telos* sistémico objetivo.

ARGUMENTACIÓN, PRINCIPIOS Y RAZONABILIDAD. ENTRE LA IRRACIONALIDAD Y LA RACIONALIDAD

Juan CIANCIARDO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La argumentación jurídica en el contexto del caso.* III. *La alternativa de la irracionalidad.* IV. *De nuevo sobre la circularidad: argumentación, racionalidad y razonabilidad.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El devenir de la filosofía del derecho del siglo XX ha estado signado en buena medida por la progresiva toma de conciencia del carácter práctico del fenómeno jurídico. Concretamente, desde Kelsen en adelante la crítica al paradigma positivista se ha basado en advertir las implicancias y consecuencias del hecho de que el operador jurídico se enfrente constantemente a ambigüedades, a aporías, a dificultades de difícil resolución, que exigen de su parte un esfuerzo muy especial, concretamente una argumentación que condiciona la plausibilidad de la tesis de la separación entre derecho, moral y política. En el presente trabajo pretendo lo siguiente: en primer lugar, dar cuenta de algunas de las aporías mencionadas desde la perspectiva que proporciona la distinción entre principios y reglas; en segundo lugar, exponer cuál es el problema que ofrece el recurso a los principios como modo de resolver las ambigü-

* Universidad de Navarra. Una versión anterior de este trabajo fue publicada en *Dikaion* 23, 2014, pp. 11-36.

Dejo constancia de mi gratitud con el profesor Carlos Ignacio Massini Correas por sus valiosas observaciones y sugerencias, y con la profesora Pilar Zambrano por el contenido de la nota 36, que le pertenece por completo.

dades o dilemas. Se cuestionará, en concreto, la capacidad de algunas de las versiones del principialismo para resolver los problemas de justificación y de interpretación del derecho; en tercer lugar, por último, se intentará proponer como una vía de solución prometedora un entendimiento algo distinto del más habitual acerca de la relación existente entre los principios y las reglas.

Para desarrollar el primer punto nos concentraremos en casos judiciales concretos, específicamente en los problemas de interpretación que emergen cuando aparece acuciante la necesidad de resolver, de dar respuesta.¹ En el punto siguiente (apartado II) se expondrá una síntesis de las ambigüedades que se presentan en el plano de los hechos del caso, en el momento de definir de qué se está discutiendo, por un lado, y de las que aparecen a la hora de interpretar las normas que se vinculan con su solución, por otro. Se trata aquí de recoger lo que ya ha sido señalado por diversos autores en otras oportunidades, dándole quizá un orden diferente al que se sigue en las exposiciones más frecuentes. Al toparse con uno y otro elemento (con los hechos y con las normas) el operador jurídico acaba encontrándose con disyuntivas o cursos alternativos de acción respecto de los que el sistema jurídico guarda, al menos *prima facie*, silencio.

Frente a esas ambigüedades algunos juristas —entre los que destacan en los últimos años Dworkin y Alexy—² han sugerido que tanto los problemas que se presentan en el ámbito de lo fáctico como las indeterminaciones sintácticas y semánticas de las reglas o normas son resueltos (y sólo pueden ser resueltos) acudiendo a los así llamados “principios”. Según esta opinión, es a partir de estos últimos (y fundados en ellos) que los operadores jurídicos optan por una u otra(s) de las alternativas disponibles para componer los hechos o interpretar las normas. Partiendo de lo anterior se llamará la atención sobre lo siguiente: los principios, a su vez, requieren de determinación, puesto que por sí solos no determinan nada, y esa determinación se lleva a cabo mediante reglas o normas. Teniendo esto en cuenta, la sugerencia de “principialistas”, como Dworkin o Alexy, parecería conducir a

¹ No se tratarán aquí más que tangencialmente los problemas de justificación, que aparecen más o menos próximamente dependiendo del tipo de casos. Sobre la distinción entre perspectivas justificatoria e interpretativa, *cfr.* Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

² *Cfr.* Dworkin, Ronald M., “Social Rules and Legal Theory”, *The Yale Law Journal* 81, 5, abril de 1972, pp. 855-890, reimpresso luego en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977; “The Model of Rules”, *The University of Chicago Law Review* 35, 1, otoño de 1967, pp. 14-46, reimpresso luego en *Taking Rights Seriously, op. cit.*; Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

un razonamiento circular: de las indeterminaciones de las reglas a las de los principios, y nuevamente a las de las reglas. ¿Cómo superar la amenaza a la racionalidad que esconde este planteamiento? ¿Cómo evitar que este círculo sea un círculo vicioso?

En el trabajo se examinarán algunas de las diversas alternativas de respuesta que se han dado al problema mencionado. Dos de ellas conducen a la irracionalidad. La primera asume como inevitable la insuperabilidad de la amenaza expuesta y acepta de modo directo la primacía de una voluntad ideológico-despótica por encima de cualquier intento de justificación racional; la segunda es la opción de la racionalidad cientificista, que, como veremos, sacrifica en el altar de la pureza metódica la aspiración a describir fielmente el “caso central” del fenómeno jurídico: es decir, no da cuenta del carácter práctico-interpretativo del derecho o lo reduce a patología o, en el mejor de los casos, epifenómeno. El costo es la pérdida de relevancia del derecho (que no parece aportar nada significativo a la voluntad de quien decide), y su consecuente pérdida de justificación (siendo el derecho equiparable a la violencia, no hay modo de justificarlo como alternativa a ella).³ Una tercera vía, alternativa a las dos anteriores, es la de la razonabilidad. Por las razones que se expondrán al final, se optará por esta última, aunque no se la desarrollará aquí por completo.

El objeto de este capítulo se encuentra dentro del amplio abanico de temas que el profesor Carlos Ignacio Massini Correas ha estudiado a lo largo de su fructífera trayectoria.⁴ Esta circunstancia y el hecho de que este libro esté dedicado a su homenaje justifica las múltiples referencias a los trabajos de Massini que el lector encontrará en las páginas siguientes.

II. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN EL CONTEXTO DEL CASO

La tarea de decidir un caso impone al operador jurídico la necesidad de llevar a cabo una serie de selecciones sucesivas (y vinculadas) entre alternativas distintas. Tanto cuando se enfrenta a los hechos como a las normas conec-

³ Sobre la relevancia del derecho, *cf.* Cianciardo, Juan *et al.*, *Razón jurídica y razón moral. Estudios sobre la valoración ética en derecho*, México, Porrúa, 2012.

⁴ Según Massini, “uno de los temas centrales del debate iusfilosófico contemporáneo es el del puesto de la razón en el derecho o, en otras palabras, el de la determinación más o menos precisa del carácter, de la medida y de las modalidades que reviste el innegable elemento racional que integra constitutivamente la realidad jurídica”. Massini Correas, Carlos I., “Objetividad y racionalidad en la interpretación jurídica: consideraciones a partir de la obra de Owen Fiss”, *Prudentia Iuris* 71, 2011, pp. 93-114.

tadas con esos hechos se topa con realidades que deben ser interpretadas.⁵ Debe, por tanto, “descubrir el sentido, la orientación, el núcleo de inteligibilidad que las manifestaciones del espíritu humano” presentes en la descripción de los hechos llevadas a cabo por los litigantes y en las normas “ofrecen a la inteligencia”.⁶ Se trata, claro, de dos “textos” distintos, con problemas específicos, aunque en los dos casos ocurrirá que el intérprete se enfrentará a la necesidad de optar entre dos o más caminos interpretativos que no son irrazonables. Y, contra lo que en algún momento mantuvieron algunos autores,⁷ se trata de “momentos interpretativos” que no son excepcionales sino constantes e inevitables. Veamos.

1. “Momentos interpretativos” y hechos del caso

El primer trabajo del operador jurídico consiste en determinar cuál es el problema en juego. Y aquí mismo comienza la conexión entre ese trabajo y algún valor: el propio encuadre de un problema humano como problema jurídico implica su valoración como tal en desmedro de otros encuadres posibles (problema sociológico, problema moral, etcétera). Dicho con otras palabras: la afirmación de que un problema es jurídico se hace siempre desde una precomprensión del problema y desde una precomprensión del derecho que son fruto de una serie de interpretaciones, que a su vez implican valoraciones.⁸

Más allá de esto último, la inteligibilidad jurídica (o encuadre jurídico) de ese problema requiere llevar a cabo al menos tres procesos de selección

⁵ Es por eso que ha podido decirse, con razón, que la interpretación tiene un “rol central” en el fenómeno jurídico. Cfr. Viola, Francesco y Zaccaria, Giuseppe, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma, Laterza, 2000, pp. 129-133.

⁶ Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009, 1. Cfr., asimismo, Massini, Carlos, “Determinación del derecho y directivas de interpretación jurídica”, *Revista Chilena de Derecho* 31-1, 2004, pp. 155-168.

⁷ Cfr., por ejemplo, Wróblewski, Jerzy, “L’interpretation en droit: theorie et ideologie”, *Archives de Philosophie du Droit* ND XVII, París, 1972, pp. 53 y ss.

⁸ Cfr. Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y método*, 8a. ed., Salamanca, Sígueme, 1999, pp. 331 y ss. Sobre los límites de la propuesta gademariana, cfr., entre una bibliografía desbordante, Vigo, A., “Comprensión como experiencia de sentido y como acontecimiento. Los fundamentos de la concepción gademariana del *Verstehen*”, *Tópicos* 30, 2006, pp. 145-195 (con agudeza, se distingue entre hermenéutica filosófica y filosofía hermenéutica). Con respecto al ámbito jurídico, cfr., con diferencias entre uno y otro, Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del derecho III. El conocimiento y la interpretación jurídicas*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, 2008, capítulos II, VI y VII, anexo II, y Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, *passim*.

entre alternativas distintas. Si se pretende que esos procesos sean racionales inevitablemente deberán ser valorativos, es decir, implicarán el recurso a algún valor que oriente al intérprete en su tarea.

En primer lugar, el jurista se enfrenta a la necesidad de determinar los hechos a los que se enfrenta como hechos de un determinado tipo. Cuando una persona (física o jurídica, en este último caso a través de sus representantes) acude a un abogado lo hace para resolver un problema. Un problema que es complejo, puesto que de lo contrario lo hubiera resuelto por sus propios medios. Ese problema complejo está compuesto por una serie de hechos articulados entre sí, algunos jurídicos, otros no, algunos actos humanos, otros actos del hombre, otros meros hechos no dependientes del hombre. Cada problema es desglosable en partes; cada *factum* es desglosable en partes. En infinitas partes: el simple hecho de abrir una puerta es divisible en múltiples operaciones: levantarme, caminar hacia la puerta, girar el picaporte, separar la puerta de su marco. No todos los hechos que el observador tiene ante sus ojos cuando observa un problema humano son hechos relevantes desde el punto de vista que proporciona la inteligibilidad humana, primero, y jurídica, luego, del problema.⁹ Por esta razón, el jurista debe llevar a cabo una labor de depuración, distinguiendo aquellos aspectos de los hechos que son relevantes de aquellos otros que carecen de relevancia (o tienen una relevancia menor), tanto de cara a su comprensión como *un tipo de problema* (por ejemplo, matar a otro), como de cara a su comprensión como *un tipo de problema jurídico* (por ejemplo, homicidio), como de cara, finalmente, a su prueba como tal. Si al caminar por la calle veo que una persona arroja un golpe de puño a otra con violencia, dadas determinadas circunstancias podré establecer que allí ha habido una agresión (tipo de problema), que esa agresión es una lesión (tipo de problema jurídico) y que eso puede probarse frente a un tribunal acreditando determinados hechos (los relevantes), sin tener que acreditar todos (los irrelevantes).

Un problema colateral a los que se han mencionado es el de que la determinación de la relevancia de los hechos es en parte dependiente de otros hechos: hay hechos que son relevantes en un contexto fáctico específico e irrelevantes en un contexto distinto. Por ejemplo, el color del pelo de quien conduce un coche en un accidente de tránsito puede o no ser relevante dependiendo —entre otros factores— de que el conductor haya huido sin dejar ningún dato o no lo haya hecho. La relevancia del primer hecho depende de la existencia del segundo. El problema, entonces, es la circularidad

⁹ Cf. Taruffo, Michele, *La prueba. Artículos y conferencias*, Chile, Metropolitana, 2009, pp. 41 y ss.

(no necesariamente viciosa, pero problemática) ínsita en lo que se acaba de mencionar: la relevancia de un hecho depende de otro hecho (o de otros hechos) cuya relevancia aún no se ha establecido por completo.

En segundo lugar, una vez seleccionados los hechos relevantes hay que probarlos. Existen múltiples medios de prueba, cuya pertinencia depende de la índole de los hechos relevantes. No todos sirven para todos los casos. Por eso, el operador jurídico debe elegir *sólo* los medios de prueba pertinentes o útiles de cara al establecimiento o determinación de los hechos relevantes del caso, y descartar la producción de prueba no pertinente. Se trata de un proceso de selección guiado, nuevamente, por valores: la verdad de lo ocurrido, por un lado, y la economía procesal, por otro, los dos orientados a la justicia de la decisión. En no pocas ocasiones uno y otro valor entran en conflicto y hay que procurar su armonización. Muchas veces, sin embargo, se suele postular el sacrificio de la verdad en aras de la economía procesal. Es el caso de la así llamada “verdad negociada”, por poner un ejemplo, criticada con acierto por Michele Taruffo.¹⁰ Aparecen también en juego otros valores procesales que imponen límites a la verdad y a la economía procesales: la inviolabilidad de domicilio, por ejemplo. De la ponderación de estos valores han surgido reglas procesales que rigen situaciones críticas, como por ejemplo la así llamada “doctrina del fruto del árbol venenoso”, surgida en los Estados Unidos y adoptada por diversos países,¹¹ que determina la nulidad de toda prueba producida a través de un medio que haya violado

¹⁰ El tratamiento de esta cuestión excede el marco del presente trabajo. *Cfr.*, entre otros trabajos de este autor que se refieren al tema, Taruffo, Michele, “¿Verdad negociada?”, *Revista de Derecho XXI-1*, 2008, pp. 129-151. Con un estilo que en ocasiones no está exento de polémica, Taruffo expone allí que “la verdad de los enunciados relativos a los hechos de la causa existe o no existe en función de cómo se hayan desarrollado los acontecimientos en el mundo real, y no es objeto de negociación o de acuerdo entre las partes. Como ya ha sido dicho, la no oposición no hace verdadero eso que es falso, y tampoco hace verdadero eso que ya es verdadero por sí”.

Cfr., asimismo, con remisión a la postura de Taruffo, Vigo, Rodolfo, “De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución. Realidad, teorías y valoración”, *Dikaion*, 21, núm. 1, junio de 2012, pp. 187-227.

¹¹ La *Fruit of the Poisonous Tree Doctrine* surgió en Estados Unidos en el caso resuelto por su Corte Suprema *Silverthorne Lumber Co. vs. Estados Unidos*, 251, U.S. 385, 1920; en Argentina fue adoptada por su Corte Suprema en los casos *Montenegro*, *Luciano Bernardino*, fallos 303:1938 (1981) y *Florentino, Diego*, fallos 306:1752 (1984). En otros países, en cambio, la doctrina fue rechazada o aplicada con matices; *cfr.*, por ejemplo, las peculiaridades del caso australiano en Arenson, Kenneth J., “Rejection of the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine in Australia: a Retreat from Progressivism”, *U. Notre Dame Austl. L. Rev.* 13, 2011, p. 17. Sobre los orígenes de esta doctrina, *cfr.* Pitler, Robert M., “The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepar-dized”, *Cal. L. Rev.* 56, 1968, p. 579.

alguna de las garantías procesales reconocidas en la Constitución (o que se derive de un medio así).¹²

En tercer lugar, en la mayoría de los casos la prueba producida conduce a conclusiones no totalmente coincidentes —y no pocas veces contradictorias— respecto de los hechos. El intérprete se enfrenta en este punto a la necesidad de asignar diversos grados de importancia a la prueba producida, según cuál sea su fuerza de convicción. Si no pudiera asignarse distinta fuerza de convicción a las pruebas contradictorias o no plenamente coincidentes no sería posible establecer qué ocurrió, cuál es el problema jurídico en juego. Vale la pena resaltar que la formación de esa convicción tiene un objeto propio: lo ocurrido. La convicción debe formarse acerca de *lo que pasó*, sobre la base de las pruebas producidas que son seleccionadas y sopesadas según la “sana crítica”.¹³ Convicción íntima no equivale a convicción irracional o incomunicable (que haría inverificable su racionalidad).¹⁴

En suma: en las tres ocasiones mencionadas el jurista se enfrenta a la necesidad de elegir entre caminos diversos, todos ellos disponibles para él.

2. *Los textos y las proposiciones*

Una vez definido el problema humano que se debate dentro de un contexto que le proporciona una cierta inteligibilidad, resulta necesario: *a)* encontrar las normas jurídicas que se vinculan con él; *b)* interpretar esas normas jurídicas, y *c)* llegar a un resultado. Cada uno de los pasos de este proceso es valorativo, como se expondrá a continuación.

En primer lugar, deben seleccionarse los textos o materiales jurídicos que se conectan de algún modo con los hechos y que pueden brindar pautas o criterios para hallar una solución. De modo análogo a lo ocurrido con

¹² Sobre la evolución jurisprudencial de esta doctrina puede consultarse Ashraf, Michael Jeffrey, “United States v. Patane: Miranda’s Excesses”, *Journal of Civil Rights and Economic Development* 20-1, 2005, p. 7; Bransdorfer, Mark S., “Miranda Right-to-Counsel Violations and the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine”, *Ind. L.J.* 62, 1986-1987, p. 1061.

¹³ Así ocurre, por ejemplo, en Argentina. En el artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se establece, al respecto, que “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa”. *Cfr.* Colombo, Carlos J. y Kiper, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: anotado y comentado*, 3a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, t. IV, pp. 124-133, y sus referencias.

¹⁴ Taruffo, Michele, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en Taruffo, Michele, *La prueba. Artículos y conferencias*, *op. cit.*, pp. 23-43.

los hechos, tampoco aquí el jurista puede operar de un modo mecánico o a-valorativo, puesto que también ahora se enfrenta a la necesidad de seleccionar entre distintas alternativas.

No es una tarea sencilla. No lo es sobre todo en nuestros días, en los que asistimos a un desbordamiento de fuentes que frecuentemente produce agobio y perplejidad.¹⁵ Como es sabido, las lagunas contemporáneas no suelen ocurrir como consecuencia de que un caso concreto no se encuentre conectado con ninguna norma, sino más bien porque se relaciona con un abanico amplísimo de normas de diversa estructura y jerarquía que no siempre son coherentes entre sí.¹⁶ Lo primero, entonces, es seleccionar cuáles de esas normas son relevantes para dar con una solución correcta del caso. Vale la pena detenerse un momento en un ejemplo concreto que permita entender mejor lo que se pretende decir.

En 1980 la Corte Suprema de la Argentina debió resolver el siguiente caso: una persona de diecisiete años y diez meses de edad pidió autorización judicial para donar un riñón a su hermano, de veinte años, necesitado de un trasplante.¹⁷ La norma entonces vigente establecía que: “toda persona capaz, mayor de 18 años, podrá disponer de la ablación en vida de algún órgano o de material anatómico de su propio cuerpo para ser implantado en otro ser humano, en tanto el receptor fuere con respecto al dador, padre, madre, hijo o hermano consanguíneo...” (artículo 13 de la Ley 21541). A la persona que pretendía donar le faltaban, por tanto, dos meses para cumplir la edad prevista por la ley. El eje de la cuestión jurídica que se debatía en el caso pasaba por establecer, entonces, si esos dos meses faltantes podían ser “suplidos” con la autorización judicial. En las instancias anteriores a la Corte Suprema se respondió negativamente al interrogante. El procurador general de la Corte, por su parte, dictaminó en contra de la pretensión, y propuso, por tanto, confirmar la sentencia de la segunda instancia. La Corte Suprema, en cambio, revocó lo decidido e hizo lugar a la demanda, aunque lo hizo dividida en dos grupos, cada uno con sus propios fundamentos.

¹⁵ Un texto recomendable por su claridad y profundidad es Pérez Luño, Antonio Enrique, *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, *passim*. Cfr., asimismo, González Ordovás, Ma. José, *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Madrid, Dikynson, 2003, *passim*.

¹⁶ Cfr. Vergara, Óscar, “Epilogo”, en Vergara, Óscar (ed.), *Teorías del sistema jurídico*, Granada, Comares, 2009, PP. 307-325.

¹⁷ CSJN, *Saguir y Dib*, fallos 302:1284, 1980. Este caso dio lugar a lo largo de los años a un buen número de estudios y ha sido utilizado para entender el funcionamiento de la Corte Suprema argentina. Entre ellos, cfr. Ibarlucea, Emilio A., “La Corte Suprema y la interpretación previsor de la ley y de la Constitución”, *La Ley Sup. Const.*, agosto de 2010, p. 79.

Hubo, en síntesis, tres posiciones distintas respecto de la posición: *a*) negar lo pedido (sentencias de primera y segunda instancia y dictamen del procurador); *b*) hacer lugar a lo pedido por razones X (mayoría de la Corte), y *c*) hacer lugar a lo pedido por razones Y (disidencia de fundamentos de la Corte). Pues bien, las tres posiciones seleccionaron como norma relevante la ya citada, como era indudable, pero divergieron en la selección de otras normas relevantes para el caso por su conexidad con la norma respecto de cuya relevancia hubo coincidencia.

Para la posición *a*) no había ninguna norma relevante más allá del artículo 13 de la Ley 21541; para la posición *b*), en cambio, también eran relevantes todas las normas constitucionales referentes al derecho a la salud y a la protección de la familia; para la posición *c*), por último, además del artículo 13 eran relevantes todas las normas del derecho civil que regulaban la capacidad de los menores. Diferencias como éstas pueden encontrarse en prácticamente todos los casos en los que una sentencia revoca lo decidido por otra sentencia por razones jurídicas (no por diferencias acerca del encuadre fáctico). El ejemplo permite concluir que: 1) con un caso se conectan muchas normas; 2) sólo algunas de las normas tienen relevancia, y 3) no es sencillo establecer cuáles son normas relevantes.

En segundo lugar, a la selección de normas relevantes o pertinentes se le superpone la tarea de determinar cuál es su sentido, por un lado, y cuál es su sentido específico a la luz del caso concreto que se está examinando, por otro. Se trata de tareas conectadas, por dos razones: la decisión acerca de la relevancia de una norma supone su interpretación, al menos inicial; la decisión acerca de la relevancia de una norma por su conexidad con otra norma indudablemente relevante supone la opción por dos métodos de interpretación: el teleológico y el sistemático.

No alcanza, en efecto, con seleccionar a un conjunto de textos normativos generales por su relevancia para el caso. Esos textos no conducirán a nada a menos que sean transformados en proposiciones normativas singulares. El paso de unos a otras no es sencillo: los textos están transidos de indeterminaciones sintácticas y semánticas que deben ser resueltas si se pretende que sirvan como criterios o parámetros para resolver el caso. No es una tarea sencilla, también, porque el paso precedente depende en alguna medida de éste, lo que conduce a una cierta circularidad. Es decir, para establecer la relevancia de un texto para el caso, por su conexidad o relación con él, previamente habrá que determinar cuál es su sentido, como mínimo *prima facie*. Y el establecimiento del sentido depende, a su vez, de su relevancia para el caso, porque de no tenerla no haría falta establecerlo, y porque su

establecimiento se hace siempre en orden a un fin (la solución del caso) y en un contexto sistemático (el de las normas también conectadas con el caso).

La determinación del sentido de los textos requiere la mediación de un método de interpretación o de una combinación de métodos. Esto implica la selección de ese método o de esa combinación entre muchos métodos y combinaciones posibles. Es una selección no rigurosamente lógica.¹⁸ O, dicho con otras palabras, el empleo de la lógica no elimina la pluralidad de opciones disponibles, si bien la reduce. La selección es guiada por una solución que se intuye valiosa, y los resultados de la aplicación del método de interpretación elegido al texto que requiere interpretación reconducen al resultado, lo perfilan, lo mejoran, o, incluso, conducen a su descarte como resultado que cabe dentro del margen de lo discursivamente posible.

3. *La necesidad de elegir*

El intérprete se enfrenta, entonces, a la necesidad de elegir entre diversas alternativas posibles, varias veces, tanto a la hora de determinar los hechos del caso como a la de determinar cuáles son las proposiciones normativas con arreglo a las cuales el caso debe ser resuelto. Dicho con otras palabras, las proposiciones normativas se erigen como razones para decidir en un sentido o en otro el caso planteado, pero llegar a su determinación exige una serie sucesiva de elecciones. Esas elecciones o determinaciones deben hacerse sobre la base de razones. Éste es el sentido preciso del principio de razonabilidad de la interpretación, complemento del principio de razonabilidad de la ley o principio de proporcionalidad: en cada una de esas encrucijadas (cada vez que es necesario optar por uno u otro camino), el intérprete no puede elegir lo que le dé la gana; debe elegir razonablemente, es decir, dando razones.¹⁹ Hay, en definitiva, un ir y venir de la mirada desde los textos normativos generales a las proposiciones normativas singulares que resultan de ellos, y de estas últimas a los textos y a las circunstancias del

¹⁸ Cfr. Betti, Emilio, *Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici. Teoria generale e dogmatica*, *op. cit.*, pp. 261 y ss., y, sobre todo, la contundente exposición de Lombardi Vallauri, Luigi, *Corso di Filosofia del Diritto*, Padova, Cedam, 1995, pp. 25-39. Cfr. también, del mismo autor, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, Giuffrè, 1975, pp. 240-334.

¹⁹ Como surge del análisis precedente, “la noción de «lo razonable» es usada... en cada uno de los pasos del razonamiento judicial: la determinación de los hechos, la cualificación e interpretación de las reglas aplicables, el uso de variadas fórmulas retóricas y lógicas” (Olivier, Corten, “The Notion of «Reasonable» in International Law: Legal Discourse, Reason and Contradictions”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, núm. 3, julio de 1999, pp. 613-625.

caso. Ese ir y venir de la mirada requiere que el intérprete: *a)* decida entre varias opciones que se le presentan como posibles, y *b)* dé razones de por qué ha elegido del modo en el que lo hizo.

Como es ampliamente conocido, un conjunto de autores, entre quienes destacan Ronald Dworkin, en el ámbito anglosajón, y Robert Alexy, en el ámbito europeo-continental, ha puesto de manifiesto que la jurisprudencia constitucional lleva a cabo esta última actividad (la de fundamentar las sucesivas decisiones interpretativas que adopta) a través de los principios jurídicos, y más concretamente, en el Estado constitucional, a través de los principios constitucionales. Los principios son, desde esta perspectiva, proposiciones normativas más amplias y flexibles que las reglas y se refieren a algún bien o algún estado de cosas hacia el que hay que tender (Alexy los define como “mandatos de optimización”). Ellos guían al intérprete dentro del laberinto de elecciones que inevitablemente debe recorrer al llevar a cabo su tarea.

Dicho con otras palabras, las sucesivas elecciones que debe llevar a cabo el operador jurídico serán razonables en la medida en que se fundamenten en algún principio. Desde esta perspectiva, la *razón* que se esconde detrás de la razonabilidad de una elección es un principio. Sin embargo, como mencionaba al comienzo de la exposición, surge aquí un nuevo problema: el intento de resolver la indeterminación de las reglas acudiendo a los principios se enfrenta a la indeterminación de los propios principios —característica que les es inherente—, que sólo puede ser solventada por medio de la creación de reglas. Estas reglas, a su vez, padecerán de indeterminación, que a su vez remitirá a principios, y así sucesivamente. La razonabilidad discursiva pende, por eso, de la posibilidad de trascender este círculo, de transformarlo en un espiral que permita la determinación progresiva de una solución aceptable para el problema planteado. ¿Es esto posible? Se han propuesto dos alternativas radicales: la irracionalidad, que responde a la pregunta negativamente, o la racionalidad *more* científica, que se resigna a la indeterminación, y, junto con ellas, varias opciones o alternativas intermedias. En las páginas siguientes se analizarán los rasgos centrales de cada una de las posiciones mencionadas.

III. LA ALTERNATIVA DE LA IRRACIONALIDAD

Entre quienes eligen la primera opción se encuentran los seguidores del *Critical Legal Studies Movement* (en adelante, CLS), para quienes no hay racionalidad jurídica *qua* jurídica. Detrás de cualquiera de los intentos que se han

hecho en esa dirección se ocultaría un afán de dominación que debe ser des-
enmascarado.²⁰ Esta posición se enmarca dentro de una variante de la filoso-
fía contemporánea (la “filosofía de la sospecha”) que surge de la así llamada
unholly trinity, integrada por Marx, Nietzsche y Freud. Según Carlos Ignacio
Massini, los caracteres de esta última son dos:

(i) la negación del papel central del sujeto y de la conciencia individual en la
conformación del conocimiento y de la praxis humana, y (ii) un escepticismo
radical —una sospecha integral— acerca de las posibilidades de un conoci-
miento racional, objetivo, y por lo tanto veritativo, en todo el ámbito de la
praxis humana: ética personal, derecho, economía”.²¹

Además de estas notas “negativas” existe una tercera, de carácter “po-
sitivo”: “detrás de las estructuras aparentes —y engañosas— de la existen-
cia, existe un núcleo de verdadera realidad que explica y da sentido a esas
estructuras”.²² Qué cosa sea ese núcleo difiere según los autores “y resul-
ta ser la infraestructura de las relaciones de producción económica, según
Marx, la moral basada en el resentimiento y las relaciones de mero poder,
en Nietzsche; el inconsciente determinado por pulsiones de origen predom-
inantemente sexual, en Freud”.²³ En todos los casos, “la función del pen-
samiento —que ha de ser necesariamente *crítico*— es la de desvelar esa rea-
lidad radical, denunciando la falsedad y la mentira de las apariencias y de
todo el pensamiento que pretende justificarlas”.²⁴

Situados sobre esta base, los seguidores del CLS llevaron a cabo una
crítica interesante del modo habitual de entender la interpretación en los
Estados Unidos, tomando

muchos argumentos de los realistas contra el formalismo jurídico (contra la
ilusión del certeza y aplicabilidad mecánica del derecho) enfatizando la in-
determinación del lenguaje jurídico y la discrecionalidad del intérprete. Con

²⁰ Ése sería, según algunos autores, el norte del trabajo filosófico. Dice al respecto Ri-
coeur, por ejemplo, que “el filósofo contemporáneo encuentra a Freud en los mismos pasajes
que a Nietzsche y a Marx; los tres se erigen delante de él como los protagonistas de la sos-
pecha, los que arrancan las máscaras. Ha nacido un problema nuevo; el de la mentira de la
conciencia, el de la conciencia como mentira...”. Ricoeur, Paul, *El conflicto de las interpretacio-
nes*, trad. de A. Falcón, Buenos Aires, FCE, 2003, p. 95.

²¹ Massini Correas, Carlos I., “El cierre de la razón en el derecho. Duncan Kennedy y
la crítica de la racionalidad en la aplicación / interpretación jurídica”, *Persona y Derecho*, 64,
2011, pp. 121-141.

²² *Idem*.

²³ *Idem*.

²⁴ *Idem*.

esta “crítica interna” de la razón jurídica, el CLS aspira a poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas.²⁵

Sin embargo, como señala Massini,

este escepticismo acerca de la legalidad y racionalidad tanto del establecimiento de los hechos del caso como del sentido de las normas aplicables, fue introducido por los integrantes del CLS en el esquema comprensivo de la filosofía de la sospecha, de modo tal que lo que en los realistas aparecía como el mero resultado de una aceptación descarnada y cínica de la experiencia de la vida jurídica de las cortes de justicia, se transforma en el CLS en una explicación integral del derecho en clave crítico-escéptica y, en definitiva, emancipatoria.²⁶

Dentro de estas coordenadas, Duncan Kennedy, uno de los representantes actuales más destacados del CLS, afirma que: *a)* las indeterminaciones del derecho conducen siempre a la creación de derecho nuevo, no son derivación (determinación o conclusión) de los textos interpretados; *b)* la creación de derecho nuevo se lleva a cabo sobre la base de la ideología política de base del intérprete, que se reduce a “liberalismo” o “conservadurismo”; *c)* a pesar de lo dicho, es decir, a pesar de que la tarea interpretativa es una tarea creativa, los intérpretes aspiran a que los destinatarios de ese trabajo crean que sus soluciones se siguen racionalmente de los materiales jurídicos disponibles.²⁷

Mirando las cosas desde esta perspectiva, Kennedy se enfrenta a la dificultad de elucidar la racionalidad de las ideologías que se encuentran en la base de la creación del derecho. El problema es que, para él, las ideologías también son textos sujetos a interpretación: “las ocasiones para el comportamiento estratégico al elegir una interpretación de la ideología propia serán al menos tan numerosas como las que hay para elegir una interpre-

²⁵ Pérez Lledó, Juan A., “Teorías críticas del derecho”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 97, y Pérez Lledó, Juan A., *El movimiento “Critical Legal Studies”*, Madrid, Tecnos, 1996.

²⁶ Massini Correas, Carlos I., “El cierre de la razón en el derecho...”, *op. cit.*, p. 125.

²⁷ *Cfr.* Kennedy, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, trad. G. Moro, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2010, p. 27. Respecto del último punto, Kennedy sostiene que “en las sentencias judiciales... los jueces *siempre* «niegan» en el sentido común del término, que estén actuando por motivos ideológicos. Esto es, afirman expresamente que el resultado... fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen la influencia de sus ideologías personales. Obviamente se trata de una convención y dice poco sobre lo que realmente está sucediendo” (36).

tación de los materiales jurídicos”,²⁸ lo que plantea el problema de la circularidad (sobre el que volveremos más adelante). Se produce así una *regressio ad infinitum* que clausura toda racionalidad:

para el observador abocado a un proyecto de teoría social crítica, lo que necesita ser explicado es el acontecimiento (la elección judicial de una norma), y cada nivel de textualidad detrás del acontecimiento es útil... Mientras no esperemos más del esfuerzo explicativo de estas experiencias de clausura, la regresión infinita presenta oportunidades para una descripción más rica y para respuestas más inteligentes, más que para un desastre metodológico.²⁹

Este planteamiento tiene al menos dos problemas. En primer lugar, si la interpretación es creación, y la creación es una tarea de desenmascaramiento constante, no se comprende qué es lo que se crea. Podría pensarse que se trata de la solución de un problema humano. ¿Pero de qué solución se trata, si en el fondo es indistinguible de la violencia o del azar? Más que de solución debería hablarse, quizá, de salida. La voluntad ciega por completo opta, sin ninguna razón que la avale, por cortar la cadena de desenmascaramiento en alguno de sus eslabones. Pero si no hay nada que interpretar no hay, en el fondo, interpretación alguna, ni tampoco tiene sentido indagar acerca de razones. En segundo lugar, además de irracional, el desenmascaramiento es imposible. La tarea de “desenmascarar” supone que hay una cara que está oculta o enmascarada; quitar la máscara sería, desde este punto de vista, el modo de acceder a ella. Si sólo hay máscaras —una tras otra, una sucesión de máscaras—, en el fondo no hay ninguna máscara, porque el sentido de la máscara lo proporciona la cara que se oculta. Si la tarea jurídica es un puro desenmascarar sin cara oculta que revelar, entonces es imposible salir de la vanidad y la perplejidad, y más vale el silencio.

Si la tesis expuesta fuera cierta, la indeterminación los hechos y de las reglas sería, entonces, irresoluble racionalmente, y estaríamos —en definitiva— frente a una tarea que depende enteramente de la voluntad del intérprete. Sin embargo, los sistemas jurídicos contemporáneos funcionan teniendo en miras la aspiración precisamente contraria. Por ejemplo, el fenómeno de las normas que prohíben la arbitrariedad o el del principio de razonabilidad,³⁰ ya mencionado, se explican precisamente por el afán de evitar que se tomen decisiones que no estén avaladas por razones: como límite,

²⁸ *Ibidem*, p. 50.

²⁹ *Ibidem*, p. 51.

³⁰ Un ejemplo de lo primero, en el artículo 9.3 de la Constitución Española que consagra la “interdicción de arbitrariedad” de los poderes públicos. Un ejemplo de lo segundo, en el

en un caso, y como herramienta destinada a fijar caso a caso ese límite, en el otro, de la discrecionalidad del operador jurídico a la hora de afrontar las sucesivas elecciones que tiene entre manos. ¿Vivimos en una ficción, como denuncia Kennedy? ¿O existen respuestas que evitan o superan el riesgo de la irracionalidad?

La propuesta del CLS acaba en la imposibilidad de distinguir entre derecho y violencia, puesto que un derecho que prescinde de la razón no puede pretender ser, precisamente, una “razón para la acción”,³¹ y queda reducido a mera imposición violenta. En definitiva, su desconfianza en las posibilidades de conocer el bien impide distinguir de modo consistente y sólido —es decir, argumentable— lo humano de lo inhumano. Por otro lado, no acaba de justificar su “denuncia” del ocultamiento deliberado de los móviles reales que explicarían el proceder real. ¿En qué se basa para ello? ¿Cuáles serían esos móviles reales? Si no es posible conocer realmente nada, ¿cómo conocer entonces ese encubrimiento? ¿Cómo “sospechar” que se encubre y, más aun, qué se encubre?

IV. DE NUEVO SOBRE LA CIRCULARIDAD: ARGUMENTACIÓN, RACIONALIDAD Y RAZONABILIDAD

1. *Síntesis del problema*

El análisis de las inconsistencias internas y externas de la vía de la irracionalidad, las preguntas que desde allí se abren sin respuesta, es sin duda uno de los modos de ingresar a la exploración de un camino alternativo, que eluda la transformación del derecho en una broma grotesca (por utilizar una conocida expresión de Dworkin), es decir, en una máscara o farsa. Antes de exponer la alternativa positivista y las dificultades que conlleva, y, finalmente, la solución que aquí se propone, corresponde sintetizar brevemente el problema planteado.

1. Se ha llevado a cabo una constatación: el operador jurídico habitualmente resuelve sus dilemas sobre la base de razones que son evaluadas en su razonabilidad (es decir, en su condición de auténticas razones) por las

artículo 28 de la Constitución Argentina, sobre cuya base la Corte Suprema de ese país ha fundamentado el principio de razonabilidad.

³¹ Cfr. un desarrollo de esta idea en Velarde, Caridad, “Presentación”, *Persona y Derecho*, 64, 2011, pp. 5-12, y las citas.

partes, por las instancias siguientes (por otros jueces), por la doctrina y, en algunos casos con relevancia institucional, por la opinión pública.³²

2. La razonabilidad práctica implica referencia a fines. *Prima facie*, será razonable una elección si la alternativa elegida por el intérprete (frente a una o varias alternativas distintas) es el medio más idóneo (en el sentido de eficaz y eficiente) para alcanzar determinado fin. En esa idoneidad reside de modo inmediato la razonabilidad de la elección.³³

3. Ese fin determinado (para el que la alternativa elegida es medio) y no otros fines es el que en el contexto preciso del caso puede ser conocido y debe ser perseguido por la práctica social que llamamos derecho. La normatividad de la elección de una alternativa concreta se deriva, en última instancia, del carácter normativo que tiene el fin, que a su vez supone su cognoscibilidad y su prevalencia frente a otros fines posibles. Por esto, en segundo lugar, la razonabilidad de una elección depende de que existan razones que avalen la elección previa del fin.

4. Existen, en efecto, varios fines disponibles o, dicho con otras palabras, varios fines que hipotéticamente persigue la norma o el conjunto de normas cuya aplicación se debate. ¿Cómo establecer cuál de esos fines es el que debe ser perseguido en el contexto del caso? Esta pregunta es sin duda crucial y de difícil respuesta. Es crucial porque la afirmación precedente de que la razonabilidad implica inmediatamente adecuación al fin depende a su vez de la selección correcta del fin (tiene sentido sólo si es posible afirmar la corrección o justicia o razonabilidad del fin en sí mismo). Y es de difícil respuesta porque involucra a una teoría de la justicia.

Una primera posibilidad es resolver esta competencia entre fines acudiendo a determinaciones de esos mismos fines que supongan una solución

³² Cfr. un desarrollo de esta conocida idea de Ch. Perelman en Manassero, María de los Ángeles, *De la argumentación al derecho razonable. Un estudio sobre Chaïm Perelman*, Pamplona, Eunsa, 2001, *passim*; algo más reciente, de la misma autora, “La nueva retórica como razonamiento práctico. La teoría de la argumentación de Chaïm Perelman”, en Serna, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica: revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2a. ed., Granada, Comares, 2005, pp. 13-69.

Cfr. sobre esto, asimismo, Etcheverry, Juan B., “Causas y naturaleza de la discrecionalidad judicial en la interpretación constitucional”, en Cianciardo, Juan (ed.), *La interpretación de los derechos constitucionales. Ir y venir entre la teoría y sus aplicaciones concretas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, pp. 47-55.

³³ He expuesto las implicancias filosóficas de la idea de razonabilidad y proporcionalidad en “Los fundamentos de la exigencia de razonabilidad”, en Cianciardo, Juan (coord.), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 21-36; un tratamiento más amplio en Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*; 2a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco, 2009, *passim*.

del problema; es decir, dar respuesta a través de lo que establezcan normas que, con estructura de reglas, sean precisamente el resultado que ha dado el legislador (o eventualmente un juez) a la competencia entre fines o principios (las reglas son el fruto, según Alexy, de la ponderación entre principios).³⁴

Sin embargo, esto no es aceptable como explicación última porque si lo fuera conduciría a la circularidad apuntada páginas más arriba (*petitio principii*); es decir, si para resolver la indeterminación de reglas se debe acudir a principios, y para resolver las colisiones entre principios se debe acudir a reglas, se incurre en un círculo *prima facie* irracional. Tampoco resulta admisible el recurso a un fin ulterior respecto del que el fin seleccionado opere como medio, porque llevaría a una regresión al infinito (*regressus ad infinitum*).

¿Cómo evitar, entonces, una y otra dificultad? Si no fueran superables no habría otra alternativa que dar la razón a planteamientos como el de Duncan Kennedy: tras la razonabilidad no habría otra cosa que fuerza encubierta.

2. La propuesta positivista: el debate sobre el carácter jurídico de los principios

El positivismo jurídico post-hartiano ha propuesto distinguir entre la identificación del derecho y su interpretación. Mientras que la primera sería, desde este punto de vista, un hecho constatable *more científico*, en el caso de la interpretación resultaría inevitable el recurso a la moral. Desde esta última cabría, entonces, explicar y justificar la elección de una u otra de las alternativas interpretativas a las que se enfrenta el operador jurídico, bien porque el derecho así lo permite (es decir, permite el recurso a instancias no jurídicas para resolver sus indeterminaciones u oscuridades), bien porque la moral se incorpora al derecho (es decir, se “juridifica” luego de su paso por alguna fuente social).³⁵ Una y otra posición caracterizan al positivismo jurídico excluyente y al positivismo jurídico incluyente, respectivamente.³⁶

³⁴ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit. Un análisis de esta idea en Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires, Ad hoc, 2007, capítulo 3, y, más recientemente, en Rivas, Pedro, “Notas sobre las dificultades de la doctrina de la ponderación de bienes”, en Cianciardo, Juan (ed.), *La interpretación de los derechos constitucionales. Ir y venir entre la teoría y sus aplicaciones concretas*, op. cit., pp. 75-80.

³⁵ Cfr. Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica...*, op. cit., capítulo 1, con referencias a J. Raz y a W. Waluchow como expresiones de una y otra postura, y Etcheverry, Juan B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006, *passim*.

³⁶ Como es sabido, el debate entre positivistas incluyentes y excluyentes se generó a raíz de la crítica de Ronald Dworkin a las tesis positivistas de Hart acerca de la separación en-

Desde esta perspectiva, la racionalidad jurídica tiene un ámbito de actuación específico: el de la identificación. No puede hablarse estrictamente de racionalidad en la interpretación, puesto que en ese ámbito jugarían un rol central las convicciones morales personales del intérprete, no sujetas a un control de objetividad.

Habría, pues, dos grados de racionalidad: la racionalidad plena en el ámbito de la identificación, y una racionalidad de segundo orden, en el ámbito de la interpretación, en el que lo único evaluable o controlable es que la interpretación no frustre o transgreda la identificación. El problema central de esta propuesta radica en la imposibilidad de distinguir tal como se pretende entre identificación e interpretación. Esto último se percibe bien si se advierte que desde esta perspectiva:

a) En la raíz de este intento de disociación se encuentran dos razones, no estrictamente relacionadas en todos los autores. Por un lado, se pretende evitar la así llamada “paradoja de la irrelevancia”, es decir, el argumento según el cual si el derecho estuviera conectado con la moral sería superfluo,

tre derecho y moral en la determinación de la validez del derecho y en su interpretación, esbozada en una serie de artículos publicados entre 1965 y 1976, luego recopilados en los primeros seis capítulos de *Taking Rights Seriously*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1977. Las primeras respuestas a las críticas de Dworkin aparecieron en los siguientes trabajos: Philip, E. Soper, “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart / Dworkin Dispute”, *Michigan Law Review* 75, 1977, p. 473; Coleman, Jules, “Negative and Positive Positivism”, *Journal of Legal Studies* 11, Chicago, 1982, p. 139 [reimpresos en Cohen, Marshall (ed.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1984, capítulos 1 y 2], y Lyons, David, “Principles, Positivism and Legal Theory”, *Yale Law Journal* 87, 1977, p. 415. Dworkin respondió a estas y otras críticas en Dworkin, Ronald, “Seven Critics”, *Georgia Law Review*, vol. 11, núm. 5, 1977, y en Cohen, Marshall (ed.), *op. cit.*, pp. 247-300. El propio Hart respondió a las críticas de Dworkin, más allá de los debates que continúan hasta hoy, en el famoso Postscript a Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 238-276. Entre los principales referentes del *exclusive legal positivism* cabe incluir a Brian Leiter, “Legal Realism, Hard Positivism and the Limits of Conceptual Analysis”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 355; Raz, Joseph, “Legal Positivism and the Sources of Law”, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 37; Shapiro, Scott, “On Hart’s Way out”, *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript and the Concept of Law*, *cit.*, p. 149; Marmor, Andrei, “Exclusive Legal Positivism”, en Coleman, Jules y Shapiro, Scott (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, p. 104. Por su parte, el “Inclusive Legal Positivism” nuclea a autores como Coleman, Jules, “Negative and Positive Positivism”, *op. cit.*; del mismo autor “Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis”, *Legal Theory* 2, 1998, p. 381, y *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Waluchow, Wilfred, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Clarendon Press, 2003; del mismo autor “Authority and the Practical Difference Thesis: a Defense of Legal Positivism”, *Legal Theory* 6, 2000, pp. 45-82.

puesto que bastaría con la esta última para resolver los problemas de coordinación social.³⁷ Dicho con otras palabras, se pretende asegurar la relevancia del derecho frente a otros órdenes normativos, particularmente frente a la moral, reservando al derecho el rol o la función de identificar normas específicas con arreglo a las cuales deben juzgarse los casos. En esto residiría, pues, su razón de ser.

Por otro lado, se busca evitar o controlar los problemas que se derivarían para la sociedad como consecuencia de la pluralidad de concepciones morales disponibles, por la dificultad o por la imposibilidad de dar con una concepción superadora de las restantes. Esto último es ciertamente paradójico al menos en algunos autores, los decididamente escépticos: parten de un pluralismo que consideran completamente inevitable pero esgrimen una razón moral (los inconvenientes prácticos que se producirían si cada uno pretendiera hacer primar su propia concepción ética) para postular la separación conceptual entre derecho y moral.

b) Se acepta, sin embargo, que la interpretación es inevitable —puesto que la indeterminación también lo es, como caso periférico (en algunas de las variantes del positivismo excluyente) o central (en las restantes variantes del positivismo excluyente y en el positivismo incluyente)—.

c) Ahora bien, si la interpretación es inevitable, como lo hacen, repito, las dos perspectivas apuntadas —Dworkin, con acierto, define al derecho como una “práctica social interpretativa”—,³⁸ entonces es imposible identificar al derecho sin interpretarlo, y por lo tanto sin conectarlo con la moral. Dicho de otro modo: la identificación de la norma o las normas aplicables requiere inevitablemente su interpretación si de verdad se pretende que sir-

³⁷ *Cfr.*, al respecto, Cianciardo, Juan, “The Paradox of the Moral Irrelevance of the Government and the Law. A Critique of Carlos Nino’s Approach”, *Ratio Iuris* 25, núm. 3, 2012, pp. 368-380 (DOI: 10.1111/j.1467-9337.2012.00518.x).

³⁸ Dworkin, Ronald, *Law’s Empire*, Oxford, Hart Publishing, 1988, 47-96. Una explicación de por qué la aceptación del “rol central” de la interpretación conduce a definir al derecho como práctica, en Pariotti, Elena, “Interpretazione, comunità giuridica e integrazione sovrazionale”, *Persona y Derecho*, 51, pp. 315-356. Se dice allí que “La tesi della centralità deir-interpretazione retroagisce inevitabilmente sulla concezione del diritto, sostenendo la concezione del diritto come interpretazione. In questa prospettiva il concetto di interpretazione viene a saldarsi a quello di pratica. L’interpretazione è essenzialmente una pratica. Il diritto positivo è il risultato di un percorso di positivizzazione, rispetto al quale l’atto produttivo del legislatore —per i sistemi di civil law— e il precedente —per i sistemi di common law— costituiscono solo il momento iniziale” (pp. 318 y 319). *Cfr.*, asimismo, Viola, Francesco, *Il diritto come pratica sociale*, Milán, Jaca Book, 1990, pp. 19 y 20.

va como norte, por un lado, y como frontera, por otro, respecto de la actividad interpretativa del operador jurídico.³⁹

Más allá de este importante defecto, lo cierto es que la tarea interpretativa así concebida carece de un referente que la dote de sentido, puesto que los principios que aparentemente la regulan (no jurídicos, en el positivismo excluyente, jurídicos en el incluyente) tienen base, según las posiciones metaéticas al uso en el positivismo, en el discurso social que sigue un determinado procedimiento,⁴⁰ o en la mera positividad de las constituciones que los recogen,⁴¹ o en la conciencia individual del intérprete,⁴² todas ellas instancias relativas que acaban remitiendo nuevamente a reglas.⁴³ Se produce así la *petitio principii* que se señalaba líneas más arriba.

En conclusión:

a) La distinción entre identificación e interpretación carece de sentido tal como es planteada por el positivismo, puesto que no permite una cosa ni la otra si se pretende que el derecho sea precisamente esto: una práctica social con sentido, razonable.

b) Siendo las cosas así, si la identificación sin interpretación es imposible y la interpretación es moral, entonces el derecho no es relevante, es decir, es incapaz por sí mismo de proporcionar una razón para actuar con prescindencia de la moral.⁴⁴ Por otro lado, siendo la moral un asunto estrictamente no-científico, “al final los funcionarios deciden los casos particulares conforme a criterios subjetivos, es decir, con base en sus inclinaciones”.⁴⁵

c) En tercer lugar, una parte del lenguaje jurídico cotidiano, concretamente la referida a la existencia de derechos humanos que son reconocidos y no creados, al contenido esencial de esos derechos, al principio de propor-

³⁹ Cfr. la posición de Marmor en este punto en Marmor, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 141 y ss. Una crítica certera en Etcheverry, Juan B., *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009, pp. 216 y ss.

⁴⁰ Es el caso de Carlos Nino, entre otros. Cfr. Nino, Carlos S., *Derecho, moral y política. II. Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Buenos Aires, Gedisa, 2007, pp. 185-233.

⁴¹ Esa parece ser la posición de Luigi Ferrajoli. Cfr. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. de P. Andrés et al., Madrid, Trotta, 2007. Cfr., sobre este trabajo, Massini Correas, Carlos Ignacio, “El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”, *Persona y Derecho* 61, 2009, pp. 227-247.

⁴² Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de R. J. Vernengo, México, UNAM, 1981, pp. 349-356.

⁴³ Cfr. Etcheverry, Juan B., *Objetividad y determinación del derecho...*, *op. cit.*, pp. 219 y ss.

⁴⁴ Cfr. Cianciardo, Juan, “The Paradox of the Moral Irrelevance of the Government and the Law...”, *op. cit.*

⁴⁵ Etcheverry, Juan B., *Objetividad y determinación del derecho...*, *op. cit.*, 198.

cionalidad, al principio de razonabilidad, etcétera, no sería más que cháchara o poesía o sinsentidos, al menos si se pretende fidelidad con la filosofía analítica en su versión positivista.⁴⁶

3. *La noción de bienes humanos básicos como punto de partida para una propuesta alternativa*

Resta, de acuerdo con lo anticipado en la introducción, dar sólo una pincelada básica acerca de una propuesta alternativa a la planteada. Se trata, en concreto, de tres apuntes brevísimos que servirán, quizá, como puente o pasaporte a otros trabajos en los que estos temas han sido ampliamente desarrollados.

Hemos visto cómo las vías de la irracionalidad y del racionalismo acaban privando al derecho de aquello que ha constituido su razón de ser desde el derecho antiguo hasta nuestros días: expresar qué es lo suyo de cada uno, resolver de modo razonable y pacífico los problemas de coordinación y los conflictos que se producen en el seno de la sociedad. El logro de ese fin presupone ciertas condiciones. Se trata de auténticos *a priori* de la cultura jurídica. En el caso concreto de la interpretación, lo que se asume es, en primer lugar, la existencia de un referente que dote de sentido al diálogo o interacción entre principios y reglas, y que evite de este modo la circularidad o el regreso al infinito. Desde la tradición clásica se ha sugerido que la única respuesta consistente a este problema es la que parte de la existencia de determinados bienes humanos básicos, evidentes por sí mismos, que operan siempre como fines últimos y armonizables de todas las elecciones humanas.⁴⁷

Ese punto es el lugar en el que el discurso de los derechos se contacta con un referente que, vale la pena repetirlo, le proporciona sentido —es decir, lo dota de contenido y de normatividad—, y que corta el reenvío entre principios y reglas (o, mejor dicho, permite su disolución a través de un avance en espiral hacia la solución) y evita la formación de una cadena infinita de derivaciones. Como afirma Finnis,

Tomás de Aquino pensó en estas razones básicas como los primeros principios prácticos o principios de la razón práctica; “principios” tanto como pro-

⁴⁶ Cfr. Llano, Alejandro, *Metafísica y lenguaje*, 3a. ed., Pamplona, Eunsa, 2011, p. 14.

⁴⁷ Se han elaborado al respecto varios listados, no enteramente coincidentes. Cfr. una exposición de las aportaciones de Finnis, John *et al.*, en Alkire, Sabina, *Valuing Freedom: Sen's Capability Approach and Poverty Reduction*, Oxford, OUP, 2002.

posiciones de la mayor generalidad y comprehensividad, cuanto como fuentes de todo pensamiento inteligente acerca de qué hacer. Son los “principios de la ley natural o del derecho natural” que los juristas andan buscando.⁴⁸

El diálogo entre principios y reglas en su diálogo sobre *algo* —específicamente sobre esas razones básicas y unas circunstancias concretas a las que deben ser aplicadas— que sirve como piso de la discusión, como punto de partida de un proceso que llevará a una determinación concreta de lo que debe hacerse aquí y ahora, revistiendo, según el caso, la forma de una demanda, una contestación de demanda o una sentencia.

Se asume también, en segundo lugar, que el conocimiento y el paso o trayecto de los primeros principios hasta los juicios relativamente específicos aptos para ser leyes o sentencias judiciales de una comunidad política justa es posible y se lleva a cabo a través de la razón, en una dimensión que la filosofía clásica definió como práctica. La razón práctica es la capacidad humana de decidir en casos concretos, e implica la inteligencia —que mueve a la voluntad presentándole inicialmente un abanico de posibilidades de decisión— y la voluntad —que ofrece a la inteligencia como proyecto, al hacerle considerar una circunstancia y no otra, lo que era mera posibilidad—. ⁴⁹ A esto último se oponen tanto los racionalismos (que afirman la primacía de la inteligencia y le niegan todo papel a la voluntad) como los irracionalismos (que hacen exactamente lo contrario). Equivale, en cambio, en el caso concreto que nos ocupa, a la afirmación de la objetividad del derecho; una objetividad entendida en el sentido de independencia del conocimiento respecto de la subjetividad. Debe tenerse presente, en este contexto, por un lado, que “defender que es posible conocer «algo» de modo objetivo no implica afirmar que ese «algo» existe más allá de si puede ser conocido, como muchas veces se sostiene, porque en tal caso no se podría saber si ese «algo» realmente existe”,⁵⁰ y por otro, que “si bien se ha reconocido la limi-

⁴⁸ Finnis, John, “Foundations of Practical Reason Revisited”, *American Journal of Jurisprudence* 50, 2005, pp. 109-131. Existe una traducción al español de Carlos I. Massini Correas, por la que se cita, “Revisando los fundamentos de la razón práctica”, *Persona y Derecho* 64, 2011, pp. 15-42, 27.

⁴⁹ Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II, q. 13, a. 6, ad. 3; De malo, q. 6, a. 1, ad. 15. Se afirma en este último lugar: “la causa que hace que la voluntad quiera algo, no siempre actúa con carácter necesario: porque la voluntad misma puede presentar un impedimento, o bien eliminar esa consideración que la induce a querer, o bien considerando lo opuesto”. De este texto y otro similares Carlos Llano deduce que Tomás de Aquino propone que en el acto de decidir existe una cierta primacía de la voluntad. *Cfr. Examen filosófico del acto de la decisión*, Pamplona, EUNSA, 2010, pp. 27-49.

⁵⁰ Etcheverry, Juan B., *Objetividad y determinación del derecho...*, *op. cit.*, p. 235. *Cfr.*, asimismo, Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos*, México, Porrúa, 2006, pp. 130 y ss.

tación del ser humano que conoce inevitablemente desde un punto de vista, desde dentro de una cultura, tradición, lenguaje, etcétera; dicho reconocimiento no tiene por qué negar que su capacidad para conocer se encuentra abierta a algún conocimiento objetivo. De otro modo, el conocimiento mismo no tendría sentido, porque al final no habría nada susceptible de ser conocido”.⁵¹

En tercer lugar, la superación de la aporía aquí tratada sólo puede lograrse desde la aceptación de un concepto preciso de principio, con unas características bien definidas. En el planteamiento neomarxista se pretende fundamentar la racionalidad en una determinación sucesiva de la voluntad de poder. Pero desde el poder sólo cabe fundamentar el poder mismo, y el envío y reenvío entre principios y reglas no puede superarse de modo racional. El principio no es más que manifestación de voluntad, de una voluntad provisoria, revocable, y necesitada de precisiones. Si los principios son sólo construcciones, resultados de acuerdos, la superación de la circularidad que se ha criticado se torna imposible.⁵²

V. CONCLUSIONES

Llegados a este punto corresponde llevar a cabo un balance de algunas de las conclusiones centrales de este trabajo.

1. El examen de la jurisprudencia pone de manifiesto de modo evidente que el derecho requiere determinación, tanto al nivel de los hechos como al de las normas.

2. La resolución de uno y otro tipo de indeterminación se alcanza mediante el recurso a razones. Es decir, los juristas dan razones acerca de por qué han elegido una alternativa a la hora de interpretar los hechos y las reglas, y no otras alternativas disponibles.

3. Estas razones consisten en afirmaciones acerca de que la alternativa seleccionada por el intérprete entre las alternativas existentes es la que mejor conduce al logro de un determinado fin, y su carácter de tal es evaluado sucesivamente por las partes, por instancias judiciales distintas de la que tomó la decisión, por la doctrina y —en algunos casos— por la opinión pública.

⁵¹ *Ibidem*, p. 236.

⁵² Massini Correas, Carlos I., “Principios bioéticos, absolutos morales y el caso de la clonación humana”, *Revista Chilena de Derecho* 28, núm. 4, octubre-diciembre de 2001, pp. 747-757.

4. La existencia de un fin dota de normatividad al recurso a razones como salida de las indeterminaciones. Dicho con otras palabras, recurrir a razones no es una opción para el intérprete, sino un deber cuya deonticidad procede de los fines que mueven al derecho.

5. La determinación del fin no puede hacerse recurriendo a alguna regla que pondere los fines existentes, puesto que de ser así se incurriría en una regresión al infinito o en un razonamiento circular.

6. El envío y reenvío entre medios y fines exige, para tener sentido, la existencia de algún referente objetivo.

7. La tradición clásica ha propuesto la noción de bienes humanos básicos como razones que se explican por sí mismas, autoevidentes, que cumplirían esa función.

8. Esta tradición, a su vez, propone: *a)* a la razón práctica como facultad encargada de determinar lo indeterminado a través de ese proceso en espiral en el que interactúan hechos, reglas y principios, que conduce a una solución ajustada del problema humano en juego, y *b)* la idea de razonabilidad como alternativa superadora a la irracionalidad —en que se incurre, por ejemplo, desde el CLS—, y a la racionalidad cientificista —propuesta desde el positivismo—.

VERDAD PRÁCTICA Y CIENCIA JURÍDICA. UNA BREVE REFLEXIÓN SOBRE LOS TRES NIVELES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Guilherme BOFF*
Alfredo de J. FLORES**

SUMARIO: I. *La verdad práctica*. II. *La ciencia práctica*. III. *Los tres niveles del conocimiento jurídico*. IV. *Bibliografía*.

La tesis que aquí se busca justificar es la de que la verdad y la ciencia se entrelazan de una manera muy peculiar. Por tratarse de una verdad que es práctica y de una ciencia que es jurídica, y, por lo tanto, también práctica, tal relación se establece en razón de la acepción que existe de esas expresiones. De ese modo, la verdad llega a la ciencia en ese plano práctico en vista del carácter intermediador que ella asume en los tres niveles de conocimiento jurídico: entre los juicios más generales, propios de la filosofía del derecho, y los más singulares, propios de la prudencia jurídica y no como la correspondencia directa de una ciencia descriptiva a una realidad concebida únicamente de modo empírico.

Luego, en primer lugar, cuando se mencionan las expresiones “verdad práctica” y “ciencia jurídica”, se debe resaltar que no se están tomando los términos “verdad” y “ciencia” en su sentido más usual. Eso, entre tanto, es verdad, no invalida, de ninguna forma, como incorrecto, el uso de esos términos en esas expresiones.

* Doctor en Filosofía del Derecho por la Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, Porto Alegre, Brasil); profesor adjunto de Filosofía del Derecho en la misma universidad.

** Doctor en Derecho y Filosofía por la Universitat de València (España); profesor adjunto de Metodología Jurídica (UFRGS); profesor permanente del Programa de Posgrado en Derecho (UFRGS), y socio de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD).

I. LA VERDAD PRÁCTICA

Comencemos recordando que la verdad práctica es definida¹ por Aristóteles como la conformidad de la razón al apetito recto, es decir, como la conformidad de los medios proporcionados por la razón deliberativa a los fines presentados por la voluntad recta. Tal definición, en principio, está distante de la definición general de la verdad como la adecuación del intelecto a la cosa (realidad), definida en la *Metafísica* del estagirita.² Estas definiciones, aunque divergentes no son incompatibles, pues de hecho la primera definición (definición parcial de la verdad práctica) exige una complementación, que será dada por la segunda definición (definición general de la verdad). De ahí que, ocurriendo una conformidad de la razón con el apetito recto, debe sucederse algo, de otro lado, que defina como recto tal apetito. Así, el apetito se dice recto cuando es conforme a la razón.

Sin embargo, para no caer en una circularidad (razón-apetito recto-razón), se debe aclarar que, de un lado, la primera razón de la que se habla (la que debe estar en conformidad con el apetito recto) es la razón que descubre los medios adecuados a los fines deseados, mientras que, de otro, la segunda razón (la que define como recto el apetito) es la razón que conoce los fines auténticos y verdaderos de la acción humana. Esos fines últimos del orden práctico, por decirlo así, deben reflejar una realidad que está en una naturaleza humana, causa final del hombre. En esa ecuación, por fin, entre razón-apetito recto-razón-realidad (naturaleza) está concatenada la definición parcial de la verdad práctica con la definición general de la verdad (adecuación del intelecto a la cosa).

La razón de tal concatenación entre las dos definiciones de verdad se da en vista de que, cuando se toma apenas la primera definición (parcial), se estaría poniendo por criterio último de la verdad algo subjetivo: el apetito recto. Con eso, al relacionarse el apetito recto con la razón que conoce

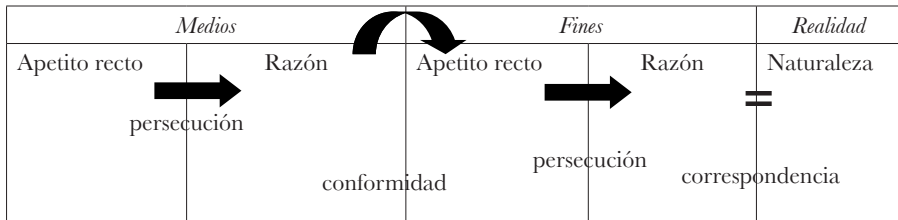
¹ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, VI, 1139a 30: “puesto que la virtud moral es una disposición relativa a la elección y la elección es un deseo deliberado, el razonamiento tiene que ser verdadero y el deseo recto para que la elección sea buena, y tiene que ser lo mismo lo que la razón diga y lo que el deseo persiga. Esta clase de entendimiento y de verdad es práctica”. Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, I-II, q. 57, a. 5.: “la verdad del entendimiento práctico está en la conformidad con el apetito recto y esa conformidad no cabe en las cosas necesarias, que no dependen de la voluntad humana. Ella es posible solamente en las cosas contingentes, que pueden ser hechas por nosotros, sea en las cosas interiores, sea en las exteriores. Luego, sólo se afirma la virtud del intelecto práctico en materia contingente: cuando se trata de producir algo, es el arte; cuando se trata de obrar, es la prudencia” (traducción nuestra). También en Aquino, Tomás de, *Comentarios a la ética a Nicómaco de Aristóteles*, Libro VI, Lección 2, pp. 233 y 234.

² Aristóteles, *Metafísica*. Γ, 7, 1011b 27.

una realidad exterior al hombre, la verdad como correspondencia queda preservada, y una vez que es el criterio último de la verdad pasa a ser algo objetivo, real e independiente de la voluntad humana. La postura de poner la realidad como criterio último de la verdad, es, por decirlo así, una postura *realista*.

El apetito recto, de ese modo, apenas intermediará el acuerdo con la realidad. “Tanto éstas como las estimaciones morales generales y todos los otros juicios que caen bajo las categorías de lo verdadero y de lo falso, sólo son verdaderos si concuerdan con la realidad, en este caso, con la realidad axiológica”.³ En esa realidad axiológica que es dada por la naturaleza del hombre es que están la objetividad, la autenticidad y la verdad de sus bienes morales. Así, las nociones de conocimiento y verdad práctica son analógicas cuanto a las nociones de conocimiento y verdad teórica. La verdad práctica difiere de la verdad teórica en algunos aspectos, pero ambas entran en la misma definición general de verdad.⁴

De ese modo, la definición completa de verdad práctica puede ser presentada en el siguiente esquema:⁵



II. LA CIENCIA PRÁCTICA

El término “ciencia” que está en la expresión “ciencia práctica” no tiene el mismo sentido de aquel que quiere expresar la ciencia moderna. Esta última se fundamenta en una epistemología única, la de las ciencias experimentales, de modo que para que el saber pueda recibir el calificativo de científico necesita ser empíricamente verificable.⁶ Para tal epistemología, por tanto, sería inconcebible una ciencia práctica, una vez que los fines verdaderos que

³ Kalinowski, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. de Enrique Marí, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, p. 148.

⁴ Boff, *Verdade e Direito em Georges Kalinowski. A justificação do fundamento semântico do direito*, Puerto Alegre, Safe, 2013, p. 47.

⁵ *Idem*.

⁶ Massini Correas, *La prudencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, p. 93.

orientan la acción humana no son de orden físico. Entre tanto, encerrado en la concepción moderna, el término “ciencia” se traduce en un saber explicativo (conocimiento de las causas), aplicado a un objeto universal y necesario, lo que *prima facie* también le impide de aparecer en el campo práctico, puesto que las acciones humanas son contingentes y libres.⁷

La idea de ciencia práctica (de la que la ciencia jurídica hace parte) que emplea Massini-Correas, de otro lado, es analógica, encontrando fundamento en Tomás de Aquino, quien afirma que también es posible una ciencia de lo contingente.⁸ En las ciencias prácticas la necesidad del objeto se da en los principios y no en las aplicaciones. Es justamente ahí, en esos principios naturales necesarios del obrar humano, que la ciencia se encuentra con la verdad contemplada en el nivel de la filosofía del derecho.

De esa forma, la relación entre verdad y ciencia en el campo práctico no se da del mismo modo que la relación entre verdad y ciencia en el campo teórico, y menos aun cuando se toma a la ciencia en su concepción moderna, o sea como correspondencia de una descripción a una realidad de hecho. Aunque se pueda mantener una teoría de la verdad como correspondencia (concepción semántica de la verdad),⁹ cuando se trata de la ciencia moderna no se la puede mantener en el plano de la ciencia práctica, ya que la realidad a que ésta se refiere no es una realidad empírica, aunque sea parte de ella.

Esa postura moderna también puede ser apuntada como realista, pues la realidad todavía es el criterio de la verdad (concepción semántica). Entre tanto, la diferencia ocurre a partir de un punto de vista epistemológico: lo que se puede de hecho contar como realidad. Por ello, en una postura anti-metafísica, solamente la realidad empírica puede contar como dato objetivo y fiable de conocimiento. Ahora, en una postura de fundamento metafísico, la realidad trasciende el dado empírico, y trascendentales como lo bueno y lo bello pasan también a ser cognoscibles. Las dos posturas, porque se refieren a lo real, pueden ser apuntadas como realistas, con la diferencia de que una tiene fundamento físico y, la otra, metafísico.

⁷ *Ibidem*, pp. 103-106.

⁸ *Ibidem*, p. 106.

⁹ *Cfr.* Tarski, “A concepção semântica da verdade e os fundamentos da semântica científica”, en Tarski, Alfred, *A concepção semântica da verdade*, trad. de Celso Braida *et al.*, San Pablo, UNESP, 2007, p. 187. También Tugendhat y Wolff, *Propedéutica lógico-semântica*, trad. de Fernando Augusto da Rocha Rodrigues, Río de Janeiro, Vozes, 1996, pp. 170-189.

Evidentemente, en el campo práctico, sólo se puede admitir una verdad y una ciencia cuando se admite que “realidad” no se restringe a significar meramente a la realidad empírica, sino también a la realidad de trascendentales que parten de lo empírico. En el caso de la moral, se afirma una realidad axiológica, que se refiere a la causa final del hombre. Dicha realidad es una relación entre el hombre y su fin moral, el que a él se señala por naturaleza, o sea, la plenitud de su ser. De ahí que las acciones que direccionan al hombre a su causa final se clasifican por buenas, mientras que aquellas que lo desvían de esa causa, como malas.¹⁰ Por fin, si uno se queda restringido a una realidad empírica, no hay como afirmar la existencia de una verdad práctica concebida en los moldes de una concepción semántica de verdad. Eso, sin una verdad práctica, no hay cómo admitir una ciencia práctica, pues la ciencia práctica sólo se hace posible cuando tal conocimiento tiene por objeto los principios necesarios y universales de la práctica. Y tales principios solamente pueden existir cuando se admita su verdad.

Ahora bien, si esa relación entre verdad práctica y ciencia práctica presupone principios necesarios y verdaderos, dicha relación aun no da cuenta de aquello que configura esos saberes como prácticos, es decir, la acción humana concreta, pues el fin al que se orienta una ciencia que se dice práctica debe ser la recta dirección del obrar.¹¹ Al vincularse a ese plano concreto, la ciencia práctica establece una relación directa también con el plano de la prudencia. La verdad en el plano práctico aparece, por tanto, vinculada a tres niveles diferentes de conocimiento jurídico: el de la filosofía, el de la ciencia y el de la prudencia. Del mismo modo, la verdad se relaciona, en el campo jurídico, como parte del campo práctico, también esos tres niveles.

III. LOS TRES NIVELES DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

Cuando se habla de conocimiento, lógicamente se habla en verdad.¹² De ese modo, al admitirse tres niveles de conocimiento jurídico, se admite, además, la verdad en el campo de lo jurídico vale recordar que no es la verdad en materia fáctica, como en el derecho probatorio, sino la verdad cuanto al fun-

¹⁰ Boff, *op. cit.*, p. 67.

¹¹ Massini Correas, *La prudencia jurídica, cit.*, p. 109.

¹² *Cfr.* Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 92: “hay creencias verdaderas y creencias falsas, pero el conocimiento lo es de la verdad”.

damento valorativo último del derecho. Y la verdad se relaciona con los tres niveles.

1. *La prudencia jurídica*

El plano de la prudencia es aquel que se encuentra más próximo a la acción concreta. Es el plano de la practicidad, de lo singular y lo contingente. Es el plano del juicio último responsable del desarrollo de la acción como única y como la más adecuada comparativamente a otros cursos de acción posibles. Por eso, la prudencia jurídica tiene relación con el conocimiento de lo justo en su máxima concreción.¹³ Como conocimiento, se vincula a la verdad, pues a ella cabe “decir con verdad qué es lo justo en cada caso concreto”.¹⁴

Entre tanto, la prudencia jurídica no guía ciegamente, basada apenas en las circunstancias del caso concreto, como si pudiera orientarse hacia cualquier fin. En primer lugar, porque es jurídica, exige una ordenación hacia el bien común, pues se vincula a un patrón común de conducta responsable por tal ordenación que liga el deber-ser a una determinada exigencia de igualdad. De ese modo, el sentido que la prudencia jurídica busca realizar en el caso concreto es dado, más directamente, por la norma jurídica, que es la medida exterior de la justicia del acto. De ahí que la norma debe ser general y abstracta, estableciendo un principio único para la multiplicidad de los casos concretos. La prudencia aparece, entonces, en ese intermedio entre la generalidad de la norma y la singularidad del caso concreto,¹⁵ con el objetivo de realizar el sentido de aquélla en las circunstancias de ese caso.

Se debe resaltar, de otro lado, la existencia de desacuerdos prudenciales entre los hombres. Es verdad que Tomás de Aquino vincula la prudencia a la realización de la ley natural en el caso concreto, al afirmar que:

es propio de la prudencia no sólo la consideración de la razón, sino también la aplicación a la obra, que es fin de la razón práctica. Ahora bien, nadie puede aplicar convenientemente una cosa a otra sin conocer a ambas: lo que es necesario aplicar, y aquello a que se debe aplicar. Las acciones, entre tanto, ocurren en los singulares. Por eso, es necesario que el prudente conozca tanto

¹³ Massini Correas, *La prudencia jurídica*, cit., p. 22.

¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 26-28.

a los principios universales de la razón como a los singulares, que son el objeto de las acciones.¹⁶

Sin embargo, la prudencia jurídica se da en el obrar humano relativo al bien común, a la vida social; así, el modo de concretar a los principios universales de la razón, es decir, la ley natural, en los casos singulares, genera grandes desacuerdos sobre el modo más adecuado de hacerlo: de ahí que los hombres vengan a divergir en su prudencia. Para ello, entonces, es necesario un juicio general coordinador de las prudencias individuales, y eso es hecho por medio de la prudencia legislativa. El legislador define un medio que juzga el más adecuado para realizar a las exigencias de la ley natural, siendo que tal debe ser seguido por todos, sirviendo, pues, de orientador de la conducta individual en la vida social. Ésa es, por tanto, la ley humana. De ahí que desde la ley natural para la ley humana se exige una prudencia legislativa, y desde la ley humana para el caso concreto, una prudencia jurídica.

Esa prudencia jurídica, entre tanto, como actúa en el plano de la contingencia, no lleva de manera apodíctica y necesaria a una respuesta única como la correcta. La decisión no se da entre el negro y blanco, mas, como dice Paul Ricoeur, entre gris y gris, en que uno de ellos, en vista de las circunstancias, puede parecer más adecuado que el otro.¹⁷ La verdad se presenta en el plano de la prudencia jurídica, por lo tanto, como una verdad contingente, o sea, podría ser de otra forma, puesto que en su campo no hay espacio para la exactitud. De la misma manera, también no cabe una ciencia de la prudencia, pues, como ya dicho, la ciencia se da de aquello que es necesario y universal.

2. *La filosofía jurídica*

Si, de un lado, la prudencia jurídica está en el plano más concreto posible de los juicios prácticos, el plano de la filosofía jurídica está en su extremo opuesto, el de su mayor generalidad y universalidad. De ese modo, el plano de la prudencia exige un plano director último que es el de la filosofía, como también la acción humana concreta exige un fin último a que se destina. Como afirma Massini Correas: “la realización del bien exige el conocimien-

¹⁶ Aquino, Tomás de, *Suma teológica*, I-II, q. 47, a. 3 (traducción nuestra).

¹⁷ Ricoeur, *O Justo I. A justiça como regra moral e como instituição*, trad. de Ivone Benedetti, San Pablo, Martins Fontes, 2008, pp. 209 y 210.

to de la verdad”,¹⁸ o sea, el juicio recto de la prudencia en el caso concreto exige el conocimiento verdadero de los primeros principios del obrar, es decir, de la ley natural. El conocimiento de la ley natural, como juicio más general y universal del orden de la *praxis* humana, se da en el nivel del conocimiento filosófico y, además, se da sobre aquello que es necesario.

De esa forma, en términos genéricos, la filosofía práctica trata de las causas primeras en el orden de la *praxis*, o sea, de los fines últimos del hombre, ofreciendo, de ese modo, la medida general de todos los fines perseguidos en otros niveles de conocimiento práctico, teniendo, por lo tanto, una función directiva en relación con ellos, “controlando la verdad de sus resultados, orientando sus investigaciones y confiriéndoles la unidad que proviene de su ordenación a un fin común”.¹⁹

Es en el nivel de la filosofía jurídica que la verdad práctica entra de modo decisivo en el conocimiento jurídico. Sin una verdad fundamentada en ese plano, no habría como hablar de verdad en los planos de la ciencia o de la prudencia jurídicas. Por referirse a los primeros principios del orden jurídico, el nivel filosófico fundamenta todo el conocimiento jurídico, de modo que aquello que deriva de él, no siendo necesario que sea positivamente (*per modum conclusionis*), mas tampoco negativamente (*per modum determinationis*), hereda su valor lógico, es decir, el de verdad.

La verdad, aquí, una vez que se trata de primeros principios, que son necesarios, no es una verdad contingente, sino necesaria, o sea, que no podría ser de otra manera ni depende de circunstancias: es así en vista de lo que es el hombre y el orden en el que vive. Es solamente en razón de eso, por lo tanto, que se consigue rescatar a la teoría de la verdad como correspondencia (concepción semántica de la verdad) para el plano de la verdad práctica. En última instancia, hay una realidad a que la ley natural (*post naturam hominis*) corresponde: la naturaleza (ley natural *in naturam hominis*)²⁰ y por eso ella es dicha natural. Con eso, si la definición general de la verdad práctica se da en el nivel filosófico, su definición parcial (conformidad con el apetite recto) tiene relación apenas con los juicios del plano prudencial.

La filosofía práctica, de esa manera, trata de las causas primeras en el orden de la *praxis*, o sea, de los fines últimos del hombre, a diferencia de la prudencia, que no produce conocimiento científico, una vez que considera a la acción en aquello que ella tiene de singular e irrepetible. Entre esos dos

¹⁸ Massini Correas, *La prudencia jurídica*, cit., p. 40.

¹⁹ *Ibidem*, p. 197.

²⁰ Kalinowski, *El problema de la verdad...*, op. cit., p. 150.

niveles, por tanto, se da la ciencia práctica, que trata de los fines intermedios, no de las causas primeras, sino de aquellas que guardan mayor proximidad con la acción, o sea, estudian las causas próximas (final y ejemplar) de la acción humana. Así, resalta Massini, “la ciencia del derecho considerará las normas más próximas del obrar social —derecho positivo *per se*— y los fines más inmediatos de las instituciones jurídicas; la consideración del fin último del derecho y de sus normas fundamentales quedará dentro del dominio propio de la filosofía del derecho, parte de la filosofía práctica”.²¹ De ese modo, “la ciencia jurídica debe insertarse «por arriba» con la filosofía jurídica y «por debajo» con la prudencia”.²² Ella vincula el obrar práctico-jurídico concreto a la verdad aprendida en la filosofía.

3. *La ciencia jurídica*

Sobre la posibilidad de una ciencia práctica y, consecuentemente, jurídica, ya se explicó más arriba. De ese modo, la ciencia jurídica se configura desde el nivel que establece la intermediación entre el plano más general —el de la filosofía jurídica— y el más concreto —el de la prudencia jurídica—. Es él, de esa forma, que no sólo describe, sino también explica y justifica al derecho de una determinada comunidad jurídica a la luz de los principios de la ley natural. Ella explica, entonces, cómo se liga el fenómeno político del derecho a la esencia de la verdad moral.

De la misma forma que entre la ley natural y la acción concreta se hace necesaria la intermediación de un juicio coordinado —ley humana— decidido políticamente por exigencias del bien común (ley natural-ley humana-decisión jurídica), entre los juicios más generales de la filosofía jurídica y los más concretos de la prudencia jurídica se debe insertar la ciencia del derecho que, teniendo vínculo con la ley humana, presenta ese mismo carácter intermediador. Por tanto, si la ley humana está para la acción jurídica, la ciencia del derecho está para el conocimiento jurídico.

La ciencia jurídica, entonces, como trata de las causas próximas (y no últimas) del derecho y de sus fines intermediarios,²³ se vincula esencialmente con el fenómeno político del derecho, lo que refuerza su paralelismo con aquello que la ley humana representa en el plano de la acción. Al explicar a la ley, explica la causa del derecho, pues la *lex* es causa del *ius*, o sea, la ley es causa de la acción justa. Así, cuando no se limita a apenas describir normas,

²¹ Massini Correas, *La prudencia jurídica*, cit., p. 191.

²² *Ibidem*, p. 116.

²³ *Ibidem*, pp. 108 y 109.

la ciencia jurídica concebida en esos moldes (como intermediaria) permite juicios valorativos, es decir, los de adecuación de una determinada práctica jurídica a los fines últimos que le regulan.

En ese sentido, tal concepción de ciencia jurídica difiere radicalmente del modelo neopositivista de ciencia que se ejemplifica, en la teoría jurídica, en la tesis de Kelsen. Así, el jurista austriaco define: “el derecho prescribe, permite, confiere poder o competencia —no «enseña» nada”—.²⁴ En vista de eso, afirma: “la ciencia jurídica tiene por misión conocer —desde fuera, por decirlo así— el derecho y describirlo con base en su conocimiento”.²⁵ Añade: “la ciencia jurídica, entre tanto, apenas puede describir el derecho; no puede, como el derecho producido por la autoridad jurídica (a través de normas generales o individuales), prescribir cualquier cosa que sea”.²⁶ De ese modo, solamente la proposición jurídica, que es descriptiva, es verdadera o falsa, pero nunca la norma jurídica, que, por ser prescriptiva, es solamente válida o inválida. Hay un dilema entre descripción y prescripción, de modo que uno no puede influir sobre el otro, so pena de cometerse el error de la falacia naturalista.

Al afirmarse tal modelo neopositivista de ciencia jurídica, lo que de hecho se está haciendo es dejar de lado su carácter práctico. Se da simplemente la importación de una epistemología propia de las ciencias de la naturaleza hacia el campo práctico, afectando toda la esencia del mismo. Como bien afirma Massini, las ciencias prácticas, para que continúen prácticas, deben tener como fin la recta dirección del obrar a un fin debido.²⁷ Ella es ciencia porque explica las causas y recae sobre los principios del derecho y no sobre sus aplicaciones, y también es práctica porque orienta la acción humana.

Por tal razón se debe hablar aquí de dos influencias de la ciencia jurídica sobre la acción humana, o mejor sobre el plano de la prudencia jurídica. La primera es que al explicar la práctica jurídica de determinada comunidad según los principios de la ley natural, lo que la ciencia jurídica hace es atribuir sentido a las normas jurídicas, una vez que son evaluadas en razones de juicios de valor universales contenidos en tales principios. Esa atribución de sentido nunca es realizada sin la observación de los casos concretos en que tales normas son aplicadas. Por lo contrario, esa atribución de sentido es iniciada por la percepción de la adecuación entre norma y caso.

²⁴ Kelsen, *Teoría pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado, San Pablo, Martins Fontes, 2003, p. 81 (traducción nuestra).

²⁵ *Idem*.

²⁶ *Ibidem*, p. 82 (traducción nuestra).

²⁷ Massini Correas, *La prudencia jurídica*, cit., p. 109.

De esa conjugación, se aprehende un sentido: el sentido de una relación normativa. Entre tanto, el juicio de valor de donde se origina esa percepción proviene de las aserciones más esenciales sobre el derecho, lo que es propio de la filosofía del derecho. En relación con tales atributos esenciales, la práctica jurídica es nuevamente evaluada, explicada, justificada y descrita, o, en mejores términos, narrada. Ese trabajo intermediario es realizado en el nivel de la ciencia jurídica.

Se debe resaltar, entonces, que para que haya ciencia jurídica debe haber una fuente objetiva de valoración, que es la filosofía del derecho. Una visión meramente dogmática del derecho, como la descripción de un sistema jurídico sin referencia a ningún principio universal, no se configura como ciencia del derecho en ese sentido. Como afirma Massini,

es evidente que un conocimiento tal no es ciencia en el sentido que hemos defendido más arriba, ya que su estudio se refiere a las normas en cuanto immanentes a un sistema positivo dado y como tal mudable y contingente. No hay en este tipo de conocimiento ni el menor asomo de universalidad, ni necesidad en las conclusiones; tampoco es explicativo, ya que su estudio no es causal sino descriptivo de una realidad histórica y mudable, sin referencia alguna a principios de carácter transhistórico.²⁸

La ciencia jurídica, así, puede existir desde que se analice a las realidades contingentes desde la perspectiva de su naturalidad y según principios universales que permitan hacer un análisis crítico y valorativo de la realidad jurídica. La segunda influencia de la ciencia jurídica en la práctica jurídica proviene de su actividad explicativa y justificativa hasta llegar a la función narrativa del derecho. En esos términos, tanto las concepciones narrativas de Ricoeur,²⁹ que pone lo narrativo como el entrelazamiento entre lo descriptivo y lo prescriptivo, en el plano de la moral, cuanto la de MacCormick,³⁰ que hace lo mismo, pero en el plano jurídico, parecen ser adecuadas al propósito. Gracias a la función narrativa que ejerce la ciencia jurídica es posible una mejor comprensión de la identidad de lo justo político, del derecho de determinada comunidad. Así, la decisión jurídica más adecuada en un caso concreto, más claramente en los casos difíciles, será aquella que guarde mayor relación con la autocomprensión de una comunidad sobre su identidad como justo político. Las decisiones en los casos

²⁸ *Ibidem*, p. 112.

²⁹ Ricoeur, *Sí mismo como otro*, trad. de Augustín Neira Calvo, Madrid, Siglo XXI, 2006, capítulo VI.

³⁰ MacCormick, *Retórica e o Estado de Direito*, trad. de Conrado H. Mendes *et al.*, Río de Janeiro, Elsevier, 2009, pp. 279-282.

fáciles, obviamente, deben automáticamente tener relación con esa comprensión. De este modo, la ciencia jurídica selecciona comprensiones posibles sobre el sentido de justicia vivido en comunidad y excluye otras como imposibles, si no pasan el test objetivo de explicar el conjunto de normas y el modo en que ellas son vividas.

En verdad, la ciencia jurídica, al describir, justificar y explicar el derecho concreto de una comunidad, explicita el bien que subyace y fundamenta el sentido de las normas jurídicas. Al hacer eso, hace el derecho más claro y preciso; explica aquello que estaba implícito en él: explica más para comprender mejor. Al hacer eso, crea una comprensión común del derecho, de modo que el *nomos* se hace más uniforme en la conciencia de los ciudadanos y de los aplicadores del derecho. Por fin, hay, de ese modo, una autoimplicación entre ciencia jurídica y prudencia jurídica: en la medida en que la ciencia va explicando y explicitando lo implícito del derecho, auxilia a la prudencia jurídica no sólo a encontrar una decisión mejor, más justa, sino que también contribuye, formando una comprensión común, a crear patrones de decisiones. La ciencia jurídica forma una comprensión común un tanto necesaria de un patrón de juicios prudenciales (base subjetiva de la aplicación). Es la ciencia jurídica que describe, explica y justifica el derecho concreto, que ofrece una narrativa bajo la cual los preceptos jurídicos pueden ser comprendidos uniformemente: construye una comprensión común de un derecho determinado. De esa forma, dentro de la contingencia política de los desacuerdos, la ciencia jurídica cumple un papel fundamental en el pasaje de la verdad necesaria de los principios universales del derecho a la verdad contingente de las aplicaciones concretas del derecho.

De ese modo, por tanto, se pretende alcanzar no sólo la verdad del derecho en su aspiración moral a la realización de la ley natural, sino también la propia ordenación interna, típica del fenómeno político (desacuerdos) que el jurista no puede olvidar, y que es prescripto incluso por la propia ley natural.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES, *Metafísica*, trad. de J. Tricot, París, Vrin, 2003.

———, *Ética a Nicómaco*, trad. de Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

AQUINO, Tomás de, *Suma teológica*, San Pablo, Loyola, 2003.

———, *Comentario a la ética a Nicómaco de Aristóteles*, trad. de Ana Mallea, Pamplona, Eunsa, 2001.

- BOFF, Guilherme, *Verdade e Direito em Georges Kalinowski. A justificação do fundamento semântico do direito*, Puerto Alegre, Safe, 2013.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Cristóbal Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000.
- KALINOWSKI, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. de Enrique Marí, Buenos Aires, Eudeba, 1979.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*, trad. de João Baptista Machado, San Pablo, Martins Fontes, 2003.
- MACCORMICK, Neil, *Retórica e o Estado de Direito*, trad. de Conrado H. Mendes *et al.*, Río de Janeiro, Elsevier, 2009.
- MASSINI Correias, Carlos I., *La prudencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.
- RICOEUR, Paul, *O Justo I. A justiça como regra moral e como instituição*, trad. de Ivone Benedetti, San Pablo, Martins Fontes, 2008.
- , *Si mismo como otro*, trad. de Augustín Neira Calvo, Madrid, Siglo XXI, 2006.
- TARSKI, Alfred, “A concepção semântica da verdade e os fundamentos da semântica científica”, en TARSKI, Alfred, *A concepção semântica da verdade*, trad. de Celso Braida *et al.*, San Pablo, UNESP, 2007.
- TUGENDHAT, Ernst y WOLF, Ursula, *Propedéutica lógico-semântica*, trad. de Fernando Augusto da Rocha Rodrigues, Río de Janeiro, Vozes, 1996.

CONOCIMIENTO PRÁCTICO Y PRUDENCIA JURÍDICA EN EL PENSAMIENTO DE CARLOS MASSINI. UN ARGUMENTO EN TORNO A LA AUTORIDAD DEL DERECHO

Hugo S. RAMÍREZ GARCÍA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La autoridad del derecho: ¿concepto o realidad?* III. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

La filosofía positivista, imperante durante un largo trecho de los siglos XIX y XX, ha solido concebir la pretensión de objetividad que guía el quehacer científico como neutralidad valorativa. El efecto de esta actitud, además de expansivo, no ha sido otro que una preocupante abstinencia moral que amenaza con dejar a los individuos desarmados de argumentos con los que afrontar racionalmente los continuos retos prácticos de la vida. Es particularmente expresivo el término *homo positivus* con el que Maritain describe al hombre moralmente minusválido y parcial, de una sola dimensión, que resulta del positivismo.¹ Frente a esta estrecha noción de racionalidad se ha desarrollado, sobre todo a partir de la década de 1960, un movimiento intelectual identificado bajo el rótulo de “rehabilitación de la filosofía práctica”, que busca suministrar instrumentos conceptuales mucho más idóneos para resolver los numerosos problemas del quehacer humano. Esta acometida intelectual

* El autor es doctor en derecho por la Universidad de Valencia (España). Actualmente es profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, campus México; investigador nacional nivel 2 del Sistema Nacional de Investigadores, Conacyt.

¹ Maritain, Jaques, *Lecciones fundamentales de filosofía moral*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1966, p. 102.

presupone, en pocas palabras, algo sumamente valioso: que existe la posibilidad de elección racional en el plano de la *praxis*.

En consonancia con estos afanes, en esta oportunidad pretendo exponer dos explicaciones diversas al fenómeno de la autoridad del derecho. La primera en ser descrita, defendida por Joseph Raz, representa al modelo de razón práctica trascendental-constructivista. La segunda, elaborada por Carlos Massini, es un ejemplo claro de la aproximación realista al fenómeno práctico, en general, y al jurídico en particular.

No quisiera concluir este apartado introductorio sin antes agradecer a los coordinadores del presente volumen por darme la oportunidad de participar en esta iniciativa académica con la que rendimos homenaje y manifestamos agradecimiento al profesor Carlos Massini: a su fecunda labor intelectual y magisterio comprometido, del que somos deudores.

II. LA AUTORIDAD DEL DERECHO: ¿CONCEPTO O REALIDAD?

1. *El concepto de autoridad en el razonamiento jurídico, según Joseph Raz*

Como es bien sabido, una de las preocupaciones centrales de la filosofía jurídica contemporánea se asocia a la pregunta: ¿qué es lo que hace al derecho una realidad normativa? Joseph Raz ha dedicado buena parte de su labor intelectual en ofrecer una respuesta para tal cuestión, articulando su pensamiento a partir de algunos conceptos clave como autoridad, razón de primer orden, razón excluyente, coordinación de la acción, etcétera.

El punto de partida de este autor se sitúa en la caracterización del razonamiento jurídico como una forma específica de razonamiento práctico; éste consiste, a su vez, en un proceso intelectual mediante el cual son identificadas las razones adecuadas para justificar un curso de acción ante un dilema práctico, es decir, frente a la presencia de varias posibilidades de acción, todas ellas avaladas por algún tipo de razón. En palabras de Raz: “todos los conflictos prácticos se conforman a una pauta lógica: los conflictos de razones son resueltos por el peso o la fuerza relativa de las razones en conflicto que determina cuál de ellas sobresee a la otra”.²

Joseph Raz propone una tipología bipartita de razones con las que el razonamiento práctico se involucra. Por un lado, las razones de primer orden que no son *prima facie* normativas, es decir, no son principios de acción,

² Raz, Joseph, “Las razones de las acciones, decisiones y normas”, en Raz, J. (coord.), *Razonamiento práctico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 239.

sino que ofrecen al razonamiento magnitudes estimativas o de valor para que éste, una vez consideradas todas las cosas y desplegando un ejercicio de ponderación y deliberación, identifique aquella de las mencionadas razones que cuenta con mayor peso estimativo; sólo a partir de este momento, una razón de primer orden adquiere carácter de principio de acción, ya que ha derrotado a las demás razones que se encontraban en juego dentro del dilema práctico.³

Por otro lado, en el razonamiento práctico también operan otro tipo de razones, las de segundo orden, o también razones excluyentes. Una vez que han sido intelectualmente identificadas, las razones de segundo orden solucionan el dilema de forma inmediata porque cuentan con el atributo de la autoridad: son razones autoritativas. Contando con ellas, el razonamiento práctico no tiene necesidad de ningún ejercicio deliberativo, ya que tales razones cuentan con fuerza normativa, y su función es, en atención a lo anterior, la de excluir otras razones, fundamentalmente aquellas de primer orden, y en consecuencia la de sustituir el proceso intelectual que corresponde a la deliberación. Más aún, como sostiene Leonor Moral, en el marco del pensamiento de Joseph Raz, una razón de segundo orden o normativa además de excluir cualquier deliberación, suspende el juicio del agente respecto a cuál sea la mejor razón para actuar.⁴

Atendiendo a lo anterior se sigue que de la presencia o no de razones normativas o excluyentes, el razonamiento práctico es calificado como un razonamiento práctico ejecutivo, o bien como un razonamiento práctico deliberativo, respectivamente.

¿Qué diferencias pueden apuntarse entre estos dos tipos de razonamiento práctico? El razonamiento práctico deliberativo se aproxima a las razones de primer orden bajo una óptica valorativa o estimativa, es decir, indaga el peso axiológico intrínseco a cada una de ellas, mismo que se proyecta en las conductas implicadas dentro del dilema. Por su parte, el razonamiento práctico ejecutivo se concentra única y exclusivamente en acreditar la autoridad de la razón normativa excluyente.

Una vez realizadas estas distinciones entre tipos de razones para la acción y de formas de razonamiento práctico, Raz está en condiciones de identificar al razonamiento jurídico como un razonamiento práctico de carácter ejecutivo, ya que las razones con las que opera son siempre razones de segundo orden, es decir, excluyentes o normativas. ¿Cómo se justifica

³ *Ibidem*, p. 240.

⁴ *Cfr.* Moral, Leonor, “¿Es el derecho tan normativo? La noción de autoridad de Joseph Raz en el razonamiento práctico jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVII, 2000, p. 349.

esta identificación? A través de un argumento en el que conjuga dos de los planteamientos centrales en su teoría normativa, a saber: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la autoridad legítima.

Como es sabido, la tesis de las fuentes del derecho adoptada por Raz es una tesis social fuerte. Expuesta en apretada síntesis, según ella, el origen de las normas jurídicas es exclusivamente fáctico, es decir, sólo a partir de determinados hechos sociales es que las normas a través de las cuales se configura un ordenamiento jurídico son válidas.⁵

De esta formal, a través de la tesis de las fuentes sociales, Raz propone el criterio que dota de identidad inequívoca al razonamiento jurídico, a saber: el hecho de que deba apoyarse en las razones aportadas exclusivamente por normas validadas a través de ciertos hechos sociales. O dicho de otro modo, quien pretenda llevar a cabo un razonamiento jurídico, sólo puede acudir a las reglas que han sido producidas por las fuentes sociales, para que de ellas extraiga las razones normativas que resuelven el dilema específico.

Por su parte, con la tesis de la autoridad legítima, Joseph Raz busca justificar la función excluyente reservada a las razones de segundo orden, contenidas en las normas que tienen origen en las fuentes sociales. Para tal efecto se apoya en dos consideraciones. La primera, hace referencia a la competencia técnica del experto para afrontar mejor la situación implícita en un dilema práctico; la presencia de tal *expertise* hace más probable que la acción que es requerida sea mejor que cualquier acción alternativa que pueda parecer mejor al no experto.⁶

No obstante el peso que pueda tener la experiencia y conocimiento del experto, según Raz habría un segundo argumento de mayor fuerza para justificar la existencia de una autoridad legítima, sobre todo por la necesidad lógica que entraña, y que denomina el argumento de la coordinación de las actuaciones de los sujetos.⁷ Según este argumento, toda sociedad requiere de un factor que coordine las acciones de sus integrantes, y precisamente para coordinar acciones con eficacia es lógicamente necesaria la existencia de un solo modelo de actuación, justificado por la misma exigencia de excluir todas las razones que pudieran, a su vez, justificar la no realización

⁵ Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, UNAM, 1985, p. 56.

⁶ Cfr. Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 239.

⁷ Efectivamente, Joseph Raz sostiene que una de las principales justificaciones para tener autoridad política es su utilidad para asegurar la coordinación social, no así el hecho de contar con conocimiento y experiencia; en todo caso, esta realidad juega un papel subordinado en la justificación de la autoridad política. Cfr. Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, cit., p. 23.

de ese único modelo de acción, o bien que pudieran justificar la realización de actos distintos a ese único modelo de conducta. Entonces, la legitimidad de la autoridad deriva de la necesidad lógica asociada a la función normativa mediante la cual se coordinarán, con eficacia, las acciones de los sujetos.

De lo anterior se sigue que el mandato emitido por una autoridad al interior de una sociedad contiene razones excluyentes para la acción, en la medida en que ofrece la ventaja de obviar cualquier deliberación que conduzca a una razón rival con la que se justifiquen conductas diversas a la contenida en el mandato.

Ante este tipo de razones normativas, explica Raz, el destinatario del mandato debe asumir una actitud obediente:

Hay un sentido en el cual si uno acepta la legitimidad de la autoridad uno se compromete a seguirla ciegamente..., con independencia de las propias opiniones sobre los méritos del caso. Uno puede formarse una idea de los méritos del caso, pero mientras sigamos a la autoridad, esto es un ejercicio académico que no tiene ninguna importancia práctica.⁸

En síntesis, para Joseph Raz la normatividad del fenómeno jurídico descansa en un tipo peculiar de razonamiento práctico, cuya característica más destacada se encuentra en su utilidad para identificar razones normativas o excluyentes para la acción, que por su carácter autoritativo suspenden la deliberación en torno al valor de otras razones. Asimismo, la noción de autoridad del derecho que resulta del pensamiento de este autor se caracteriza por su naturaleza eminentemente conceptual, cuya legitimidad se justifica en la necesidad lógica de coordinar unívocamente las actuaciones de los sujetos que integran una sociedad.

El argumento que acabo de exponer puede resultar sugerente sobre todo porque apuesta por la solidez lógica del vínculo entre diversos conceptos: el acto de coordinación recurre a razones excluyentes que inhiben la valoración deliberativa, con base en la autoridad lógica de la unidad. No obstante todo ello, el argumento manifiesta una serie de dificultades que no pueden soslayarse.

En primer lugar, resulta notoria la confusión entre el análisis conceptual de la autoridad y el carácter normativo de la misma en el razonamiento práctico-jurídico. Con otros términos, Raz no parece distinguir entre las razones que desde el plano lógico justifican la existencia de la autoridad, y las razones que fundamentan la función normativa de la autoridad. Hemos de tener bien claro que una cosa es admitir la necesidad lógica del estableci-

⁸ *Ibidem*, p. 40.

miento uniforme del deber ser a fin de coordinar las acciones al interior de un sociedad, y otra muy distinta es aceptar cualquier directiva emitida por la autoridad, aunque ésta sea reconocida. Es decir, el seguimiento del mandato de la autoridad necesita una justificación que no se agota en la lógica intrínseca del concepto de autoridad.

Se añade a esta dificultad otra de las conclusiones más relevantes en el argumento de Joseph Raz, vinculada ésta a la presencia de razones excluyentes en el razonamiento práctico-jurídico, a saber: la sustitución del juicio deliberativo mediante el cual se ponderan diversas razones para actuar, atendiendo al valor que proyectan en las conductas implicadas en el dilema. El problema consiste en olvidar que la aplicación de las disposiciones jurídicas no es automática ni tampoco excluye otro tipo de razones, proporcionen o no una solución directa al conflicto. En este sentido se obvia la necesaria adaptación del razonamiento práctico a las circunstancias en las que se desarrolla el dilema o incluso la inexistencia de solución unívoca para la disputa en cuestión. Estos elementos, ignorados o al menos poco atendidos en el pensamiento de Joseph Raz, sin duda obligan al operador jurídico a desarrollar un razonamiento que discurre por el nivel deliberativo. En definitiva, creo que la función de la autoridad en el razonamiento práctico-jurídico, lejos de excluir la deliberación debe provocarla.

Resumiendo cuentas, nos encontramos ante una descripción disminuida e incompleta del razonamiento práctico en general y del jurídico en particular, pero, sobre todo, frente a un serio déficit en torno a la autoridad del derecho.

2. *Autoridad del derecho: la aportación de Carlos Massini con base en el conocimiento práctico y la prudencia jurídica*

Las aportaciones realizadas por Carlos Massini en torno a la prudencia jurídica, al conocimiento práctico y desde estas realidades a la autoridad del derecho, se enmarcan en las coordenadas del realismo filosófico.⁹ Con tal adscripción se pretende hacer hincapié, por un lado, en el tipo de conocimiento al que se aspira respecto del derecho: caracterizado por la fidelidad a

⁹ El realismo al que se apela aquí, coincide básicamente con la descripción sintética que ofrece Pieper respecto de la relación entre el bien y la realidad: “Todo deber ser se funda en el ser. La realidad es el fundamento de lo ético. El bien es lo conforme a la realidad. Quien quiera conocer y hacer el bien debe dirigir su mirada al mundo objetivo del ser”. Pieper, Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974, p. 15.

lo real¹⁰ y, por otro, al reconocimiento de la naturaleza humana como causa y medida del derecho, y en este sentido concluir que la experiencia jurídica no puede ser indiferente ante la merma o privación de una serie de bienes que corresponden al ser humano por el hecho de ser tal. Esta perspectiva, a mi juicio, supera las carencias de la aproximación analítica que hemos atendido previamente, donde el concepto se impone por sobre la realidad.

Ateniéndose precisamente a lo real, Carlos Massini describe el carácter operable de la auténtica solución para el dilema práctico. Es decir, no se limita a considerar que éste se supera en la identificación de una razón no derrotada de entre varias contendientes para justificar una decisión, sino que apunta a algo más concreto: a conductas. A la sazón, Carlos Massini señala: “La razón por la que el orden jurídico existe, no puede ser la perfección teórica de sus estructuras formales: leyes, instituciones, conceptos jurídicos, etc., sino por la perfección práctica, operativa, de sus contenidos”.¹¹

Ante esta primera idea surge la siguiente cuestión: ¿cuál es la diferencia entre razones para la acción y la acción en sí misma? A mi juicio la acción se nos muestra como un objeto auténticamente real. Es un ingrediente ineludible de la experiencia, sin la cual no sería posible el conocimiento práctico. Expuesto por contraste: el proceso intelectual que conduce a la decisión y a la acción, siendo valioso y relevante, se mantienen el plano especulativo; desde el punto de vista de la *praxis*, no aprendemos de especulaciones, sino a partir de acciones. Por ello el paso de la razón a la conducta concreta resulta ineludible para el conocimiento mismo. De lo contrario correremos el riesgo de cometer reduccionismos racionalistas e incluso, como nos advierte Massini, sin el recurso a la experiencia alimentada por conductas concretas, “la vida del derecho se transformaría en un eterno recomenzar, en un continuo recaer en las malas soluciones que dieron nefastos resultados en el pasado, o en un lamentable desechar las decisiones felices y acertadas que ya fueron ensayadas con éxito”.¹²

Asentado este punto de partida deseo avanzar con la siguiente afirmación: una lectura general a la obra del profesor Massini nos lleva a observar que la autoridad del derecho es un objetivo que se logra cuando determinada conducta, con ciertas características, se realiza. Para que esto suceda

¹⁰ Como lo explica Etienne Gilson, se trata de un conocimiento que respeta su objeto, es decir, que no pretende reducirlo a lo que debería ser para ajustarse a las reglas de un tipo de conocimiento arbitrariamente elegido por quien pretende conocer. *Cfr.* Gilson, Etienne, *El realismo metódico*, Madrid, Rialp, 1974, p. 184.

¹¹ Massini, Carlos, *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, p. 18.

¹² Massini, Carlos, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1984, p. 60.

resulta indispensable conocer un aspecto de la realidad, apoyándose en hábitos intelectuales y virtudes, desplegados en el marco de un proceso deliberativo. Con esta afirmación pretendo poner de manifiesto el complejo entramado de elementos que se ponen en juego cada vez que, desde la atalaya jurídica, se busca dar una respuesta verdaderamente justa a la pregunta ¿qué se debe hacer?

A continuación, acompañado de la reflexión de Carlos Massini, me referiré a los factores clave que realmente dotan a la experiencia jurídica de autoridad.

a) La primera estación de este itinerario corresponde al conocimiento práctico. Junto con la tradición, Carlos Massini acepta la distinción entre el conocimiento especulativo o teórico y el saber práctico, atendiendo, entre otras cosas, a la diversidad de sus objetos formales, a la finalidad que cada uno persigue o a la manera en la que cada uno se aproxima a la verdad.¹³ Sin embargo, esta distinción no impide el reconocimiento de la continuidad entre las conclusiones teóricas y los juicios prácticos. Al respecto, el profesor Massini establece:

La razón no podría ser imperativa y decisoria, si antes y al mismo tiempo no estuviese cognoscitivamente abierta al ser. Aquella no sería la medida del obrar, si no recibiese antes y al mismo tiempo su medida de la realidad objetiva...; aquello que debe ser hecho por el hombre para el logro de su perfección, depende intrínsecamente de aquello que el hombre es, en otras palabras, de su esencia o naturaleza y de las concretas circunstancias en que debe poner su acto libre y racional.¹⁴

Por tanto, siendo la *praxis* el objetivo de este saber, manifiesta un vínculo necesario con la comprensión verdadera acerca de la realidad: de la naturaleza humana, particularmente del bien humano. No me detendré en una descripción detallada sobre el bien humano, sin embargo resulta relevante destacar que, en el marco del saber práctico, siendo tal bien una dimensión constitutiva del bienestar y autorrealización de las personas y las comunidades que éstas integra,¹⁵ se constituye en uno de los objetos centrales sobre los que se despliega el intelecto para conocer, acertadamente, aquello que debe ser, precisamente en la medida en que contribuye a la perfección ontológica del ser humano.

¹³ El profesor Massini desarrolla este punto en diversas obras, entre ellas véase Massini, Carlos, *Filosofía del derecho. T. III: El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010, capítulo 1.

¹⁴ Massini, Carlos, *La prudencia jurídica...*, *op. cit.*, p. 182.

¹⁵ *Cfr.* Geroge, Robert, *Entre el derecho y la moral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 37.

El reconocimiento del bien humano como objeto del conocimiento práctico, así como del vínculo de continuidad entre saber teórico y aquél han ofrecido a Carlos Massini la oportunidad para contribuir en la defensa de la racionalidad en el ámbito de la *praxis*, particularmente al refutar las conclusiones de la denominada “falacia naturalista”. En múltiples ocasiones nuestro autor ha sostenido que el razonamiento práctico se manifiesta como una trama lógica y congruente, configurada por momentos valorativos o axióticos, por momentos teóricos, descriptivos de hechos, y por momentos deónticos o normativos. Esto es posible, nos explica Massini, en virtud de que en el orden práctico todo razonamiento presupone un primer principio también práctico: “debe hacerse el bien”. A partir de allí todo el razonamiento práctico adquiere un carácter deóntico que le permite concluir lógicamente en premisas normativas o imperativas.¹⁶ Para ilustrar lo anterior, consideremos la siguiente secuencia: realizar actos de cuidado a favor de los hijos menores de edad es bueno. Martín es menor de edad y es hijo de Arturo, luego: Arturo debe realizar actos de cuidado a favor de Martín. Esta secuencia recorre lo que el profesor Massini identifica como el plano de los primeros principios, el plano de las conclusiones generales y el plano prudencial, sin que el itinerario suponga saltos lógicos y fracturas racionales. ¿Por qué sucede esto? Porque “todo razonamiento ético que pretenda concluir en preceptos concretos debe incluir necesariamente afirmaciones acerca de realidades”.¹⁷

b) Ahora me referiré a la *phronesis*, recordando que el conocimiento práctico no se dirige a la contemplación y descripción certera de la realidad que circunda al sujeto cognoscente, sino que tiene por finalidad un operable, lo cual nos lleva a comprender que este tipo de saber es, en más de un sentido, una aplicación, por tanto una actividad. Carlos Massini nos recuerda que para dirigir la conducta humana es necesario calificarla, y para llevar a cabo ambas tareas es indispensable el hábito intelectual y moral de la prudencia. En sintonía con la tradición aristotélico-tomista, nuestro autor describe a la prudencia como la disposición intelectual que habilita para establecer y prescribir lo que es adecuado en el obrar humano, y que en el plano de lo jurídico se traduce en la determinación del derecho concreto, de la conducta justa.¹⁸

Mucho puede comentarse en torno a la prudencia en general y a la prudencia jurídica en particular. De hecho, desde hace algún tiempo se han

¹⁶ Cfr. Massini, Carlos, *La prudencia jurídica...*, *op. cit.*, p. 185.

¹⁷ Massini Correas, “La falacia de la «falacia naturalista»”, *Persona y Derecho*, núm. 29, 1993, p. 84.

¹⁸ Massini, Carlos, *La prudencia jurídica...*, *op. cit.*, p. 34.

multiplicado los trabajos que pretenden ofrecer respuestas encaminadas a aclarar cuestiones como la relación entre la vida moral y la experiencia jurídica, y si entre estos dos ámbitos habría algún tipo de influencia. En este orden de cosas se ha extendido la cuestión acerca del vínculo entre la calidad moral de las conductas que los operadores jurídicos despliegan en la vida privada y la función que cumplen, con especial hincapié en el caso de los jueces. Tal vez uno de los argumentos más extendidos en el ámbito de habla hispana en relación con este tema ha sido el expuesto por Jorge Malem Señá en el artículo intitulado: “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”. Según Malem, la respuesta a esta pregunta ha sido interpretada a partir de dos modelos de juez, que podrían identificarse como modelo monacal y modelo liberal. En el primero, el juez debe guardar una conducta estrictamente controlada por criterios morales, ya que priva la convicción de que la autoridad de sus resoluciones, en ausencia de la *praxis* del principio de legalidad, descansa en la calidad ética de la persona quien la emite. Un juez que lleva a cabo su labor bajo el modelo liberal, en cambio, puede separar e independizar sus conductas privadas respecto de los actos que confluyen en la realización de la función que le ha sido encomendada, toda vez que la legitimidad de sus pronunciamientos autoritativos deriva del valor que la sociedad reconoce a la ley democráticamente creada. A pesar de las notorias diferencias entre ambos modelos, Jorge Malem identifica una constante: la apariencia de juridicidad, la corrección e incluso la eficacia de las sentencias que pronuncian los jueces pueden verse afectadas por la percepción que desde el punto de vista moral tiene la sociedad respecto de sus conductas privadas. Es decir, para el profesor Malem, “una apariencia de impropiedad afectaría de tal manera la creencia de la población en el aparato judicial que tendría un efecto desestabilizador de incalculables consecuencias negativas para el régimen político y jurídico vigente”.¹⁹ En definitiva, la virtud o el vicio del juez pueden afectar a la apariencia de justicia de las sentencias que emite.

En principio podemos estar de acuerdo con esta conclusión, no obstante cabe preguntarnos si es en el plano de las percepciones y de las apariencias en las que se traba la relación entre moral y derecho, entre virtud y *iurisdictio*. No: entre virtud y verdad jurídica hay un vínculo más complejo y profundo. Sobre tal cuestión Carlos Massini ha sostenido que la prudencia no sólo cumple la función de causa formal extrínseca en relación con la conducta, sino además desempeña el papel de ordenar la causalidad eficiente de la misma. Es decir, la prudencia, en tanto que hábito intelectual, facilita el conocimiento del bien, y en tanto que virtud moral mueve a la voluntad

¹⁹ Malem, Jorge, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 1989, p. 33.

hacia el bien conocido. Por ello, nos explica el profesor Massini, para que la acción sea prudente se necesita que la voluntad asociada con el conocimiento de lo debido se encuentre previamente rectificadas u ordenadas; tarea que corre por cuenta de las demás virtudes morales. En definitiva, no podrá ser auténticamente prudente, y en este sentido hábil para establecer y prescribir lo debido, quien no sea justo.²⁰

c) Para finalizar, me detendré brevemente en el espacio que enmarca, epistemológicamente, al razonamiento jurídico, es decir, a la deliberación. Según nuestro autor, el modo propio del conocimiento jurídico es deliberativo, porque se desarrolla a partir de una investigación sobre los medios que propicien una solución justa para aquellas situaciones de controversia, en pos de ordenar racionalmente el obrar humano en sociedad.²¹ En efecto, la deliberación sistematiza y ordena el rompecabezas jurídico para aportar los instrumentos con los cuales arribar a una conclusión práctica verdaderamente justa.

De los múltiples aspectos que dotan de identidad a la deliberación, me ha parecido uno de los más relevantes su carácter comunitario; esto es, la deliberación representa una tarea y responsabilidad compartida que, en la mayoría de las ocasiones, se encuentra encabezada por el juez. En efecto, la actividad jurisdiccional nunca se da en solitario; por el contrario, el juez nutre su juicio con los alegatos y razones que las partes vierten en el proceso, poniendo cada una sobre una mesa de diálogo los diferentes puntos de vista acerca de disímiles soluciones sobre el caso.

La colaboración resulta necesaria en la deliberación, ya que ésta no discurre bajo formas exclusivamente silogísticas que pueden agotarse en el plano de la razón del individuo, sino que implica valoraciones, lo cual se acomete mejor en compañía de otros. Como lo indica Paul Ricoeur: “La sabiduría del juicio siempre tiene que practicarse entre varios. Entonces la conciencia merece el nombre de *convicción*”.²²

Y es que en efecto, dentro del acto de selección de las normas, así como en el de su interpretación, los implicados en el proceso deliberativo realizan estimaciones, valoraciones, ponderaciones acerca de los elementos que en mayor medida hagan posible una solución justa. Aquí, al contrario de lo sostenido por Joseph Raz, Carlos Massini entiende que la deliberación pone orden a la caótica realidad jurídica mediante patrones axiológicos, y precisamente por ello tal ordenación resulta ser auténticamente racional.

²⁰ Cfr. Massini, Carlos, *La prudencia jurídica...*, *op. cit.*, p. 39.

²¹ Cfr. *ibidem*, p. 54.

²² Ricoeur, Paul, *Lo justo*, Madrid, Caparrós, 1999, p. 207.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Llegados a este punto nos encontramos en condiciones de ofrecer un par de ideas finales, sin que en absoluto pretendan ser conclusivas, dada la profundidad de las cuestiones y los temas hasta ahora expuestos.

Es posible afirmar que las discusiones en torno a la autoridad del derecho son un signo inequívoco del proceso de recuperación de la filosofía práctica. De la gama de opciones que hoy postulan argumentos para clarificar qué hace normativa a la conclusión derivada de un razonamiento jurídico, me parece que las enmarcadas en el realismo filosófico y el cognitivismo ético representan la mejor aproximación, como es el caso de la desarrollada por Carlos Massini.

Con él hemos podido comprender que la autoridad de lo jurídico es una realidad; una meta ardua y no meramente un presupuesto conceptual; que determinar el derecho, parafraseando a Andrés Ollero, es encontrarlo, lo cual supone un juicio sobre lo humano e inhumano de cada situación problemática concreta; implica igualmente memoria de los episodios de racionalidad práctica captados en múltiples decisiones previas, y, finalmente, exige un diálogo complejo que se entabla en diversos frentes, de entre los cuales sobresale el desarrollado entre varios sujetos bajo la premisa de que a la verdad y al bien se accede en compañía de otros.

DE NUEVO SOBRE LA LEY DE HUME Y LA FALACIA NATURALISTA. LAS RESPUESTAS DE CARLOS I. MASSINI CORREAS

Javier SALDAÑA SERRANO*

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *La falacia naturalista y la Corte mexicana.* III. *Hans Kelsen y la falacia naturalista.* IV. *La denominada Ley de Hume.* V. *El carácter indefinible de bueno y la falacia naturalista en G. E. Moore.* VI. *Las respuestas de Carlos Ignacio Massini a Hume y a Moore.* VII. *Conclusión.* VIII. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El trabajo que he preparado se inscribe en un tema sobre el que el profesor Carlos I. Massini Correas más ha insistido a lo largo de su prolífica vida académica, me refiero al argumento de la falacia naturalista, el cual lo llevó precisamente a escribir uno de sus más importantes libros intitolado *La falacia de la falacia naturalista*,¹ probablemente uno de los más “densos” trabajos del pensador argentino.

La manera en la que abordaré el presente escrito será la siguiente. Primero mostraré —casi a título anecdótico— cómo el argumento de la falacia naturalista, si bien no ha sido abandonado del todo, hoy ya no ocupa el papel protagónico que tuvo en otros momentos de la historia de la filosofía y de la filosofía del derecho; de hecho, aunque autores tan importantes como Putnam o Habermas lo han tratado en sus escritos,² ya no tiene una

* Doctor en derecho por la Universidad de Navarra, Pamplona, España. Profesor por oposición de la materia Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM, y actualmente es investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel II.

¹ Cfr. Massini Correas, Carlos I., *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Edium, 1995.

² Cfr. Putnam, Hilary y Habermas, Jürgen, *Normas y valores*, trad. de J. Vega y F. Gil, Madrid, Trotta, 2008.

repercusión tan significativa, salvo como argumento ideológico en algunas discusiones judiciales como el caso de la Suprema Corte de Justicia de México, en donde algún ministro lo utilizó para defender su posicionamiento a favor del aborto.

En segundo lugar, me referiré, en forma breve, al tema de la falacia naturalista como uno de los argumentos centrales de la *Teoría pura del derecho* expuesto por el profesor Hans Kelsen. Lo anterior justamente porque, como todos sabemos, ha sido el pensador vienés quien más influencia intelectual ha ejercido en los ámbitos jurídicos hispanoparlantes, particularmente en la cultura jurídica mexicana donde aún se sigue enseñando su doctrina.

En tercer lugar, haré un breve resumen de los argumentos más significativos de dos de los autores que más han insistido en este argumento, y los cuales son multiplicidad de veces citados para descalificar cualquier propuesta objetivista, me refiero al pensador escocés David Hume y al inglés George Edward Moore.

Concluiré con algunas de las respuestas que el profesor Massini ha ofrecido para oponerse tanto a Hume como a Moore, y en general a quienes suelen utilizar el argumento de la falacia naturalista para descalificar al derecho natural de corte aristotélico-tomista, especialmente quienes quieren seguir estudiando el derecho en clave positivista. Con esto pretendo mostrar —una vez más— que el empleo de la falacia naturalista es hoy ya una ridícula falacia.

II. LA FALACIA NATURALISTA Y LA CORTE MEXICANA

El 27 de agosto de 2008 se discutieron, en el Pleno de la Corte de Justicia mexicana, las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007 relativas al decreto de reformas que despenalizaban el aborto en el Distrito Federal antes de las doce semanas de gestación. En esa ocasión, el ministro José Ramón Cossío (aún en funciones) comenzó su posicionamiento preguntándose si efectivamente la Constitución general de la República reconocía o no el derecho a la vida, así como cuáles serían sus fundamentos para esto.³

El ministro en cuestión tomó como punto de arranque en su exposición la discusión que se dio en la acción de inconstitucionalidad 10/2000, en la cual la Corte mexicana había sostenido —en sustancia— que la Constitu-

³ Las referencias que hacemos en este trabajo de la participación del ministro Cossío corresponden a la versión escenográfica de la discusión en el Pleno efectuada en esa fecha y que puede ser consultada en la página de la SCJN.

ción mexicana protege el derecho a la vida de todos los individuos. La cita exacta de la Corte en la que se establecía tal protección por parte de la propia norma fundamental decía que se: “protege el derecho a la vida de todos los individuos, pues lo contempla como un derecho fundamental, sin el cual no cabe la existencia ni disfrute de los demás derechos”.⁴

Hasta este momento se tenía claro que la Constitución federal protegía el derecho a la vida de todos los individuos, y que ésta contemplaba a la vida como un derecho fundamental, inherente a todo ser humano.

Pues bien, contra tal certeza el ministro Cossío argumentó diciendo que la Constitución no protege el derecho a la vida, y que la opinión anterior de la Corte era muy respetable pero que ésta no era una interpretación obligatoria que vinculara en ese momento al Pleno de la Corte, estableciendo no encontrar en el argumento que se ha expresado como explícito la posibilidad de conceptualizar el derecho a la vida con un estatus constitucional.

Más adelante, el propio ministro, para reforzar su posición, tomó el sexto considerando del proyecto que se estaba discutiendo (el cual radicalmente se oponía a la despenalización del aborto) y que textualmente estipulaba: “Así, la vida humana se constituye en el derecho por excelencia, en el derecho preeminente sin el cual no tienen cabida los demás derechos fundamentales; constituye el presupuesto lógico de éstos”.

Contra este sexto considerando el ministro Cossío redacta la larga cita en que emplea la falacia naturalista para justificar su posición. El sexto considerando del proyecto —según él—

tiene dos partes, a mi juicio distinguibles, una estrictamente lógica en la que se establece una proposición condicional, concretamente una condición necesaria en la que se afirma que sino se está vivo entonces no se puede disfrutar ningún derecho, y otra, la conclusión extraída de la primera afirmación, más bien valorativa en la que se dice que la vida es más valiosa que cualquiera de esos otros derechos fundamentales, esto me parece que tiene un problema en el sentido de lo que, dese hace muchos años se ha denominado *falacia naturalista*, en el sentido de que algo sea no significa que algo deba ser. Así, el hecho de que la vida sea un condición necesaria de la existencia de otros derechos no puede de ahí deducirse que se deba considerar a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos, creo que ésta no es una forma consecuente en la argumentación, en otros términos, podemos aceptar como verdadero que sino se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no podríamos inferir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente

⁴ Tesis P./J 13/2002, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XV, febrero de 2002, pp. 589.

a cualquier otro derecho, aceptar esto nos obligaría también a aceptar que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo.

Y continúa un poco más adelante:

Lo que si podemos encontrar en la Constitución, de manera expresa, son ciertas previsiones constitucionales que de manera positiva establecen *obligaciones* para el Estado de promocionar, de realizar, los derechos relacionados con la vida, p. ej., lo relacionado a la salud, a la vivienda, al medio ambiente, a la protección de la niñez a la alimentación y cuidado de mujeres en estado de embarazo, parto, entre otros, es decir, la Constitución no reconoce a éste como un derecho en sentido positivo, pero establece que dada la condición de vida, si hay una *obligación* del Estado para efectos de promocionarla, de desarrollarla, en estos casos.

No es mi intención hacer ver cuáles son los errores en los que incurre el ministro Cossío, baste simplemente señalar la utilización que dicho funcionario judicial hace de la falacia naturalista para justificar su posición y de paso la evidente contradicción en la que incurre, al reconocer que existen ciertas previsiones constitucionales a favor de la vida (hecho), estableciendo a la vez obligaciones (deberes) para el Estado. A las claras parece evidente la contradicción en la que se incurre al denunciar algo en lo que después de incurre, en una suerte de esquizofrenia judicial.

Es realmente extraño que un ministro —desde su sitial como juez— ofrezca argumentos académicos, más específicamente filosóficos, como los de la falacia naturalista para justificar su posición jurídica, especialmente en materia de derechos humanos. Sin embargo, si realmente se quisieran emplear argumentos filosóficos en las discusiones judiciales, es decir, hablar de academia en serio, quizá hubiera sido conveniente leer lo que uno de los más importantes filósofos contemporáneos ha dicho sobre el tema que venimos discutiendo, me refiero al matemático Hilary Putnam, profesor de la Universidad de Harvard, quien refiriéndose al tema objeto en cuestión dirá: “estas dos dicotomías, “juicios de hecho *versus* juicios de valor” y “verdad de hecho *versus* verdad analítica”, han pervertido nuestro pensamiento tanto en lo que concierne al razonamiento ético como a la descripción del mundo, impidiéndonos advertir que evaluación y descripción están entrelazadas y son interdependientes”.⁵ No reparando en calificarla más adelante

⁵ Putnam, Hilary, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Massachusetts, Harvard University Press, 2002. Traducción al castellano de F. Forn i Argimon, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 22.

como una dicotomía “caduca”, reconocida así por un amplio sector de la filosofía,⁶ aunque no por el derecho y menos por la judicatura mexicana, especialmente por el ministro Cossío.

El propio profesor Putnam, en una especie de premonición de lo que acarrearía la decisión de la Corte —como terminó resolviendo—, sentenciará: “En la actualidad, por consiguiente, la pregunta acerca de cuáles son las diferencias entre juicios de hecho y juicios de valor ya no es una pregunta tabú. Pueden muy bien estar en juego cuestiones de —literalmente— vida o muerte”.⁷

III. HANS KELSEN Y LA FALACIA NATURALISTA

Sin embargo, la referencia a la falacia naturalista no ha sido exclusivamente hecha en el ámbito judicial, sino que en general es reiteradamente hecha por un sector de la filosofía del derecho mexicana (en la que igualmente se ubica el ministro antes referido) que aún se encuentra enraizada en teorías duramente criticadas cuando no definitivamente abandonadas en otras latitudes. Me refiero específicamente a la *Teoría pura del derecho*, obra capital de la historia del pensamiento jurídico, pero perteneciente más bien al siglo XIX, aunque muchas adiciones y versiones hayan sido publicadas con títulos diversos en el siglo XX.⁸ En todo caso, la *Teoría pura* es la culminación de una corriente esencialmente decimonónica,⁹ como lo fue la *Teoría general del derecho*.¹⁰ A propósito de esto, demás está decir que hoy quien quiera seguir estudiando el derecho en clave positivista sabe muy bien que el estudio ha de dirigirse no ya hacia el pensamiento kelseniano, sino hacia Hart y sus discípulos (por ejemplo, Joseph Raz), o sus críticos (entre los que cabe mencionar a John Finnis y, sobre todo, Ronald Dworkin).¹¹

⁶ *Idem.*

⁷ *Ibidem*, p. 16.

⁸ En rigor, los antecedentes directos de muchas de las tesis más importantes que desarrolla Kelsen en su teoría pura, habría que ubicarlas en los *Problemas capitales* aparecidos en 1911.

⁹ Cfr. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, Franz Deuticke Verlag, 1934. En castellano aparece hasta 1941, bajo el título de *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941.

¹⁰ Cfr. Kelsen, Hans, *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Julius Springer, 1925. Hay una traducción al castellano hecha por L. Legaz y Lacambra, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934.

¹¹ Una excelente aproximación crítica a Kelsen en Errázuriz, Mackenna, Carlos, José, María, *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen*, Pamplona, EUNSA, 1986, *passim*.

De los diferentes postulados filosóficos que identifican a la *Teoría pura del derecho* me interesa detenerme en el objeto de reflexión de este escrito, esto es, la falacia naturalista. Axioma éste que Kelsen hace suyo apenas en las primeras páginas de la obra referida. Dicha proposición que, según el profesor vienés, “Se encuentra inmediatamente dada en nuestra conciencia”,¹² es la que suele ser utilizada como una de las críticas más importantes a la ética y filosofía del derecho de inspiración *iusnaturalista* en México y en buena parte del mundo.

Tal error lógico es, sin duda, uno de los más importantes argumentos defendidos por el profesor vienés y propuestos para el derecho, donde se ha de considerar, en primer lugar, que la distinción entre el mundo del *ser* y del *deber ser* es un punto de partida evidente por sí mismo:

Nadie puede negar —dice Kelsen— que la afirmación de que “algo es” —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real—, es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no se puede seguir, que algo sea.¹³

Buena parte de los seguidores del profesor Kelsen en México,¹⁴ y antes en muchos otros lugares, han asumido tal principio como incontrovertible,¹⁵

¹² Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: das problema der Gerechtigkeit, Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, Viena, Franz Deuticke Verlag, 1979. Traducción al castellano de R. Vernengo, *La teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979, p. 19.

¹³ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

¹⁴ En la cultura jurídica mexicana se puede citar al profesor Ulises Schmill como uno de los más fervientes seguidores de Hans Kelsen, al grado tal que la figura del autor vienés ha marcado la historia intelectual del jurista mexicano, y de esto pueden dar cuenta sus principales trabajos, tal y como lo confirma José Ramón Cossío, al señalar, junto con otros teóricos, que Kelsen es uno de los pilares en el trabajo del autor mexicano. Cfr. Cossío, José Ramón, “Nota del compilador”, en Schmill, Ulises, *Lógica y derecho*, México, Fontamara, 1993, p. 7. Cfr. Schmill, Ulises y Vernengo, Roberto, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho. Tres ensayos sobre Kelsen*, México, UNAM, 1984, *passim*. Cfr. Schmill Ordóñez, Ulises, *Jurisprudencia y teología en Hans Kelsen* (documento de trabajo), México, ITAM, 2000, *passim*. Cfr. Schmill, Ulises, *Teoría del derecho y del Estado*, México, Porrúa, 2003, *passim*.

¹⁵ Esta afirmación habrá que matizarla en el caso de algunos de los más renombrados pensadores mexicanos, los que sin duda han sostenido criterios diferentes a los defendidos por el autor vienés. Un ejemplo de ello es el profesor Eduardo García Máynez, quien escribía en las memorias del *X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*: “...la eficacia de una norma o de todo un conjunto de normas, tampoco permite afirmar que éstas sean intrínsecamente valiosas. Para atribuirle valor intrínseco, tengo que atender, no a la eficacia del orden, sino a las finalidades que la aplicación de las susodichas reglas permite realizar. En el caso de un orden jurídico puede perfectamente acontecer que la eficacia del

casí podríamos decir que lo hacen suyo como “dogma de fe”, de la “fe positivista” si de una visión científica del derecho se ha de hablar. De modo que, en su opinión, quienes no acepten este planteamiento, o no lo tomen en cuenta en sus razonamientos no son, en rigor, “científicos del derecho”.

Cualquier observador atento se podrá dar cuenta que en la base de esta concepción “cientificista” está la idea de que el derecho puede ser conocido “objetivamente”, con una precisión y certeza semejante a las matemáticas, *more geométrico*, como lo pensó Grocio. Desde estas coordenadas es comprensible que su primer objetivo a combatir sea toda aquella corriente filosófica que postule la posibilidad racional de conocer *realmente* la verdad, bondad y maldad de las acciones humanas, entre éstas, por supuesto y en primer lugar, el derecho natural.

Para Kelsen y sus seguidores, el iusnaturalismo a lo largo de su historia ha incurrido reiteradamente en el error lógico denunciado por Hume, o en lo que Moore llamó *naturalistic fallacy*, esto es, derivar el “debe” a partir del “es”. En el fondo de la cuestión, el derecho natural es acusado por Kelsen de pretender derivar la justicia a partir de un concepto dado de naturaleza, y esto, es lógicamente imposible. Dicho principio actuaría como un argumento axiomático a lo largo de toda su labor académica y se empeñaría una y otra vez en mostrar que ésta es una verdad evidente que debe ser tomada en cuenta.¹⁶

sistema, más que resultado de actos de cumplimiento, sea consecuencia de actos de imposición. Y entonces es probable que los particulares, en vez de sentirse ligados por el derecho, se consideren sometidos al poder. Por ello creemos que la seguridad jurídica no deriva simplemente de la imposición coactiva de los preceptos en vigor, porque la única seguridad genuina es la fincada en la justicia. Si la realización de un sistema legal justo es un valor positivo, la de un sistema legal injusto es un valor negativo”. García Máynez, Eduardo, “Vigencia, justicia y eficacia como elementos de la estructura ontológica del derecho”, *Memorias del X Congreso Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (I.V.R.)*, México, UNAM, 1981, vol. V, pp. 11 y ss. Otra excepción a la afirmación arriba señalada es la obra intelectual del profesor Antonio Gómez Robledo. Véase Gómez Robledo, Antonio, *Meditaciones sobre la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, *passim*. Del mismo autor “El derecho natural en nuestro tiempo”, *Memorias del X Congreso Ordinario de Filosofía del Derecho...*, *op. cit.*, pp. 163-171. Para una visión general, aunque más contemporánea de autores mexicanos que no suscriben las tesis kelsenianas, *cf.* Irigoyen Troconis, Martha Patricia, *Iusnaturalistas y iuspositivistas mexicanos (ss. XVI-XX)*, México, UNAM, 1998, *passim*.

¹⁶ Autores que han hecho una revisión de las tesis kelsenianas han resumido en tres puntos las principales objeciones contra el derecho natural hechas por el profesor vienés. Una de éstas es justamente la que nos interesa destacar aquí: “c) las que hacen mención de la problemática del concepto de naturaleza y la no derivabilidad de la justicia a partir de ella (*naturalistic fallacy*)”. Serna, Pedro, “Modernidad, posmodernidad y derecho natural: un iusnaturalismo posible”, *Persona y Derecho*, 20, Pamplona, 1989, p. 162.

¿Existe realmente una separación entre el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*? ¿Es válida la afirmación que sostiene que no se pueden establecer proposiciones *deónticas* a partir de proposiciones *ónticas*? ¿Es verdad que una cosa es el derecho “tal como *es*” y otra “tal como *debe ser*”, tal y como lo habían señalado pensadores que siguiendo la estela de Bentham llegan hasta Hart? Para responder a estas preguntas es necesario remitirse muy sucintamente a David Hume y su paralogismo lógico, para abordar después la formulación que Moore hace de la falacia naturalista.

IV. LA DENOMINADA LEY DE HUME

David Hume, filósofo, empirista-escéptico, nace en Edimburgo el 26 de abril de 1711 y muere el 25 de agosto de 1776. Después de iniciar sus estudios jurídicos, los cuales no le atrajeron nunca especialmente, viaja a Francia donde permanecerá tres años: es allí donde escribe su libro *A Treatise of Human Nature* (*Tratado sobre la naturaleza humana*)¹⁷ entre 1739 y 1740, obra que escribe apenas teniendo 18 años de edad y de la que el propio Hume dirá: “Jamás hubo un esfuerzo literario más desafortunado que mi *Tratado de la naturaleza humana*; nació muerto de la imprenta y ni siquiera alcanzó la distinción de provocar el más leve murmullo por parte de los críticos”.¹⁸

Una vez vuelto a Inglaterra reelaborará en forma más precisa y detallada partes del *Tratado*. En el proceso de tal reelaboración aparecieron trabajos como *An Enquiry Concerning Human Understanding* (*Investigación sobre el entendimiento humano*) en 1748, y *An Enquiry Concerning the Principles of Morals* (*Investigación sobre los principios de la moral*) de 1751.¹⁹ De estos trabajos, el libro que particularmente nos interesa por ser donde plantea de manera central la cuestión de la *is-ought* es justamente el *Tratado sobre la naturaleza humana*.²⁰

¹⁷ Los estudiosos de Hume han señalado que esta obra no fue escrita en forma unitaria y continuada. Señalan que de los tres libros que se compone (*Del entendimiento*, *De las pasiones* y *De la moral*), los dos primeros se publicaron juntos en enero de 1739, y sólo un año después apareció el último de ellos. Cfr. Hume, David, *De mi propia vida*, trad. y presentación de Nydia-Lara Zavala, México, UNAM, 2004, p. 9.

¹⁸ *Ibidem*, p. 28. Cfr., Mellizo, Carlos, “Prólogo”, *Las investigaciones sobre los principios de la moral de Hume*, Madrid, Alianza, 1993, p. 7.

¹⁹ Cfr. Fassó, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, 2a. y 3a. ed., Madrid, Pirámide, 1982, pp. 215 y 216. Cfr. Cahn, Steven M. y Markie, Peter (eds.), *Ethics. History, Theory, and Contemporary Issues*, Nueva York, Oxford University Press, 1998, pp. 244-246.

²⁰ La edición que emplearemos es la preparada por F. Duque. Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, 2a. reimp., Madrid, Tecnos, 1992.

En mi opinión, son tres los principios básicos que pueden encontrarse en el *Treatise of Human Nature* de Hume publicado en 1738, éstos son: i) una crítica a la concepción racionalista del mundo imperante hasta su época, y, por extensión en el caso del derecho, a la propuesta de un particular tipo de derecho natural, como es el de corte racionalista; ii) la propuesta de fundamentar los juicios morales y las acciones del hombre en los sentimientos, expresados a través del placer y el dolor de tales acciones, y iii) el error “inconcebible” de pasar del *ser* al *deber ser*.²¹

En rigor, los puntos ii) y iii) son meras consecuencias del principio i), es decir, del antirracionalismo que caracterizó toda la obra de Hume, y del que simplemente fue heredero, pues según MacIntyre dicha posición no fue sino legado de Hutcheson y antes en Shaftesbury.²²

Las anteriores coordenadas epistemológicas llevan a Hume a formular lo que para muchos es la más importante tesis antiiusnaturalista: el error lógico de deducir proposiciones de *deber* a partir de proposiciones de *ser*. En términos normativos, “ninguna conclusión preceptiva puede ser derivada lógicamente de una serie de premisas que no contengan al menos un precepto”.²³

El argumento se ha hecho especialmente célebre a lo largo de todo el siglo XIX y se encuentra —como las tesis anteriores— en el III libro del *Tratado de la naturaleza humana*. Ahí se puede leer lo siguiente:

²¹ Un estudio general de algunos de los argumentos centrales en el pensamiento de Hume en Stround, Barry, *Hume*, Londres, Routledge, 1977. Traducción al castellano de A. Zirión, *Hume*, México, UNAM, 1986.

²² “Aquello que resulta razonable que hagamos depende de la naturaleza de nuestra motivación. Por eso Hutcheson concluyó que la razón en cuanto tal no puede proporcionar ningún criterio independiente para la acción, y que no hay principio de moralidad de cuya verdad podamos asegurarnos simplemente al inspeccionarlo, sin examinar los hechos empíricos acerca de la naturaleza humana”. Y más adelante continúa: “Una parte deriva de Shaftesbury. Lo que Hutcheson aprendió de Shaftesbury era, en primer lugar, que las acciones son expresiones y productos de afectos o pasiones, y en segundo lugar, que no hay afecto o pasión natural mala por sí misma. Cuando juzgamos que una acción es virtuosa o viciosa, la juzgamos como expresión y producto de alguna pasión, cuando hacemos semejante juicio moral acerca de nuestros afectos, lo hacemos en la medida en que los juzgamos susceptibles de producir cierto tipo de acción en lugar de otro... En nuestros juicios de virtud o de vicio expresamos nuestras propias pasiones como favorables o desfavorables a aquellas pasiones expresadas en las acciones sobre las cuales juzgamos”. MacIntyre, Alasdair, *Justicia y racionalidad*, trad. de A. J. Sison, Barcelona, Eiusa, 1994, pp. 260 y 261. Esta tesis es igualmente compartida por recientes trabajos, *cf.* Elton, María, *La is-Ought Question. La crítica de T. Reid a la filosofía moral de D. Hume*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000, pp. 12 y ss.

²³ D’Agostino, Francesco, “Il diritto naturale e la fallacia naturalistica”, *Persona y Derecho*, 29, Pamplona, 1993, p. 182.

En todo sistema moral de que haya tenido noticia, hasta ahora, he podido siempre observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de cópulas habituales de las proposiciones *es* y *no es*, no veo ninguna proposición que no esté conectada con un *debe* o *no debe*. Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este “debe” o “no debe” expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber, cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes. Pero como los autores no usan por lo común de esta precaución, me atreveré a recomendarla a los lectores: estoy seguro que una pequeña reflexión sobre esto subvertiría todos los sistemas corrientes de moralidad, haciéndonos ver que la distinción entre vicio y virtud, ni está basada meramente en las relaciones de objetos, ni es percibida por la razón.²⁴

¿Cuál es el verdadero sentido de este breve pasaje? ¿Cuál es su real interpretación? ¿Qué es exactamente lo que Hume tenía en la cabeza cuando escribió este párrafo? Aunque muchos lo consideran obvio, hay que decir que no se conoce con certeza cuál es el significado real de este pasaje, pues han sido muy distintas y de muy variados signos las interpretaciones que se le han dado, algunas de las cuales son especialmente controvertidas, fuertemente discutidas y hasta contradictorias.

Dichas controversias apuntan a distintos problemas o dificultades, desde aquellas que señalan la posibilidad de que el autor escocés pensara sólo en una simple inferencia de acuerdo con las reglas formales de la lógica deductiva, hasta las que establecen que Hume tenía en mente un concepto

²⁴ Hume, David, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 633 y 634. La traducción que hace María Elton del texto del *Treatise of Human Nature*, Oxford, L. A. Selby-Bigge, M. A., reimpresso en 1960, pp. 469 y 470 es: “En todos los sistemas de moral que me he encontrado hasta ahora, he observado siempre que el autor procede por algún tiempo de acuerdo al modo ordinario de razonar, y demuestra la existencia de Dios, o hace observaciones en relación al hombre; cuando de repente me sorprende de encontrar que, en vez de las cópulas, *es*, y *no es*, me hallo con un *debe*. O *no debe*, no conectado con las proposiciones anteriores. El cambio es imperceptible; pero es, sin embargo, de gran importancia. Debido a que ese *debe*, o *no debe*, expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que ella se ponga de manifiesto y sea explicada; y al mismo tiempo que se dé una razón de lo que parece inconcebible, a saber cómo esa nueva relación puede ser deducida de otras enteramente diferentes de ella. Pero como los autores comúnmente no toman esa precaución, presumiré de advertirla a los lectores; y estoy persuadido de que esa pequeña atención puede subvertir todos los sistemas comunes de moralidad, y permitirnos ver que la distinción del vicio y de la virtud no está fundada solamente en relaciones de objetos, y que tampoco es percibida por la razón”.

más amplio de inferencia, tal como lo ha apuntado Höffe.²⁵ Algunas otras alcanzan incluso a cuestionarse “si el paso es ilegítimo sin más o de si sólo no puede ser realizado imperceptible o infundadamente”.²⁶

Otras definitivamente establecen claramente la contradicción de la cita en cuestión. Estableciendo, por una parte, la imposibilidad lógica enunciada, hasta una conexión lógica correcta entre el “es” y el “debe”. Así lo explica —entre otros— Bilbeny, al señalar que

la reflexión dedicada por Hume a distinguir entre los juicios con “es” y los juicios con “debe” ha tenido básicamente dos interpretaciones. Los primeros partidarios de la ética como análisis del lenguaje moral —desde el intuicionismo de Prichard hasta el prescriptivismo de Hare— mantienen que el filósofo ha querido declarar con aquella la imposibilidad de deducir lógicamente juicios prescriptivos a partir de proposiciones descriptivas. Posteriormente, y no lejos de este mismo ámbito analítico, otra interpretación sustenta que la susodicha reflexión no hace sino reclamar una conexión lógica correcta —hasta entonces preterida— entre los enunciados de hecho y los de valor o de alcance normativo.²⁷

Por otra parte, si la interpretación *standard* que se ha dado a este texto fuera correcta, esto es, si fuera verdad que de aserciones no morales dedujéramos aserciones morales, toda la moral de Hume sería contradictoria en sí misma, pues el propio Hume incurre en ella al señalar que “la razón *es* y sólo *debe ser* esclava de las pasiones”.

De este modo, los argumentos que impiden dar una respuesta única al problema planteado por Hume serían: i) la brevedad del pasaje referido, que en la obra general del pensador escosés ocupa una posición muy ínfima, casi podríamos decir, residual; ii) las variadas y controvertidas interpretaciones que se han hecho al texto del profesor escocés, las cuales van desde aquellas que confirman la interpretación *standard*, esto es, nunca un “debe” a partir del “es”, hasta las que lo contradicen; iii) la incógnita que deja sin resolver Hume, pues sólo enuncia lo que él que es un problema lógico; iv) el anacronismo del que fue acusado el principio de la inderivabilidad, pues la imposibilidad del “debe” a partir del “es” sólo fue discutido a finales del siglo XIX; finalmente, v) el argumento acerca de que lo realmente

²⁵ Höffe, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, 2a. ed., México, Fontamara, 1997, p. 114. Cfr. D’Agostino, Francesco, “Il diritto naturale e la fallacia naturalistica”, *Persona y Derecho*, cit., p. 185.

²⁶ *Ibidem*, p. 114.

²⁷ Bilbeny, Norbert, *Aproximaciones a la ética*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2000, p. 147.

preocupante para Hume no fue tanto un problema lógico, sino psicológico de la fuerza motivacional.

Todas estas cuestiones imposibilitan aceptar contundentemente un sentido unívoco del texto citado tal y como lo han hecho la mayor parte de los autores que sostienen una metaética no cognitivista. En rigor, se tendría que decir enfáticamente que Hume, en este punto, no fue lo suficientemente claro. Pasar de aquí a afirmar que el profesor escocés instauró una ley incontrovertible resulta muy arriesgado, por no decir imprudente.²⁸ Si esto es así, como creemos que es, entonces tal argumento tendría que ser considerado sólo en sus justas dimensiones, ni más ni menos.

Por lo que al derecho natural enraizado en el pensamiento de Aristóteles, la jurisprudencia romana clásica y Tomás de Aquino se refiere, se ha de decir que tal corriente de pensamiento está muy lejos de ser alcanzada por la “guillotina de Hume”, como lo ha señalado, entre otros, el profesor Massini, quien ha remarcado la tesis de que es inadmisibles intentar criticar una posición ética o jurídica cognitivista (iusnaturalista), empleando para ello la tesis de Hume.

V. EL CARÁCTER INDEFINIBLE DE BUENO Y LA FALACIA NATURALISTA EN G. E. MOORE

Uno de los pensadores que más influyó en la filosofía moral de Inglaterra en las primeras décadas del siglo XX fue sin duda George Edward Moore, filósofo que con sus importantes escritos contribuyó a mitigar la fuerte influencia de Hegel y Kant en la filosofía británica, y quien en *Principia Ethica* sentaría muchas de las bases del pensamiento ético posterior de corte analítico inglés. Sobre la base de la preocupación por estructurar una tesis metafísica relativa a la condición de los valores éticos,²⁹ Moore pondrá sus mejores esfuerzos por

²⁸ Véase, por ejemplo, cómo otros autores han remarcado el discutido principio humeano al calificar ese argumento como la “guillotina de Hume”. Y en algunos casos estos mismos han reconocido expresamente que cabe la posibilidad de que la atribución hecha a Hume del “abismo infranqueable” que separa al hecho del valor no se sostenga desde el punto de vista histórico, y que tal suposición haya sido hecha por los “neohumanos del movimiento del positivismo lógico que compartían con Hume una epistemología fenomenalista, la negación de la necesidad natural y una teoría emotivista de la moral”. Von Wright, Georg Henrik, “Ser y deber ser”, en Aarnio, A. E. *et al.* (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 89 y ss.

²⁹ La base metafísica del valor de Moore todavía estaba asentada, al final del siglo XIX, en una “concepción casi platónica de los valores como objetos abstractos, desligados de la

explicar la fundamental importancia que los valores tienen en el razonamiento práctico, particularmente en el terreno de la ética.

Thomas Baldwin, en el *Estudio introductorio* a la presentación de *Principia Ethica* que incluye el prefacio a la segunda edición, habrá de señalar cuáles son —en términos generales—, los argumentos centrales del libro: i) por una parte, la tesis de Moore de que casi todos los teóricos anteriores a él habían incurrido en una falacia, la “falacia naturalista”, la cual consistiría en lo inanalizable de “bueno”, del valor intrínseco, y ii) la propuesta de un “utilitarismo ideal”, no hedonista, el cual señala que siempre debemos actuar de tal modo que nuestro comportamiento tenga las mejores consecuencias posibles, no basadas únicamente en la simple maximización del placer.³⁰

La explicación de ambos argumentos lleva a Moore a buscar una respuesta a la pregunta sobre lo “bueno” y a separar analíticamente las distintas formas en que a tal pregunta cabe dar respuesta. Establecido esto, Moore acaba concluyendo la indefinibilidad de la palabra “bueno”. Sostiene que «bueno» es una definición *simple*, como lo es la palabra “amarillo”, la cual no puede ser explicada por los medios y formas que sean. En otras palabras: sólo pueden ser realmente definidos aquellos objetos o ideas *complejas* (por ejemplo, caballo), por tener la atribución de poder ser divididas en sus partes analíticamente. Los simples no. De este modo, “sólo la definición analítica, sería posible en el campo de las definiciones «reales», no «lexicales»”.³¹

Es justamente a partir de la imposibilidad de definir “bueno” que Moore formula la famosa tesis de la “falacia naturalista”, establecida en la última parte del párrafo 10 de los *Principia Ethica*:

Con todo, comúnmente se cometen errores de esta clase por lo que toca a “bueno”. Puede ser verdad que todas las cosas que son buenas son también algo más, tal como es verdad que todas las cosas amarillas producen una cier-

realidad empírica pero, no obstante, tan reales como cualquier objeto empírico. De acuerdo con esta nueva posición, pues, el error común de las teorías empirista e idealista de la ética consiste en que, al tratar de integrar los valores éticos en teorías más amplias que no son éticas (empiristas o metafísicas), no le hacen justicia a la distintiva realidad abstracta de los valores”. Baldwin, Thomas, “Estudio introductorio”, *Principia Ethica*, México, UNAM, 1997, p. 9.

³⁰ *Ibidem*, pp. 10 y 11. Con esta propuesta Moore es, en el fondo, un crítico mordaz de un particular tipo de utilitarismo, este es, el que trataba de identificar lo bueno como cualidad natural, con el placer como cualidad no natural. “Existe en este argumento del utilitarismo clásico una premisa de contenido psicológico-naturalista (“sólo el placer es bueno”). “Bueno” no estaba en ninguna premisa anterior a esta categórica estimación”. Bilbeny, Norbert, *Aproximaciones a la ética...*, *op. cit.*, p. 157.

³¹ Massini, Carlos I., “La falacia de la «falacia naturalista»”, *Persona y Derecho*, *cit.*, p. 52.

ta clase de vibración lumínica. Y es un hecho que la ética pretende descubrir cuáles son aquellas otras propiedades que pertenecen a todas las cosas buenas. Pero un enorme número de filósofos han pensado que, cuando nombran esas otras propiedades, están definiendo “bueno” realmente, y que no son, de hecho, “otras” sino absoluta y enteramente iguales a la bondad. A esta posición propongo que se le llame “falacia naturalista”, y me esforzaré ahora en ponerle fin.³²

De este modo, la falacia naturalista consistiría en pretender definir lo que no se puede definir, es decir, definir lo indefinible. “...en querer identificar la cualidad de «bueno» con alguna otra cualidad que puede darse de hecho en algo bueno, pero que no es «lo bueno en sí»”.³³ “Esto es falaz, y es a la vez naturalista porque «bueno» pretende ser definido por medio de categorías naturales, algo que no es natural”.³⁴

Así, quien pretenda definir lo “bueno”, en primer lugar tendrá que dar cuenta de la falacia naturalista, advirtiendo el fracaso de dicha empresa por haber establecido previamente que bueno como predicado ético no puede ser equivalente a ninguna propiedad natural: de conductas o caracteres de las personas. Esto es, utilizaríamos un argumento aparente para sostener que términos no éticos o *naturales* son verdaderamente predicados “morales”.³⁵

Para algunos autores, en realidad, siendo Moore antinaturalista y antimetafísico, se debería hablar de una falacia naturalista y una falacia metafísica, aunque ambas tengan en común el hecho de que un concepto como “bueno en sí”, sea definido a partir de términos descriptivos, con lo cual se hablaría de una falacia descriptivista, donde la naturalista sería una *subespecie*.³⁶

En resumen, el argumento de la falacia naturalista expuesto por Moore en *Principia Ethica* consistirá entonces en reducir lo bueno a algo natural no valorativo, o dicho de otra forma, en deducir o inferir que algo es bueno porque posee una cualidad natural no valorativa. Para Moore entonces lo bueno no es analizable y no posee un predicado natural o metafísico.

³² Baldwin, Thomas, *op. cit.*, p. 87.

³³ Cfr., Andorno, Roberto, “El paso del «ser» al «deber ser» en el pensamiento iusfilosófico de John Finnis”, *Persona y Derecho*, 34, Pamplona, 1996, p. 17.

³⁴ *Idem*.

³⁵ Billbeny, Norbert, *Aproximaciones a la ética...*, *op. cit.*, p. 154.

³⁶ Cfr. Höffe, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho...*, *op. cit.*, p. 119.

VI. LAS RESPUESTAS DE CARLOS IGNACIO MASSINI A HUME Y A MOORE

El profesor argentino Carlos Ignacio Massini Correa se ha opuesto enfáticamente a la validez tanto del supuesto error lógico denunciado por Hume, como de la llamada “falacia naturalista” ideada por Moore.³⁷

1. *La respuesta a David Hume*

En primer lugar, Massini impugna el argumento del filósofo escocés refutando el argumento que O'Connor formula en su libro *Aquinas and Natural Law*. En un segundo momento, ataca a la falacia denunciada por Moore desde diversos flancos: i) analiza la concepción semántica que dicha falacia supone; ii) pasa después a referirse a la teoría de la definición adoptada por Moore; iii) expone luego la univocidad con que utiliza el término —y la noción— “bueno” o “bien”, e inmediatamente después desarrolla la particular explicación de la “sobreviniencia” detallada por Hare, y, finalmente, iv) explica la negativa de Moore a la posibilidad de un conocimiento racional del bien ético cuando interviene la noción clásica de “naturaleza”. Con esto, el profesor argentino demuestra cómo la ética realista, y en el caso del derecho, el derecho natural de corte aristotélico-tomista, quedan a salvo de la tan difundida falacia naturalista y del paralogismo lógico de Hume. En este orden reseñaremos brevemente el primer argumento relativo al pensador escocés y profundizaremos un poco más en Moore.

D.J. O'Connor acusa a Tomás de Aquino de haber fundado su doctrina moral violando la ley de Hume, lo que a todas luces invalidaría toda su ética. Massini hace ver que el autor de *Aquinas and Natural Law* incurre en una serie de errores motivados en buena medida por su desconocimiento palmario del pensamiento del Aquinate.³⁸ En primer lugar, su convicción acerca de que el conocimiento de las esencias es, para Tomás de Aquino, meramente intuitivo y no, como es lo correcto, producto de una abstracción.

En un segundo momento, la errónea identificación, atribuida al Aquinate, entre certeza y evidencia, que le lleva a concebir esta última como un

³⁷ Cfr. Massini, Carlos I., *La falacia de la falacia naturalista*, op. cit. Del mismo autor, “La falacia de la «falacia naturalista»”, *Persona y Derecho*, 29, 1993, pp. 47-95.

³⁸ El libro del filósofo analítico es O'Connor, D. J., *Aquinas and Natural Law*, Londres, Macmillan, 1967.

estado del espíritu puramente subjetivo, y no, como realmente lo entendió Santo Tomás, como un estado objetivo de cosas que pueden ser percibidas en forma inmediata por el intelecto.

Una tercera imprecisión es la consideración de los primeros principios como tautológicos, atribuyendo al Aquinate una doctrina duramente cuestionada y de filiación ockamista como es la doctrina de los dos nombres.³⁹

A propósito de lo anterior, Massini explica con toda claridad que Tomás de Aquino fue consciente de la imposibilidad lógica de que en la conclusión de una inferencia aparezca un elemento prescriptivo o deóntico que no esté contenido antes en las premisas. Sucede simplemente que Santo Tomás a veces argumentaba entimemáticamente, es decir, dando por supuesta una premisa. Por eso, el primer principio práctico está supuesto en todo el razonamiento ético del Aquinate, sirviéndole además “de fundamento lógico al carácter prescriptivo o deóntico de los razonamientos que incluyen proposiciones sobre la naturaleza humana”.⁴⁰ Y por tanto, contra lo que piensa O'Connor, las proposiciones normativas de la ética naturalista no se infieren de proposiciones meramente descriptivas, sino que incluyen una premisa de carácter normativo que justifica racionalmente la conclusión.⁴¹

La objeción de Massini a Hume se puede resumir con las siguientes palabras del profesor argentino:

La ética de Tomás de Aquino, en consecuencia, no puede ser impugnada en nombre de la “ley de Hume”; de proposiciones deónticas y descriptivas infiere preceptos más determinados y el carácter normativo de estas conclusiones se funda en la regla lógica según la cual la conclusión debe seguir a la parte más “débil”: en este caso, las proposiciones normativas.⁴²

2. *La respuesta a Moore*

A. *La cuestión semántica en la formulación de la falacia naturalista*

Recuerda Massini que para Moore “el significado de una palabra ha de ser un objeto determinado y sólo uno, de modo tal que se pueda sustituir exactamente la palabra signifiante por la cosa significada”,⁴³ y que una definición

³⁹ Massini, Carlos I., “La falacia de la «falacia naturalista»”, *op. cit.*, p. 104.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 105.

⁴¹ *Idem*.

⁴² *Idem*.

⁴³ Massini, Carlos I., “La falacia de la «falacia naturalista»”, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

que no reproduzca solamente el uso lingüístico (este no es relevante para la ética), sólo es posible para un objeto complejo, pues de éste sí podemos designar sus partes, analizar los elementos que lo integran, etcétera (por ejemplo, “caballo”), no así para las cosas o nociones simples como lo es la palabra “bueno” o “amarillo”, las que, como hemos visto, son indefinibles. “...Cada palabra designa un objeto. Si quisiéramos reproducir el significado de una palabra que designa un objeto simple, confundiríamos dos objetos entre sí”.⁴⁴ En este tenor, evidentemente “bueno”, no puede ser definido sino sólo como “bueno”, es decir, “bueno es bueno”, y eso es todo lo que se puede decir.

Massini cree que esta particular semántica mooreana no es sino la versión moderna de la doctrina nominalista “de los dos nombres”, según la cual los dos elementos principales de la predicación son idénticos realmente. Según esta teoría, una predicación verdadera se realiza uniendo diversos nombres de la misma cosa; cuando ello no fuera posible, resultaría imposible la predicación.

Sin embargo, la idea anterior ni es unánimemente aceptada, ni tiene un fundamento sólido. Para mostrar esto recurre Massini a la semiótica realista, y más específicamente a un argumento de Mauricio Beuchot que establece que

la relación entre sujeto y predicado, aunque significa cierta identidad (material), implica también cierta diversidad (formal). Cuando decimos que el hombre es blanco, significamos que se da una identidad material o de concreción entre el sustrato hombre y la forma cualitativa del blanco que lo caracteriza. Pero no estaríamos dispuestos a significar también que el hombre es idéntico a la blancura. Esta diversidad de significado de sujeto y predicado se manifiesta en la diversidad de función que cumplen dentro de la proposición...: el sujeto o argumento representa a la materia individualizada o individuo material y el predicado o functor representa a la forma determinante o propiedad concretizada en el individuo.⁴⁵

Desde esta postura es posible entonces formular proposiciones tales como “«bueno es lo perfectivo de otro a modo de fin», ya que «bueno» significa el objeto determinable o material, y perfectivo... la forma determinante que lo hace ser tal”⁴⁶. Igual que si decimos «bueno es lo apetecible». El sujeto sería lo bueno (el ente), y lo apetecible lo que determinaría al sujeto.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 71.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 72.

⁴⁶ *Idem*.

Termina Massini señalando que el prejuicio impidió que Moore pudiera comprender que existe la posibilidad de formular expresiones con sentido que incluyan el vocablo bueno, “y ha debido postular la existencia de un misterioso «objeto no natural», cognoscible sólo por intuición, al que correspondería la palabra «bueno»”.⁴⁷

B. *La teoría de la definición de Moore*

Según Massini, Moore reconoce astutamente que buscar la verdadera naturaleza de “bueno” a través de una definición sólo descriptiva o analítica, esto es, excluyendo la estipulativa y la lexical, conduce indefectiblemente a los resultados obtenidos por el profesor de Cambridge, es decir, a la imposibilidad de poder definir “bueno”. Y es que según el profesor argentino, la crónica del fracaso anunciado por Moore es bastante lógica, pues obviamente no parece posible el análisis de una noción tan general como “bueno”. En todo caso, lo único que podría intentarse sería una definición “real—no meramente semántica o sintáctica— y esencial, es decir, ordenada a conocer el modo de ser de la realidad definida”.⁴⁸

Sin embargo, el propio Massini reconocerá más adelante que incluso proponer una definición esencial de “bueno” no es dable, pues es una propiedad que trasciende todas las categorías, y no se encuentra para esta noción un género próximo y una diferencia específica.⁴⁹ A lo sumo, se podrá lograr una cuasi-definición, que sirva para la mostración u ostentación de esa especial propiedad de “bueno”. Por tanto, incluso una definición que se pretendiera esencial en el más estricto sentido, tendría serias dificultades.

C. *La polisemia de “bueno”*

Otro aspecto que destaca Massini en la propuesta mooreana es la que tiene que ver con la estrechez y profunda univocidad con la que se mueve Moore a la hora de intentar definir “bueno”. Al respecto, Massini recuerda los interrogantes éticos expuestos por Moore al inicio del capítulo II de su obra: i) ¿qué se da a entender con “bueno” en general?; ii) ¿a qué cosa se aplica «bueno» como predicado?, y iii) ¿qué medios existen para lograr cosas “buenas” en sí?

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 74.

A juicio de Massini, estos interrogantes pueden ser reducidos a dos: i) “bueno en general”, por ejemplo, bueno consiste en X, Y o Z, y ii) “bueno en particular”, cuando nos referimos a una conducta buena, por ejemplo, “saber es bueno”. “En ambos casos «bueno» se predica por la participación lógica de las realidades mentadas en la noción general de bueno”.⁵⁰

Massini pretende establecer con esto que muchas de las dificultades con las que Moore se enfrentó se debieron en gran medida al carácter *unívoco* que atribuyó a la noción de “bien” o “bueno”, desconociendo su carácter *analógico*, lo que finalmente lo llevó a considerar dicha noción indefinible y cognoscible sólo por una intuición subjetiva.

Volviendo nuevamente a la tradición aristotélico-tomista, Massini recuerda que para dicha tradición, “bien” o “bueno” es una noción analógica, que se predica de forma diversa de diferentes realidades que pueden calificarse como buenas. Así, es posible entonces que podamos llamar a una persona buena, o a una acción también buena, o que en el caso de Dios digamos que es bueno. Los sentidos de todos estos predicados, si bien no son idénticos, guardan entre sí ciertas semejanzas.⁵¹ Massini refuerza su argumento con los de Kalinowski, quien reconoce igualmente que la noción de “bien” es analógica.⁵²

Finalmente, el profesor argentino concluye en este punto que el desconocimiento del carácter analógico de “bueno” o “bien” conduce indefectiblemente a Moore a sostener su carácter de propiedad simple o no definible, lo que no le permite ver que realidades tan diferentes como una conducta, un tipo de conductas, un medio para un fin o algo valioso en sí mismo puedan ser comprendidos en un sentido analógico. Así, estas realidades participarían de una misma *ratio nominis* aunque no signifiquen exactamente lo mismo.⁵³

Cuando —siguiendo a Hare— se habla de “sobreviniencia” o “super-*vinencia*” de “bueno” se alude a que «bueno» no puede ser reducido a las propiedades por las que calificamos a un objeto o a una acción como buena, negando *a priori* la capacidad racional del hombre para conocer el bien y sólo dejando tal conocimiento en las emociones, en la intuición de lo que es bueno, o en el uso prescriptivo de las proposiciones.

Para Massini, como para toda la tradición iusnaturalista clásica, la bondad de una acción, de una norma, de un hábito o de una cosa u artefacto no se ciñe a las cualidades accidentales de ellos, sino que los trasciende. Desde

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Ibidem*, p. 76.

⁵² Kalinowski, *cit.* por Massini, en *ibidem*.

⁵³ *Ibidem*, p. 77.

argumentos tomistas, Massini explica que hay dos modos de considerar el ente: el de las categorías y el de los trascendentales. El primero refleja los modos específicos en que las cosas son, modos que son distintos y separados de los demás, y mientras que los trascendentales son los modos generalísimos en que las cosas son. Ambos evidencian aspectos comunes a todo ente, que la noción pura de ente no explicita; “no designan nada además del ente, sino que expresan nociones de su misma extensión, aunque de diversa comprensión. Así, al afirmar que todo ente es uno, no queremos significar que sea algo más que ente, sino que llamamos la atención sobre un aspecto del ente: su unidad”.⁵⁴

Por otra parte, la bondad del ente no se reduce a sus notas “categoriales”: tamaño, peso, color, etcétera, sino que las trasciende, es “sobreviniente” a ellas. Dice el profesor Massini, que

este carácter “sobreviniente” o “trascendente” del bien respecto de sus notas categoriales, esta referencia suya a una tendencia o deseo que es lo que justifica el calificativo de «bueno», no excluye sino antes bien incluye, la posibilidad de su conocimiento intelectual y, en especial, a través del uso discursivo de la razón.⁵⁵

Así, para la concepción clásica la noción de bien significa la ordenabilidad del ente hacia el apetito. Es una relación entre el acto de ser y el deseo o tendencia.

Finalmente, la trascendencia del bien a sus puras notas categoriales puede ser objeto del conocimiento humano *real*, i) por vía de la evidencia, o ii) por vía de inferencia, no habiendo aquí falacia alguna.

De lo anterior, en primer lugar, es claro que ni el error lógico anunciado por Hume, ni la falacia naturalista de Moore alcanzan a la ética tomista (esta misma afirmación puede hacerse extensiva al derecho natural clásico –JSS).

En segundo lugar, los argumentos de Hume y Moore son, en definitiva, consecuencia de un rechazo de la ética o derecho objetivos. Pero la razón moral sólo lo es en la medida en que se trasciende a sí misma. Dicho de otra manera, sólo puede haber moral allí donde se reconoce una instancia de apelación que no es el sujeto mismo.

En definitiva, Massini está convencido que tanto la ética de Tomás de Aquino como la exposición que hace del derecho natural no pueden ser alcanzadas ni por Hume ni por Moore, porque el argumento tomista se

⁵⁴ *Ibidem*, p. 79.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 80.

centra en el razonamiento y en el silogismo práctico, en los cuales no es necesario recurrir a ninguna instancia metafísica ni teológica para fundamentar la ética y el derecho. En este silogismo se sigue una regla que es clara y básica: una de las dos premisas que se presentan en su estructura contiene un elemento deóntico, luego, la conclusión contendrá necesariamente un elemento deóntico, prescriptivo o valorativo, en virtud de la regla según la cual la conclusión seguirá siempre la parte más débil.

VII. CONCLUSIÓN

Llegados a este punto, parece coherente proponer como conclusión general de lo expuesto hasta aquí la de que tanto la ética aristotélica-tomista como el derecho natural de igual ascendencia no incurren en el error lógico denunciado por Hume, ni tampoco en la falacia naturalista expuesta por Moore. Antes bien, ofrecen argumentos racionales para oponerse a dichas acusaciones, y —quizá lo más importante— proponen explicaciones significativamente relevantes para aceptar —de una vez por todas— que se puede conocer objetivamente el “bien” o lo “bueno” para el hombre, como es el hecho del respeto incondicionado por la vida humana y el derecho que lo protege del no nacido, ofreciendo de paso una especie de desenmascaramiento de todos aquellos que siguen utilizando la falacia naturalista para defender sus ideologías desde supuestos argumentos racionales presentados —claro está— como jurídicos.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ANDORNO, Roberto, “El paso del «ser» al «deber ser» en el pensamiento iusfilosófico de John Finnis”, *Persona y Derecho*, 34, Pamplona, 1996.
- BALDWIN, Thomas, “Estudio introductorio”, *Principia Ethica*, México, UNAM, 1997.
- BILBENY, Norbert, *Aproximaciones a la ética*, 2a. ed., Barcelona, 2000.
- CAHN, Steven M. y MARKIE, Peter (eds.), *Ethics. History, Theory, and Contemporary Issues*, Nueva York, Oxford University Press, 1998.
- COSSÍO, José Ramón, “Nota del compilador”, en SCHMILL, Ulises, *Lógica y derecho*, México, Fontamara, 1993.
- D’AGOSTINO, Francesco, “Il diritto naturale e la fallacia naturalistica”, *Persona y Derecho*, 29, Pamplona, 1993.

- ELTON, María, *La is-Ought Question. La crítica de T. Reid a la filosofía moral de D. Hume*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000.
- ERRÁZURIZ MACKENNA, Carlos José, *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen*, Pamplona, Eunsa, 1986.
- FASSÓ, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, 2a. y 3a. ed., Madrid, Pirámide, 1982.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “Vigencia, justicia y eficacia como elementos de la estructura ontológica del derecho”, *Memorias del X Congreso Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (I.V.R.)*, México, UNAM, vol. V, 1981.
- GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, *Meditaciones sobre la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- HÖFFE, Otfried, *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, 2a. ed., México, Fontamara, 1997.
- HUME, David, *De mi propia vida*, trad. y presentación de Nydia Lara Zavala, México, UNAM, 2004.
- , *Tratado de la naturaleza humana*, 2a. reimp., Madrid, Tecnos, 1992.
- IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia, *Iusnaturalistas y iuspositivistas mexicanos (ss. XVI-XX)*, México, UNAM, 1998.
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Viena, Franz Deuticke Verlag, 1934. En castellano aparece hasta 1941, bajo el título de *Teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941.
- , *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Julius Springer, 1925. Hay una traducción al castellano hecha por L. Legaz y Lacambra, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934.
- , *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: das problema der Gerechtigkeit, Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage*, Viena, Franz Deuticke Verlag, 1979. Traducción al castellano de R. Vernengo, *La teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1979.
- MACINTYRE, Alasdair, *Justicia y racionalidad*, trad. de A. J., Sison, Barcelona, Eiusa, 1994.
- MASSINI CORREAS, Carlos I., *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Edium, 1995.
- , “La falacia de la «falacia naturalista»”, *Persona y Derecho*, 29, 1993.
- MELLIZO, Carlos, “Prólogo”, *Las investigaciones sobre los principios de la moral de Hume*, Madrid, Alianza, 1993.

- O'CONNOR, D. J., *Aquinas and Natural Law*, Londres, Macmillan, 1967.
- PUTNAM, Hilary, *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and Other Essays*, Massachusetts, Harvard University Press, 2002. Traducción al castellano de F. Forn i Argimon, *El desplome de la dicotomía hecho-valor y otros ensayos*, Barcelona, Paidós, 2004.
- PUTNAM, Hilary y HABERMAS, Jürgen, *Normas y valores*, trad. J. Vega y F. Gil, Trotta, Madrid, 2008.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises, *Jurisprudencia y teología en Hans Kelsen* (documento de trabajo), México, ITAM, 2000.
- , *Teoría del derecho y del Estado*, México, Porrúa, 2003.
- y VERNENGO, Roberto, *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho. Tres ensayos sobre Kelsen*, México, UNAM, 1984.
- SERNA, Pedro, “Modernidad, posmodernidad y derecho natural: un iusnaturalismo posible”, *Persona y Derecho*, 20, Pamplona, 1989.
- STROUND, Barry, *Hume*, Londres, Routledge, 1977. Traducción al castellano, de A. Zirióñ, *Hume*, México, UNAM, 1986.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, “Ser y deber ser”, en AARNIO, A. *et al* (comps.), *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997.

INTRODUCCIÓN A LA RAZÓN PRUDENCIAL. LA VIRTUD NECESARIA PARA CONOCER LA VERDAD PRÁCTICA EN EL DERECHO

Alejandro CASTAÑO BEDOYA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La prudencia como virtud en la interpretación jurídica*. III. *Conclusiones*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La exposición y el desarrollo temático del tema de la prudencia jurídica como uno de los núcleos principales en la filosofía del derecho del tratadista Carlos Ignacio Massini Correas implican no sólo una precisión desde el punto de vista semántico del concepto aludido, sino entenderla como un presupuesto de la justicia como núcleo del iusnaturalismo. En ese orden de ideas, la prudencia se retoma desde la tradición central de Occidente como una virtud que, como el término lo supone, implica el respeto por la naturaleza perfectible de la persona, además es entendida como prudencia jurídica, como condición para el correcto conocimiento de lo justo y la estructura de la decisión en el campo del derecho.

El tema de la prudencia jurídica es un elemento indispensable para entender, de manera más amplia, la denominada rehabilitación de la filosofía práctica, esto es, de aquella filosofía que pretende direccionar la conducta humana, advirtiendo que esa primera dimensión semántica tan propia de la filosofía analítica-hermenéutica es superada revitalizando el elemento referencial del lenguaje al interior del iusnaturalismo, con lo cual la prudencia jurídica se pone de presente —una vez más— como definitiva al momen-

* Magister U del país Vasco-España; miembro ICEB (Instituto Colombiano de Estudios de Bioética-Academia Nacional de Medicina); miembro del comité científico Universidad Santo Tomás; director línea en filosofía del Derecho Universidad Sergio Arboleda, co-investigador grupo Lumen categoría A-Colciencias; docente del Doctorado U Sergio Arboleda.

to de pensar el universo del derecho, en temas tan esenciales a la persona como el de los bienes humanos básicos en general y el derecho y la ética de la vida en particular, de tal manera que se vislumbra un diálogo fructífero entre las propuestas de John Finnis y Carlos Massini.

II. LA PRUDENCIA COMO VIRTUD EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Para poder contextualizar los elementos de la gnoseología propuesta por el profesor Massini, el concepto de prudencia se erige como un núcleo fundamental para comprender el proceso del conocimiento de los principios del derecho, evidenciándose en varios momentos de particular importancia de la filosofía del derecho, como los son la elaboración de la ley, la interpretación de la misma y el dictar la sentencia.

Según Massini,

Es tal la degradación sufrida en nuestros días por el término “Prudencia” en el lenguaje vulgar, que algunos autores han propuesto su sustitución por algunos vocablos más respetados; en realidad, para el hombre de la calle prudente es el que sabe cuidarse de no pasar por el apurado trance de tener que ser valiente... y prudencia es el recurso de los que quisieran llegar tarde a los momentos de peligro, en otras palabras, prudente no sería sino un sinónimo de temeroso, pacato o pusilánime, acepciones que hacen casi imposible se considere a la prudencia como una virtud; antes bien, parecería constituir un defecto moral, muy próximo a la cobardía o a la simple astucia. Lo que es más, esta concepción distorsionada de la prudencia no solo ha tenido lugar en el ámbito del conocimiento vulgar, sino que algunos filósofos de nota han intentado exponerla con visos de verdad; así, O. F. Bolnow ha escrito que es prudente en general quien al obrar piensa en las consecuencias posibles, quien previene las dificultades que puedan salirle más tarde al paso... El prudente solo ve su propia ventaja, no se pone innecesariamente en peligro; de este modo se circunscribe el concepto al de una simple habilidad técnica para conducirse en la vida, lindante con los de astucia y cobardía.¹

Una vez reconocida esta labilidad del lenguaje en el devenir de la multiplicación de los significantes, el autor argentino propone la identificación de ciertos referentes claramente filosóficos, lo que, vale la pena advertirlo,

¹ Massini Correas, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006, p. 32.

no será óbice para que desde otra teoría, esto es, desde la perspectiva de la teoría dinámica del derecho, se pudiera indagar por las probables relaciones entre significativo del concepto de prudencia y las estructuras de personalidad.

Continúa el filósofo:

Muy distinto era el concepto de prudencia en el pensamiento Griego; pareciera ser que el primero de los pensadores Helenos que desarrolló el tema de la prudencia o *phronesis*, en el siglo V a.c., fue Demócrito, reconociéndole una triple función: deliberar bien, hablar bien y obrar como es debido; de acuerdo esta vez con Demócrito, para quien la *phronesis* era un conocer de tipo práctico, para Sócrates la prudencia es la inteligencia del bien y el dominio de la inteligencia sobre el alma, ya que virtud y conocimiento se identifican en la ética intelectualista de Sócrates. Podemos decir que para él *Phronesis* no es sino la ciencia (*epistémé*) de lo que es bueno o malo para el hombre, ciencia que es también virtud, ya que es necesario saber qué es el bien para ponerlo en obra. Platón, a pesar de la discordancia entre sus textos y de las disputas de sus comentaristas sobre el tema, también conoció la noción de *Phronesis* como sabiduría práctica, ordenada a la dirección de la vida moral y política; así, en la República afirma que prudencia es aquella cualidad por la que se acierta en las determinaciones que se toman en la ciudad, y en la carta VI distingue entre la sabiduría que es conocimiento de las ideas y la que es conocimiento práctico, puramente humano e impuesto por las necesidades de la vida.²

En todo este panorama conceptual no puede olvidarse la gran influencia y el aporte teórico que en la contemporaneidad algunos autores realistas encuentran en Aristóteles; por ello, no puede dejarse de lado el registro de que en varios lugares el estagirita ha expuesto su concepto de prudencia; pero donde éste aparece más correctamente precisado es un pasaje de la *Retórica*: “Prudencia, escribe allí, es la virtud de la inteligencia mediante la cual se puede resolver acerca de los bienes y males que encaminan hacia la felicidad”.³ La fórmula de la *Ética nicomaquea* es similar, aunque no tan precisa: “una disposición verdadera y práctica respecto de lo que es bueno y malo para el hombre”.⁴ El análisis de estas definiciones descubre que el género próximo en el que se inserta la prudencia es el de las virtudes intelectuales: virtud de la inteligencia, dice Aristóteles en la *Retórica*; disposición verdadera y práctica, escribe en la *Ética nicomaquea*, con una fórmula de contenido similar.

² *Idem.*

³ Aristóteles, *Retórica*, Madrid, Gredos I, 9, 1366 b 21-23.

⁴ *Ibidem*, VI, 5, 1140 b4.

La prudencia sería, entonces, una potenciación habitual de la inteligencia tal como lo son las restantes virtudes intelectuales, pero se diferenciarán entre ellas por su objeto, que juega en la definición el papel de diferencia específica: el conocimiento de lo que es bueno moralmente para el hombre y debe por lo tanto ser buscado, y de lo que es malo, también moralmente para él, y debe por ello evitarse.⁵

Las caminos de la razón para el conocimiento del derecho se hacen más complejos, advierte el autor, cuando expresa que al incorporar la *phrónesis* a la gnoseología iusnaturalista, se adviene una escisión fundamental, consistente en que el derecho natural no “puede adquirir la forma deductiva y la necesidad de una ciencia; es objeto de la prudencia, esa investigación flexible que se ejercita en las cosas contingentes”.⁶ Y ello lo lleva a corregir uno de los más grandes equívocos respecto de la idea del derecho natural:

“De lo expuesto surge con toda claridad que es imposible pretender un conocimiento acabado e indubitable de los preceptos del derecho natural; que el derecho natural no es un ordenamiento, perfecto racionalmente, de normas expresamente formuladas y que superpone al ordenamiento jurídico-positivo”.⁷ De ahí que contundentemente exprese con M. Villey que “Si entendemos el término ley en el sentido de regla expresamente formulada, no existen leyes naturales”.⁸ “En el derecho natural no podemos encontrar nada más que direcciones generales, tendencias, orientaciones, pero nunca reglas estrictas definidas”.⁹

Por un camino divergente, Massini se plantea que la configuración del objeto de la ciencia del derecho amerita de la reactualización de la *Phrónesis* o prudencia en el campo jurídico:

En el capítulo octavo del libro VI de la *Ética nicomaquea*, Aristóteles efectúa una clasificación que permite ubicar adecuadamente, en el ámbito de la prudencia, aquella de sus partes que se refiere especialmente al derecho. El filósofo escribe allí que “la prudencia parece referirse sobre todo a uno

⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁶ Massini Correas, *Sobre el realismo jurídico. El concepto de derecho, su fundamento y su concreción judicial*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 1995, p. 45.

⁷ *Ibidem*, p. 46.

⁸ El derecho con fundamento en una naturaleza, entendido en sentido mecanicista, como sistema de relaciones de causalidad eficiente, sin sentido ni finalidad intrínseca o en una razón pura, desvinculada de lo real, tal como lo sostenía Kant en sus principios metafísicos de la doctrina del derecho... dieron como fruto un derecho inhumano, levantado sobre una naturaleza mutilada o una razón desencarnada que había cortado los puentes con la realidad de las cosas.

⁹ Massini Correas, *Sobre el realismo jurídico. El concepto de derecho, su fundamento y su concreción judicial*, *cit.*, p. 46.

mismo y al individuo y ésta es la forma que lleva el nombre común, prudencia; las demás se llaman economía, legislación o política, ya deliberativa, ya judicial”.

Esta enunciación aristotélica de las partes de la prudencia podría esquematizarse en el siguiente cuadro:

Prudencia	{	Económica	(referente a la administración de la familia)
		Política	Deliberativa (del magistrado)
		Judicial	(del juez)

Massini advierte que

por su parte Santo Tomás, quien en su comentario a la *Ética nicomaquea* había reiterado la citada clasificación Aristotélica, en la Suma Teológica propone otra de las que llama “partes subjetivas” de la prudencia, que contiene leves diferencias respecto de aquellas y puede considerarse la definitiva en su pensamiento; haciendo notar que en ella no se consigna expresamente la que el estagirita llamaba “prudencia judicial.

{	Personal
	Familiar o económico
	Militar
	Legislativo
	Gobernantes
	Social (del gobernante)
	Política
Civil (del súbdito)	

Si quisiéramos situar en los esquemas precedentes la prudencia en cuanto referida al conocimiento del derecho sería preciso, teniendo en cuenta a Soaje Ramos, entre otros, hacerlo en el plano de la prudencia política, ya que el derecho se caracteriza por su radical politicidad; pero es necesario advertir que no todo lo que se ordena al bien común del Estado puede calificarse como derecho. En efecto, existe toda una gama de acciones que realizan los gobernantes y que resultan convenientes o útiles para el bien co-

mún, sin que por ello pueda calificárselas estrictamente como jurídicas. En rigor, puede llamarse sólo aquellas conductas estrictamente debidas para el logro del fin de la comunidad política. En otras palabras, esto significa que si bien es cierto lo afirmado por Aristóteles, en el sentido de que lo justo en su concepción, el derecho, sólo puede darse en la polis, es preciso especificar dentro de lo político lo jurídico: “solo es aquello sin lo cual, la existencia de la sociedad no puede concebirse”; en otros términos, aquel obrar humano éticamente necesario para el logro y mantenimiento del bien común.

Todo lo demás que se ordena al bien común,

sin que exista necesidad estricta, necesidad deóntica o moral, se entiende de su cumplimiento, no será objeto de la justicia, es decir derecho, sino de las llamadas partes potenciales de esa virtud, tales como la amistad, la concordia y la benevolencia, conforme a los que se hace un bien a otro o a la sociedad en su conjunto, sin que exista una obligación determinada e inexcusable de realizarlo.¹⁰

Massini no deja de lado la idea de que, efectivamente, la prudencia se inscribe en una estructura compleja, si se quiere, en el lenguaje contemporáneo, en un entramado relacional, que él describe como “una ordenación, una vinculación lógica y psicológica que encadena los actos de la prudencia que resulta ineludible para que la prudencia gobierne las acciones.”¹¹

Esta red, como conjunto de articulaciones entre los enunciados de un sujeto ético, efectivamente comportará los llamados actos de la prudencia jurídica, ya que, como advierte el autor,

Como en casi todo conocimiento humano, el propio de la prudencia no se obtiene en un solo acto, a través de una visión directa y sin necesidad de un proceso cognoscitivo; por el contrario, para obtenerlo se requiere un cierto discurso, un camino intelectual conformado por varios pasos a través de los que se va arrimando paulatinamente a la verdad de las cosas prácticas, no de otro modo ocurren las cosas en el conocimiento intelectual teórico, ya sea éste obtenido por inducción, por deducción, por síntesis o por análisis, la inteligencia se encuentra necesitada de cumplir con un proceso que la va acercando paulatinamente a la aprehensión intencional de la realidad. En el caso del conocimiento práctico-prudencial, este proceso consta fundamentalmente de tres etapas: la deliberación, el juicio y el mandato. La enumeración la

¹⁰ Massini Correas, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnosología del derecho*, cit., p. 45.

¹¹ *Ibidem*, p. 148.

realiza Santo Tomás con una precisión envidiable: en ella escribe que, refiriéndose a la prudencia, debemos ver tres actos: en primer lugar el consejo al que pertenece la invención, puesto que, como dijimos, aconsejar es indagar; el segundo es juzgar de los medios hallados...; pero la razón práctica ordenadora de la acción procede ulteriormente con el tercer acto, que es el imperio, consistente en aplicar a la operación esos consejos y juicios. Estos tres actos o momentos de la prudencia resultan todos ellos indispensables para su perfección, ya que de faltar solo uno su dinámica resultaría incomprensible; es más, no podría darse un acto prudente si en el proceso intelectual que es su causa no se han registrado adecuadamente estas tres instancias. Santo Tomás ha estudiado detenidamente cuáles son los vicios del razonamiento práctico que se derivan de la ausencia de cada uno de los momentos: la precipitación es el resultado de la falta de deliberación; la inconsideración acontece cuando el juicio está ausente o es defectuoso, y la inconstancia se produce al fallar el mandato en que culmina el razonamiento prudencial; esto significa que la ausencia o defecto en cualquiera de los tres actos, convierte al conocimiento en intrínsecamente vicioso y, por lo tanto, radicalmente erróneo.¹²

Esquemáticamente:

<i>Actos de la prudencia</i>		<i>Si</i>	<i>Vicios del razonamiento</i>
Actos propios del conocimiento	Deliberación	Falta deliberación	Precipitación
	a. Sobre realidades prácticas		
	b. Acerca de los medios		
	c. Los medios objeto propio del acto deliberativo		
	Juicio	El juicio es ausente o defectuoso	Inconsideración
Acto típicamente preceptivo	Dimensión imperativa	Falla el mandato	Inconstancia

Se acepta por tanto una petición de principio, aun cuando muchas escuelas en la filosofía del derecho establecen una polémica al respecto; se trata de que el conocimiento del derecho implica necesariamente que éste

¹² *Ibidem*, p. 48.

versará sobre las obras del hombre, teniendo en cuenta aspectos generales que no excluyen la singularidad de algunas circunstancias; por supuesto, en el actuar humano se ve involucrada la elección de los medios, como también nos lo pone de presente el derecho penal, en el marco de la pretensión y la necesidad implícita del derecho de direccionar ese obrar humano social.

Ubicados en el contexto contemporáneo aparecen modelos diversos, entre otros, como el de la escuela de la nueva retórica, de autores como Perelman, que califica el razonamiento jurídico como retórico, o en la perspectiva de Villey, quien lo denomina dialéctico; el profesor Massini, por su parte, se adhiere a la cualificación que lo presenta como deliberativo, y las razones nos las aporta una vez más el mismo Tomás de Aquino en la *Suma teológica*; allí nos habla de un triple proceso científico:

Por demostración, que da origen a la ciencia y da lugar a la física, abarcando bajo esta denominación todas las ciencias especulativas; otro, que parte de lo probable y forma la opinión, que da origen a la dialéctica; y un tercero, que de ciertas conjeturas infiere una sospecha o una leve persuasión, lo cual es propio de la retórica. En los esquemas de esos tres procesos cognoscitivos se ha intentado, por diversos autores, incluir al razonamiento jurídico:

a. Ante todo, en el de las ciencias demostrativas, tarea esta que corrió a cargo de la Escuela del Derecho Natural y de Gentes y de varias que siguieron sus pasos, intentado aplicar al derecho los criterios metódicos de las ciencias exactas; ya hemos expuestos en otros lugares los argumentos que descartan los intentos de pensar al derecho según los cánones de la física o la matemática, argumentos que pueden reducirse a uno fundamental: el método del conocimiento debe corresponderse con la naturaleza del objeto y siendo el derecho una realidad práctica, no puede considerárselo a partir de esquemas metódicos propios de saberse teóricos; en otras palabras; el derecho no es de la misma naturaleza que los números o los cuerpos físicos y debe, por lo tanto, considerarse de un modo diverso, que se adecúe a las particularidades de ese objeto. Esta afirmación parece ser de Perogrullo, pero es estrictamente necesaria no bien se echa una mirada al panorama filosófico contemporáneo.

b. Michel Villey, ya lo hemos dicho, propone para el pensamiento jurídico el modelo dialéctico: la dialéctica tiene el mérito, escribe, de abarcar todo el proceso de constitución del derecho, que ella toma desde sus orígenes hasta sus efectos, desde la invención al uso de los textos. La dialéctica tiene para nosotros un valor de síntesis; de medio entre los excesos del formalismo jurídico y el nihilismo de sus adversarios..., este modelo lógico tiene el mérito de reunir y ordenar en un solo concepto el total de las operaciones intelectuales del jurista.

En este tópico, a partir de este momento, Massini establece una salvedad respecto de Villey, y es la siguiente:

sucede que el modelo dialéctico es propio del conocimiento teórico, no del práctico, y si se asemeja a la deliberación es solo en el carácter no necesario de sus premisas y, por consiguiente, de sus conclusiones. Pero su objeto y su fin son teóricos; por el contrario, el intelecto práctico no busca resolver hablando formalmente su conocimiento en la causa, está vertido hacia la existencia del objeto, es decir, la realización concreta de la acción, mientras que la dialéctica no tiene por fin más que el puro conocimiento de su objeto. Es por ello que Villey, a los efectos de no incurrir en contradicción, ha debido afirmar el carácter teórico del razonamiento jurídico: el discurso jurídico ofrece un carácter teórico, afirma expresamente, sin tomar en consideración el primero de los criterios de especificación de los saberes: el del objeto. Conforme a este último, un conocimiento cuyo objeto es una realidad práctica, en tanto que práctica, habrá de ser necesariamente práctico. Pero si esto es así, si el conocimiento del derecho, realidad práctica por excelencia. Habrá de ser práctico no teórico y culminar no en la contemplación, sino en la dirección del obrar humano, no podrá ser por tanto, objeto de la dialéctica sino de la deliberación, esa indagación de las cosas singulares en que se da la operación.

c. Chaim Perelman y su escuela de Bruselas han sostenido, frente a las pretensiones de corte científico de someter al discurso jurídico a la metodología de la física o de las matemáticas, que el razonamiento jurídico, y en especial el del juez, responde al modelo retórico. Escribe el filósofo belga que observando los razonamientos que implican valores, llegó a la conclusión de que no existe una lógica específica de los juicios de valor, sino que, en los dominios examinados como en todos aquellos en que se trata de opiniones controvertidas, cuando se discute o se delibera, se recurre a técnicas de argumentación..., esto es lo que nosotros hemos examinado, concluye en nuestro tratado de argumentación, que titulamos igualmente “la nueva retórica”, el intento de Perelman no de deja de tener un aspecto enormemente positivo: el haber puesto de relieve que el método de pensar jurídico no puede asimilarse al de las ciencias teóricas, ni estructurarse sobre sus bases; que por el contrario, existe un modo propio de razonar en derecho, que no se encuentra en los analíticos de Aristóteles, sino en otras de sus obras: Perelman afirma que ello ocurre en la retórica. Es esta última de las afirmaciones del filósofo belga la que nos parece cuestionable; en efecto, Aristóteles afirma que la retórica es la facultad de conocer en cada caso aquello que es lo apto para persuadir, lo que puede hacerse por simples conjeturas, ejemplos o sospechas, pero no es su fin propio la búsqueda de la verdad práctica, tal como lo es el de la prudencia y, por tanto, el de la deliberación.

También la retórica discurre sobre objetos operables —escribe Santo Tomás—, y no hay inconveniente en que una misma materia pertenezca a la

retórica y a la prudencia. Sin embargo, no consideramos aquí la virtud de conjeturar solo en el campo de las conjeturas usadas por los oradores, sino en todas las materias en que el hombre se dice que averigua por conjeturas la verdad.

En el texto de Santo Tomás recientemente transcrito aparece patente la diferencia entre el razonamiento del retórico, cuyo fin es convencer a un interlocutor, y el razonamiento práctico de quien debe decidir con verdad un problema en el campo de la praxis; en rigor, el retórico no busca la verdad, sino sólo que el interlocutor adhiera a las conclusiones que favorecen a sus intereses. Por el contrario, el fin del razonamiento jurídico y en especial el del juez, es el logro de la verdad jurídica, de aquel juicio verdadero que permita hacer justicia en una situación concreta, la mejor prueba de lo afirmado es que Perelman no habla jamás de verdad en el campo de la praxis, yendo a parar a una actitud relativista respecto a las posibilidades del conocimiento práctico, concordante con su relativismo en materia axiológica; para el filósofo belga, lo máximo a que puede aspirarse es a dar razones convincentes de una posición, pero nunca alcanzar la verdadera solución de un problema práctico.¹³

Para concluir, está por demás explicar, cerrando este ciclo argumental por parte del profesor Massini, la idea de que el proceso de determinación o concreción de las exigencias del bien humano supone la existencia de principios que establecen, con máxima generalidad, las coordenadas primeras del obrar ético; así como en la razón especulativa, escribe Tomás de Aquino, hay cosas conocidas naturalmente, de las que se ocupa la inteligencia de los primeros principios..., así en la razón práctica preexisten ciertos principios naturalmente conocidos, que son los fines de las virtudes morales, ya que como hemos dicho, el fin en el orden de la acción; es como el principio del conocimiento, y a su vez hay conclusiones que son los medios por los cuales llegamos a los mismos fines. De estos (medios) se ocupa la prudencia que aplica los principios universales a las conclusiones particulares del orden de la acción; estos principios son conocidos con la ayuda de la *sindéresis*, aptitud o hábito innato de las normas morales primeras, y son estudiadas por la filosofía moral o por la filosofía jurídica; en este último caso se conocen por evidencia analítica y se expresan en juicios normativos primeros, ya que en orden práctico, los principios del orden se manifiestan a través de normas.

El esquema gnoseológico presentado en el nuevo iusnaturalismo articula dos elementos que conforman un todo:

¹³ *Ibidem*, p. 58.

es preciso recalcar que tanto la necesaria remisión a la experiencia, como el conocimiento directo y por evidencia de los primeros principios prácticos, hacen posible el descubrimiento de una objetividad ética dotada de la suficiente fuerza deóntica como para fundar adecuadamente una sistemática normativa o valorativa.¹⁴

El iusnaturalismo clásico referencial pretende, como lo sostiene el realismo, “actualizar enseñanzas que ya se encuentran en la tragedia griega”¹⁵ y en Platón.

Este último, luego de sostener que es necesario que los hombres se den leyes y que vivan conforme a ellas, reconoce que la ordenación y la ley miran a las cosas en general aunque nunca alcancen en particular a cada una de ellas; porque los casos se dan por miles enteramente diferentes unos de otros, no es posible tanto el confiar el juicio del todo a los tribunales, ya que legislar sobre todos los casos graves y leves es, puede decirse, imposible.¹⁶

Esta dimensión del conocimiento parcial, por parte del legislador, no ha sido dejada atrás por el pensamiento jurídico contemporáneo; antes bien, se reconoce que “el sistema legislativo no es completo, pues existen lagunas legales, ya sea por imprevisión del legislador o por el cambio ocurrido en las relaciones reguladas; estas últimas llamadas por Philip Heck lagunas sobrevivientes”, en el caso de los jueces implican “la determinación de cuáles son las reglas jurídicas aplicables”.¹⁷ Fenómeno que la doctrina de autores como Recaséns o García Máynez¹⁸ los ha llevado a considerar a la equidad como un proceso de integración del derecho, e incluso existen casos como en el de Vinogradoff, quien la considera una fuente autónoma del derecho. Nos recuerda por tanto el profesor argentino, por intermedio de García Máynez, que “Aristóteles cuando declara que es lícito corregir a ley en aquella parte en la que el legislador faltó y erró por haber hablado en

¹⁴ Massini Correas, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004, p. 54.

¹⁵ Sófocles, *Antígona* 450, en Massini Correas, *Sobre el realismo jurídico. El concepto de derecho, su fundamento y su concreción judicial*, cit., p. 56.

¹⁶ Platón, *Las leyes*, 875, A;875, DE;876. Se cita conforme a traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, Madrid, 1 E. P., 1960.

¹⁷ Massini Correas, *Filosofía del derecho I. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 119.

¹⁸ García Máynez, Eduardo, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 60; Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1973; Utz, Arthur Fridolin, *Ética social. Filosofía del derecho*, Barcelona, Herder, 1965, p. 145, y sobre todo Aristóteles, *Gran ética*, pp. 11 y 12.

términos absolutos, sin duda piensa en el problema de las lagunas y concibe la equidad como problema de integración”,¹⁹ para concluir que tanto en el caso en que el legislador no ha previsto el caso que debe juzgarse como en el que la aplicación, estricta del texto legislativo conduciría a una solución contraria al bien común, la solución es elaborar “una solución con base en las exigencias del derecho natural para el caso concreto”.²⁰

Todo ello para articular la idea de que la interpretación “de un texto legislativo se ordena a la obtención de aquella norma jurídica que de mejor manera dé soluciones al caso controvertido; no le interesa al intérprete lo que quiso o no quiso decir el legislador, sino cuál es la pauta que permita la realización del derecho”,²¹ y en el caso del juez “produce un juicio práctico con pretensiones de verdad: tan cierto es esto, que Legaz y Lacambra afirmaba que el ordenamiento jurídico es, en última instancia, un conjunto de decisiones”.²² Y esta decisión es la que establece autoritativamente cuál es el sentido que debe darse a un texto jurídico en un caso controvertido”.²³

Se avizora en general que el conocimiento del derecho no es posible sin ciertas disposiciones o aptitudes, como son: la experiencia o memoria, la inteligencia o intelección y la providencia o previsión. Santo Tomás agrega cinco más, reuniéndolas todas bajo el título de partes integrales de la prudencia y definiéndolas como “los elementos de esa virtud que deben concurrir al acto perfecto de la misma. Ellas son la docilidad, la solercia o sagacidad, la razón o buen razonamiento, la circunspección y la cautela”.²⁴ Eso sí, sin dejar de reconocer, y en ello coincide con la teoría dinámica del derecho, que la prudencia es una “virtud formalmente intelectual, pero materialmente moral. Es decir, que si bien radica en la inteligencia, su objeto de conocimiento son los actos de la sensibilidad y en el caso de la justicia, de la voluntad”.²⁵

Esta doctrina es retomada, según el autor, en momentos en que frente a la crisis “del racionalismo exegético y la insuficiencia de los voluntarismo kelseniano, sociologista o empirista, la doctrina de la prudencia aparece

¹⁹ *Ibidem*, p. 60.

²⁰ Massini Correas, Carlos Ignacio, *La concreción judicial*, Mendoza, Idearium, 1994, p. 91.

²¹ Massini Correas, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, cit., p. 67.

²² Legaz y Lacambra, Luis, “Justification de la décision en droit”, en Varios autores, *Legal Reasoning*, Bruselas, 1971, pp. 295-300. En otra perspectiva, véase Kaufmann, Mathias, *Derecho sin reglas*.

²³ Massini Correas, *La prudencia jurídica...*, op. cit., p. 69.

²⁴ *Ibidem*, p. 81.

²⁵ *Ibidem*, p. 84.

como una síntesis realista de razón y de voluntad, de valoraciones y de lógica, de principios universales y valoraciones singulares”.²⁶

Se entienden de manera sistemática elementos que aparecen en la obra del profesor Massini, tratados previamente: la configuración ontológica del hombre y la estructura cognitiva presente en la interpretación del derecho:

El hombre nace con un ser substancial, pero imperfecto, por lo cual su bien (ontológico) simplemente tal, o su perfección ontológica se halla al término de una evolución que, ontológicamente es un en *accidentale*... la inteligencia humana capta como bien (ontológico) aquello a que tienden sus potencias evolutivas y libres en sus aspectos superiores y según su jerarquía ontológica; por ello el bien humano es algo que se consigue solo por una decisión de la voluntad —iluminada por el intelecto— y a través de actos libres que serán como esa elección del fin objetivo, moralmente buenos cuando tiendan libremente hacia la perfección ontológica del hombre.²⁷

Los niveles de este saber práctico, esto es, la filosofía práctica, las ciencias prácticas y el conocimiento prudencial, revelan la vinculación del ser con el deber ser, en el sentido de que para que “la realidad, el obrar humano, la política, el derecho, la economía y todo lo que el hombre hace o descubre... recobren su sentido propio, es preciso retomar el camino que conduce del ser al obrar y del obrar al ser, fin último al que se ordena la totalidad de la praxis humana”.²⁸

Encontramos que esta secuencia es coherente con el postulado esgrimido cuando se plantea que es posible valorar las formas de vida:

La vida buena —escribe Thomas Hurka— desarrolla estas propiedades en un alto grado o realiza lo que es central en la naturaleza humana. Las diferentes versiones de la teoría [perfeccionista] pueden no estar de acuerdo acerca de esas propiedades relevantes o acerca del contenido de la vida buena. Pero todas participan de la idea fundacional acerca de que lo que es bueno, en última instancia, es el desarrollo de la naturaleza humana (el agregado es del doctor Massini).²⁹

Se postula pues, en el iusnaturalismo realista clásico una gnoseología del derecho que dinamice:

²⁶ *Ibidem*, p. 88.

²⁷ *Ibidem*, p. 184.

²⁸ *Ibidem*, p. 201.

²⁹ *Ibidem*, p. 56.

la integralidad de lo humano y todas las dimensiones de su vida en común, que ha de ordenarse también con otros principios que vayan más allá de los límites de la justicia. El pensamiento clásico integraba a estos principios dentro de las denominadas *virtudes sociales*, que se desplegaban desde la amistad a la caridad, pasando por la magnanimidad, la afabilidad, la piedad y la observancia o respeto.³⁰

Con esta propuesta se pretende superar el denominado *trilema de Münchhausen*, en relación con la objetividad de las proposiciones sobre la justicia, un sofisma que desde Aristóteles se ha conocido como “argumentación circular, es decir, la pretensión de justificar la proposición A por medio de la B, la que a su vez se justifica por la proposición y así sucesivamente”.³¹ El objetivo del nuevo iusnaturalismo es reconocerle a la dignidad del hombre un fundamento fuerte que posibilite a ese ser humano desarrollar sus potencialidades.

III. CONCLUSIONES

Massini desarrolló la idea del conocimiento jurídico en la perspectiva de la rehabilitación de la filosofía práctica: el conocimiento jurídico como conocimiento práctico aplicado a la filosofía del derecho, la ciencia jurídica y sobre todo rescatando el nivel phronético de la actividad cognitiva por parte de los que tienen relación con las decisiones en derecho. Allí la noción de la verdad práctica se constituye en el eje de dirección de la construcción teórica del profesor Massini, quien, retomando los aportes de Kalinowski, plantea que existen modos de verificación de las proposiciones normativo-jurídicas, posibilitando la confrontación el rigor en el pensamiento y en el lenguaje del derecho teniendo en cuenta los aportes de la metalógica y la metateoría de las ciencias, sin excluir una aproximación matizada del método fenomenológico tal como lo expone Sergio Cotta: es por esta razón que esa remisión a la ciencia jurídica como ciencia práctica permitirá sostener, a la par con el profesor Leopoldo E. Palacios, que

el método de las ciencias prácticas sería sintético, es decir, dirigido a producir un efecto a partir de causas conocidas; de ese modo, por ejemplo, el juez lograría, a partir del conocimiento de una norma general —causa ejemplar o

³⁰ *Ibidem*, p. 116.

³¹ Aristóteles, *Refutaciones sofísticas*, Madrid, Gredos, 1995, pp. 167 y ss.

formal extrínseca, en este caso— arribar al juicio prudencial propio del nivel decisorio de la sentencia.³²

En esa línea argumental, el profesor Massini propone la aplicación del método analítico con una variable muy interesante consistente en que se haga sin reduccionismos positivistas o empiristas.

Se pondera positivamente que la estructura del nuevo iusnaturalismo es una estructura abierta, ya que no excluye el diálogo como instancia ni como elemento de la metodología para abordar y resolver los problemas jurídicos fundamentales, lo que no implica una racionalidad débil, ni la construcción de una teoría de la verdad que implique la disolución de los objetos; en realidad se reconoce un buen grado de ductilidad en esta teoría que es evidenciable en la propuesta sobre la equidad al reconocer la mutabilidad de ciertas circunstancias históricas que se desenvuelven en la vida humana, todo ello permite la incorporación del pluralismo como el reconocimiento de ciertas particularidades que emergen en los casos del derecho, en la medida en que a través de la virtud de la prudencia este conocer es un conocer “de tipo práctico, con causalidad ejemplar eficiente y moral sobre el obrar humano”;³³ situación bastante diferente a la aceptación de un relativismo que anula por principio lógico los contenidos constitutivos de la ética, que hacen referencia a elementos universales que no son autopoieticos, sino que, por el contrario, fruto del uso de la razón admite “la diversidad de las concreciones prudenciales de los principios de derecho natural”.³⁴

Este ejercicio de la virtud de la *Phrónesis* deberá entenderse en conexión con la propuesta referida a la revisión de una especie de ordenamiento filosófico de la sociedad, en dialéctica principalmente con la teoría de la justicia de J. Rawls: según el autor norteamericano las nociones del bien pertenecerían a la esfera privada, mientras que las reglas morales requeridas por toda persona pertenecerían al ámbito de lo público. Es en esta lógica en donde Massini advierte que la moral se constituiría en una simple garantía de convivencia relacionada con la justicia, con la particularidad de que esa justicia estará referida a las relaciones exteriores de los sujetos.

Este orden filosófico de la estructura social ha hecho, en criterio del autor argentino, que las virtudes sociales como la caridad, la magnanimidad, la afabilidad, la piedad y el respeto fueran dejadas de lado por el pensamiento pos ilustrado y ha producido, en parte, el efecto de que los sujetos no posean razones fuertes que los vinculen a respetar los derechos humanos “Si

³² Massini Correas, *La prudencia jurídica...*, *op. cit.*, p. 176.

³³ *Ibidem*, p. 116.

³⁴ *Ibidem*, p. 288.

el razonamiento de fundamentación de las reglas básicas de la convivencia está anclado en premisas dotadas de objetividad débil, resulta evidente que los principios y normas así fundamentados estarán revestidos de una obligatoriedad débil y en mayor o menor medida subjetiva³⁵; por el contrario, el I.R.C. propone la organización social con base en la idea del bien antes que la de su privatización —señalada entre otros, por MacIntyre quien la define como el divorcio tajante entre las reglas que definen la acción recta, por un lado, y las concepciones del bien humano, por el otro—,³⁶ ya que no en vano un autor como Gerog Henrik Von Wright “vincula ciertos aspectos del bien humano con las nociones de bien o normalidad”;³⁷ por lo tanto, esta primacía del bien sobre los consensos auguraría razones estructurales para que las personas pongan en su comportamiento la impronta de la justicia, ésa sí una filosofía práctica y al servicio del bien de la humanidad.

Una filosofía de la inteligencia que posibilite una contribución de “especial valor a la gran conversatio filosófica transtemporal y transcultural”.³⁸

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CASTAÑO B., Alejandro, *Teoría dinámica del derecho*, Medellín, Comlibros, 2005.
- COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967.
- DWORKIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard, Harvard University Press, 1982.
- ERIKSON, Erik, *Insight and Responsibility*, trad. de Normí Rosemblat, 2a. ed., Buenos Aires, Lumen, 1993.
- ESQUILO, *Las siete tragedias. Los siete contra Tebas*, Madrid, Edaf, 1999.
- FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1991.
- GADAMER, Hans Georg, *Verdad y método II*, Salamanca, Sígueme, 2001.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, Editorial, 1971.
- HERVADA, J., *Cuatro lecciones de derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1989.
- HESÍODO, *Teogonía*, trad. de M.J. Lecluyse y E. Palau, Barcelona, Iberia, 1994.

³⁵ Massini Correas, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, cit., p. 46.

³⁶ MacIntyre lo define como el divorcio tajante entre las reglas que definen la acción recta, por un lado, y las concepciones del bien humano, por el otro.

³⁷ Massini Correas, *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza, Universidad de Mendoza, 1994, p. 42.

³⁸ Finnis, John, *Prólogo a el derecho natural en sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998, p. 11.

- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de José Mardomingo, Barcelona, Ariel, 1996.
- KAUFMANN, A., *La filosofía del derecho en la postmodernidad*, Bogotá, Temis, 1992.
- KELSEN *et al.*, *Crítica del derecho natural*, Madrid, Taurus, 1966.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, “¿Existe un derecho a morir?”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, núm. 3, vol. 80, 2003.
- , “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en VARIOS AUTORES, *Evangelium Vitae e Diritto*, Ciudad del Vaticano, LEV, 1997.
- , “La aportación de Tomás de Aquino a la filosofía de la justicia”, *Sapientia*, Buenos Aires, núm. 204, vol. 53, 1998.
- , “La normatividad de la naturaleza y los absolutos morales”, *Ars Iuris*, México, núm. 15, 1996.
- , “Los dilemas del constructivismo ético: análisis a partir de las ideas de John Rawls”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 36, 1997.
- , “Acerca del principio ético de autonomía. Consideraciones a partir de la bioética contemporánea”, en VARIOS AUTORES, *Amor a la sabiduría. Estudios en homenaje a Juan de Dios Vial Larraín*, Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, 2004.
- , “Dal positivismo giuridico all’eticità del diritto”, *Nuntium*, Roma, núm. 19, 2003.
- , *Derecho y ley según Georges Kalinowski*, Mendoza, Edium, 1987.
- , “Derivacionismo, inclinacionismo e identidad real”, *Philosophia*, Mendoza, vol. 2005, 2005.
- , “Determinación del derecho y directivas de la interpretación jurídica”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, núm. 1, vol. 31, 2004.
- , “Dignidad humana y derecho ambiental”, *O Direito*, Lisboa, núm. 127, 1995.
- , “Diritti umani deboli e diritti umani assoluti (Derechos humanos débiles y derechos humanos absolutos)”, *Quaderni di Iustitia*, Roma, núm. 40, 1993.
- , “El concepto de derechos humanos: dos modelos de comprensión y fundamentación”, *Ius Publicum*, Santiago de Chile, núm. 6, 2001.
- , “El derecho subjetivo: ¿realidad universal o histórica?”, *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, núm. 9, 1983.
- , *Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2007.

- , *Filosofía del derecho. T. III: El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, LexisNexis, 2007.
- , “Iusnaturalismo e interpretación jurídica”, en VARIOS AUTORES, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, 2006.
- , “La filosofía hermenéutica y la disponibilidad del derecho”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 47, 2002.
- , “La matriz ilustrada de la justicia en el pensamiento de David Hume”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, núm. 18, 1998.
- , *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006.
- , “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”, *Doxa*, Alicante, vol. 21, núm. 2, 1998.
- , “La teoría referencial-realista de la interpretación jurídica”, en VARIOS AUTORES, *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, 2005.
- , “Los principios jurídicos y su objetividad. Consideraciones sobre un debate contemporáneo”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, núm. 16, 1999.
- , “Método y filosofía práctica”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 33, 1995.
- , “Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 48, 2002.
- , “Reflexiones acerca de la democracia débil”, *Humanitas*, Santiago de Chile, núm. 3, 1996.
- , *Sobre el realismo jurídico. El concepto de derecho, su fundamento y su concreción judicial*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo-Perrot, 1995.
- , “The New School of Natural Law. Some Approaches”, *Rechtstheorie*, Berlín, núm. 4, vol. 30, 1999.
- , *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004.
- , “Del positivismo analítico a la justicia procedimental: la propuesta aporética de John Rawls”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 42, 2000.
- , *El derecho a la vida*, Pamplona, EUNSA, 1998.
- , *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco, 1999.
- , “Ensayo de síntesis acerca de la distinción especulativo-práctico y su estructuración metodológica”, *Sapientia*, Buenos Aires, núm. 200, 1996.

- , *Filosofía del derecho I. El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005.
- , *Filosofía del derecho. El derecho y los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- , *Filosofía del derecho. T. II: La justicia*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005.
- , “La concepción deontológica de la justicia: el paradigma kantiano”, *Anuario de Derecho*, La Coruña, núm. 3, 1999.
- , *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza, Universidad de Mendoza, 1994.
- , *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, Eunsa, 2006.
- , “La sistemática de la justicia en la filosofía de Aristóteles”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 39, 1999.
- , “La teoría de la justicia, de Rawls a MacIntyre”, *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, núm. 70, 993.
- , *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994.
- , *Objetividad jurídica e interpretación del derecho*, Granada, Comares, 2007.
- , “Osservazione sul paradigma ético contemporáneo: dall’oblio della verità al nichilismo pratico”, en VARIOS AUTORES, *La Navicella della Metafisica*, Roma, 2000.
- , “Privatización y comunidad del bien humano”, *Anuario Filosófico*, Pamplona, núm. 27, 1994.
- , “Sobre la exigibilidad jurídica de las normas morales”, *Revista de Derecho Público*, núm. 60, 1996.
- , “Twelve Theses on Semantics and Juridical Interpretation”, *Rechtstheorie*, Berlín, núm. 25, 1994.
- MILLÁN PUELLES, A., *Teoría del objeto puro*, Madrid, Rialp, 1990.
- VIGO, Rodolfo L., *El iusnaturalismo actual de M. Velley a J. Finnis*, México, BFP, 2003.
- , *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.
- VILLEY, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Universitarias de Valparaíso, 1976.
- WELZEL, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Aguilar, 1971.

LENGUAJE Y REALISMOS JURÍDICOS*

Oscar VERGARA**

SUMARIO: I. *La naturaleza del lenguaje jurídico*. II. *La cuestión semántica*. III. *Verdad o corrección del lenguaje jurídico*. IV. *Lenguaje “performativo” o magia*. V. *Aspectos críticos de la teoría empirista del lenguaje jurídico*.
Hacia una ciencia (verdaderamente) realista del derecho.

Desde la desaparición de sus últimos epígonos, Ross (†1979) y Olivecrona (†1980), el así denominado realismo jurídico escandinavo parece haberse extinguido como movimiento filosófico.¹ Probablemente, su mayor limitación consista en su metodología radicalmente empirista, autodenominada “realismo”, que condiciona notablemente su intento de dar una explicación cabal del derecho. Como ha señalado recientemente Hierro en su libro sobre *El realismo jurídico escandinavo*,

la construcción de una ciencia empírica del derecho entendida como un sistema de proposiciones verificables empíricamente y, por ello, referentes a algún conjunto de hechos psicosociales y la construcción de un concepto de “validez” o

* La parte expositiva de este capítulo ha sido en parte extractada del capítulo correspondiente al lenguaje jurídico de la tesis doctoral del autor; Vergara, Oscar, *El derecho como fenómeno psico-social. Un estudio en torno al pensamiento jurídico de K. Olivecrona*, Granada, Comares, 2004.

** Universidad de La Coruña (España).

¹ Fuera de sus fronteras, el mayor eco lo ha tenido en Italia, donde Enrico Pattaro intenta mantener encendida la llama. Cfr. Pattaro, E., *The Law and the Right. A Reappraisal of the Reality that Ought to Be*, Dordrecht, 2005, p. 88. Elementos realistas inspiran también el que se ha denominado “realismo jurídico genovés”, con Tarello a la cabeza, si bien esta corriente recibe también una fuerte influencia analítica. Cfr. Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni B. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 12 y 13. En España, Rafael Hernández Marín ha mostrado bastante receptividad hacia los postulados del realismo escandinavo. Cfr. Hernández Marín, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 99 y 116-118.

“vigencia” que sea empíricamente descriptivo, pierden relieve una vez admitida generalmente la superación del verificacionismo, propio de un estricto empirismo, y ampliados los horizontes de la teoría del significado.²

Ahora bien, sería injusto no señalar las interesantes aportaciones de esta corriente que, como señala el mismo autor, ocasionaron la revisión del positivismo y abrieron paso al normativismo analítico: la crítica de la teoría de la voluntad, la introducción del análisis crítico de los conceptos jurídicos, la explicación institucional del derecho, la definición de las normas jurídicas por su pertenencia al sistema, la introducción de los criterios de corrección o incorrección como propios de los conceptos y proposiciones científico jurídicos, etcétera.³

El tema del lenguaje jurídico resulta un tema muy a propósito para sondear lo que de aportación y de limitación hay en el realismo escandinavo. Karl Olivecrona se ha dedicado a este tema con especial interés.⁴ En estas páginas se pretende analizar su teoría del lenguaje jurídico examinando los siguientes aspectos: la cuestión de su naturaleza, la cuestión semántica, la cuestión de la verdad y la cuestión performativa. Por último, se añaden algunas consideraciones críticas que muestran la insuficiencia de esta clase de realismo, al hilo del pensamiento de Massini.

I. LA NATURALEZA DEL LENGUAJE JURÍDICO

Como se ha dicho, el tema del lenguaje jurídico es crucial en la teoría del derecho de Olivecrona.⁵ Por eso señala que ningún sistema jurídico vigente pue-

² Hierro, Liborio L., *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, 2a. ed., Madrid, Iustel, 2009, p. 24.

³ *Cfr. ibidem*, pp. 24 y 25.

⁴ Bien es verdad que, desde el punto de vista de la lógica formal, su mayor desarrollo proviene de su compañero de escuela Alf Ross. Véase especialmente Ross, A., *Directives and Norms*, Londres, Routledge, 1968. Existe versión castellana, *La lógica de las normas*, trad. de J. S.P. Hierro, Madrid, Tecnos, 1971. Desde un planteamiento más cercano a Hägerström y a Olivecrona, es célebre e ilustrativo su ensayo “Tû-Tû”, *Festskrift til Professor Henry Ussing*, 1951. Traducción de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961.

⁵ El interés de Olivecrona por el lenguaje jurídico es creciente y halla su culminación en la segunda edición de *Law as Fact* (1971). La trascendencia del tema del lenguaje jurídico es muy alta, y hay quien lo sitúa en el centro de la definición misma del realismo escandinavo. Así, Hernández Marín sostiene que se trata ésta de una doctrina que afirma que el derecho está sólo formado por entidades lingüísticas factuales, y señala a Olivecrona como el ejemplo más claro y destacado. Según la opinión de este autor, Olivecrona sostiene tres cosas, dos

de ser concebido sin lenguaje.⁶ Asimismo, el lenguaje ordinario está lleno de términos jurídicos, como cabe observar en la vida cotidiana. Habitualmente, en efecto, tenemos que habérnoslas con multitud de negocios jurídicos; por ejemplo, una compraventa, la firma de un cheque, el alquiler de un piso... A su vez, la prensa nos informa de gran cantidad de actos jurídicos de carácter público; por ejemplo, medidas del gobierno, establecimiento de nuevas leyes, subidas de impuestos... Todos esos acontecimientos y muchos más, señala Olivecrona, son descritos habitualmente a través de términos jurídicos.⁷

En apariencia, el lenguaje jurídico refleja la *realidad*. Pero Olivecrona niega que esto sea así porque esa presunta realidad a la que se refiere no forma parte del mundo sensible, sino que pertenece a un presunto plano superior. Por eso, todo intento de localizar esta realidad fracasa siempre. Se hace necesaria, opina, una aproximación crítica a la cuestión del lenguaje jurídico.⁸

Pero esta perspectiva, a su juicio, es incompatible con el iusnaturalismo. Esta doctrina, tal y como la ve Olivecrona, afirma la idea de que el lenguaje jurídico tiene *efectos suprasensibles*; a saber, la creación, modificación y extinción de relaciones morales entre voluntades humanas.⁹ Reconoce que el iusnaturalismo supone un avance en relación con la primitiva interpretación mágica del lenguaje —según la cual, las palabras producen o transmiten poderes fuera de la mente humana—, pero es un avance muy limitado porque sigue afirmando la existencia de efectos suprasensibles. Olivecrona considera que esto no es correcto, porque sólo aquello que pertenece al contexto espacio-temporal, según él, tiene entidad real.¹⁰

Ahora bien, si el derecho no refleja la realidad, si no tiene sentido hablar de supuestos efectos suprasensibles, ¿por qué seguimos utilizando el lenguaje jurídico? Como las creencias mágicas, habría que desterrarlo para dar paso a un lenguaje más realista. Olivecrona no acepta esta consecuencia. La razón está en que, para él, el lenguaje jurídico es una herramienta de *control social* de primer orden.¹¹ Las palabras no sirven solamente para

implícitamente y una explícitamente. Del primer modo sostiene que no hay más derecho que la ley y que la ley es el texto de la ley. Y del segundo modo que la ley es un hecho. Cfr. Hernández Marín, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, cit., pp. 121-126.

⁶ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 240.

⁷ Cfr. Olivecrona, "Legal Language and Reality", en Varios autores, *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, Indianápolis-Nueva York, Bobbs-Merrill Co. Inc., 1962, p. 151.

⁸ *Ibidem*, p. 190.

⁹ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact*, cit., pp. 240, 245 y 246.

¹⁰ Cfr. *ibidem*, p. 246.

¹¹ Cfr. *ibidem*. Aunque su explicación sobre el lenguaje jurídico gira más en torno al derecho privado de obligaciones (particularmente en relación con el derecho subjetivo), su relevancia en relación con la norma jurídica y el derecho objetivo en general no es menor.

describir; decir algo no implica necesariamente afirmar algo.¹² Es más, el lenguaje jurídico no es primordialmente enunciativo; su principal función es, precisamente, la de servir de medio para influir en el comportamiento social.¹³ No pretende reflejar la realidad, sino conformarla. Esto es posible gracias a que las palabras del derecho tienen una poderosa *carga emotiva*. A través de ellas se induce a sus destinatarios a tener o a no tener determinada conducta.¹⁴ El lenguaje jurídico es, en suma, un lenguaje directivo.¹⁵

Esto permite, para Olivecrona, comprender la verdadera naturaleza de la institución legislativa. La ley, afirma, no expresa un deseo; no da consejos ni indica utilidades. La ley no es una razón para la acción, como tampoco lo es el mandato. Ambos son *imperativos* de carácter categórico (no hipotético) y no hacen referencia a valores. Los imperativos son “un modo de expresión usado de modo sugestivo para influir en la conducta de la gente”.¹⁶ Es indiferente, por supuesto, que, desde un punto de vista verbal o lingüístico, el modo empleado sea el imperativo (“¡hágase!”) o el indicativo (“se hará”). Es el sentido global imperativo el que importa.¹⁷ El signo imperativo está dirigido a lo que Olivecrona llama “aspecto volitivo” de la mente del receptor, no al intelectual; si bien, el contenido del imperativo, es decir, la descripción de la conducta a observar, viene dado por el aspecto representativo de la ley o del mandato.

Desde un punto de vista empírico, el signo imperativo es sólo lenguaje, pero no representa nada. En su forma más simple consiste en el modo

¹² Olivecrona utiliza la expresión “falacia constatativa”, de J. L. Austin, para designar este error. *Cfr.* Olivecrona, “Bentham’s «Veil of Mystery»”, en Varios autores, *Current Legal Problems*, Londres, 1979, p. 235.

¹³ No es, por tanto, un velo que se interponga entre el observador y los contenidos del derecho, dice Olivecrona refiriéndose a Bentham. *Cfr. idem*.

¹⁴ *Cfr.* Olivecrona, “Legal Language and Reality”, *cit.*, p. 190. Existen innumerables palabras funcionales o palabras que designan objetos por medio del uso para el que sirven. *Cfr.* Olivecrona, *The Problem of the Monetary Unit*, Nueva York, Macmillan Co., 1957, p. 12. La unidad monetaria es un ejemplo de ello. Hay muchas teorías para explicar su naturaleza, pero, según Olivecrona, todas fracasan. Al igual que los términos jurídicos, se trata de una noción que carece de significado pero que cumple una importante función social. Ahora bien, ¿cómo es posible pagar algo en dinero si éste no es nada? A juicio de Olivecrona, “la paradoja se resuelve si se tiene en cuenta que la promesa de pagar dinero, a pesar de ser una promesa de transferir cosas inexistentes a otra persona, puede cumplir una función en la organización de la sociedad”. *Cfr. The problem, op. cit.*, p. 17. Esta solución anticipa la solución que ofrecerá para la cuestión del derecho subjetivo.

¹⁵ *Cfr.* Olivecrona, *Law as Fact, cit.*, p. 118.

¹⁶ *Ibidem*, p. 130.

¹⁷ *Cfr. ibidem*, pp. 118 y 119. Asimismo, Olivecrona, *Der Imperativ des Gesetzes*, Copenhague, Munksgaard, 1942, pp. 7-15.

lingüístico, en la manera de hablar o en la actitud del hablante. Junto a estas formas “espontáneas” hay otras “convencionales” o “estandarizadas”, como, por ejemplo, el uniforme de un mando militar o la palabra que designa su empleo (por ejemplo, sargento, teniente, etcétera). También pertenecen a esta categoría, en el ámbito empresarial, un cargo directivo o determinada posición en el organigrama. El elemento imperativo varía según las circunstancias, pero su función es, en todo caso, hacer que los unos obedezcan a los otros de modo natural.¹⁸

Uno de los signos imperativos más destacables es la palabra “derecho subjetivo” (*right*). Se trata de una palabra que se resiste al análisis teórico, opina Olivecrona. Las razones son dos. Por un lado, existe un vínculo emocional muy intenso entre dicha palabra y el efecto psíquico que produce. Éste crea la falsa apariencia de que la palabra “derecho” se corresponde con una realidad exterior. Por otro lado, se trata de una palabra insustituible en el discurso jurídico.¹⁹ Su función, explica, es la misma que desempeña un semáforo con respecto a la ordenación del tráfico.²⁰ Se trata de un signo —en el caso del derecho, de carácter lingüístico— fácilmente comprensible que discrimina entre las conductas correctas y las incorrectas.²¹ Sin embargo, no tiene contenido semántico; es una palabra vacía que tiene una función directiva, lo que hace un gran servicio al legislador.²²

II. LA CUESTIÓN SEMÁNTICA

Según Moore, es una falacia definir la noción de “bueno” en términos de una noción distinta de ella misma; en particular, en términos de una categoría natural, sensible o suprasensible. Así, por ejemplo, si definimos lo bueno por

¹⁸ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact*, cit., p. 128.

¹⁹ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact*, Copenhague-Londres, Einar Munksgaard-Humphrey Milford, 1939, pp. 121 y 122. Véase también Olivecrona, *Gesetz und Staat*, Copenhague, Einar Munksgaard, 1940, pp. 117 y 118.

²⁰ Cfr. Olivecrona, “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 183. Cursiva añadida.

²¹ Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., cit., p. 189.

²² Cfr. Olivecrona, “The Legal Theories of Axel Hägerström and Wilhelm Lundstedt”, *Scandinavian Studies in Law*, 1959, p. 144, donde Olivecrona aclara los malentendidos que produjo la crítica de Hägerström del derecho subjetivo, que negaba la existencia de derechos y deberes. Olivecrona trata de hacer compatible la nihilidad del derecho subjetivo con su funcionalidad. En este sentido, véase Olivecrona, *Law as Fact*, cit., pp. 95, 98 y 99; *Gesetz und Staat*, p. 99; “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, pp. 168 y 169; *Law as Fact*, 2a. ed., cit., pp. 183, 252, 255.

lo placentero, no podemos evitar la pregunta: pero ¿es bueno lo placentero? Para Moore, “bueno” es una noción simple e indefinible.²³

Para Ayer, sin embargo, sí tiene un significado, pero se trata de un significado emotivo. Según este autor, tanto la ética naturalista como la no naturalista —como puede ser la de Moore— parten de una concepción estrecha de significado. Entienden que todo significado ha de ser necesariamente descriptivo. Ayer considera, por el contrario, que los términos éticos, aunque son significativos, carecen de contenido cognoscitivo. Tienen un significado emotivo. Así, la palabra “bueno”, si bien carece de toda función simbólica, es un signo que expresa una emoción.²⁴ De este modo se puede decir que, para Ayer, los juicios éticos son *expresiones del sentimiento*. Esto implica que no hay manera de verificar la validez de esta clase de juicios, aunque sí su eficacia, investigando los hábitos morales de una persona o grupo de personas determinados, especificando la posible *causa* (eficiente) de ellos. La ética, como rama del conocimiento, acaba reduciéndose a una sección de la psicología y de la sociología.²⁵ Con ello pretende haber esquivado la falacia naturalista.

En esta línea, para Stevenson, la palabra “bueno” tiene un significado emotivo “laudatorio” que expresa un interés favorable. Este autor separa nítidamente entre hechos y valores éticos, haciendo hincapié en la antigua idea formulada por Hume de que no es lógicamente posible pasar de los unos a los otros.²⁶ La lógica de la ética, a su juicio, no pertenece ni a la lógica deductiva ni a la lógica inductiva. Es una lógica peculiar en la que la relación entre las premisas y la conclusión es de índole psíquica más que lógica, y es con la lógica de los imperativos con la que presenta una mayor afinidad. Stevenson distingue entre desacuerdos en cuanto a las *creencias*, que cree posible abordar con métodos racionales, y desacuerdos en cuanto a las *actitudes*, los cuales sólo es posible disolver recurriendo a la persuasión.²⁷

No cabe situar a Olivecrona en esta orientación emotivista, pero su pensamiento sobre la materia entronca con ella a través de la Escuela de

²³ Cfr. Moore, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1903, pp. 10 y ss.

²⁴ Cfr. Ayer, A. J., *Language, Truth and Logic*, 1936. Aquí se ha consultado la versión española *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. de M. Suárez, Barcelona, Martínez Roca, 1971, p. 126.

²⁵ Cfr. *ibidem*, p. 131. Para Alf Ross, destacado realista escandinavo, la ética debe transformarse en “etología”, que es una ciencia sobre el comportamiento empírico. Cfr. Ross, A., *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntnis. Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft*, Copenhagen-Leipzig, Levin & Munksgaard-Felix Meiner, 1933, p. 436.

²⁶ Cfr. Stevenson, C. S., *Ethics and Language*, 1944. Se ha manejado la versión española *Ética y lenguaje*, trad. de E. A. Rabossi, Buenos Aires, Paidós, 1971, pp. 147-149.

²⁷ Cfr. *ibidem*, p. 134.

Uppsala que, dentro de un movimiento antiidealista más amplio, ya había avanzado algunas ideas de esta índole.²⁸ En particular, Stevenson reconoce haber leído a Hägerström.²⁹ Olivecrona, más preocupado por el derecho que por la ética no se interesó por las teorías de Russell, Ayer o Stevenson. Cualquier coincidencia con ellos deriva, pues, de la común aplicación del método empirista a la esfera de la conducta. Por ello no es claro que Olivecrona asumiera la tesis el significado emotivo de las palabras, aunque parece vislumbrarse en alguno de sus escritos. Así, cuando escribe:

Del modo como la palabra [derecho] es usada, parece que significa un poder. Tener un derecho es imaginado como ser capaz de hacer algo, o reclamar algo. Pero tal poder es inaprehensible, y su naturaleza, parece que no puede ser adecuadamente descrita sin la palabra “derecho”. *Algo se pierde cuando otras palabras son usadas.*³⁰

Si hay “algo” que se pierde cuando esta palabra deja de usarse, y si esa palabra carece de referencia a la realidad exterior, ese algo podría tener carácter subjetivo o emotivo.

En otra ocasión escribe lo siguiente:

Cuando, por ejemplo, calificamos las acciones como buenas o malas, aparentemente adscribimos la propiedad de bondad o maldad a ellas. Sin embargo, es obvio que tales propiedades no pueden ser detectadas en las acciones entre sus propiedades naturales. *La cualificación representa nuestra propia actitud emocional; carecería de sentido describir una acción como buena o mala si fuera a dejarnos totalmente pasivos. Las proposiciones sobre la bondad o maldad están provistas de significado [meaning] a través de los correspondientes sentimientos.*³¹

Posteriormente, en 1962, esta idea es expresada de la siguiente manera:

Palabras como padre, madre e iglesia hacen referencia a los hechos; *a esto se añade un significado emocional [emotional significance]*. Pero ¿por qué no podríamos

²⁸ A la cabeza de esta Escuela filosófica, así como de su vertiente jurídica, el realismo escandinavo, encontramos a Axel Hägerström, cuya obra fundacional podría ser Hägerström, A., *Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. I: Die Realität*, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1908.

²⁹ Dicho emotivismo puede apreciarse, por ejemplo, en Hägerström, A., “The Conception of a Declaration of Intention in the Sphere of Private Law”, en Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (1935), trad. de C. D. Broad, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1965, p. 303: “ciertas palabras o formas verbales, por otra parte, sirven en el intercambio social como medio para despertar cierta actitud práctica o emocional”.

³⁰ Olivecrona, *Law as Fact, cit.*, p. 121. Cursivas añadidas.

³¹ “Realism and Idealism”, *op. cit.*, p. 130. Cursivas añadidas.

tener nombres sin tal referencia? Esta posibilidad no puede ser excluida *a priori*. Es verdad que, en apariencia, los nombres siempre se refieren a realidades. El objeto referido puede, por supuesto, existir solamente en la imaginación, como un centauro. Pero ¿por qué no podría ser que el objeto no existiese siquiera en la imaginación?³²

En cuanto al lenguaje específicamente jurídico, Olivecrona afirma que para conseguir regular el comportamiento social es necesario “algo más” que la mera comunicación (descriptiva) de la representación de ciertas conductas. Imaginar, ejemplifica, una situación en la que dos conductores van en direcciones opuestas, cada uno por su derecha, no equivale a representarse ninguna regla. Una regla expresa una conducta que *debe ser*. Y éste consiste en el “*sentimiento* de que cierto patrón de conducta tiene que observarse cuando se verifica la ocasión”.³³

Más allá de estas referencias, normalmente Olivecrona se limita a expresar la idea de que las nociones jurídicas no significan nada en absoluto,³⁴ lo que no es necesariamente incompatible con una teoría emotivista del significado del lenguaje jurídico si entendemos que “nada” hace referencia a una realidad extramental objetiva.

III. VERDAD O CORRECCIÓN DEL LENGUAJE JURÍDICO

Por lo que se acaba de decir, parece que si los términos jurídicos nada significan, los enunciados que los contengan carecerán igualmente de sentido, por lo que de ellos no se podrá decir si son verdaderos o falsos. Por ejemplo, si “derecho” no significa nada, “tengo un derecho” será un enunciado que nada dice. Sin embargo, como también se ha dicho, los términos jurídicos tienen una función directiva cuya fuerza radica en el carácter emotivo de dichos términos. Entonces, los enunciados jurídicos sí pueden ser eficaces o ineficaces. La paradoja está en que, para ello, es preciso que se crea que dichos enunciados son verdaderos, lo que, a su vez, implica creer que dichos términos son significativos. En efecto, escribe Olivecrona: “La proposición «ésta es la propiedad de A» puede tener su efecto psicológico solamente si se entiende que es verdadera (*true*)”.³⁵

³² Olivecrona, “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 170. Primera cursiva añadida. Aunque la palabra *significance* puede tener el sentido de trascendencia, parece más adecuado en este contexto traducirla por “significado”.

³³ Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 115.

³⁴ *Cf. ibidem*, p. 191.

³⁵ “The Legal Theories...”, *op. cit.*, p. 145.

Pero se trata sólo de una creencia, porque los términos jurídicos nada significan para Olivecrona. Por eso dice que “se entiende” que es verdadera o, más adelante en la misma página, “que se supone verdadera”. La explicación es empírica. Si el lenguaje jurídico ha de guiar la conducta humana es preciso que sus destinatarios *se sientan* emocionalmente interpelados por él.

Un modo de hacer creer que sus enunciados son verdaderos es fundamentarlos en reglas válidas de un sistema normativo. J. L. Austin señala que para “hacer cosas” con palabras —que en su caso es algo más que el mero causar efectos empíricos— es preciso que la dicción de esas palabras se ajuste a determinadas reglas. Así escribe:

(A. 1) Ha de haber un procedimiento convencional aceptado, con un efecto convencional, que incluya la expresión de ciertas palabras por ciertas personas en ciertas circunstancias, y, además,

(A. 2) las personas particulares y las circunstancias en un caso concreto deben ser apropiadas para la invocación del procedimiento particular al que se ha recurrido.

(B. 1) El procedimiento debe ser ejecutado por todos los participantes tanto correctamente como

(B. 2) completamente.

(Γ. 1) Donde, como a menudo, el procedimiento es designado para el uso por personas que tienen ciertos pensamientos o sentimientos, o para la creación de cierta conducta por parte de algún participante, entonces una persona que participa y recurre así al procedimiento debe, de hecho, tener esos pensamientos o sentimientos, y los participantes deben tener la intención de conducirse así, y, además,

(Γ. 2) deben realmente conducirse así en lo sucesivo.³⁶

Olivecrona tiene en cuenta ambos tipos de condiciones: formales (las encabezadas por Austin con la letra A) y de eficacia (las agrupadas por Austin bajo la letra Γ), pero sólo considera esenciales las segundas. Así, un enunciado legal producirá efectos sobre el comportamiento social si, por un lado, se han seguido “ciertas formalidades que acaban con la firma del texto [promulgación] por la persona encargada de esta función”,³⁷ y si, por otro lado, existe un hábito (psicológico) de obedecer las normas jurídicas.³⁸ Pero lo esencial es lo segundo. Para que se produzcan los efectos correspon-

³⁶ Austin, J. L., *How to do Things with Words*, Londres, Oxford University Press, 1962, pp. 14 y 15. Aunque aquí se ha manejado el texto en inglés, existe versión castellana: *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*, trad. de G. R. Carrió y E. A. Rabossi, Barcelona, Paidós, 1990.

³⁷ Olivecrona, “The imperative Element in the Law”, *Rutgers Law Review*, 1963-1964, p. 806.

³⁸ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact, cit.*, p. 154.

dientes no es preciso que los enunciados jurídicos sean verdaderos, sino que *se crea* que son verdaderos.³⁹ Esto no es suficiente para Austin. Para él, una expresión inadecuada que quebrante el procedimiento convencional establecido al efecto *impide* la realización del acto pretendido.⁴⁰

La razón por la que esto es así arroja luz sobre la fundamental diferencia que existe entre ambos. Para Austin, las palabras producen tres clases de efectos: *locucionarios*: el mismo decir algo; *perlocucionarios*: causados *por* decir algo (por ejemplo, la alegría de mis herederos), e *ilocucionarios*: lo que se *hace* cuando se dice algo (por ejemplo, un testamento, una promesa, una amenaza, un préstamo, etcétera). Es decir, para Austin, uno no sólo *dice* y, eventualmente, *ocasiona*, sino que también *hace* algo.⁴¹ Pero Olivecrona no considera esta última dimensión del lenguaje, y sólo tiene en cuenta los efectos psicosociales de las palabras (o sea, los perlocucionarios). Pensar que se hacen cosas con palabras (por ejemplo, hacer a alguien rey) es, para él, creer en la magia. Los efectos jurídicos, según Olivecrona, no son efectos ilocucionarios, sino psicofísicos (por ejemplo, el hijo romano vendido tres veces no *se hace libre*, sino que *es considerado libre*).⁴²

Posteriormente, en 1971, Olivecrona afina su terminología y deja de hablar de «verdad», para pasar a hablar de “corrección”. Esto le permite distinguir entre ambos términos. A su juicio, no se puede hablar de verdad en relación con el derecho: “La cuestión de la verdad es tan inútil en relación con las oraciones emotivas como en relación con las oraciones que tienen por fin inducir a cierto comportamiento, como las órdenes”.⁴³

Una afirmación acerca de la composición mineral de una roca puede ser verificada examinando la roca, pero una afirmación acerca de su titularidad no puede realizarse examinando la roca. La verificación, en este caso,

³⁹ Además de la cita anterior, *cf.* “Legal Language...”, *op. cit.*, p. 184.

⁴⁰ *Cf.* Austin, *How to do Things with Words*, *cit.*, pp. 15 y ss.

⁴¹ *Cf. ibidem*, p. 101.

⁴² *Cf.* Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, pp. 221 y ss. Olivecrona no maneja las nociones wittgensteinianas de “seguir una regla” y “juego de lenguaje”. Sobre estos conceptos, *cf.*, por ejemplo, Sánchez Cámara, I., *Derecho y lenguaje. La filosofía de Wittgenstein y la teoría jurídica de Hart*, Universidad de La Coruña, 1996, pp. 28 y ss. Parafraseando a Wittgenstein, el error de Olivecrona podría estar en “buscar una explicación allí donde deberíamos ver los hechos como «protofenómenos». Es decir, donde deberíamos decir: *éste es el juego de lenguaje que se está jugando*”. Wittgenstein, L., *Philosophical Investigations*, Anscombe, G. E. M. (ed.), 1945. Aquí se ha manejado la versión castellana *Investigaciones filosóficas*, trad. de la 3a. ed. (1967) de A. García Suárez y U. Moulines, Barcelona, Crítica, 1988, par. 654. En otras palabras, es una manera de hablar, y su veracidad no se puede establecer empíricamente, sino atendiendo al juego del lenguaje propio del derecho. Esto es lo que lo lleva a introducir la noción de “corrección”, de la que se trata a continuación.

⁴³ “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 184.

atiende a las normas jurídicas y a los títulos que permiten realizar la atribución. Si, de acuerdo con ellas, Ticio es propietario de la roca, la afirmación es *correcta, pero no verdadera*: “Corrección —escribe— significa estar de acuerdo con el derecho”.⁴⁴ Se trata de comprobar que Ticio haya adquirido la roca según uno de los modos de adquisición previstos en la ley; que tenga capacidad de obrar; que la roca está libre de cargas, etcétera.

De acuerdo con este sentido, las afirmaciones acerca de la “existencia” de derechos, deberes y otras cualidades jurídicas que son realizadas con el fin de dar información pueden valorarse como correctas o incorrectas. Si se entiende que son correctas, se confía en ellas, y se cree haber adquirido cierta información, con arreglo a la cual se actúa: “la corrección —escribe— se requiere para que tales enunciados tengan influencia en el comportamiento. Frases como «esto es mío» o «esto pertenece a A» no pueden ser influyentes si no son vistas como correctas”.⁴⁵ No es un hecho empírico que yo posea una casa, o que una pareja esté casada, o que alguien sea juez o presidente.⁴⁶ Así, dado el enunciado “N. es presidente del país P”, si queremos determinar su corrección, recurrimos a la constitución de P, donde se establece cierto modo de elegir presidente. Posteriormente comprobamos que N. ha sido elegido por este camino y que todo el mundo le toma como tal presidente, de tal forma que la sociedad actúa de acuerdo con esta creencia.

Olivecrona se plantea qué pasaría si este lenguaje con estas consecuencias no existiera. Ello supondría —responde— que el enunciado “N. es presidente de P” perdería todo significado, y equivaldría al de un lunático que se creyera el emperador de la China. La cualidad de ser presidente —concluye— no existe, “únicamente hay un uso regularizado del lenguaje según el cual N. es presidente y una serie de consecuencias sociales”.⁴⁷

Esta función sociolingüística del derecho es una de las piezas clave de la maquinaria jurídica. Corrientemente se piensa que el titular de un derecho o potestad tiene realmente ese derecho o potestad, como el de ser presidente. Se *cree* que N. es efectivamente presidente de P. La confirmación se puede realizar a través de las reglas constitucionales. Pero esto, al historiador, objeta Olivecrona, no le interesa. A él no le interesa este tipo de *verdad*. A él, lo que realmente le importa es si durante cierto periodo el poder fue *efectivamente* ejercido por N. Lo que tiene que hacer el historiador, por tanto, es describir cómo funcionaba de hecho la maquinaria jurídica. ¿Era Napoleón legítimo emperador de Francia o simplemente detentaba el

⁴⁴ Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 197.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 259.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 266.

título? Como emperador fue efectivamente considerado desde 1804 hasta 1815. Sin embargo, para los borbones y para los exiliados era un usurpador. Según Olivecrona, no se puede decidir quién tenía razón. Únicamente cabe describir qué decía y hacía la gente. La distinción entre verdad y corrección es fundamental, opina, cuando se quiere realizar una aproximación *científica* a la cuestión, tratando de poner en armonía los datos del mundo jurídico con los que provienen del mundo de los hechos.⁴⁸

IV. LENGUAJE “PERFORMATIVO” O MAGIA

La teoría de las expresiones “performativas”,⁴⁹ a la que se ha hecho mención en el epígrafe anterior, fue formulada por J. L. Austin en 1946, en un artículo que llevaba por título “Other Minds”.⁵⁰ No obstante, se trata de ideas que habían venido gestándose desde 1939 y que fueron objeto de las clases que impartió aquel profesor en Oxford desde 1952 hasta 1954. Un año después, en 1955, el profesor inglés dictó en Harvard una serie de conferencias, que fueron recogidas en el libro *How to do Things with Words*, publicado más tarde, en 1962.⁵¹ No obstante, un año antes de la publicación de este trabajo apareció un avance suyo en el libro *Philosophical Papers*,⁵² que recogía un debate que fue emitido radiofónicamente en 1956, el cual es citado por Olivecrona en el artículo “Legal Language and Reality” (1962). El profesor sueco pronto mostró interés por la teoría de las expresiones performativas, aunque él afirmaba haber avanzado estas ideas en 1943 siguiendo a Hägerström.⁵³

Una de las tesis principales de *How to do Things with Words* consiste en la afirmación de que un enunciado (*statement*) no sirve únicamente para describir o constatar cierto estado de cosas —descripción o constatación que podría ser verdadera o falsa—, sino que puede también *hacer* otras muchas cosas, tales como expresar deseos, formular preguntas, dictar órdenes, etcétera.

⁴⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 266 y 267. Sin embargo, esta distinción es relativa, pues la corrección que nos muestra no es el resultado de un proceso demostrativo, sino la que es tenida por tal. Es decir, lo que importa no es tanto que la elección de N. haya sido objetivamente correcta, sino que sea considerada como correcta, lo cual se puede comprobar empíricamente.

⁴⁹ Aunque en ocasiones se han traducido como “expresiones realizativas”, se ha generalizado el uso del neologismo “performativo”. Esta palabra (*performative*) también es nueva en la lengua inglesa.

⁵⁰ Austin, J. L., “Other Minds”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 20, 1946, pp. 148-187.

⁵¹ Austin, J. L., *How to do Things with Words*, *cit.*

⁵² Austin, J. L., *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

⁵³ En Olivecrona, *Domen i tvistemål*, Lund, 1943, p. 69 (citado en Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 134). Se refiere a lo que entonces denominó “imperativos de existencia”, cuya función era crear derechos y obligaciones.

Olivecrona adopta esta tesis para dar más clara expresión a la suya, pero sin abandonar la perspectiva psicosocial. El profesor sueco, en su particular interpretación, equipara el lenguaje performativo con el lenguaje mágico. Olivecrona afirma que el derecho surge originalmente en un contexto mágico-religioso. En su opinión, “el sentido de todo enunciado performativo es, de hecho, mágico”,⁵⁴ porque su propósito es el de crear relaciones de carácter no físico y, por ende, no real a través de la pronunciación de ciertas palabras.⁵⁵ Este lenguaje no busca describir nada y a nada hace referencia. Únicamente pretende hacer cosas a través de palabras. Éstas, en consecuencia, no pueden ser ni verdaderas ni falsas.⁵⁶ Tomando ejemplos de Austin, Olivecrona apoya también la idea de que el que bautiza una embarcación mediante las palabras “yo bautizo este barco como *Queen Mary*” no está describiendo lo que hace, sino que simplemente *está bautizando* el barco, esto es, está haciendo algo. Análogamente, cuando alguien pronuncia en una boda el “sí, quiero”, no está informando acerca de un matrimonio, sino que *está contrayéndolo*. Por último, cuando se dice “te hago entrega de este reloj”, el donante no está describiendo el acto de la donación, sino que *está donando*. Para Austin, estas palabras tampoco son ni verdaderas ni falsas, pero eso no quiere decir que carezcan de sentido.⁵⁷

Olivecrona se pregunta acerca de su significado y lamenta que Austin no se ocupe específicamente de esta cuestión. También echa de menos un tratamiento de la naturaleza de los supuestos efectos no psicológicos de los actos rituales. Olivecrona critica que Austin no se plantee qué significa que haya sido bautizado un barco, casado una pareja o regalado un reloj. Ésta ha sido la causa, en su opinión, de que el profesor de Oxford haya perdido de vista un elemento fundamental en este tipo de actos: el que su finalidad es producir una serie de supuestos efectos no psicológicos. Por eso, critica Olivecrona, Austin acaba admitiendo como performativas expresiones como “te felicito”, “te advierto” y otras, que no están llamadas a producir tales supuestos efectos no psicológicos, por lo que la categoría de las expresiones performativas se acaba diluyendo.⁵⁸

A pesar de que Olivecrona se vale de la teoría austiniana de las expresiones performativas para explicar su teoría, señala a su maestro Hägersström en el origen de ella: “él hablaba —escribe— de magia donde otros

⁵⁴ “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Cf. ibidem*, pp. 168 y 169, 187 y 188.

⁵⁷ *Cf. Austin, How to do Things with Words, cit.*, p. 4.

⁵⁸ *Cf. Olivecrona, Law as Fact, 2a. ed., cit.*, pp. 234-237.

hablan ahora de expresiones performativas”.⁵⁹ Para maestro y discípulo, “la creencia en la magia es común a todos los pueblos «primitivos»”.⁶⁰ Mágica es la explicación de la creación del mundo (“¡hágase la luz!”); mágicas son las ceremonias para conseguir la fertilidad del suelo; para curar enfermedades; para infligir el mal en el enemigo; para aplacar la ira de los dioses; para producir efectos invisibles; para investir de poderes misteriosos a una persona; para hacer peligroso atravesar un límite, etcétera.⁶¹

Olivecrona analiza diversos ejemplos históricos. Cuando los noruegos colonizaron Islandia, en el siglo XIX, tenían un modo mágico de determinar el lugar en que cada familia debía afincarse. Este modo consistía en echar al mar, desde sus embarcaciones, los simulacros de madera en que se creía que sus respectivos dioses domésticos moraban. El lugar en que recalaban era el indicado para que cada familia se instalara. Del mismo modo, el procedimiento para asignar lotes de terreno tenía también carácter mágico. Se realizaba disparando flechas encendidas sobre el terreno que iba a ser apropiado. El sentido de este acto radicaba en la creencia en que, de este modo, se adquiriría un poder mágico o místico sobre la cosa. Olivecrona no tiene duda acerca del carácter mágico de todas estas ceremonias.⁶²

Hay, a su juicio, numerosos ejemplos de adquisiciones jurídicas a través de ceremonias mágicas. Otro ejemplo son los Kikuyu, de Kenia. Esta tribu, nos informa Olivecrona, era vecina de una tribu nómada, que era muy exigua y podía ser fácilmente despojada. Pero los Kikuyu no la despojaron porque estaban convencidos de que los dioses les dispensaban protección. Lo que hicieron fue, por el contrario, llegar a un acuerdo por el cual se daban a los respectivos dioses en mutua adopción, con el fin de hacerlos comunes. Una vez hecho esto, se procedió al deslinde de los campos, lo que se verificó con los correspondientes sacrificios a los dioses y a los antepasados.⁶³

Los romanos, en su opinión, también compartían este tipo de creencias mágicas. La compraventa, en particular, constituía un contrato solemne que exigía el cumplimiento riguroso del procedimiento establecido. Entre otros requisitos formales, el adquirente debía pronunciar las palabras “mihi emptus esto”, de carácter claramente imperativo. Para Olivecrona, nos encontramos ante un caso claro de magia verbal: “¿qué otra cosa —se pregunta—

⁵⁹ “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 175.

⁶⁰ Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 226.

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Cfr.* “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 176.

⁶³ *Cfr.* Leakey, L. S. B., *Mau-Mau and the Kikuyu*, 1953, pp. 2 y ss., *cit.* en Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 226.

sino la magia va a producir un efecto a través de palabras solemnemente recitadas durante un acto ritual?”⁶⁴

En cuanto al derecho medieval, Olivecrona menciona cierta ceremonia matrimonial sueca, que analiza para confirmar su tesis. Entre otros elementos, dicha ceremonia contaba con una parte que consistía en recitar una fórmula aliterativa, en cuya virtud la novia era entregada al novio y recibía todos aquellos bienes matrimoniales que en la época se estimaban propios del ama de casa (*Hausfrau*). Esto se producía junto con el banquete de bodas, que a buen seguro, interpreta Olivecrona, tenía originalmente un carácter ritual, como indica el hecho de que la novia debía ocupar el llamado asiento de la novia (*Brautsitz*), que se consideraba como sagrado.⁶⁵ La ceremonia matrimonial sueca, explica, era originalmente una ceremonia pagana que posteriormente fue cristianizada añadiendo la mención de la Santísima Trinidad. En su opinión, si la ceremonia hubiera sido creada bajo el influjo del cristianismo, habría tenido, sin duda otro carácter, y el oficiante habría sido un sacerdote. La Iglesia, en su opinión, sólo pudo añadir la aludida mención.⁶⁶

Este carácter mágico también está presente en la institución sueca de la *taga konung* (elección real). Las semejanzas con la ceremonia matrimonial son muchas. Así como en ésta una mujer es investida en la condición de ama de casa, análogamente, en aquélla, un hombre es “tomado” o elegido para ser investido como rey. Si la novia se sitúa en un asiento especial, el príncipe electo se sienta en el trono (a veces sobre la piedra sagrada). A la novia se le confiere el nombre de “ama de casa” y al príncipe electo el de “rey”. Las fórmulas rituales son fáciles de retener en la memoria, e indican los deberes que conlleva el nuevo estatus: en el caso de la mujer se insiste en su condición de ama de casa y en la participación en los bienes del matrimonio; en el caso de la coronación se pone el acento en que el reinado sea en beneficio del pueblo. Por último, la remoción del rey se hace mediante un *actus contrarius*, y ése parece ser también el caso del matrimonio.⁶⁷

Los realistas escandinavos recurren a estos presuntos orígenes mágico-religiosos para explicar la fuerza sugestiva del lenguaje jurídico. Según Hägerström, la señora que compra pescado en el mercado realiza un acto

⁶⁴ Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, pp. 229 y 230.

⁶⁵ Cfr. Olivecrona, *Das Werden eines Königs nach altschwedischem Recht. Der Königsritus als magischer Akt*, trad. de K. Wührer, Lund, Gleerup, 1947, pp. 23 y 24.

⁶⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 24 y 25.

⁶⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 25 y 26.

de magia.⁶⁸ El lenguaje jurídico no describe nada, pero sí pretende hacer cosas con palabras.⁶⁹

Tomemos nuevamente el ejemplo del matrimonio. ¿A qué realidad se refiere la palabra “matrimonio”? Podría pensarse que se corresponde con una situación en la que un hombre y una mujer viven juntos. Pero un hombre y una mujer pueden vivir juntos no estando casados, y viceversa, pueden estar casados y vivir separados. Así, pues, el matrimonio es algo que está más allá de la efectiva o inefectiva vida marital. Se trata, afirma, de una unión espiritual, “un ejemplo entre otros de la idea de una entidad metafísica creada por algunos hechos jurídicos”.⁷⁰ Pero esto es lo mismo que decir que carece de realidad —si bien no de función—.

Para Olivecrona, las expresiones performativas son imperativos formulados en modo indicativo. Su finalidad no es constatar algo, sino hacer que suceda algo. En el ejemplo anterior, *se casa* a dos personas. La fórmula “yo os declaro marido y mujer” es, por tanto, un imperativo velado.⁷¹ Tiene carácter impersonal, es un imperativo no dirigido a nadie. Cuando se bautiza un barco como *Queen Elizabeth* no se ordena nada a nadie. Tampoco cuando se dona un reloj.⁷² Simplemente se actúa sobre la realidad.

Esto suscita dos cuestiones: *a*) si es posible la existencia de un imperativo no dirigido a nadie, y *b*) cuál es la naturaleza de los efectos producidos por esta clase de imperativos.

a) En lo que se refiere al destinatario, para Olivecrona es un prejuicio pensar que un imperativo siempre tiene por objeto una conducta.⁷³ El lenguaje muestra muchos ejemplos de casos en que esto no es así. Así, los que imponen un sentimiento (por ejemplo, “ama al prójimo”)⁷⁴ o los que carecen de destinatario (por ejemplo, “haya luz”). Este tipo de lenguaje no es exclusivo del lenguaje religioso. Son comunes también en el lenguaje jurídico. La ley de las XII Tablas establecía: *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*. Según Olivecrona, estamos ante un precepto que no se dirige a nadie. Ni se refiere al padre ni se refiere al hijo; sólo dispone un cambio

⁶⁸ Cfr. Hägerström, “Vergleich zwischen den Kraftvorstellungen der primitiven und modernen Kulturvölker”, *Festschrift für Grotenfält*, Helsinki, 1933, p. 84, citado en “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 175.

⁶⁹ Cfr. “Legal Language and Reality”, *op. cit.*, p. 177.

⁷⁰ *Law as Fact*, *cit.*, p. 549.

⁷¹ Cfr. Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, p. 218.

⁷² Cfr. *ibidem*, p. 219.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Idem*.

en el estatus del hijo. Éste se convierte en libre si se verifica que su padre lo ha vendido tres veces. En la misma ley se dice: *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*. Este precepto tiene como finalidad convertir al patrón que defrauda en *sacer*, que es una especie de proscripción. Por último, en esta misma fuente, se dispone: *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nupassit, ita ius esto*. Con esta fórmula se pretende, sin mandar a nadie en concreto, otorgar imperativamente fuerza jurídica a determinadas declaraciones hechas con ocasión de la *mancipatio*.⁷⁵

Olivecrona pone más ejemplos. Según Gayo, la fórmula adecuada para la institución de heredero es *Titius heres esto!* Esta fórmula no se dirige a nadie, sino a la misma institución de heredero. Igualmente, la mencionada ceremonia sueca de elección real (*taga konung*) tiene por fin investir al elegido en la regia condición. La Constitución de los Estados Unidos, a su vez, dispone indeterminadamente que el Poder Legislativo residirá en el congreso y que el Poder Ejecutivo recaerá en el presidente. Se trata de disposiciones que no constituyen órdenes, pues no se dirigen a nadie, sino que se limitan a atribuir ciertos poderes. Los ejemplos se multiplican. En el nombramiento de juez, se dice: “N. será juez”, lo que tiene la virtud de investir a N. en esta nueva condición, de que carecía hasta ese momento. La conclusión que extrae Olivecrona es que no sólo es posible, sino muy habitual, la existencia de imperativos sin destinatario.⁷⁶

b) Por lo que se refiere a la *naturaleza* de los efectos producidos, es claro para Olivecrona que sólo puede tratarse de efectos de orden psicosocial. La ley no tiene la virtud de conformar directamente por sí misma el orden social, sino que opera mediante mecanismos psicológicos, a través de la mente de los ciudadanos.⁷⁷ La Ley de las XII Tablas gozaba de gran veneración entre los romanos. En consecuencia, éstos creían realmente que la triple venta del hijo le hacía libre; que el patrón fraudulento se convertía en proscrito y que una simple declaración instituía herederos. Para ellos se trataba de cualidades reales y efectivas, por lo que modulaban su comportamiento en función de ellas. Es sólo una cadena de causas y efectos:

Las palabras de la ley están visibles en las tablas expuestas en el foro. Existe una reverencia general hacia esta ley. Todo el mundo se siente obligado a obedecer el Derecho. Se producen ciertos acontecimientos, como las tres man-

⁷⁵ Cfr. *ibidem*, pp. 219 y 220.

⁷⁶ Cfr. *ibidem*, pp. 220 y 221.

⁷⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 221 y 222.

cipaciones de un hijo. Se considera que la situación jurídica ha sido modificada. Por tanto, uno debería obrar de cierta manera [respecto de ese hijo].⁷⁸

Ahora bien, lo curioso es que todavía hoy esas creencias mágicas permanecen de algún modo. Porque hoy en día, explica Olivecrona, sigue siendo habitual creer que los derechos, obligaciones y otras cualidades jurídicas son creados, modificados o extinguidos a través de determinados hechos operativos, que dan lugar a un mundo suprasensible de derechos, obligaciones y cualidades jurídicas. Esto nos parece de lo más natural porque estamos acostumbrados a esta manera de pensar y de hablar. El caso es que no nos paramos a reflexionar sobre esta clase de lenguaje performativo. Nos limitamos a usarlo con fines prácticos. Sólo los filósofos y los científicos del derecho tienen que habérselas, añade, con las enormes dificultades teóricas que envuelve esta cuestión.⁷⁹

Como es fácil de suponer, Olivecrona no puede aceptar que la naturaleza de los mencionados efectos jurídicos sea de carácter suprasensible. Desde un punto de vista realista sólo puede tratarse de efectos de carácter psicosocial. Pensemos en el mencionado ejemplo del bautizo del barco. El acto consiste en que la esposa del presidente de la compañía deja caer la botella de champán sobre el casco, de manera que el barco, al romper aquélla, toma el nombre *Queen Elizabeth*. En virtud de este acto, todo el mundo pasa a llamar al barco *Queen Elizabeth*. Pero imaginemos la hipótesis de que un activista arrebate la botella en el último momento y la estrelle contra el barco diciendo: “bautizo este barco como Generalísimo Stalin”. En este caso, la gente no se sentiría concernida con el falso bautizo y no llamará al barco Generalísimo Stalin. Para Olivecrona, “la diferencia radica en el efecto de la oración performativa en otras mentes”. Mientras que todo el mundo está condicionado para aceptar el nombre oficial, no sucede lo mismo en el otro caso. Existe una costumbre establecida según la cual sólo la persona autorizada puede bautizar el barco.⁸⁰ Por tanto, escribe, “el efecto es psicológico; depende de la predisposición de las personas a responder de modo uniforme al acto; a saber: a usar un cierto modo de hablar en relación con el barco”.⁸¹ No hay una vinculación objetiva entre el nombre y el barco. El único fenómeno real es la efectiva conducta de las personas que usan el nombre para referirse al barco. Lo mismo sucede con el matrimonio. Tras la

⁷⁸ *Ibidem*, p. 222.

⁷⁹ *Cfr. ibidem*, p. 224.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Ibidem*, p. 225.

ceremonia, la consideración social de los novios cambia. Se trata de un efecto psicológico “instantáneo y de gran alcance”. En realidad, no se ha creado ningún vínculo místico ni suprasensible. El matrimonio, escribe Olivecrona, tan sólo “consiste en cierto lugar en el contexto social, que depende de la reacción uniforme de la gente hacia la ceremonia matrimonial. Elimínese esta reacción, y las palabras performativas resultarán vanas”.⁸² Ningún efecto jurídico como tal surge de la ceremonia matrimonial. Simplemente, se aplica otro juego de reglas: las referidas a las personas casadas. “En último término — escribe — todos los efectos reales son psicológicos”.⁸³

La exposición concluye de este modo:

Es evidentemente un sinsentido atribuir efectos psicológicos a expresiones verbales. Pero, desde un punto de vista moderno, sería absurdo afirmar que las palabras pudieran tener el poder de crear efectos de cualquier otra clase. No creemos que sea posible “hacer cosas con palabras” en tal sentido. Ésta es, al menos, la opinión científica.⁸⁴

En resumidas cuentas, se afirma que con palabras se hacen cosas. Se trata ésta de una efectiva aportación del realismo jurídico escandinavo a la teoría del derecho. Pero la teoría de las expresiones performativas de J. L. Austin poco tiene que ver con el enfoque adoptado por los escandinavos, sino que requiere un enfoque institucional para ser entendida y desarrollada. Para los escandinavos, “hacer” se reduce a causar.

Por último, conviene aclarar que si bien Olivecrona explica la función de las expresiones performativas al hilo de la creación, modificación y extinción de situaciones jurídicas *subjetivas*, no deja de ser cierto que el lenguaje performativo desempeña también una relevante función en el ámbito del derecho *objetivo*.⁸⁵ En la legislación, por ejemplo, la promulgación tiene importantísimos efectos. A través de ella, un mero texto es transformado en una ley válida y vinculante. Cuando un jefe de Estado pone su firma en un proyecto de ley, además de escribir en él su nombre de propia mano, lo transforma en ley. También en este caso se trata de efectos psicológicos, que

⁸² *Idem*.

⁸³ *Ibidem*, p. 226. Aunque se refiere al acto de matrimonio, puede extenderse a todo acto jurídico en general.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 238.

⁸⁵ *Cfr.* Olivecrona, *Law as Fact*, 2a. ed., *cit.*, pp. 89, 95, 216; “The Imperative Element in the Law”, *op. cit.*, pp. 805 y 806.

dependen de la predisposición de los destinatarios de la ley a sentirse vinculados por ella.

V. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA TEORÍA EMPIRISTA DEL LENGUAJE JURÍDICO. HACIA UNA CIENCIA (VERDADERAMENTE) REALISTA DEL DERECHO

Según Ross, el derecho tradicionalmente ha sido interpretado como un sistema de normas obligatorias que derivan su validez de ciertos principios a priori de justicia. El resultado ha sido un “típico dualismo”, según el cual el derecho pertenece al mismo tiempo al mundo de los hechos empíricos y al metaempírico de las “ideas eternas” o “reino de la validez”.⁸⁶ Ross aboga por hacer derivar la ciencia jurídica hacia un realismo, en sentido empirista, que supere esta dualidad, al reducir todas las categorías jurídicas al mundo del ser.

Pero este proyecto no es en el fondo tan realista como pretenden Ross y el resto de los escandinavos. En última instancia, el sedicente realismo escandinavo acaba chocando con la realidad de las cosas. Tomado en serio, esto es, hasta sus últimas consecuencias, aboca irremisiblemente al absurdo. Por eso, como ha señalado agudamente Ollero, el empirismo escandinavo es —tiene que ser— un realismo “a medias”.⁸⁷

Por lo tanto, como se ha visto, los términos jurídicos nada significan, de modo que los enunciados jurídicos que los usan nada dicen. Los términos jurídicos tienen que ver con el mundo del deber ser, pero he aquí que este mundo no existe. Y reducidos a un mero ser fáctico, nada significan. El problema es que esta conclusión es demasiado radical, porque entonces no se justifica en absoluto la función directiva del derecho a través del lenguaje jurídico, como vamos a tratar de indicar siguiendo a Massini.

En efecto, el realismo escandinavo, se afirma desde sus filas, retira el «velo de las palabras» desposeyéndolas de todo su misticismo, negando la existencia de presuntos vínculos o poderes sobrenaturales. Lo que queda tras el análisis es sólo una compleja maquinaria que funciona porque los sometidos a ella la hacen funcionar bajo la *falsa creencia* de que dicha máquina *debe* funcionar. Pero, como ha señalado Ollero, esto lleva a que el derecho funciona mientras que los que lo hacen funcionar sigan engañados y no se

⁸⁶ Cfr. Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. de J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 12.

⁸⁷ Ollero, Andrés, “Un realismo a medias: el empirismo escandinavo”, *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 25, 1984, *passim*.

comporten de un modo *realista* —en sentido empiricista—. ⁸⁸ Por eso, sus mayores exponentes (Hägerström, Lundstedt, Ross y Olivecrona) llegan a la conclusión de que es mejor que la máquina del derecho siga funcionando. ⁸⁹ En consecuencia, conviene que nadie se pregunte por qué tiene que seguir funcionando, ironiza Ollero. La razón es clara. Si observamos cierta conducta porque creemos que debemos observarla, pero resulta que en el fondo no tenemos ese deber, ¿por qué seguir observándola? Sólo queda la razón de la coacción, pero esta razón es operativa mientras esa coacción es eficaz y eso depende justamente del grado de adhesión al sistema. Si éste cae en bloque, la coacción es impotente.

Si las radicales consecuencias prácticas del realismo escandinavo no son siquiera asumidas por sus propios exponentes, ello puede ser señal de que su enfoque no es el correcto. No podemos plantear en estas líneas una ontología alternativa, pero sí que resulta posible efectuar algunas consideraciones acerca del lenguaje jurídico que eventualmente nos sitúen en el camino de salida de esta aporía.

Olivecrona maneja una noción limitada de significado. Significar para él significa designar, y designar para él significa referencia a una realidad de carácter meramente empírico. Esto es un realismo *a medias* porque no capta toda la realidad. Como señala Massini, siguiendo a Kalinowski, el lenguaje puede estar referido tanto a entes sensibles, como a entes intencionales o de pensamiento. ⁹⁰ Estos entes intencionales, a su vez, pueden ser de dos tipos: o bien meros entes de razón, que sólo existen en el entendimiento (por ejemplo, la sirena o el unicornio), o bien entes intencionales cognoscitivos, que se corresponden con una cierta forma o estructura existente en la realidad extramental. Las normas son de este segundo tipo, puesto que son el producto de la actividad *cognoscitiva* del entendimiento. ⁹¹ No designan tanto una cosa material, cuanto una relación formal igualmente real.

⁸⁸ Cfr. *ibidem*, p. 121.

⁸⁹ En Vergara (“Ciencia jurídica, valoración y metafísica. Una cuestión recurrente en el realismo jurídico escandinavo”, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de La Coruña)*, 8, 2004, pp. 921-940), se ha hecho hincapié en que, a pesar del intento de reducir el derecho a un fenómeno de pura fuerza, los escandinavos en última instancia lo hacen orbitar alrededor de ciertos valores, por lo que acaban abogando por él.

⁹⁰ Se trata de entes que no son ni sustancias que existan por sí mismas, ni los meros actos psicológicos por el que éstos son pensados ni objetos que tengan una existencia ideal en el sentido de la fenomenología. Cfr. Massini, Carlos Ignacio, “Lenguaje normativo y derecho natural”, apéndice a Massini, C. I., *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza, Idearium, p. 126.

⁹¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 123-127.

Entenderlo así es el único medio de evitar el absurdo. De otro modo, no hay forma de justificar la obligatoriedad de las normas. Se trata ésta de una cuestión esencialmente moral. Obligatoriedad no equivale a validez. Bulygin y Mendonca, en referencia a Kelsen —que incurre en el error de identificar validez y obligatoriedad—, indican claramente el dilema: o bien se preserva el concepto normativo de validez, pero en tal caso la norma básica ha de ser sustituida por normas o principios *verdaderos*, lo que implica *caer* en el iusnaturalismo; o bien, del lado del positivismo, se rechaza la idea de validez como obligatoriedad. Interpretada de este segundo modo la teoría pura de Kelsen, la ciencia jurídica puede establecer, sí, qué normas pertenecen al sistema jurídico dado, pero *no* prescribir la obligación de obedecer esas normas.⁹²

Massini opta por la primera salida del dilema. Las normas, como se acaba de decir, son producto de la actividad cognoscitiva del entendimiento. Pero si hay conocimiento, indica Massini, hay referencia a la realidad, puesto que sólo se puede construir a partir de algo ya conocido de antemano. Esto significa que las normas también tienen una función designativa y que tienen una referencia a estados reales de cosas, que en este caso están constituidas por relaciones actuales o posibles entre personas y acciones. Por ejemplo, la relación entre una persona con la tortura es de radical disconformidad. La razón tiene la capacidad de captar esta disconformidad y formular el correspondiente juicio de prohibición, que se expresa lingüísticamente a través del correspondiente enunciado “prohibida la tortura”. En este sentido, hay relaciones deónticas que existen por sí mismas, como la mencionada. Por supuesto, esto no excluye las relaciones deónticas establecidas por la ley humana en atención al bien común.⁹³

Esto entronca con lo que señala Tomás de Aquino acerca de las relaciones entre la ley humana y la ley natural. La ley humana puede recoger y concretar las relaciones deónticas naturales, así como determinar a través de una legítima opción las relaciones naturalmente indiferentes.⁹⁴ En el ejemplo de Kalinowski, el legislador puede optar por obligar a circular por la derecha o por la izquierda, pero la disyunción es verdadera en atención a su obligación de velar por el bien común: es bueno circular *o* por la derecha *o* por la izquierda. Es verdad que las relaciones normativas no son de carácter material, pero no por ello dejan de ser reales. Nótese que no es verdad

⁹² Bulygin, Eugenio y Mendonca, Daniel, *Normas y sistemas normativos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 88.

⁹³ *Cfr.* Massini, *op. cit.*, pp. 129-132.

⁹⁴ *Cfr.* Aquino, Tomás de, *Suma de teología*, Madrid, ed. Regentes EPDE, BAC, 1988-1994, I-II, q. 95, a. 2 c.

que la tortura sea mala porque así lo pensemos, sino que así lo pensamos porque es mala. Es un error, como señala Massini, reducir la significación de las normas a su referencia a hechos empíricos. De este modo se deja sin justificación la función que ellas cumplen.⁹⁵ En efecto, bajo una óptica empirista, una norma que obliga no obliga en realidad, sino sólo *dice* que obliga. Por eso, los *realistas* tienen que reducir el derecho a mera coacción. Pero el empirismo no consigue explicar el porqué de esa coacción. Si el derecho se presenta como obligatorio, en realidad miente. Y si miente, la obligación será más bien desenmascarar el derecho, arrancar el velo al que se refieren Bentham y Olivecrona, pero con el fin de destruir a aquél. Al fin y al cabo, si se autodenominan *realistas*, ello es porque al menos tienen un compromiso ético con la verdad o con lo que ellos creen que es verdad. Significativamente no es éste su único compromiso ético, pues también muestran tenerlo con el orden y la paz sociales.⁹⁶

Pero el compromiso ético reclama imperativamente un fundamento. Como indica Massini, es necesario escoger entre una fundamentación de las normas morales o jurídicas objetiva y trascendente al sujeto o la aceptación del carácter ilusorio y artificial de todas las normas éticas. Pero para optar por lo primero es necesario que las normas se fundamenten de algún modo en una realidad objetiva diversa de ellas mismas, por lo que es preciso que las expresiones que las significan designen, esto es, se refieran a esa realidad trascendente. Las expresiones normativas significan inmediatamente una proposición normativa, que es un juicio de naturaleza racional, pero mediatamente se refieren a la realidad de donde esa proposición ha sido abstraída.⁹⁷

En consecuencia, afirma Massini, no es posible justificar racionalmente la fuerza normativa de una regla de conducta que remite sólo a una afección del propio sujeto o de un conjunto de ellos. Una norma cuya fuerza descansa en el propio sujeto carece de fuerza normativa alguna. Los diversos expedientes para justificar su normatividad, tales como el test de universalizabilidad, el del equilibrio reflexivo, los principios liberales, el auditorio universal, diversas versiones del contrato social, etcétera, son sólo intentos de “mediatizar la referencia final ineludible a la actividad del sujeto: lo que se somete a los diversos test justificadores es siempre y en la última instancia las decisiones o afecciones de los mismos hombres que han de quedar sujetos a las normas así justificadas”.⁹⁸

⁹⁵ Cfr. Massini, *op. cit.*, p. 134.

⁹⁶ Cfr. Vergara, *op. cit.*, pp. 929-939.

⁹⁷ Cfr. Massini, *op. cit.*, p. 137.

⁹⁸ *Idem.*

Obviamente, todas estas consideraciones son imposibles sin una consideración teleológica de la naturaleza humana. El *designatum* de las normas es, en efecto, la relación de conveniencia o inconveniencia de determinada acción con el bien humano considerado teleológicamente. Se trata de relaciones reales que son aprehendidas por la razón y formuladas en términos de obligación y de permiso. Como nota Massini, esto equivale a afirmar que no hay salto ilegítimo alguno del ser al deber ser. En efecto, si hay cosas que son buenas o malas en sí mismas por referencia a la mencionada naturaleza, entonces va de suyo que las cosas buenas hay que hacerlas y las malas evitarlas. He aquí el primer principio del obrar humano. Como escribe Tomás:

De ahí que el primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la noción de bien y se formula así: “el bien es lo que todos apetecen”. En consecuencia, el primer precepto de la ley es éste: “El bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse”. Y sobre éste se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, de suerte que cuanto se ha de hacer o evitar caerá bajo los preceptos de esta ley en la medida en que la razón práctica lo capte naturalmente como bien humano.⁹⁹

Con el ejemplo anterior, a la luz de la naturaleza humana, la tortura es mala, luego ha de evitarse. El enunciado normativo que recoja el mencionado juicio deóntico será verdadero y justo; falso e injusto si eventualmente manda la tortura.

He aquí una visión auténticamente *realista* del derecho. Massini ha sintetizado magistralmente esta clásica aproximación al derecho en su libro *Sobre el realismo jurídico*.¹⁰⁰ Frente a una visión sesgada de la realidad jurídica, que queda reducida a puros hechos materiales, el realismo jurídico clásico engloba sin exclusiones toda la multiplicidad de realidades que se manifiestan en el fenómeno jurídico, como pueden ser las leyes, aquello que nos es debido, la facultad de reclamarlo, las sentencias de los jueces, el saber que conoce estas realidades, etcétera. Todo ello es jurídico. Pero, al mismo tiempo, esta aproximación es capaz de captar que no todas estas realidades son jurídicas en el mismo sentido, sino que todas lo son analógicamente o bajo cierto aspecto. Y es capaz de captar al mismo tiempo que de todas esas acepciones hay una que lo es de manera principal, de tal modo que el resto de acepciones son derecho en función de la relación que guardan con ella. Así, el analogado principal del derecho surge de la consideración del dere-

⁹⁹ Aquino, Tomás de, *Suma de teología, cit.*, I-II, q. 94, a. 2 c.

¹⁰⁰ Cfr. Massini, *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978.

cho como realidad práctica. Pero realidad práctica no quiere decir sólo realidad *empírica*, sino esencialmente realidad *justa*. La justicia está en la base del derecho y la justicia se realiza a través de actos concretos y circunstanciados, singulares e históricos. Massini recoge la cita de Hermogeniano, según la cual “es por causa del hombre que existe el derecho”, queriendo significar que el *ius* no tiene su fin en sí mismo, sino en la vida buena del hombre, de modo que al margen de esta función esencial, el derecho pierde el fundamento de su existencia.¹⁰¹ Esto significa que cuando la ley prohíbe la tortura lo hace porque es *verdad* que debe prohibirla.

En definitiva, una visión realista del lenguaje jurídico pasa irremisiblemente por aceptar el carácter realista del lenguaje jurídico.

¹⁰¹ Cfr. *ibidem*, pp. 13-17.

DE LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS A LOS ARGUMENTOS JUSTIFICATORIOS

Rodolfo Luis VIGO*

SUMARIO: I. *El colapso de los métodos interpretativos*. II. *La justificación racional de la decisión judicial*. III. *La nómina de los argumentos*. IV. *Conclusión*.

I. EL COLAPSO DE LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

Mientras se creyó que el derecho era lo contenido en la ley y que a ésta la hacía la voluntad general infalible, resultaba coherente pedirles a los juristas que se limitaran a conocer la ley e identificar al prevaricato con apartarse del sentido de la ley. Esas enseñanzas incluían la confianza en los métodos interpretativos como “caminos” para desentrañar aquel sentido prescriptivo del legislador. Sobre todo a través de los métodos gramatical (centrado en la palabra de la ley), lógico o genético (remitía a lo que quiso decir el legislador) y el sistemático (auxiliarse por el lugar que ocupa la ley dentro del sistema jurídico) se garantizaba el objeto mismo de la tarea del jurista que no era otro que ser la “boca de la ley”. Es cierto que Savigny también apeló al método histórico, pero ello sobre todo por esquemas epistemológicos más que por preocupaciones prácticas, y que Jhering propone tardíamente el método teleológico que alcanza limitada relevancia en la tarea interpretativa controlada por la matriz dogmática.

Pero ya en la segunda mitad del siglo XX (en el que se forja el Estado de derecho constitucional) cuando se reconoce que hay más derecho que el contenido en la ley y que el legislador podía equivocarse, el valor teórico y práctico de la interpretación y sus métodos se desvanecen. Por eso autores como Perelman que paradigmáticamente quedan vinculados a las nuevas teorías de la argumentación jurídica se preocupan por los tipos y fuerza

* Universidad Austral, Buenos Aires.

de los argumentos atento a que el interés reside en que la solución jurídica sea “equitativa, razonable y aceptable”. La atención doctrinaria sobre el razonamiento judicial como modelo del razonamiento práctico se agiganta, incorporando cuestiones nuevas y rupturistas respecto al modelo exegético interpretativo, en particular se consolida la tesis que saber la ley no es saber el derecho y que éste aparece recubierto bajo los rótulos de principios, derechos humanos o tópicos jurídicos.

II. LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL

El colapso de la sinonimia entre derecho y ley implica que ya no puede limitarse la justificación de una decisión judicial a un análisis meramente formal o silogístico. Las teorías de la argumentación alentadas por autores como Wroblewski, Aarnio y Alexy identifican una doble exigencia en la justificación, por un lado la llamada “interna”, regulada por la lógica a la hora de conectar las premisas o enunciados que forman parte del razonamiento judicial, y por el otro, la justificación “externa”, focalizada en los argumentos o razones utilizados para justificar aquellas premisas o enunciados. Nos parece que ese análisis debe incluir la dimensión retórica o persuasiva dado que no basta contar con buenos o pesados argumentos, sino que es importante acompañarlos con lo que puede aportar la retórica como ciencia o arte de la persuasión. Por otra parte, la capacidad del jurista a la hora de medir su rendimiento profesional seguramente está más conectada a la justificación externa o argumentativa que a la interna o lógica.

En buena medida, lo que se le pide al jurista hoy es no sólo que sepa el derecho sino que lo sepa decir (postular, enseñar, asesorar o decidir autoritativamente) por medio de un razonamiento en donde las premisas o enunciados cuenten con los argumentos o razones que los justifican. Pensamos que una síntesis apropiada de ese deber ético judicial de justificar, fundamentar o motivar adecuadamente consiste en “expresar de manera ordenada y clara, razones jurídicamente válidas, aptas para justificar la decisión”(artículo 19, Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica), y esa obligación asegura “la legitimidad del juez, el buen funcionamiento de un sistema de impugnaciones procesales, el adecuado control del poder del que los jueces son titulares y, en último término, la justicia de las resoluciones judiciales”(artículo 18 del mismo Código Modelo).

Como vemos, el trabajo del jurista ha cambiado radicalmente y, en consecuencia, no resulta razonable seguir usando el mismo término para designar realidades distintas. En efecto, ahora se reconoce inicialmente las com-

plejidades e importancia de conocer la verdad de los enunciados fácticos implicados en el caso, y en ese esfuerzo se destaca el papel crecientemente relevante de las ciencias no jurídicas. El segundo momento para el jurista es identificar las respuestas jurídicas disponibles y válidas presentes en el derecho vigente, con la advertencia que habitualmente no hay una sino varias, incluso están aquéllas inéditas en el sentido que aún no las descubrió. Pero luego el jurista tiene que escoger una y brindar persuasivamente las razones o argumentos que justifican dicha elección, conforme a una estructura en la que se respetan las exigencias lógicas y lingüísticas respectivas. En el caso del juez, pesa sobre el mismo el deber ético de elegir la mejor respuesta axiológicamente hablando, dado que “el fin último de la actividad judicial es realizar la justicia por medio del derecho” (artículo 35, Código Modelo de Ética Judicial). En una palabra, estamos hoy muy lejos del proceso centrado en encontrar la norma en donde el jurista subsumirá el caso individual, previo desentrañamiento por los métodos interpretativos del sentido prescripto en aquélla. Más allá que algunos prefieran reconocer a la interpretación como parte de la argumentación jurídica, en la medida que aquélla se requiere cuando tenemos un texto normativo, nos parece que lo decisivo es la lectura integral y diferenciadora en el trabajo profesional del jurista, y a partir de ahí la agenda de la reflexión teórica y los requerimientos planteados para el jurista resultarán muy distintos.

III. LA NÓMINA DE LOS ARGUMENTOS

En la doctrina encontramos diferentes nóminas de argumentos y clasificaciones, incluso con enormes coincidencias. De todas maneras, nosotros también hemos elaborado una, aunque sin ninguna pretensión de originalidad, que exponemos en este punto.

Corresponde advertir inicialmente que en la nómina de los veintisiete “argumentos jurídicos” que siguen es posible constatar que algunos de ellos lo son propio vigore o per se, en tanto su objeto es regular directamente conductas y definir su estatus jurídico, pero por otro lado están aquellos argumentos que son jurídicos per accidens, en tanto asumen tal carácter sólo porque son usados por los juristas con una finalidad jurídica. Otra importante y obvia advertencia es la clasificación que tiene la posibilidad de reformularse de manera que algunos de los argumentos terminen absorbiendo a otro u otros de la nómina, aunque hemos omitido algunos dado su escaso uso o simplemente porque son empleados dentro de aquellos que están incluidos en la nómina (por ejemplo, el argumento a rúbrica o el argumento

sedes materiae quedan abarcados en el argumento genético o el sistemático). Por supuesto que la nómina y el peso de los argumentos dependerán de cada sistema jurídico y, por ende, el detalle que se consigna a continuación remite en buena medida o privilegiadamente —más allá de las posibilidades de generalización— al derecho argentino. El orden en la nómina de los argumentos que nos referimos a continuación no revela jerarquía o importancia entre ellos, y nos limitaremos a concretar una mínima consideración de los mismos con el único objeto de explicar su contenido esencial.

Una última e importante advertencia: es evidente que los argumentos tienen un uso positivo y también otro negativo, pues se les puede usar para justificar o para descalificar un discurso con base en que lo viola o lo ignora. En la nómina siguiente de los argumentos, la doctrina ligada al Estado de derecho legal los invocaba pero fundamentalmente para cumplir la función interpretativa del texto legal, pero ello ha quedado totalmente desbordado en tiempos del Estado de derecho constitucional donde el derecho es centralmente una práctica argumentativa (Atienza).

1. *Autoritativo o normativo*

El argumento se consume con la mera apelación de la misma autoridad que lo estableció en tanto cuenta con evidente competencia jurígena o poder normativo como para incorporar al derecho vigente a ese argumento. Así, cuando se invoca una ley basta esa explícita referencia en la que está implícitamente presente de que ha sido una autoridad que la ha dictado con base en la competencia que tiene atribuida, y eso basta para justificar con la misma alguna de las premisas incluidas en el discurso judicial. En buena medida este argumento también puede llamarse normativo en función de que las normas se invocan habitualmente per se, sin ningún esfuerzo por justificar racionalmente lo que ellas disponen y limitándose a invocar la autoridad del que la dictó y su respectivo texto. No está de más recordar en este argumento la teoría de Raz, en las que las normas se asimilan a razones para la acción.

2. *Principialista*

A partir de la distinción entre norma o regla y principio postulada en autores como Alexy o Dworkin, este argumento consiste en justificar invocando a un principio que forma parte del derecho vigente per se o propio vi-

gore —sin necesidad de test de origen o pedriguee— desde el cual se puede inferir la exigibilidad jurídica de una cierta conducta como la mejor según las posibilidades jurídicas o fácticas implicadas en el caso. El operador jurídico respalda su premisa o conclusión desde ese principio jurídico que tiene una dimensión regulatoria y que goza de capacidad justificatoria, como cuando por ejemplo se apela en la jurisprudencia argentina al principio de dignidad para justificar el otorgamiento del derecho de réplica.

3. *Axiológico o moral*

Recurriendo a la distinción entre principio jurídico y valor, éste se identifica desde saberes filosófico-morales o prácticos que trascienden lo jurídico y, por ende, sus exigencias se proyectan sobre la totalidad de la ciudadanía y no sólo sobre las relaciones estrictamente jurídicas. El “valor” explicitado moralmente también cuenta con fuerza justificatoria en relación con las premisas de un discurso jurídico que resuelve un caso (por ejemplo: el valor de la igualdad entre los seres humanos se proyecta al campo del derecho como el principio de la igualdad jurídica o ante la ley o el derecho). Recordemos con Nino que la argumentación jurídica deviene —en última instancia— en justificación moral o axiológica, y en éste terreno que trasciende a lo jurídico es propicio para apelar —por ejemplo— a la igualdad o libertad a secas.

4. *Consecuencialista*

Con este argumento se procura justificar la premisa discursiva con base en que la misma implica —directa o indirectamente— consecuencias o efectos que se aprecian buenos o mejores que otros. Estas consecuencias pueden ser de orden jurídico o de otra índole como social, económica, cultural, etcétera, y son ellas las que respaldan el enunciado que invoca el argumentador jurídico. Sólo una visión juricista o insular pudo prescindir de esta inevitable dimensión de toda decisión, atento a que un juez al decir prudentemente el derecho no debe dejar de apreciar todas las consecuencias que se derivan de su decisión. Así, en la resolución de un caso el juez debe siempre considerar además de los intereses de las partes del proceso también los del todo social. El artículo 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano impone que al decidir el juez debe procurar “atemperar las consecuencias personales, familiares o sociales desfavorables”.

5. *Genético*

El argumento consiste en apelar al origen o gestación de, por ejemplo, una cierta norma o acto, como cuando se traen a colación a favor de un determinado enunciado o premisa los trabajos preparatorios, la expresión de motivos o el modo en que se han comportado las partes en el proceso o en relación con un contrato, etcétera. Aquí el argumentador se remonta al origen del objeto jurídico a interpretar y procura formular una determinada interpretación o significado jurídico con base en ciertas expresiones, comportamientos o propósitos referidos a alguien que adquiere relevancia en el caso. Este argumento coincide con el decimonónico o “savigniano” método interpretativo “lógico” que mandaba someterse a la voluntad del legislador, y más allá de ese ámbito reducido de su postulación o de las dificultades que implica su uso, nos parece que sigue resultando útil en el terreno de la argumentación jurídica.

6. *Linguístico*

Cuando argumentamos necesitamos respaldar un enunciado y a veces lo hacemos invocando el lenguaje en sus diferentes dimensiones: semántica, sintáctica o pragmática. El lenguaje que se pone en juego podrá ser el “ordinario” o “corriente”, el “científico jurídico” (aquél construido por juristas y que exige para el que lo emplee alguna analogía con su origen, por ejemplo, hipoteca) o el lenguaje “juridizado” (aquél tomado del lenguaje corriente pero asignándole un significado jurídico, por ejemplo, cosa) según el problema que se trate. Las eventuales dudas o el resultado interpretativo se justifican por medio de argumentos tomados del lenguaje o la ciencia que lo estudia. Este argumento encuentra alguna resonancia con el viejo argumento lingüístico postulado por la exégesis francesa, aunque en este marco predominaba una matriz “mágica” del lenguaje, muy lejos de las complejidades destacadas por la semiótica o el giro lingüístico de la filosofía en el siglo XX.

7. *Doctrinario*

Aquí el respaldo o argumento es la opinión de algún o muchos doctrinarios. No hay aquí autoridad institucionalizada o explícitamente reconocida, sino que la fuerza justificatoria dependerá del reconocimiento que en esa sociedad se le brinda al que emite la doctrina o de la unanimidad de la mis-

ma. Precisamente como el problema supuesto en la argumentación no tiene una respuesta evidente, la apelación a la doctrina es un camino para sostener una determinada solución, aunque la frecuencia del uso de este argumento es muy variable según las diferentes culturas jurídicas. Recordemos que en Aristóteles los silogismos dialécticos recurren a premisas respaldadas por la opinión de los más experimentados o sabios.

8. *Jurisprudencial*

En este argumento contamos con una autoridad institucional —que es la de un juez o un tribunal— que por ello cuenta con una capacidad justificatoria superior a la doctrinaria. De todas maneras ella no constituye decisiones obligatorias genéricas porque en el supuesto que la tenga —por ejemplo en el caso de fallos plenarios, sentencias de casación, jurisprudencia constitucional, etcétera—, quedaría asimilado al argumento autoritativo. Hay que advertir también que corresponde distinguir entre el “auto-precedente” del mismo tribunal que ya se pronunció en casos anteriores análogos; el “precedente vertical”, proveniente de instancias judiciales superiores, y el “precedente horizontal”, brindado por tribunales que se ubican en el mismo nivel que aquel que decide y argumenta.

9. *Lógicos*

Si la lógica es la ciencia y el arte del razonar que procura su corrección, puede concluirse que todo lo que ella enseña resulta operativo o aplicable en el razonamiento o argumentación jurídica en general y judicial en especial, incluso para algunas visiones la argumentación se reduce a esta dimensión formal o lógica. Más allá de estos reductivismos, no cabe duda que rigen por ejemplo para el razonamiento judicial el necesario respeto a los primeros principios de la lógica o las reglas que regulan la inducción, la deducción, etcétera. Un uso muy habitual de este argumento es negativo, en tanto normalmente se recurre al mismo para descalificar un discurso que no ha respetado las reglas de la lógica.

10. *Analógico*

El argumento remite a la semejanza de los casos o situaciones que cuentan con regulación o respuesta jurídica y el caso o situación que carece de

ella, y, por ende, se justifica proyectar el discurso o la solución ya empleada al nuevo problema (en la fórmula romana *Ubi eadem ratio, idem ius*). También en el marco de la teoría decimonónica se auspició este razonamiento dado que se podía presumir que si el legislador había brindado una solución a un determinado caso ella era aplicable para un caso análogo que el legislador no había tratado específicamente. Por supuesto que aquí también omitimos considerar una serie de dificultades que trae aparejado el argumento, así por ejemplo determinar aquellos elementos que permiten afirmar que se trata de casos análogos o semejantes.

11. *A fortiori*

Sintéticamente el argumento apela a que si resulta autorizado o prohibido jurídicamente una cierta conducta o respuesta jurídica, corresponde una equivalente con “mayor razón” frente a una situación que es menos grave que la que está prohibida (*a minori ad maius*) o está ya incluida implícitamente entre lo autorizado dado que es menos relevante (*a maiori ad minus*). Si el derecho concede un beneficio o permite ciertas conductas a quien por ejemplo hizo algo muy grave corresponda que lo conceda a quien hizo algo menos grave, y si el derecho prohíbe o impone sanciones a ciertas conductas muy graves están igualmente prohibidas aquellas que son menos graves.

12. *Apagógico*

Este argumento se emplea principalmente para descartar alternativas en tanto ellas suponen admitir un absurdo o algo irracional por su disvaliosidad, su ineficacia o su imposibilidad. Claramente una vez más vemos por detrás de la justificación de los argumentos la visión del derecho como algo racional o razonable, y por ende incompatible con aceptar absurdos en su seno. En perspectiva kalinowskiana, el rechazo lógico al absurdo descansa en la llamada ley de Duns Scoto: “Si: sí p, entonces no p, entonces no p”, aclarando el profesor polaco que si se demuestra la falsedad de unas consecuencias, ello conlleva la falsedad de la hipótesis a las que ellas remiten.

13. *A contrario*

En Perelman-Olbrechts este argumento se utiliza para impedir que se aplique una regulación a una especie distinta del mismo género de aquella

especie a la que se ha dirigido expresamente la regulación. Kalinowski precisa que el argumento a contrario hace explícito el sentido de la expresión cuantificadora “solamente”, “únicamente”, “exclusivamente”, etcétera, y de esa manera queda abortada la alternativa de extender la solución jurídica a una situación diferente de aquella expresamente prevista por el derecho. Insistamos que en la visión de la teoría interpretativa decimonónica el presente argumento ha sido vinculado a la “letra de la ley”, pero sin embargo es posible una ampliación del mismo a todo el derecho, y no sólo limitarlo a un empleo negativo o descalificador de alternativas sino como justificativo de una respuesta.

14. *Sistemáticos*

Los cuatro argumentos que siguen remiten a la visión que el derecho constituye o se pretende que sea un sistema —fuerte o débil— y, por ende, exige o supone que no tiene contradicciones (coherencia), que su contenido cuenta con diferente jerarquía, que en él se encuentran explícita o implícitamente todas las respuestas jurídicas requeridas (plenitud) y que evita innecesarias redundancias (economía). Indudablemente también encontramos aquí fuertemente la presunción y la pretensión de que el derecho resulte una obra racional.

A. Coherencia

La presencia de un sistema supone que sus elementos no están en contradicción, y si el operador constata su existencia se impone resolverla eliminando una de las soluciones o contemplando alguna armonización. La visión sistemática del derecho impone que si el discurso denuncia o constata una antinomia se requiere necesariamente hacerse cargo de la misma y resolverla. En definitiva, el jurista puede apelar en su discurso a este argumento y con base en el mismo realizar la opción o compatibilización que supere la antinomia.

B. Jerarquía

También la visión sistemática del derecho supone que sus normas (reglas o principios) no están en el mismo plano y, por ende, existe entre ellas

jerarquías, y consiguientemente, en el supuesto de constatarse una antinomia se necesita que la opción privilegie la más elevada o de mayor jerárquica. Sabido es que al respecto hay teorías que establecen a grandes rasgos las siguientes alternativas en materia constitucional (derechos humanos, principios o valores): una jerarquía rígida; otras que niegan la posibilidad de contradicciones, y también las que proponen una tarea de balanceo y jerarquización en cada caso.

C. *Plenitud*

El sistema jurídico presupone que los jueces no pueden abstenerse de fallar por la ausencia de respuesta jurídica y, por ende, la presencia de un problema jurídico implica necesariamente que llegado el caso a los jueces, éstos deben brindarle una solución sin poder apelar a que no existe ninguna. Se trata de un argumento que habitualmente funciona como exigiendo la respuesta o impidiendo la ausencia de la misma, y así en la nómina de Tarello se denomina argumento “a completitud”.

D. *Economía*

Otra característica que se pretende de un sistema jurídico bien formado es que no incurra en redundancias o reiteraciones, de esa manera si hay dos normas que dicen lo mismo puede procurarse establecer que se trata de hipótesis o respuestas diferentes. El decimonónico “postulado del legislador racional” incluía la pretensión de que el legislador no se reiteraba, y así estaba justificado buscar en cada norma el alcance jurídico que correspondía, sin poder ignorar alguna de ellas con base en que resultaba una reiteración de otra en tanto brinda la misma solución al mismo supuesto. Más allá de ese antecedente, hoy cabe justificar en este argumento la búsqueda del sentido jurídico de la totalidad de las reglas jurídicas incluidas en el mismo cuerpo o sistema regulatorio.

15. *Teleológico*

Se invoca para justificar el discurso atento a que con el mismo o su solución se está sirviendo a un determinado fin, ya sea éste intrínseco al derecho o procurado por alguna norma jurídica. La capacidad justificatoria del argumento consiste en que se está avalando un discurso porque con el mismo

se facilitará la obtención de un cierto fin. En dicho argumento se emplea una lógica propia de los razonamientos técnicos o pragmáticos en el sentido de que el medio en cuestión resulta escogible o defendible en razón de que se orienta a la obtención de un determinado fin, aunque habitualmente también se incluye una consideración ética del fin en tanto se lo considera bueno, correcto o justo. Aquí también comprobamos que este argumento desborda la visión reducida que lo asimilaba a la *ratio legis*.

16. *Sociológico*

El argumento consiste en traer a colación un dato proporcionado por la vida social, como cuando se aduce a ciertos comportamientos extendidos, juicios de la moral positiva, relevancia de un problema a tenor de la mirada genérica de la sociedad, etcétera. Aquel dato en el que consiste el argumento puede ser de materia jurídica o extrajurídica, pero lo decisivo que es visible a los ojos de un observador o un miembro de la sociedad en la que se está argumentando. A modo de ejemplo pensemos en la posibilidad de recurrir en un discurso jurídico para intentar justificar una solución a la crisis actual de la familia, a los problemas habitacionales que se viven en ciertas sociedades o a la inseguridad en las que padecen determinados barrios o sectores de la ciudad, etcétera.

17. *Comparativo*

Aquí el respaldo lo brinda algún derecho comparado o extranjero, pues se trata de apelar a otro derecho distinto del de la sociedad en la que se argumenta, para intentar traer una solución jurídica establecida en el mismo o respaldar la que se propone. En la cultura judicial argentina es muy común, especialmente a nivel de la Corte Suprema nacional, el apoyar el discurso en soluciones proporcionadas por el derecho extranjero de aquellas sociedades a las que se las considera más desarrolladas o que pueden ser ejemplos. El modo habitual de recurrir a este argumento es considerar que se torna conveniente importar una determinada solución que ya ha sido consagrada en otro derecho.

18. *Histórico*

También se encuentra entre los argumentos invocables el aducir a favor de un cierto resultado o premisa que lo posibilite la historia de la sociedad,

de una institución o de una norma. Aquí también nos encontramos frente a la posibilidad de identificar este argumento con el sociológico, pero la diferencia puede apoyarse en que este último remite a circunstancias de la vida social presente, mientras que el histórico se identifica con un tiempo pasado. No es extraño que los juristas al considerar una determinada regulación jurídica se remontan a sus orígenes y al modo en que fue desarrollándose a lo largo del tiempo, o también emplear en el discurso referencias al pasado no jurídico.

19. *Retórico*

Recordemos que en la enseñanza clásica la retórica era una ciencia y un arte cuyo objeto era persuadir, y a ella se recurría cuando la solución más que apodíctica o necesaria era meramente probable o verosímil. Precisamente en Aristóteles aparecen reconocidos argumentos retóricos como invocar un ejemplo, alguna inducción incompleta, el destinado a suscitar ciertas emociones, el que recurre a una premisa probable como si fuera necesaria, el argumento córax, el argumento retorsivo, etcétera. No es extraño en el discurso jurídico encontrar calificativos que son empleados por su fuerza emotiva dirigidos al *pathos* del auditorio, o incluso encontrar sentencias judiciales donde el respaldo llega a ser una poesía.

20. *Religioso*

Hay derecho en ciertas sociedades que cuentan con elementos específicamente religiosos en tanto resultan asumibles desde una cierta fe o revelación. Más allá que en nuestro ámbito cultural no es común apelar a dogmas o consideraciones estrictamente religiosos, existen, sin embargo, ciertos problemas en los que inevitablemente aparece esa dimensión que se acepta como algo dado o creído sin sometérselo a un análisis racional, por ejemplo en los casos de testigos de Jehová que se niegan a recibir transfusión de sangre o cuando se ha invocado cierta convicción religiosa para justificar la objeción de conciencia o para incumplir con cierta exigencia legalmente establecida.

21. *Científico no jurídico*

No se trata estrictamente de un argumento jurídico dado que su objeto lo constituye información proporcionada desde afuera del derecho y con el

aval que proporciona alguna disciplina científica, no obstante ello, su juridicidad es claramente accidental en función de que es usado por los juristas y a los fines de resolver un problema de esa índole. Pensemos en la demanda de filiación cuando se trae a colación el informe de histocompatibilidad aportado al proceso como justificativo de acoger dicha acción, en la pericia que determina una enfermedad o en la que establece el nivel de ruido ambiente en un establecimiento industrial.

22. *Empírico, probatorio o fáctico*

Aparece cuando se aduce como argumento el material probatorio acumulado, como por ejemplo testimonios, documentos, etcétera, y si bien en un sentido amplio tendríamos que incluir aquí las pericias, pensamos que cuando éstas tienen un valor definitorio (por ejemplo, pruebas de ADN) pasaría al tipo de argumento anterior. El discurso del abogado y del juez necesariamente se nutre de argumentos tomados de la prueba incorporada al proceso, pero también este argumento se hace presente cuando se apela a máximas de experiencias o presunciones hominis. En definitiva, este argumento resulta imprescindible para la justificación de las premisas o enunciados fácticos que forman parte del discurso jurídico.

23. *Conceptual o definicional*

Es el argumento que consiste en definir un cierto término y a partir de esa definición se argumenta para establecer o proponer una determinada solución. Somos conscientes que hablando en un sentido estricto este argumento puede ser absorbido por el argumento lingüístico o el autoritativo, sin embargo, dado la relevancia que tienen las definiciones y los conceptos en el derecho nos parece que es conveniente su señalamiento separado. Recordemos que Alchourrón-Bulygin entre los distintos elementos que reconocen en un sistema jurídico están precisamente los “enunciados no normativos pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados”, y el ejemplo más importante lo constituyen las “definiciones o postulados de significación”.

24. *Pragmático*

Si quisiéramos vincularlo al modelo decimonónico, este argumento se conecta con las tesis comprendidas dentro del postulado del legislador ra-

cional de que éste no hace regulaciones inútiles o ineficaces, por ende, debe favorecerse que lo dispuesto efectivamente rija o se aplique. Debemos confesar nuestras propias dudas al incluir expresamente este argumento dado que pensamos que fácilmente se puede considerar incluido en algunos de los ya considerados o funciona subsidiariamente de otros, es que en definitiva se privilegian las alternativas de facilitar la operatividad de la regulación en la medida que ella resulte valiosa (en Perelman aparece fuertemente conectado con el argumento consecuencialista).

IV. CONCLUSIÓN

El trabajo del jurista de hacer conocer la respuesta jurídica se pretendía que en el marco del Estado de derecho Legal se prestara por medio de la interpretación jurídica (desentrañamiento del sentido por los métodos interpretativos y silogismo aplicativo), pero en el marco del Estado de derecho constitucional ese trabajo supone que habitualmente hay más de una respuesta jurídica válida y disponible en el derecho vigente, por lo que el jurista debe escoger una de ellas y argumentar en favor de la misma. De ahí la relevancia de estudiar los argumentos idóneos para ese esfuerzo justificatorios, pudiendo comprobarse que los viejos métodos interpretativos se han convertidos en argumentos, aunque ya no limitados a la letra de la ley sino como avalando o justificando premisas o enunciados constitutivos del razonamiento jurídico.

SEGUNDA SECCIÓN

ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DEL PENSAMIENTO DEL PROFESOR MASSINI CORREAS

Carlos Alberto Gabriel MAINO*

SUMARIO: I. *El concepto de derechos humanos*. II. *Necesidad de un fundamento*. III. *El consenso como fundamento de los derechos humanos*. IV. *Un fundamento absoluto para los derechos*. V. *El fundamento de los derechos humanos como pensamiento trascendente*.

I. EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS

En marzo de 1987, hace 27 años, el profesor Massini Correas publicó un artículo intitulado “Derechos humanos y consenso”.¹ En esa oportunidad intentaba reunir el estado de la cuestión en aquel momento respecto de la fundamentación de los derechos humanos en la vigente teoría jurídica. Allí Massini recordaba que la idea de los derechos humanos corrió siempre ligada al iusnaturalismo hasta la década de los sesenta del siglo XX.

En efecto, a partir de los ya míticos años sesenta, el instituto de los derechos humanos había obtenido carta de ciudadanía para el debate público merced a las políticas implementadas por la administración de Jimmy Carter en los Estados Unidos, y luego imitadas por el resto de Occidente. Verdaderamente ello los volvió omnipresentes tanto en el discurso jurídico como político.²

* Doctor en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesor con dedicación especial en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, y profesor del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Derechos humanos y consenso”, *El Derecho*, Buenos Aires, núm. 6702, 1987, pp. 1-3.

² Véase Massini, Carlos Ignacio, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 137.

En esos años surgieron autores iusnaturalistas que comenzaron a rechazar la noción de los derechos humanos. En aquel trabajo el profesor Massini mencionaba el caso de Villey, y en nuestros días este camino viene a quedar representado por profesores como el español Miguel Ayuso Torres,³ el brasileño Ricardo Dip y el italiano Danilo Castellano.⁴ Al mismo tiempo, pensadores positivistas terminaron aceptando la noción de derechos humanos, y para este caso el profesor mendocino cita a Norberto Bobbio, y podríamos agregar nosotros a la actual corriente neoconstitucionalista en todas sus vertientes.

Así las cosas, podríamos reunir las grandes ideas de fundamentación de los derechos humanos en dos grandes grupos: el de los iusnaturalistas y el de los que no lo son. Este trabajo busca realizar un aporte a la comprensión de estas dos alternativas, profundizar en estos dos caminos de fundamentación que aparecen en el horizonte y estudiar las posibles soluciones delineadas por el profesor Massini. Para realizar esta tarea se presenta la necesidad primera de ofrecer un concepto de derechos humanos. Sin este punto de partida epistemológico es muy difícil realizar cualquier elaboración posterior. En efecto, ¿de qué otro modo puede argumentarse acerca del fundamento de algo sin precisar liminarmente su concepto y contenido?

Quisiera proponer para una conceptualización de los derechos humanos, la idea de que los derechos humanos son un concepto análogo. Así, podríamos decir que existe una analogado principal, de mayor fuerza significante, en la interpretación de los derechos humanos *como una expresión subjetiva de la ley natural*, es decir, como derechos naturales, y *como una expresión de la condición de persona y especial dignidad del hombre*. También, como analogados secundarios, tenemos la interpretación de los derechos humanos como un recurso tópico orientado a la instauración de la justicia en el discurso jurídico; asimismo, como derechos fundamentales o constitucionales, concepto este último que constituye el analogado normativo.⁵

Con este concepto análogo me inscribo sin ningún esfuerzo en la senda del profesor Massini, pues esta concepción análogica no le es extraña. Ello es así en primer lugar porque aunque no lo manifieste expresamente respecto de los derechos humanos, si lo hace del derecho en general, y, en segundo lugar, porque ha elaborado distintas definiciones análogicas a lo lar-

³ Véase Ayuso, Miguel, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

⁴ Véase Castellano, Danilo y Passeri Pignoni, Vera, *L'Institut International d'Études Européennes "A. Rosmini"*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, *passim*.

⁵ Esta conceptualización la he desarrollado extensamente en Maino, Carlos Alberto Gabriel, *Concepto y fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 181 y *passim*.

go de su prolífica producción jurídica. En este sentido encontramos un concepto de derechos humanos que tiene como punto de partida

el orden de la inteligencia que descubre la realidad del hombre y de las cosas humanas. Este orden inmanente a todas las cosas, al ser conocido por la inteligencia, hace posible que el entendimiento práctico aprehenda la evidencia de una normatividad que se impone de modo necesario, más allá de lo que establezcan las legislaciones estatales en cada caso determinado..., es decir, que el conocimiento de las estructuras de la realidad, hace patentes a la conciencia jurídica los valores y reglas fundamentales para la convivencia humana. Y es de estas reglas —tradicionalmente conocidas como “ley natural”— de donde se derivarán para los sujetos ciertas facultades de obrar o de exigir...⁶

Pero a renglón seguido de la cita que antecede, sostiene que:

Cuando esta ley es la sancionada por el estado dentro del ámbito de sus competencias propias, dará origen a derechos subjetivos positivos; cuándo esta ley sea la que se hace patente a la razón práctica a partir del conocimiento de las realidades humanas,... [dará origen a] derechos subjetivos naturales, llamados hoy, con poco feliz terminología, “derechos humanos”.⁷

Adviértase que Massini encontró, en un primer momento, un analogado principal de la noción de derechos humanos como derechos naturales, es decir, facultades de obrar o de exigir derivadas de la ley natural, y un analogado secundario, como derechos subjetivos positivos, últimamente denominados derechos fundamentales en tanto se encuentran incorporados a las Constituciones y tratados internacionales de derechos humanos. Pero además, posteriormente también ha desarrollado un concepto de derechos humanos que no es elaborado directamente como implicación de la ley natural sino como implicación de la *personidad* del ser humano. Desde esta perspectiva, que no es en nada contraria a la anterior, sostiene que los derechos humanos “son todos aquellos derechos subjetivos cuyo título radica en la personalidad de su sujeto, o en algunas de las dimensiones básicas del desenvolvimiento de esa personalidad y de los que se es titular lo reconozca o no el ordenamiento jurídico positivo y aún cuando éste los niegue”.⁸

⁶ Massini, Carlos Ignacio, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, cit., pp. 143 y 144.

⁷ *Ibidem*, p. 144.

⁸ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.

Este mismo camino es el que han tomado —entre otros— Javier Hervada y la colombiana Ilva Myriam Hoyos Castañeda. Con cita de Cotta⁹ la profesora Hoyos recuerda que

el derecho es la segunda naturaleza del hombre. La primera naturaleza es fundante. Es la estructura antro-po-ontológica propia del ser humano. La segunda naturaleza es reflexivo-protectora, consecuencia de la primera y condicionada al reconocimiento de un orden, no de un orden cualquiera sino de uno humanamente coexistencial... los derechos humanos son... bienes que se inhiere en una realidad sustancial por no tener la capacidad de ser en sí sino por tener la de ser en otro... Entre el alguien que sustenta —la persona— y el algo que es sustentado —los derechos humanos— existe una relación similar a la que se da entre la sustancia y los accidentes.¹⁰

También Hervada realiza una *hermenéutica de la personeidad* en relación con los derechos humanos. Recordemos un ya clásico artículo de Hervada intitulado “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”.¹¹ Allí realiza una primera observación, la de que los derechos humanos son preexistentes a las leyes positivas,¹² pero reafirmando su condición jurídica, es decir, de verdaderos derechos.¹³ Luego se adentra en el tema conceptual que ahora nos ocupa definiéndolos como inherentes a la persona humana,¹⁴ siendo que ésta los posee por ser dueña de sí y por su dignidad intrínseca.¹⁵ Por lo tanto, precisa que no todos los derechos naturales son derechos humanos, sino sólo los más relevantes en la estructura fundamental de la persona humana y de la sociedad.¹⁶

⁹ Véase Cotta, Sergio, *Soggetto umano, Soggetto giuridico*, Milán, Giuffrè, 1997, p. 112.

¹⁰ Hoyos Castañeda, Ilva Myriam, *De la dignidad y de los derechos humanos*, Bogotá, Universidad de La Sabana-Temis, 2005, p. 226.

¹¹ El artículo fue escrito para ser presentado en el *X Congreso Interamericano de Filosofía* que, bajo el tema general “derechos humanos”, se celebró los días 18 al 23 de octubre de 1981 en Tallahassee, Florida, y publicado en: *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. IX, 1982, pp. 243-256. Más tarde fue incorporado a varias obras, entre ellas, a la célebre Hervada, Javier, *Escritos de derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1993. Y luego repetido en donde lo he tomado: Massini Correas, Carlos Ignacio, *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 109-124.

¹² Véase Hervada, Javier, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, en Massini Correas, Carlos Ignacio, *El iusnaturalismo actual*, *op. cit.*, p. 110.

¹³ Véase *ibidem*, p. 116.

¹⁴ Véase *ibidem*, p. 119.

¹⁵ Véase *ibidem*, p. 124.

¹⁶ *Cfr.* Cianciardo, Juan, “*Humana iura*. Realidad e implicaciones de los derechos humanos”, en Rivas, Pedro, *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Lima, Universidad de Piura, 2005, *passim*.

II. NECESIDAD DE UN FUNDAMENTO

Con la somera conceptualización que antecede podemos abordar el problema atinente a este trabajo, sin dejar de tener en cuenta que el considerar a los derechos humanos como un concepto análogo implica la adscripción a una epistemología determinada, pues la analogicidad presupone la ontología. La posición que adopta la actitud gnoseológica de conocer la cosa análogamente presupone que la cosa puede ser conocida, y que la realidad es de tal entidad que puedo conocerla sólo de manera análoga. En otras palabras, la conceptualización de los derechos humanos invita a realizar un abordaje de esa realidad desde una cierta ontología jurídica. En efecto, concepto y fundamento son dos cuestiones inescindibles en el estudio de cualquier tópico jurídico, y ello puede generar un estancamiento circular: no podemos conocer el fundamento de algo si no sabemos lo que es y no podemos saber lo que es sin conocer se fundamento.

A este respecto, Massini recuerda que los derechos humanos son del tipo de realidades que requieren una fundamentación racional, dado que no se imponen con la evidencia empírica de las cosas materiales. Sin explicación a la inteligencia con la que se vinculan, los derechos carecerían de existencia, ya que esta existencia consiste en su exigibilidad deóntica, la que supone el conocimiento y la aceptación de quienes son titulares u obligados por ellos. Pues se trata de “entidades intencionales, que tienen existencia en el entendimiento que los conoce y los acepta porque los encuentra justificados racionalmente, justificación racional en que consiste casualmente la fundamentación de estas realidades”.¹⁷

Ahora bien, esta *explicación* no puede descansar en una norma positiva, de modo que el argumento fuera “deben respetarse los derechos humanos porque la ley lo dice”, y ello es así, pues nos quedaríamos sin vara para identificar su conculcación por parte del poder político. Andrés Ollero hace una buena descripción de ello, al afirmar que:

sólo la defensa de determinados intereses —políticos, religiosos—,... explica el afán incoherente de incluir a los “derechos humanos” dentro del campo de una teoría jurídica tomada en serio. Confesarse “positivista” y buscar a la vez un punto de apoyo para hablar con “fundamento” de tales derechos se convierte en una ardua empresa, a no ser que se esté dispuesto a saborear la amarga pócima de una ética irracional. Pocos positivistas parecen mostrarse capaces de ello.

¹⁷ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Acerca del fundamento de los derechos humanos”, *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, p. 189.

Ciertamente, en opinión de Ollero, la ya mencionada y repetidísima propuesta de Bobbio de soslayar el problema del fundamento en tributo a la evidencia de la Declaración Internacional de 1948¹⁸ consiste en suplantar el irracionalismo ético que supuestamente constituyen las propuestas fundamentadoras, por un “irracionalismo a secas; un curioso fideísmo secularizado”. Según este autor, la necesidad de la pregunta por el fundamento no es sólo un problema de índole especulativo, exigido por el desconcierto que provoca el llamado a una especie de “religión civil” que son los derechos humanos; sino también por un doble imperativo de orden práctico. En primer lugar, la convicción de que la tarea jurídica y política por el reconocimiento y efectiva vigencia de los derechos exige un fundamento por el cual combatir.¹⁹ La segunda razón práctica es la función contra-mayoritaria que las Constituciones otorgan a los derechos, que sólo puede ser desempeñada con sólido fundamento para no caer presa de la “dictadura de la mayoría”.²⁰

Y resume más tarde Ollero que

Un positivismo o empirismo estricto obligaría a un pasivo ‘ignoramos’, enervante para el jurista práctico. El refugio en supuestos consensos consumados, que harían irrelevante todo debate filosófico, resulta desmentido por la misma historia de la Declaración Universal y por la anómala bifurcación de los Pactos. No se cuenta con un consenso real que elimine las discrepancias, sino con una equivocidad de lenguaje que las encubre. La pretendida solución historicista del problema del fundamento es todo un monumento al voluntarismo.²¹

Ciertamente, todo derecho en cuanto tiene capacidad de incidir coactivamente en el ámbito de la libertad individual exige un fundamento de legitimación, si quiere diferenciarse de la mera imposición fáctica de la fuerza. Si los derechos humanos quieren constituirse además como criterios condicionantes del uso de la coacción por parte del derecho, con más razón deberán tener un fundamento pre-positivo.²²

¹⁸ “Si la mayor parte de los gobiernos existentes están de acuerdo en una declaración común, es signo de que se han encontrado buenas razones para hacerlo. Por eso, ahora no se trata tanto de buscar otras razones, o sin más, como querrían los iusnaturalistas resucitados, la razón de las razones, sino de poner las soluciones para una más amplia y escrupulosa realización de los derechos proclamados”. Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 129.

¹⁹ Véase Ollero Tassara, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 134.

²⁰ *Ibidem*, p. 135.

²¹ *Ibidem*, p. 147.

²² Véase *ibidem*, p. 150.

El profesor Francisco Puy se ha manifestado del mismo modo, sosteniendo que el hecho de que el fundamento de los derechos humanos haya perdido interés luego de la declaración internacional es impropio de la tarea del jurista.²³ Recordemos que Puy refiere que del problema de la fundamentación

nadie puede sustraerse a la necesidad de solucionarlo bien o mal. Esto supuesto, decir que el problema de fundamentar el derecho es un falso problema, y por ende un problema a evitar y a no plantear, es aceptar que cualquier solución al mismo es buena. Pero nadie puede demostrar que todas las soluciones sean igualmente buenas. Y si las hay mejores y las hay peores, lo mejor es discutir y razonar conscientemente la elección, en lugar de dejarla a un fortuito y azaroso ocurrir. Que es la meta en que se empeña el iusnaturalismo cuando intenta distinguir las facultades naturales subjetivas de las que no lo son.²⁴

Y más tarde reafirma que: “En cualquier caso, optar por el cálculo de probabilidades es más racional que optar sin ningún cálculo. Y si lo primero puede suponer un sacrificio parcial de la razón, esto segundo significaría sacrificarla plena e irreversiblemente”.²⁵

Finalmente, Ollero puntualiza que si concedemos la necesidad del fundamento, e incluso en la necesidad de uno pre-positivo, éste no debe dejar de ser propiamente “jurídico”. Lo contrario pareciera entender al derecho de manera moderna como pura arbitrariedad, sea del individuo o del Estado.²⁶

Francisco Leocata ha llegado a conclusiones parecidas al sostener que

la carencia de una fundamentación antropológica, ontológica y ética suficiente, causada por la lógica inherente a la mentalidad de la misma Ilustración, lo que obliga a ir borrando los residuos del concepto de ley natural, y relegando de ese modo el tema de los derechos fundamentales al puesto de una suerte de postulado pragmático o de axioma que, sin ser demostrado, serviría para

²³ “Lo habrá perdido para quien haya optado por dejar que la ONU piense en lugar de su propia cabeza... ¿O es que hemos de «alejarnos de nosotros la funesta manía de pensar» por cuenta propia?”. Puy, Francisco, “Algunos tópicos actuales sobre derechos humanos”, *Estudios de filosofía del derecho y ciencia jurídica en memoria y homenaje al catedrático don Luis Legaz y Lacambra*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 277.

²⁴ Puy, Francisco, *Lecciones de derecho natural*, 2a. ed. corregida y aumentada, Santiago de Compostela, Porto y Cía. Editores, 1970, p. 621.

²⁵ *Ibidem*, p. 622.

²⁶ Véase Ollero Tassara, Andrés, *Derechos humanos y metodología jurídica*, cit., p. 152.

coordinar las líneas de un sistema jurídico. Tal sistema, así concebido, sería demasiado vulnerable a la sospecha de formalismo y, por lo tanto también de ideología puesta al servicio de determinados intereses.²⁷

Massini ha advertido este peligro, y en ello descansa también la necesidad de fundamentación. Los derechos humanos constituyen un tema en el que “la parcialidad ideológica, la sobrecarga retórica y la inflación literaria, han contribuido especialmente a oscurecerlo y tornarlo cada vez más confuso”.²⁸ Y esta característica peculiar vuelve aún más necesaria su correcta definición y fundamentación, si se busca ordenar la actividad jurídica y política a la verdad y al bien: “Todo aquel que pretenda la adecuación de la actividad política a la realidad de las cosas y a normas mínimas de racionalidad y verdad, no puede hacer suyo un concepto sin haberlo sometido previamente a un análisis estricto y riguroso”.²⁹

III. EL CONSENSO COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una serie de propuestas de fundamentación de los derechos humanos, siendo diversas entre sí, tienen en común el hecho de mostrar a los derechos humanos como un invento absolutamente autónomo del hombre, sin ninguna realidad natural en que sostenerlo. Massini menciona, en su recordado artículo a Chaïm Perelman, Norberto Bobbio, Jürgen Habermas y Antonio Pérez Luño.³⁰

Por mi parte, sin pretender exhaustividad ni plenitud, sumaré a este catálogo a Gregorio Peces-Barba, Luigi Ferrajoli y Gustavo Zagrebelsky. El profesor Peces-Barba ha elaborado toda una fundamentación de tipo materialista y racionalista que presenta a los derechos humanos como un invento de nuestra cultura, producto de sus alternativas históricas y de elaboración puramente artificial y racionalista.³¹ Es lo que Rodríguez Toubes llama “dualismo”:

²⁷ Leocata, Francisco, “Visión filosófico-cristiana de los derechos del hombre”, *Tutela de los derechos fundamentales de la persona*, Buenos Aires, EDUCA, 2007, p. 65.

²⁸ Massini, Carlos Ignacio, “El derecho a la vida como derecho humano”, *El Derecho*, Buenos Aires, núm. 9397, año XXXV, 1997.

²⁹ Massini, Carlos Ignacio, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, cit., p. 137.

³⁰ Véase Massini Correas, Carlos Ignacio, “Derechos humanos y consenso”, *op. cit.*

³¹ Véase Peces-Barba, Gregorio, *Los valores superiores*, Madrid, Tecnos, 1985, *passim*.

Por un lado, el “derecho de los derechos humanos” nos sitúa en el orden jurídico-positivo, donde la fundamentación se conecta con la validez jurídica, desde el punto de vista formal; o con la actuación de los detentadores del poder normativo, desde el punto de vista material. Por otro lado, la “filosofía de los derechos humanos” nos sitúa en un orden extrajurídico, formado por criterios morales y, en general, de racionalidad. Son los “valores”, que Peces-Barba ha estudiado intensamente. Las dificultades surgen cuando ambos órdenes son invocados simultáneamente, o sin especificar a cuál de ellos se está acudiendo.³²

Lo que se debe adicionar a esta relación es que, en realidad, el orden moral referido es también de factura consensual.

En la misma línea, los autores neoconstitucionalistas también se vuelcan al consenso como modo de fundamentar los derechos. Ferrajoli brega por el establecimiento de una “Constitución mundial” y por el desarme de los Estados en beneficio de una autoridad mundial que monopolice el uso de la fuerza para la instauración del constitucionalismo de los derechos humanos. Pero para este autor, el derecho también es algo artificial, es como los hombres quieren que sea, “es como lo hacen los hombres y como nosotros lo construimos”.³³ ¿Cuál es el fundamento de los derechos humanos desde esta perspectiva? El interrogante se asocia aquí también con el problema de la universalidad, ¿cómo podemos establecer una Constitución mundial, cuando cientos de miles de personas en el mundo aún tienen el Corán como Constitución o sostienen cosmovisiones contrarias a las occidentales? Fundamentar los derechos humanos en una Constitución mundial es someterlos al consenso de un mundo que los desconoce sistemáticamente. Si los derechos humanos tienen algún fundamento no parece que sea éste. La contradicción se da por la negativa de Ferrajoli a una apertura al pensamiento metafísico, pues ha insistido que la suya es una teoría “rígidamente iuspositivista”.³⁴ Y aún redundando en que “los derechos existen sólo cuando han sido puestos”, que los derechos se encuentran sujetos “a los imprevisibles itinerarios de la historia”, y que “las garantías sólo existen si fueron puestas”.³⁵

Ferrajoli entiende a la Constitución como un pacto contra-mayorías, en cuyo contenido no haya exclusión de ninguna minoría. Pero al mismo tiempo, no es posible para Ferrajoli la aceptación de la clitoritomía o de la

³² Rodríguez Toubes, Joaquín, *La razón de los derechos*, Madrid, Tecnos, 1995, p. 135.

³³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 155.

³⁴ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 323. Incluso rechaza lo que Vitale llamo “cripto-iusnaturalismo”, véanse pp. 254 y 280.

³⁵ *Ibidem*, pp. 324, 325 y 329.

opresión de la mujer aunque alguna minoría así lo promoviera.³⁶ Obviamente que es de rechazar semejante indignidad, pero cabría preguntarse desde el relativismo de esta postura: ¿por qué la Constitución no respeta esa cultura minoritaria de opresión femenina? La respuesta está dada en que la ética kantiana aplicada por Ferrajoli al derecho reclama la tutela de los individuos, y no de las culturas. Con ironía remata, no se puede dejar a las mujeres afganas esperando “a que sus padres y maridos realicen su revolución francesa”.³⁷

Por lo tanto, Ferrajoli reemplaza el relativismo de culturas por el relativismo individualista. En última instancia, la propuesta de la *weltbürgerrecht* kantiana debe apoyarse en el consenso, pues de otro modo: o no se apoya en nada y es una utopía, o se apoya en la fuerza, y ninguna de las dos opciones es aceptable. Lo paradójico del relativismo de Ferrajoli es que coarta toda posibilidad de diálogo racional. Sería un planteo absolutamente fuera de lugar proponer un diálogo, por ejemplo, con los afganos, acerca de la felicidad humana y de la naturaleza del hombre. La fundamentación de los derechos humanos en Ferrajoli radica en la voluntad humana, expresada en el consenso de un pacto constitucional que respeta todas las individualidades pero no las minorías que rechazan el relativismo que el mismo pacto sostiene.

En esa misma línea se ha expresado Zagrebelsky. En efecto, para este autor la Constitución también se presenta como un pacto contra-mayoritario, en el que los distintos actores de las sociedades plurales actuales convienen en establecer unas ciertas reglas de juego. La característica principal de estas reglas consiste en que los derechos humanos son facultades que se separan de la ley y se colocan por encima de ella a través de la Constitución. Las Constituciones consagran entonces a los derechos humanos en paralelo a la ley y separados de ésta. Simultáneamente, se establecen principios de justicia que imponen a los poderes públicos objetivos que deben perseguir: el Estado se ve compelido a actuar en la economía, en las condiciones de vida de todos los habitantes, en las condiciones del medio ambiente, y en otras esferas análogas.³⁸

La Constitución —en tanto que pacto— refleja los distintos principios de justicia que las partes plurales incorporaron a ella a través del consenso. La ley refleja las combinaciones históricas posibles de estos principios de acuerdo al sistema democrático.³⁹ Es relevante este concepto de “princi-

³⁶ *Ibidem*, p. 369.

³⁷ *Ibidem*, p. 370.

³⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003, p. 93.

³⁹ *Ibidem*, pp. 96 y 97.

pios” por la importantísima trascendencia que tienen el derecho actual y su estrecha relación con los derechos humanos: se trata de otro tipo de normas distintas de las reglas. Las reglas son normas que se agotan en sí mismas, dicen lo que podemos hacer y lo que no. Cuando nos referimos a la interpretación de normas, en general se trata de reglas jurídicas. Los principios en cambio son pasibles de adhesión pero no de interpretación, no se agotan en sí mismos sino que son constitutivos de reglas.⁴⁰

Esta perspectiva da a la agencia judicial un papel de preponderancia en el Estado contemporáneo, pues debe incorporar los principios a sus decisiones. Esta tarea es desbordante y superadora de la función que el positivismo jurídico ha querido darles a los jueces, que era servir a la voluntad del legislador.⁴¹ Pero lo que nos interesa, a los fines de este trabajo, es que en la descripción de la actividad jurisdiccional, Zagrebelsky incorpora también la idea de que el juez debe interpretar el “sentido de la realidad” y en ello queda de manifiesto el consensualismo de su postura.

En efecto, para interpretar, el juez debe primero escudriñar el “sentido” de los actos materiales. Es decir, si un aborto es un homicidio o el ejercicio regular de un derecho femenino, o si causar la muerte a alguien es un acto de la guerra, un acto de piedad (eutanasia) o un acto criminal (homicidio), son cosas que están determinadas por el “sentido” que se da a la materialidad.⁴² El juez debe hacer una “correcta” conexión entre la materialidad del acto y su “resultado social”.

Este sentido del acto no está dado por la voluntariedad del agente sino que es exógeno a él. Este sentido reviste carácter objetivo, pero su objetividad no está dada por la naturaleza del acto sino por el contexto cultural en el que se lleva a cabo.⁴³ Esta concepción implica entender al derecho como un producto cultural⁴⁴ y separa de manera absoluta al derecho de la moral.

⁴⁰ Estas características han hecho cuestionar el carácter de norma jurídica de los principios. En realidad es el positivismo jurídico el origen del cuestionamiento. Los principios no pueden ser aplicados por los jueces por carecer de supuesto de hecho al cual aplicar el silogismo judicial. Además los principios —al contener fórmulas vagas y referencias a aspiraciones éticas y políticas— producirían una contaminación del derecho y no podrían alegarse válidamente frente a un juez. Serían normas dirigidas al legislador y no al juez ni a los justiciables, su aplicación introduciría un elemento de inseguridad y de falta de certeza respecto del derecho. Este debate fue perdido por el positivismo jurídico. *Cfr. ibidem*, pp. 111-113.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 131 y ss.

⁴² Recoge Zagrebelsky la teoría egológica del derecho del argentino Carlos Cossio, aunque no se encuentra citado. *Ibidem*, p. 136 *in fine*.

⁴³ *Ibidem*, p. 137.

⁴⁴ “El contenido de los principios constitutivos del ordenamiento jurídico depende del contexto cultural del que forman parte”. *Ibidem*, p. 124.

Por lo tanto, implica adoptar una posición relativista,⁴⁵ pues la incorporación de principios por vía constitucional no hace referencia a principios “reconocidos” sino a principios “creados” por el sentido social que valora los actos humanos de un modo consensuado.

Los derechos humanos y los principios constitucionales en los que son consagrados —y a partir de los cuales son esgrimidos por los justiciables— no importan el reconocimiento de un derecho objetivo inalienable predefinido por la naturaleza del hombre. Son producto del sentido social que nuestra cultura da a las cosas o actos humanos y valores consagrados por la voluntad del constituyente. El fundamento de los derechos humanos en esta concepción no es otro que el consenso:

La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por lo tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia —como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del iusnaturalismo— su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas.⁴⁶

Decir que los derechos humanos son un producto cultural y que son consagrados mediante un contrato o pacto constitucional implica afirmar que son derechos cuyos titulares son sólo aquellos que pertenecen a la sociedad que voluntariamente los acuerda. Implica también decir que su fundamento es “la voluntad de los contratantes”. El relativismo es sofocante desde esta perspectiva.

Como ha señalado el profesor Pedro Serna, no es posible fundamentar los derechos humanos con los presupuestos metodológicos del positivismo, por lo que todos estos autores se encuentran en serias dificultades.⁴⁷ Massini ha señalado varias en el artículo recordado al principio de este trabajo, la principal de ellas es que el fundamento consensual es una forma de relativismo sociológico, para el cual la corrección del conocimiento viene asegurada por su mera aceptación social. Ello ofrece la dificultad de que:

⁴⁵ “El derecho por principios de valor constituye una relativización de la ética”, *ibidem*, p. 125.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 114.

⁴⁷ *Cfr.* Serna Bermúdez, Pedro, *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1990. En relación a ello, coincide Rodríguez Toubes en que sólo es posible vencer al escepticismo con una justificación de la posibilidad de un conocimiento objetivo. *Cfr.* Rodríguez Toubes, Joaquín, *La razón de los derechos*, *cit.*, p. 144.

desde una perspectiva relativista, no es posible otorgar un fundamento sólido a los derechos de las personas, es decir, un fundamento no sólo teóricamente firme, sino que pueda esgrimirse válidamente aún en circunstancias excepcionales o cuando la concreción de los derechos contraría los intereses inmediatos de quienes deben respetarlos. Y ello es así, porque la relatividad de su fundamento se transfiere, por necesidad lógica, a los derechos fundados; en efecto, es una regla lógica universalmente aceptada que las conclusiones no pueden ser más fuerte que las premisas; así por ejemplo, de una o varias afirmaciones probables, no puede seguirse una afirmación cierta... Pero sucede que, desde una perspectiva relativista, no es posible otorgar un fundamento sólido a los derechos de las personas, es decir, un fundamento no sólo teóricamente firme, sino que pueda esgrimirse válidamente aún en circunstancias excepcionales o cuando la concreción de los derechos contraría los intereses inmediatos de quienes deben respetarlos. Y ello es así, porque la relatividad de su fundamento se transfiere, por necesidad lógica, a los derechos fundados; en efecto, es una regla lógica universalmente aceptada que las conclusiones no puede ser más “fuertes” que las premisas; así por ejemplo, de una o varias afirmaciones probables no puede seguirse una afirmación cierta... Dicho brevemente: fundar los derechos humanos en el mero “consenso” significa relativizarlos y ponerlos a merced de algo tan cambiante y efímero como el consenso ocasional de la mayoría, de la opinión pública o de los gobiernos de un grupo de estados.⁴⁸

Hay que destacar también que en las actuales sociedades multiculturales el consenso respecto del concepto, contenido, alcance e implementación de los derechos humanos no existe. Se trata de una hipótesis contrafáctica, pues aun cuando hubiera consenso respecto del respeto de los derechos humanos, no lo hay respecto de su contenido y alcance, lo que genera no pocos conflictos sociales y políticos, muchos de los cuales terminan comprometiendo también a la agencia judicial. Incluso el mismo Massini recuerda que, en realidad, los autores que recurren a este recurso para fundamentar los derechos humanos, realizan una petición de principio respecto de la existencia, deseabilidad y bondad del instituto, sin argumentar sobre ello. Con lo cual estas posturas aparecen como autocontradictorias, lo que no las hace aptas para proveer un fundamento teórico de cierta solidez a los derechos humanos.⁴⁹

Massini sostiene en este lugar que todas las teorías que intentan justificar los derechos en algo relativo como el consenso, parecieran padecer un temor inconsciente a inmiscuirse con cualquier tipo de razonamiento o

⁴⁸ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Derechos humanos y consenso”, *op. cit.*

⁴⁹ *Idem.*

actitud intelectual que pueda llevar racionalmente a la admisión de la existencia o atributos de Dios. Pareciera cumplirse aquí lo descrito por Frossard: “la filosofía ha roto con la realidad para no oírle hablar de Dios”.⁵⁰ Al reducir los derechos a *inventos* de los juristas o de los filósofos (¡O de los ideólogos del poder!), pueden terminar reemplazados por otros *inventos* más útiles o funcionales a sus intereses. Por eso Massini termina sosteniendo que la llamada *muerte de Dios* conduce inevitablemente a la muerte del hombre, su dignidad y sus derechos.⁵¹

IV. UN FUNDAMENTO ABSOLUTO PARA LOS DERECHOS

Hemos dicho más arriba que fundamentar es dar razón de los derechos, es decir, ofrecer a la inteligencia una explicación de por qué se reconoce a los hombres el título para reclamar ciertas prestaciones por parte de los demás, sin otra exigencia que la de pertenecer a la especie humana.

Ello es así sobre todo considerando que tanto los operadores jurídicos como los legos se refieren a los derechos humanos como una realidad que puede sobreponerse incluso a una norma regularmente sancionada que los contradiga. Es decir, que se presupone la existencia de *algo* por encima de la legislación positiva, que, como hemos visto en el acápite precedente, no puede ser *otra* legislación positiva, como sería el caso de una Constitución. La afirmación de la existencia de un orden superior al positivo supone necesariamente la adopción de una postura técnicamente denominada *iusnaturalista*, entendiéndolo por esta última aquella que acepta la existencia de al menos un principio distinto y superior al establecido por la prudencia —o imprudencia— del legislador estatal.⁵²

La respuesta al interrogante planteado debe comenzar por reconocer la excepcional calidad que reviste la persona humana, que la hacen más perfecta que el resto de los seres del Universo: unidad más acusada, apertura cognoscitiva a la verdad universal, ordenación libre al bien perfecto, autoconocimiento, autodirección, capacidad de amor. Estas características, que implican una mayor y más eminente perfección, es lo que llamaremos *dignidad*. El hombre participa del ser de un modo superior al resto de los seres, lo que lo dignifica o eleva a una categoría entitativa preeminente.⁵³

⁵⁰ Frossard, André, *Il y a un autre monde*, París, Fayard, 1975, p. 116, apud. *Idem*.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Véase Massini Correas, Carlos Ignacio, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, cit., p. 139.

⁵³ Véase Massini Correas, Carlos Ignacio, “Acerca del fundamento de los derechos humanos”, *El iusnaturalismo actual*, cit., p. 190.

Esta preeminencia se ensancha del plano ontológico al plano práctico: también es digna la actividad humana ordenada al logro de su perfección y a los bienes en cuya perfección consiste. Los que son denominados, por Finnis, *bienes humanos básicos*.⁵⁴ En extrema simplificación, el profesor parte de los actos de comprensión práctica que nos permiten conocer los valores básicos de la existencia humana, y también los principios básicos de todo razonamiento práctico. Estos valores son indemostrables y autoevidentes, pero no son ideas innatas, sino que son producto de una reflexión que reconoce con obvedad las formas básicas de realización humana. De estos valores (principios pre-morales) se pueden derivar normas morales —a través de la razonabilidad práctica—.⁵⁵ En ellos fundamenta Finnis “los derechos naturales, humanos o morales”, que son los instrumentos para expresar las exigencias de justicia desde el punto de vista del beneficiario.⁵⁶

Siguiendo estas ideas en torno a la fundamentación, el profesor Massini, luego de describir la especial dignidad de la persona humana (por su participación en el ser, por su mayor perfección ontológica, por su vinculación con la realidad a través de la inteligencia, por su libertad, etcétera), sostiene que esta dignidad óntica resulta ser el fundamento de los derechos humanos

en cuanto que, no bien conocida por el hombre, su intelecto también conoce la relación deóntica que une a esa dignidad con el obrar humano, relación que se concreta, en la perspectiva del sujeto-persona, en la titularidad de ciertos derechos que se vinculan con su existencia y desenvolvimiento. Y esta relación tiene fuerza deóntica en razón de que, en virtud del primer principio práctico, todo lo vinculado necesariamente con la perfección humana a través de la actividad libre, es decir, con el bien ético, reviste carácter de exigible para todos los sujetos; y sin el respeto por parte de los otros de los derechos humanos, no habría para el hombre posibilidad alguna de permanecer en la existencia e incrementar su personidad hasta su plenitud o acabamiento.⁵⁷

⁵⁴ *Ibidem*, p. 191.

⁵⁵ Véase Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 94 y ss (principalmente). En cuanto a la razonabilidad práctica, tiene exigencias que son los requisitos que se han de cumplir para participar del valor básico de la misma, son las siguientes: 1. Un plan de vida coherente. 2. Preferencias no arbitrarias entre valores. 3. Preferencias no arbitrarias entre personas (lo que supone el principios de universalidad). 4. Cierta desapego con los proyectos personales. 5. Cierta compromiso con los proyectos asumidos. 6. Actuar con eficacia en relación con los propósitos. 7. Respeto por todo valor básico en cada acto. 8. Procurar el bien común de las comunidades propias. 9. Respetar la propia conciencia.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 239 y ss.

⁵⁷ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Acerca del fundamento de los derechos humanos”, *El iusnaturalismo actual*, cit., p. 207.

Esta manera de razonar ofrece una fundamentación de tipo absoluta, pues los derechos cuya razón es la misma dignidad humana así entendida no permite ningún tipo de condicionamiento ni cortapisa.⁵⁸ Justamente, la característica principal de estos derechos es su carácter de absolutos, es decir, todos requieren respecto de ellos una observancia sin excepción: “En efecto, todos quienes reclaman por la violación de un derecho humano, lo hacen con la convicción de que lo que se les debe o se les hubiera debido, les corresponde inexcusablemente y no sólo de modo condicional o *prima facie*”.⁵⁹ De hecho, así los presentan todas las declaraciones y Constituciones, y todos los operadores jurídicos los alegan en esta misma inteligencia. Ello requerirá un fundamento también absoluto, debido a una exigencia de orden lógica de evidencia incontestable, como hemos dicho más arriba.

Hay que aclarar que cuando fundamentamos los derechos humanos como se propone en este acápite, la absolutidad de los mismos no se desprende *solamente* de la dignidad humana. Sino que la afirmación de la dignidad humana presupone ciertas premisas deónticas que dan carácter *debitorio absoluto* a los derechos. Estas premisas frecuentemente no se mencionan por considerárselas evidentes, al modo de un entimema, y podrían ser formuladas del siguiente modo: *lo que es digno de modo absoluto debe respetarse absolutamente, o el bien humano ha de ser promovido y perseguido*. Estas proposiciones deónticas son autoevidentes, es decir, aprehensibles en su verdad inmediatamente que se conoce la significación de sus extremos, por ejemplo. En cuanto se comprende el significado de *dignidad absoluta* y de *respeto absoluto*, se percibe inmediatamente que hay entre ellos una relación de deber.⁶⁰

Podría argumentarse que el hecho de que estas proposiciones sean evidentes o autoevidentes no justifican su carácter deóntico. La respuesta a ello consiste en que dichas proposiciones no son especulativas o teóricas sino que tienen carácter práctico, y plantean a la voluntad una exigencia de realización de ciertas conductas. El primer principio práctico, *el bien de hacerse y el mal evitarse, o todo hombre debe hacer toda acción que, en una situación dada, es moralmente buena*, no sólo es conocido por evidencia, sino que implica necesariamente un requerimiento dirigido al obrar libre.⁶¹

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la propuesta de fundamentar los derechos humanos en el consenso resulta una falacia, *la falacia positivis-*

⁵⁸ Massini Correas, Carlos Ignacio, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 65.

⁵⁹ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Acerca del fundamento de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 192.

⁶⁰ Véase *ibidem*, p. 200.

⁶¹ Kalinowski, George, “Metateoría del sistema normativo”, *Idearium*, Mendoza, núm. 10-12, 1986, p. 270, *apud. ibidem*, p. 202.

ta. En efecto, al pretender derivar un contenido normativo como el de los derechos humanos de un simple acto del hombre (sentimientos, cultura, voluntad general, consenso) se comete una falacia, *n.b.*: de la existencia misma del derecho positivo no se sigue que deba ser obedecido, es necesario un principio de obligatoriedad que esté más allá de la norma positiva. Por más que se ensayen distintos modelos teóricos, los hombres siempre consideraremos algunos actos mejores que otros, la razón humana nunca mostrará una indiferencia universal frente a la conducta del hombre, y en la búsqueda de la conducta buena encontraremos siempre el primer principio práctico que impelerá a nuestra inteligencia a actuar, y constituirá la base de cualquier deontología realista sobre la que fundamentar los derechos humanos de un modo absoluto.⁶²

V. EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO PENSAMIENTO TRASCENDENTE

La fundamentación de los derechos humanos que más arriba he reseñado reviste el carácter de trascendente, en el sentido que la dignidad que corresponde a la persona humana se vincula con su grado de participación en el ser, es decir, en una realidad trascendente a la conciencia humana.⁶³

En el mismo sentido se ha manifestado Spaemann, quien ha señalado que una fundamentación absoluta remite necesariamente a la idea de trascendencia:

la idea de dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología metafísica, es decir, en una filosofía del absoluto... La presencia de la idea de lo absoluto en una sociedad es una condición necesaria —aunque no suficiente— para que sea reconocida la incondicionalidad de la dignidad de esa representación de lo absoluto que es el hombre.⁶⁴

⁶² Véase Massini Correas, Carlos Ignacio, “La falacia de la falacia naturalista”, *Idearium*, Mendoza, 1995, p. 75. Esta fundamentación, que podríamos llamar hermenéutica de la personabilidad, es también cultivada por otros autores contemporáneos. Entre ellos, Hervada habla de un “núcleo de debitud y exigibilidad inherente a la dignidad humana, raíz y fundamento de los derechos humanos, criterio de interpretación y cláusula límite de ellos”. Véase Hervada, Javier, *Los eclesiasticistas ante un espectador*, Pamplona, EUNSA, 1993, p. 190. La profesora Ilva Hoyos Castañeda, al referenciar esta afirmación recuerda que los derechos humanos son la concreción y determinación de una raíz común incardinada en la persona humana y en su exigencia de ser. Véase Hoyos Castañeda, Ilva Myriam, *De la dignidad y de los derechos humanos*, *cit.*, p. 106.

⁶³ Véase Massini Correas, Carlos Ignacio, “Inmanencia, trascendencia y derechos humanos”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 21, 1989, pp. 173-184.

⁶⁴ Spaemann, Robert, *Lo natural y lo racional*, Madrid, Rialp, 1989, p. 122.

Y Massini Correas también constata que la naturaleza humana no puede ser un fundamento absoluto de los derechos si no está abierta a la trascendencia:

Este fundamento absoluto no puede ser la voluntad del hombre, ya que tenemos la experiencia innegable de que no somos entes absolutos sino limitados y contingentes; y si esto es así, tampoco será absoluta la voluntad de la mayoría, ya que ella está compuesta de hombres y la cantidad no cambia en nada el carácter absoluto o limitado que corresponde al ser humano; tampoco puede serlo la voluntad del monarca, del dictador o del secretario general del partido gobernante, pues participan, mal que les pese, del carácter contingente del resto de la humanidad. El fundamento absoluto y definitivo de los “derechos humanos” debe ser, por lo tanto, buscado en otra parte. Y este fundamento, escribe Daniélou, que aparece “como mereciendo un respeto absoluto y que no tiene su origen en la voluntad del hombre, sólo puede ser una voluntad más alta, que se impone como digna de una reverencia y una adoración absolutas. Lo absoluto moral implica un elemento de lo sagrado. El creyente reconoce este elemento en el Dios vivo. Pero cuando el agnóstico reconoce ese carácter absoluto de la ley moral, también lo está confesando, aunque no sepa su nombre”.⁶⁵ Es decir que, ya sea de modo explícito en el caso del creyente, o de modo implícito en quien se proclama agnóstico, el aceptar la existencia de derechos absolutos en un sujeto contingente, remite de modo necesario a un “Ser Subsistente por Sí Mismo, Acto Puro de Existir, ilimitado y perfecto, por quien todo lo justo es justo y todo lo debido es debido. Es este «Ser cuya Esencia es Existir»...la última, la razón decisiva, por la cual el sujeto humano puede tener algo como suyo, como su derecho, más allá de las mudables decisiones de los hombres o de los estados.”⁶⁶

Quien se niega a descubrir esta realidad trascendente a lo humano, no puede fundamentar la existencia de exigencias absolutas oponibles frente a cualquier poder humano. Por lo tanto, para una fundamentación de derechos humanos absolutos es necesaria una apertura a la trascendencia. Esta será el punto de partida para el conocimiento de los primeros principios prácticos, entre los que se encuentran los referidos a las prerrogativas y derechos de la persona.⁶⁷

⁶⁵ Véase Daniélou, Jean, *Escándalo de la verdad*, Madrid, Guadarrama, 1965, pp. 198 y 199.

⁶⁶ Massini Correas, Carlos Ignacio, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, cit., p. 150.

⁶⁷ Véase Massini Correas, Carlos Ignacio, “Acerca del fundamento de los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 212.

DERECHOS HUMANOS Y DIVERSIDAD CULTURAL. REFLEXIONES SOBRE ALGUNOS RETOS DE LA SOCIEDAD ACTUAL*

Maricruz DÍAZ DE TERÁN VELASCO**

SUMARIO: I. *Planteamiento de la cuestión.* II. *Universalidad de los derechos y protección de identidades culturales.* III. *Universalidad e interculturalidad ¿es posible la conciliación?* IV. *Consideraciones finales.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Actualmente el progresivo aumento de las corrientes migratorias, el fenómeno de la globalización y la revolución de las telecomunicaciones han contribuido a que las sociedades sean cada vez más interculturales. Por ello, el fenómeno de la diversidad cultural ha sido foco de estudio por parte de antropólogos y sociólogos, pero también los juristas y los políticos se han ocupado de él.

Uno de los motivos de este creciente interés lo constituye el incremento de las discrepancias entre grupos poblacionales con distintas tradiciones religiosas, culturales u orígenes étnicos.¹ De esta manera, la diversidad cultural se ha planteado como un hecho con una importante dimensión práctica,

* Los antecedentes de este artículo pueden encontrarse en un artículo anterior. *Cfr.* Díaz de Terán, M. C., “La diversidad cultural en los países de acogida. Vías para un entendimiento”, en Betanzos, E. O. y Narváez, J. R. (coords.), *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 2012, pp. 541-554.

** Universidad de Navarra.

¹ *Cfr.* Ramírez, H. S. “Multiculturalismo y ethos del mestizaje”, en Aparisi, A. y Díaz de Terán, M. C., *Pluralismo cultural y democracia*, Navarra, Thomson-Reuters, 2009, pp. 140 y 141. Como es bien conocido, los enfoques han sido muy diferentes; oscilando entre las corrientes que defienden promover la pluralidad cultural, hasta los que piensan que se trata de una dinámica que se debe, simplemente, gestionar o incluso, en algunos casos, limitar. Sobre esta cuestión, véase, entre otros autores contemporáneos, Etzioni, A., *Los cambios sociales: fuentes, ti-*

ya se trate de algo que se debe promover o bien se trate de una dinámica que se deba simplemente gestionar e incluso, en algunos casos, limitar.²

Tras estos dilemas subyace, entre otras, una pregunta que puede formularse en los siguientes términos: ¿es compatible admitir la validez de criterios universales que garanticen y protejan la convivencia humana y, al mismo tiempo, sostener la protección de las distintas identidades culturales? Éste es, sin duda, uno de los temas clave en el problema que se presenta y remite, en mi opinión, a una cuestión previa más radical: la de establecer si la fundamentación de los derechos humanos es meramente cultural, o bien trasciende el marco de las culturas particulares, abriéndose a una perspectiva de universalidad. En otros términos, en contexto de las sociedades actuales —en las que cada vez es mayor la diversidad cultural de sus miembros—, ¿es posible conciliar el respeto a los derechos humanos con la protección de las distintas identidades culturales?

No pretendo encontrar en las páginas que siguen una respuesta a un tema tan complejo. Simplemente me voy a limitar a establecer algunos parámetros que puedan ayudar en la reflexión sobre este tema. Para ello comenzaré analizando si, en el contexto actual y desde un punto de vista jurídico, la reivindicación de una identidad cultural propia resulta justificada. La respuesta a esta pregunta conducirá, a su vez, a reflexionar sobre si, en el campo de los derechos humanos, universalidad e interculturalidad pueden ir de la mano.

II. UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS Y PROTECCIÓN DE IDENTIDADES CULTURALES

1. *El punto de partida*

Para analizar si es exigible la protección jurídica de las diferencias culturales puede ser interesante partir de la constitución relacional del ser humano. En este caso, el punto al que debe prestarse atención es la integración de tal di-

pos y consecuencias, México, FCE, 1984; MacIntyre, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Londres, Duckworth, 1981; *Ethics and Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; Taylor, Charles, *Sources of the Self*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989; *Imaginario sociales modernos*, Barcelona, Paidós, 2006; Viola, F., *Identità e comunità: il senso morale della politica*, Milán, Vita e Pensiero, 1999; Walzer, M., *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*, México, FCE, 1997; “Esferas de afecto”, *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y “ciudadanía mundial”*, trad. de C. Castells, Barcelona, Paidós, 1999.

² *Idem*.

mensión relacional en la propia estructura ontológica del ser humano. Y esto porque tal dimensión permite deducir que la persona sólo es comprensible plenamente desde su dimensión social, y por tanto, sólo en el marco del grupo social se puede realizar completamente.³

Se trata de una visión antropológica en la cual el ser humano, con los caracteres propios de la cultura a la que pertenece, posee la posibilidad (intrínseca en su naturaleza) de tomar conciencia mediante la razón de su finitud, así como de reconocer al otro como condición ineludible para adquirir la propia identidad.⁴ En este sentido, puede comprobarse empíricamente que los seres humanos no podemos prescindir de un contexto de trato interpersonal. Es más, exigimos entablar relaciones con los demás como condición para el desarrollo de nuestra personalidad. El carácter social del ser humano, es decir, el hecho de que éste se encuentre inmerso en un mundo de relaciones intersubjetivas, e integrado en entes asociativos de diversa naturaleza, parte de una evidencia empírica, destacada, además, a lo largo de toda la historia del pensamiento.⁵ Y así, desde la etapa embrionaria manifestamos nuestra existencia como seres que vivimos en relación con los demás.⁶ Es conveniente matizar, no obstante, que el punto clave no es el mero dato fáctico de la existencia de relaciones sociales, sino la integración de ese dato en la estructura ontológica del ser humano.⁷ Con otras palabras, para llegar a ser uno mismo, para construir nuestra propia identidad ontológica, es necesario reconocer en el otro un *alter ego* porque mi yo se construye en relación con los otros.⁸

Un dato antropológico clave de la dimensión social de la persona es su capacidad de dialogar. La existencia de esta capacidad —que por definición reclama la presencia de un interlocutor, de *otro* al que se habla— prueba que

³ Cfr. Spaemann, R., *Felicidad y benevolencia*, Madrid, Rialp, 1991; D'Agostino, F., *Filosofía del derecho*, Turín, Giappichelli, 2000; Martínez-Pujalte, A. L., "Derechos humanos e identidad cultural", *Persona y Derecho*, núm. 38, 1998, pp. 120 y 121.

⁴ Cfr. Palazzani, L. "Problemi bioetici e biogiuridici nella società multiethnica", en Compagnoni, F. y D'Agostino, F. (eds.), *Il confronto interculturale: dibattiti bioetici e pratiche giuridiche, Bioetica, diritti umani e multiethnicità*, Milán, San Paolo, 2003, p. 29.

⁵ Cfr. Aparisi, A., "Practical Reason, Morality and Law", en Garcia, A. N. et al. (eds.), *Natural Law: Historical, Systematic and Juridical Approaches*, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2008, pp. 364-377.

⁶ Hecho este en el que coincide tanto la historia del pensamiento como la historia del ser humano individual.

⁷ La referencia a una estructura ontológica remite a la idea de una especificidad esencial del ser humano. Para un análisis más detallado de este tema, véase Palazzani, L., *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Turín, Giappichelli, 1996, sobre todo pp. 223 y ss.

⁸ Cfr. Spaemann, R., *Felicidad y benevolencia*, cit.; D'Agostino, F., *Filosofía del derecho*, cit.; Sgreccia, E., *Manuale di bioetica. Fondamenti ed etica biomedica*, Milán, Vita e Pensiero, 2000.

el ser humano es un ser naturalmente abierto a la relación con los demás,⁹ es un ser que, por su propia naturaleza ontológica, presenta una dimensión esencialmente relacional.¹⁰ Así, la esencia de la persona y su deseo de descubrir lo verdadero en un diálogo racional justificarían la libertad de pensamiento, de palabra, de debate: la palabra y el pensamiento son expresiones principales de la persona.¹¹ El diálogo o el encuentro entre el yo y el otro es una experiencia única y profundamente humana. Por ello, únicamente es posible entre personas que se reconozcan mutuamente.¹² Pero, además, como señala F. D'Agostino,

este reconocimiento del otro no puede ser sólo empírico (reconozco que el otro, aquel individuo que se opone a mí, es como yo), sino, sobre todo, ontológico (reconozco que el otro, como otro y no sólo como mero individuo empírico, es como yo) y, al mismo tiempo, axiológico (reconozco que el otro, como otro y no sólo como mero individuo empírico vale lo mismo que yo)". Y este reconocimiento es fundamental para que pueda establecerse un diálogo.¹³

Apenas se profundiza en el tema del diálogo, aparece una consideración esencial. Si partimos con D'Agostino¹⁴ de la existencia, desde un punto de vista empírico, de diversas formas de diálogo, veremos que es posible distinguir: el diálogo con un interlocutor presente y parlante; el diálogo que

⁹ Cfr. Aparisi, A. "Persona y género: ideología y realidad", en Aparisi, A. (ed.), *Persona y género*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.

¹⁰ Aristóteles ya puso de manifiesto la importancia del diálogo como dato antropológico: "el hombre —afirma— es el único ser que tiene la palabra (*λογος*). La voz (*φωνή*) es signo del dolor y del placer, y por eso, la tienen también los demás animales, pues su naturaleza llega hasta tener sensación de dolor y placer y significárselo unos a otros; pero la palabra es para manifestar lo conveniente y lo dañoso, lo justo y lo injusto, y es exclusivo del hombre, frente a los demás animales, al tener, él solo el sentido del bien y del mal, de lo justo y lo injusto, etc.". Aristóteles, *Política*, I, 2, ed. bilingüe a c. de Marías J. y Araujo, M., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951, p. 4.

¹¹ Cfr. Possenti, V., "La idea de la ley natural", en Massini, C. I., *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 294. No voy a abordar aquí temas de tanta complejidad como la cuestión de la existencia y del conocimiento de la verdad o el problema de la universalidad del bien, de los deberes y los derechos. Simplemente quiero recordar, siguiendo la estela aristotélica, que el hombre posee la capacidad de dialogar sobre la verdad y el bien.

¹² Cfr. Aparisi, A., "Persona y género: ideología y realidad", *op. cit.*

¹³ De modo que ahí donde no exista tal reconocimiento, no puede hablarse de diálogo ni mucho menos de acuerdos, todo lo más de concurrencia de monólogos y acuerdos instrumentales, engañosos, compromisos que la parte que rechaza el reconocimiento (aún afirmándolo de palabra) negará en cuanto lo estime oportuno. Cfr. D'Agostino, F., *Bioética. Estudios de filosofía del derecho*, Madrid, Eiusna, 1996, p. 19.

¹⁴ *Idem.*

podemos calificar como “mudo”, que se efectúa a través de miradas, y, en última instancia, el diálogo con quien se halla lejos e, incluso, con quien ya no está, sin que esta circunstancia convierta a este último diálogo en menos auténtico que los anteriores. El otro se coloca ante mí como término infranqueable de referencia, no sólo físicamente, porque es capaz de *enfrentarse* a mí y de hablar conmigo, sino porque, *al ser como yo*, es constitutivo de mi propia identidad. El otro “no es un intelecto con el que yo dialogo mis capacidades intelectuales, el otro es aquel en quien me encuentro a mí mismo y que, sólo por eso, ya tiene derecho a exigirme (implícita o explícitamente) cualquier cosa: lo mínimo es un trato justo”.¹⁵ Y al obrar así, al captar la realidad del otro y de uno mismo, se manifiesta el ser que somos cada uno. Por todo esto, el respeto al otro implica una adhesión a su realidad y a la de quien la contempla.¹⁶

De este modo, de esa apertura natural del ser humano a la relación con los demás, de ese abrirse a los otros, deriva la existencia de la sociedad, pues la capacidad humana de diálogo comprende a un número potencialmente ilimitado de interlocutores. La existencia de la sociedad es, por tanto, consecuencia natural de la dimensión social de la persona, y no un mero dato empírico.¹⁷ En definitiva, sólo dentro de ella puede obtener una cobertura acabada de sus necesidades que no son meramente físicas: el devenir vital del ser humano, dirigido al cumplimiento de sus propios fines y su realización como persona, es un camino emprendido con otros seres humanos y en el contexto del grupo social.¹⁸

2. *Identidad cultural y dignidad humana*

La identidad individual se gesta en la sociedad pero no sólo implica la pertenencia a un grupo en abstracto ni se trata de una sociabilidad genéri-

¹⁵ D’Agostino, F., *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia giurica e politica*, Turín, 1995, pp. 31 y ss.

¹⁶ R. Spaemann lo resume así: “quien ama a una persona, quien traba amistad con ella no puede dudar al mismo tiempo de su realidad. Ha de tener su vida por irreductible. Cuando digo que no puede dudar, no me estoy refiriendo a imposibilidad física o lógica, sino a una imposibilidad moral y como tal, absoluta”. Spaemann, R., *Felicidad y benevolencia*, cit., p. 156.

¹⁷ No obstante, como es sabido, esta afirmación ha sido ampliamente debatida a lo largo de la historia del pensamiento político. En la Edad Moderna destacan las visiones opuestas que defendieron autores como Thomas Hobbes (*cf.*, entre otras obras, *Elementos de derecho natural y político*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales; *Leviatán*, Madrid, Ed. Nacional, 1979) y John Locke (*cf.*, entre otras de sus obras, *Carta sobre la tolerancia*, Madrid, Tecnos, 1998; *Ensayo sobre el entendimiento humano*, Madrid, Ed. Nacional, 1980).

¹⁸ *Cf.* Martínez-Pujalte, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural”, *op. cit.*, p. 122.

ca, sino de que el ser humano existe en el seno de un grupo social concreto. El arraigo en ese grupo determinado —arraigo que supone, entre otros aspectos, compartir ciertas pautas culturales comunes— es de una importancia radical para su adecuado desarrollo. El ser humano se identifica, se reconoce y se realiza a sí mismo, como perteneciente a una determinada comunidad cultural, con la mediación de la cual desarrolla el proceso de formación de su personalidad, y de la que recibe unos valores y pautas de conducta. Dentro de la comunidad se desarrolla el proceso de humanización de la persona, que implica “una universalización del individuo porque le hace participar en los valores universales, espirituales —es decir, específicamente *humanos*—, de la colectividad en la que nace”.¹⁹ Como observa Taylor, “la plena definición de la identidad individual envuelve siempre la referencia a una comunidad que la define”.²⁰ La argumentación precedente proporciona una primera conclusión: *el ser humano sólo es capaz de alcanzar su plena realización en el marco de un determinado grupo social, que posee una cultura común*. Esta afirmación, unida al principio que defiende el respeto incondicionado al ser humano, exige reconocer y respetar el marco cultural en que se desenvuelve su vida y que resulta necesario para su armónica realización. Con otras palabras, la obligación de respetar las exigencias que se derivan de la dignidad humana, junto con un análisis adecuado de su estructura ontológica y de su naturaleza social, conducen a afirmar que la persona tiene derecho a la protección de su identidad cultural. Ahora bien, aquí es necesario introducir una matización: debemos proteger las identidades culturales siempre que tal protección resulte exigida por la tutela de la dignidad humana.²¹

¹⁹ Arregui V. y Choza, J., *Filosofía del hombre: una antropología de la intimidad*, Madrid, Rialp, 1995, pp. 438-442. La cita es de la página 439.

²⁰ Taylor, Charles, *Sources of the Self*, cit., p. 36.

²¹ Cfr. Martínez-Pujalte, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural”, *op. cit.*, pp. 124 y 125. La apelación a la identidad cultural es una cuestión que ha generado un amplio debate. Así, Nussbaum sostiene que lo beneficioso para todos sería la apelación a una ciudadanía universal. Nussbaum, M. C., “Patriotismo y cosmopolitismo”, *Boston Review*, octubre-noviembre de 1994. La postura de Nussbaum —para quien la patria quedaría para el ámbito de lo privado y el cosmopolitismo regiría el de lo público— ha dado lugar a un amplio debate. Así, Walzer no se deja convencer por sus argumentos porque, afirma “no soy ciudadano del mundo, como a ella le gustaría que fuese. Ni siquiera tengo conciencia de que haya un mundo del que uno pueda ser ciudadano. Nadie me ha ofrecido nunca esa ciudadanía, ni me han descrito el proceso de naturalización” (Walzer, M., “Esferas de afecto”, *op. cit.*, p. 154. De este autor véase Walzer, M., *Las esferas de la justicia: una defensa del pluralismo y la igualdad*, cit. Sobre el concepto de dignidad humana cfr. Aparisi, A., “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”, *Cuadernos de Bioética XXIV/2º*, 2013, pp. 201-221.

A mi modo de ver, la dignidad humana puede ser considerada como una *verdad antropológica*,²² o, lo que es lo mismo, remite a la existencia de una verdad objetiva sobre el ser humano, así como a la posibilidad de conocerla. Esta afirmación conllevaría a admitir que las exigencias derivadas de la dignidad humana son universales, revisten carácter universal, al menos en sus aspectos básicos.²³ Éste es el punto de vista que se sostiene en estas páginas. Pero, llegados a este punto, habría que añadir de nuevo un matiz. No se está proponiendo que el ser humano sea capaz de conocer, de modo inmediato, toda la verdad y la pueda formular de modo definitivo y exhaustivo, sino, más bien, que el ser humano, como ser racional, está capacitado para acercarse al conocimiento de la verdad por aproximación e integración hermenéutica progresiva. De este modo, la coexistencia y, con ella, la integración de las diversas identidades culturales, no sólo es posible sino necesaria. Pero únicamente se puede alcanzar si se reconoce y respeta la identidad antropológica (tanto en la vida propia como en la vida de los otros). A su vez, respetar las exigencias que se derivan de la dignidad humana²⁴ implica que no puede aceptarse acríticamente toda identidad —o manifestación— cultural existente amparándose en el principio de tolerancia.

Afirmar la existencia de una verdad antropológica supone admitir que existen límites: el primero es el que hace depender el respeto a una cultura concreta de que, independientemente de sus manifestaciones peculiares y diversas, esa cultura reconozca la dignidad humana. Interesa enfatizar que la propuesta no consiste en enjuiciar cada cultura con criterios subjetivos o gustos personales, sino en valorarla utilizando como medida crítica común la referencia a la inviolabilidad de la dignidad humana. Tampoco se plantea juzgar cada manifestación cultural usando como unidad de medida una cultura concreta. No se trata de crear un modelo ideal de origen occidental desde el que se pueda juzgar otras culturas. La propuesta consiste en plantear la dignidad humana como criterio común para juzgar *a todas las culturas*, ya que de la dignidad se derivan exigencias universales que el derecho debe reconocer y proteger. Y ello porque los derechos humanos sólo serán capaces de integrar las distintas manifestaciones culturales si se garantiza un

²² La expresión la tomo aquí de Palazzani, L. “Problemi bioetici e biogiuridici nella società multietnica”, *op. cit.*, p. 29.

²³ Cfr. Aparisi, A. “El principio de la dignidad humana como fundamento de un biodecho global”, *op. cit.*

²⁴ Sobre la dignidad humana y la universalidad, véase Megías, J. J., “Dignidad, universalidad y derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho* XXII, 2005, pp. 247-263. Otras perspectivas sobre la dignidad, Serna, P., “Dignidad de la persona: un estudio jurisprudencial”, *Persona y Derecho*, núm. 41, 1999, pp. 139-196; “La dignidad humana en la Constitución europea”, *Persona y Derecho*, núm. 52, 2005, pp. 13-78.

núcleo duro inicial, un fondo de referencia en el plano de la verdad antropológica.²⁵ Y de ahí también la necesidad de recurrir a la razón práctica y a su carácter dialógico²⁶ y, por lo tanto, al consenso social “como apoyo intersubjetivo a la búsqueda de sus fundamentos objetivos y por venir exigido por el respeto de la dignidad humana”.²⁷

El respeto hacia los diversos grupos culturales se justifica porque, como ya se ha indicado, son vehículos o ambientes necesarios para la promoción y realización del bien humano, en especial del bien humano común. Con otras palabras, el respeto del derecho de los grupos a su identidad cultural se justifica en la medida en que esa identidad se ordena a la realización efectiva del bien humano. Si la manifestación cultural se convierte en una manifestación deformada de violencia contra el ser humano no puede ser tolerada. Ella misma se convierte en *intolerante*, y, en consecuencia, en *intolerable*. Precisamente, la existencia de lo intolerable es lo que da valor a lo que se puede tolerar. La universalidad de los derechos humanos propone, por tanto, un límite insuperable en el respeto a una manifestación cultural: no se puede tolerar la cultura que viola la dignidad humana.²⁸ Por eso mismo, si un grupo cultural no se manifiesta como un ambiente propicio para el bien humano, no puede justificar, de manera racional, su derecho a su identidad y a la defensa de sus particularidades y modos de vida.²⁹ La afirmación de

²⁵ Cfr. Paolucci, G. y Eid, C., *Una entrevista a Samir Khalil Samir: cien preguntas sobre el islam*, Madrid, Encuentro, 2003, p. 143. No obstante, como matiza L. Palazzani, “Che il valore assoluto della dignità umana e la teoria dei diritti umani sia una formulazione propria della cultura occidentale (i diritti umani sono stati espressi in un linguaggio occidentale, che è stato difficile tradurre in lingue non occidentali) non deriva da un pregiudizio etnocentrico, ma semmai mostra che l’Occidente ha saputo prendere coscienza di tali valori, ha saputo elevarli a paradigma di comprensione della realtà, fondandoli su basi razionali, e dunque, propri perché giustificati razionalmente (e non imposti arbitrariamente), estensibili di principio a tutti gli uomini”. Palazzani, L., “Problemi bioetici e biogiuridici nella società multietnica”, *op. cit.*, p. 31.

²⁶ Cfr. Aparisi, A., “Practical Reason, Morality and Law”, *op. cit.*

²⁷ Ollero, A., *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996, p. 411.

²⁸ Cfr. Palazzani, L., “Problemi bioetici e biogiuridici nella società multietnica”, *op. cit.*, pp. 30 y 31. Obviamente esta afirmación se entiende en el contexto de una fundamentación ontológica de los derechos humanos, según la cual la dignidad humana es común a todos sin excepción, desde que comienza su ser hasta que deja de serlo con la muerte. En esta dignidad encuentran su asiento los derechos humanos, derechos que permiten y garantizan al ser humano realizarse íntegramente como tal, *con dignidad*.

²⁹ Así ocurre con prácticas tales como la muerte de los primogénitos del sexo femenino, con la castración femenina, o con el abandono a la muerte de los niños defectuosos o enfermos. Cfr. Massini, C. I., “Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista”, *Persona y Derecho*, núm. 48, 2003, p. 75.

que la tutela de la identidad cultural se fundamenta en la exigencia de respeto a la dignidad humana conduce a deducir nítidamente los límites que definirían el derecho a la protección de la cultura: la protección de la identidad cultural abarca exclusivamente a aquellas pautas o manifestaciones culturales que no lesionen la dignidad humana. Esta postura supone admitir la existencia de algo común a todos los que pertenecen al género humano y que justifica la denominación de derechos humanos universales.

III. UNIVERSALIDAD E INTERCULTURALIDAD ¿ES POSIBLE LA CONCILIACIÓN?

1. *El problema de los modelos asimilacionistas y relativistas*

De acuerdo con estos presupuestos, no es posible un acercamiento adecuado al problema de la diversidad desde el modelo de la asimilación, que se basa en la absolutización de una cultura sobre otra. Éste es el modo de proceder en el ámbito de algunas sociedades multiculturales donde se sostiene que los inmigrantes deben *identificarse* con las costumbres del país de acogida. De este modo, al ir adquiriendo gradualmente las nuevas concepciones y hábitos, van perdiendo, progresivamente, su propia identidad.³⁰ Se trata de un proceso de *asimilación* que propone que el extranjero se identifique totalmente no sólo con las leyes y la lengua del nuevo país, sino también con su cultura y sus comportamientos, renunciando —siendo ésta una de las exigencias fundamentales— a toda peculiaridad propia.³¹

Pero esta fórmula de asimilación ha evidenciado límites e inconvenientes. La idea de imponer una cultura es manifiestamente arrogante: aplicar arbitrariamente una jerarquización de las culturas considerando los valores propios como los únicos posibles manifiesta una concepción muy limitada de la riqueza cultural humana porque, al absolutizar una cultura respecto de otra, se cierran las puertas a un posible diálogo intercultural, negando

³⁰ Cfr. Palazzani, L., “Problemi bioetici e biogiuridici nella società multietnica”, *op. cit.*, pp. 19 y 20.

³¹ A grandes rasgos, ésta es la propuesta francesa: en nombre de la llamada *laïcité* se hace a todos, teóricamente iguales ante el Estado. Esta propuesta es distinta del modelo estadounidense denominado *melting pot*. En este modelo “el inmigrante debe fundirse con la población local pero puede mantener prerrogativas propias en el ámbito cultural y de las costumbres... [No obstante] este modelo, válido durante un tiempo, ha mostrado sus límites. Factores como las nuevas oleadas migratorias y los distintos índices de crecimiento demográfico dentro de las diferentes comunidades étnicas han puesto en crisis el conjunto de valores compartidos que formaban el “núcleo duro” de la sociedad estadounidense”. Véase Paolucci, G. y Eid, C., *op. cit.*, pp. 140 y 141.

así la igualdad entre los seres humanos. Desde esta perspectiva, se trataría de una postura discriminatoria.³² Supone un rechazo a la pluralidad cultural y favorece a quienes están más cercanos al modelo social y cultural central.³³

Pero el hecho de la diversidad cultural tampoco puede afrontarse desde la concepción multiculturalista. Esta postura se encuentra estrechamente ligada al relativismo cultural, que rechaza la posibilidad de establecer comparaciones y jerarquías entre las manifestaciones de las diversas culturas. El relativismo aboga por *tolerar* —en este contexto equivale a justificar—³⁴ cada cultura por el simple hecho de existir; se inclina por acogerla tal y como se manifiesta. Argumenta, desde una actitud *neutral* y *acrítica*,³⁵ propia de la teoría liberal moderna, que todas las culturas tienen la misma dignidad y pueden convivir. Defiende que la pluralidad de las expresiones es, en sí misma, garantía suficiente de riqueza y de mejoramiento de la convivencia social en cuanto que evita el enfrentamiento entre culturas.³⁶ De este

³² No obstante, conviene matizar que el rechazo a esta forma de imperialismo, característico del mundo occidental, no significa que los valores propios de la cultura occidental no puedan defenderse como valores universales. La cuestión está en que tal defensa no puede basarse en la afirmación arbitraria de su superioridad cultural. Cfr. Palazzani, L., “Problemi bioetici e biogiuridici nella società multiethnica”, *op. cit.*, p. 20.

³³ Cfr. Fernández, E., “¿Cómo conjugar universalidad y diversidad?”, *Persona y Derecho*, núm. 49, 2003, p. 410.

³⁴ Por eso es importante diferenciar el *principio de tolerancia* en sentido estricto, que busca garantizar las condiciones idóneas para el desarrollo de un debate social que permita encontrar el fundamento para responder a los nuevos conflictos que surgen, del *principio pragmático de tolerancia* o relativista. Este último niega la posibilidad humana de acceso a la verdad. Por tanto, al no existir los errores o las acciones intrínsecamente malas no hay posturas que deban ser combatidas, todas deben ser igualmente aceptadas. Cfr. D’Agostino, F., *Filosofía del Derecho*, *cit.*, pp. 227-232.

³⁵ Señala A. MacIntyre que “es un dogma central de la reciente teoría política y moral liberal que las instituciones públicas y, especialmente las gubernamentales, deberían ser sistemáticamente neutrales entre ideas rivales acerca de qué es el bien humano. La adhesión a cualquier concepción particular del bien humano debería ser, desde el punto de vista liberal, un asunto de preferencia individual y elección privada, y es contrario a la racionalidad requerir de cualquier persona que acuerde con otra el otorgar su adhesión a alguna opinión particular”. MacIntyre, A., “La privatización del bien”, en Massini, C. I., *El iusnaturalismo actual*, *cit.*, pp. 217 y 218. Son diversas los escritos en los que Alasdair MacIntyre ha criticado la reivindicación que, desde el mundo liberal, se hace de pretender un saber único, universal y neutral, hasta el punto de elaborar un marco objetivo de reglas de justicia que permitan convivir a concepciones del bien diferentes entre sí. Entre otras cosas, MacIntyre critica que la aplicación de esta pretensión ha conducido a formas evidentes de empobrecimiento moral y político. Véase, entre otros, MacIntyre, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, Londres, Duckworth, 1981, capítulo 17. Un buen resumen del pensamiento de MacIntyre puede encontrarse en Herrera, M., *Liberalismo versus comunitarismo. Seis voces para un debate y una propuesta*, Cizur, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 107-154.

³⁶ Cfr. Paolucci G. y Eid, C., *op. cit.*, p. 141.

modo, las respuestas variarán de una cultura a otra, es decir, serán el producto histórico y social de cada cultura, convirtiéndose cada una de éstas en un sistema cerrado (auto-referencial), contingente y relativo. Eso sí, todas las propuestas deberán ser igualmente respetadas.³⁷ Llegados a este punto conviene matizar que el relativismo cultural no implica el reconocimiento de la variabilidad cultural. El relativismo va más allá y sostiene la imposibilidad de reconstruir la pluralidad en unidad, de reencontrar en la multiplicidad una verdad común. Con otras palabras, se acomoda en la pluralidad pero no busca la unidad. Es más, entiende que tal unidad reprime la originalidad y oprime lo propio, lo particular.³⁸ Por ello, rechaza la posibilidad de un diálogo intercultural que busque una integración en la formulación de valores y normas universales. Lo que, a su vez, conduce al aislamiento, a la separación absoluta entre las diversas comunidades.

Esta visión conlleva dificultades para aceptar una universalidad de los derechos, y, en definitiva, la propia noción de derechos humanos. Asumir esta postura implicaría reconocer también que todas las prácticas sociales, aun aquellas que atentan contra los derechos básicos de las personas, deben tolerarse siempre que se apele al argumento de la existencia respecto de ellas de un consenso entre los miembros de grupo.³⁹ Además, como señala E. Fernández, en la mayor parte de los casos, quienes apoyan tales prácticas no son las víctimas —que no suelen participar del consenso social favorable a ellas— sino los que detentan el poder dentro del grupo. De este modo, la libertad, la igualdad y los derechos de los individuos ceden ante el relativismo cultural radical que reforzaría a los poderes autoritarios. La consecuencia es la imposición o supremacía del grupo o, más exactamente, de quienes en él ostentan el poder sobre los individuos. En definitiva, la imposición de los derechos de la colectividad sobre los derechos de las personas. Frente a ello es necesario invocar el papel de los derechos humanos, en cuanto derechos de la persona, como límites que se sitúan por encima del orden social, de las tradiciones, de los códigos culturales.⁴⁰

2. Una propuesta para el entendimiento

Si admitimos la unidad del género humano, debemos aceptar que la exigencia de respeto a la persona tiene un significado universal concretado

³⁷ Cfr. Palazzani, L., “Problemi bioetici e biogiuridici nella società multietnica”, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

³⁸ Cfr. D’Agostino, F., *Filosofía del derecho*, *cit.*, p. 261.

³⁹ Cfr. Fernández, E., “¿Cómo conjugar universalidad y diversidad?”, *op. cit.*, p. 420.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 421.

en el respeto a los derechos humanos básicos, aplicable a todo individuo. La dignidad es un bien *intracultural*, en el sentido de que las culturas que se opongan a él no merecen, en este sentido, ser respetadas.⁴¹

Es cierto que el ser humano no puede prescindir de un contexto cultural (es más, entre las nociones de naturaleza y cultura existe una estrecha correlación)⁴² y que las manifestaciones culturales son múltiples y diversas, pero, como venimos señalando, las peculiaridades propias no pueden negar el reconocimiento de su identidad antropológica. Como dice D'Agostino, el ser extranjero es una categoría empírica, quizá jurídica (sólo jurídico-positiva), pero no es una categoría antropológica, filosófica o teológica; prueba de ello es el hecho de que con cualquier hombre, incluso con uno "extranjero" es posible, en principio, hablar y llegar a un acuerdo. Nadie es totalmente extranjero a los ojos de otro para que, de entrada, la posibilidad de entablar un diálogo con él sea impensable. Ningún idioma o lenguaje es absolutamente intraducible. Ningún valor ético, incluso el que nos parezca más duro de compartir, es totalmente incomprensible y, por tanto, incomunicable.⁴³

El hombre, decía Aristóteles, es un ser político por ser un animal racional, porque organiza racionalmente la convivencia.⁴⁴ La convivencia humana tiene como base el hecho de la pluralidad. Tal pluralidad es co-sustancial a la realidad humana: la sociedad aglutina a personas diferentes por su cultura, su lengua, su religión, etcétera. En una misma sociedad coexisten personas con orígenes culturales o con planteamientos ideológicos muy diversos y, para convivir, es necesario crear un espacio donde cada uno sea alguien en relación con los demás, de tal manera que se respete así el hecho de la pluralidad. El concepto de pluralidad (ya sea en clave cultural, religiosa, lingüística, etcétera) es esencial para la política porque invita a equilibrar individualidad y sociabilidad humanas. Sin embargo, organizar esta pluralidad compaginando las diferencias propias derivadas del carácter plural de los ciudadanos no es una tarea sencilla. Se trata de evitar, por un

⁴¹ Cfr. Martínez-Pujalte, A. L., "Derechos humanos e identidad cultural", *op. cit.*, p. 133. Precisamente, existe acuerdo generalizado en lo que respecta a considerar que el fundamento de los derechos se encuentra en la dignidad humana.

⁴² En este punto A. Llano ha escrito con acierto que "conviene tener presente algo que se sabe, como poco, desde la polémica de los filósofos de la escuela de Atenas con los sofistas: que todas las realidades humanas están mediadas por la cultura, pero que esas mismas realidades no se reducen a su mediación cultural. En toda expresión cultural... hay un "recuerdo de la naturaleza" humana que en ella se manifiesta". Llano, A., *Humanismo cívico*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 154.

⁴³ Cfr. D'Agostino, F., *Bioética. Estudios de...*, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁴ Cfr. Aristóteles *Política*, trad. Francisco de P. Samaranch, Bilbao, Aguilar, I, 2 (1253^a-), 1982, pp. 679 y 680.

lado, los elementos de conflicto y de dominación del más fuerte sobre el más débil, y, simultáneamente, favorecer, en el seno de una convivencia pacífica, la expresión de la potencialidad positiva que el interculturalismo implica de por sí.⁴⁵ Esto sólo será posible si la pluralidad social —definida por fines particulares y concretos— confluye en la aspiración común a una unidad social. Dicha unidad social, a su vez, debe tener en su horizonte unos fines que, tradicionalmente, se han englobado bajo el concepto de bien común. Éste representa un principio cohesionador, vinculador de un grupo humano de orden social.⁴⁶ Es decir, se trata de dirigir el dato de la interculturalidad hacia un objetivo de bien común.

Por bien común no se está haciendo referencia a una generalidad que elimina particularidades, no es un bien que anule las subjetividades. Tampoco equivale al concepto de interés general, consagrado por el liberalismo anglosajón y que incide en el aspecto individual y subjetivo. El bien común es un bien predicable, conjuntamente, de los miembros de una comunidad. Se trata, en consecuencia, de un bien dinámico, no estático, reflejo de una sociedad viva que aspira a cohesionar a todos los miembros de una comunidad, evitando individualismos y colectivismos excluyentes. El bien común puede ser una pieza clave del discurso de los derechos humanos porque al remitir a un principio cohesionador puede lograr que los individuos se comprometan con una concepción del bien humano suficientemente determinada y racionalmente justificable que pueda aglutinar las diversas culturas.

La construcción de una sociedad intercultural en la que quepan las diversas manifestaciones culturales exige un fondo de referencia común, a partir del cual pueda edificarse una convivencia armónica. Sólo así se podrán proponer principios válidos en todas las culturas, aptos para aplicarse y superar la pretendida heterogeneidad e inconmensurabilidad de las distintas identidades culturales. La propuesta concreta que se defiende es que la protección de la dignidad, cuyas exigencias se concretan en la tutela de los derechos humanos,⁴⁷ es precisamente el cimiento sobre el que se debe edificar ese marco de convivencia. De este modo, la conciliación entre los

⁴⁵ Cfr. Dalla Torre, G., “Multietnicità, bioetica e diritto”, en Compagnoni, F. y D’Agostino, F. (eds.), *Bioetica, diritti umani e multietnicità*, Milán, San Paolo, 2001, p. 30.

⁴⁶ Señala A. MacIntyre que “...en cualquier visión esencialmente aristotélica o tomista, el acuerdo racional sobre las normas morales [normas sociales de convivencia] presupone siempre el acuerdo racional acerca de la naturaleza del bien humano”. MacIntyre, A., “La privatización del bien”, *op. cit.*, p. 217.

⁴⁷ Cfr. Aparisi, A., “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bio-derecho global”, *op. cit.* Hay autores que discrepan de esta postura, véase Hoerster, N., *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 1992.

derechos humanos y las distintas culturas no sólo es posible sino necesaria. En términos más concretos, tal conciliación debe cuidar para que, por un lado, se garanticen las identidades culturales de los diversos grupos sociales —garantía que no puede reducirse a un mero respeto pasivo, sino que implica su promoción activa, en cuanto que la protección de la identidad cultural viene demandada por la dignidad humana—, y, por otro lado, tiene que velar para que, actuando a su vez como límite, se garanticen las restantes exigencias de esta misma dignidad.⁴⁸

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Parece evidente que el fenómeno de la diversidad cultural exige, desde una óptica jurídica, conjugar dos vías de actuación aparentemente opuestas, pero, en realidad, complementarias: asegurar la igualdad (derivada del reconocimiento de una naturaleza común, de una misma dignidad humana) y promover la diferencia (la especificidad de cada cultura es digna de respeto y debe ser respetada). Más en concreto, asegurar la igualdad por cuanto todos los seres humanos, más allá de su pertenencia a uno u otro grupo cultural, son merecedores de respeto incondicionado por el hecho de ser seres humanos. Y este respeto incondicionado exige la garantía de la igualdad de todos en el disfrute de sus derechos básicos. Afirmar, como se viene sosteniendo, la igualdad en los derechos básicos implica, entre otras cosas, que, por un lado, no puede existir justificación alguna para establecer diferencias entre nacionales y extranjeros en la garantía de los derechos que concretan las exigencias de la dignidad humana. Y, por otro lado, que dicha igualdad debe garantizarse, incluso frente a la propia comunidad cultural. Tal afirmación exige la erradicación de aquellas prácticas que, aunque se basen en tradiciones culturales, sean contrarias a las exigencias básicas de la dignidad humana.⁴⁹

En general, se debe decir que los derechos se asientan sobre razones justificativas: los derechos son universales si las razones que los justifican lo son. Los derechos se justifican en consideraciones universales que guardan relación con la dignidad humana: el respeto a valores como la vida humana, la libertad, el bienestar, la solidaridad y la justicia. En consecuencia, se podría llegar a la conclusión de que los derechos humanos son aquellos derechos dotados de una justificación axiológica universal, sea cual sea el modo

⁴⁸ Cfr. Martínez-Pujalte, A. L., “Derechos humanos e identidad cultural”, *op. cit.*, pp. 146 y 147.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 134-138.

en que se plasmen. El fin de los derechos no reside en los derechos mismos, sino en los valores que, a través de ellos, son reconocidos o atribuidos.⁵⁰

En definitiva, siguiendo a J. J. Megías,

toda sociedad desarrollada debe ser consciente de que no puede existir como una isla; y todo inmigrante debe reconocer que no se puede amparar en su drama personal o familiar para llevar al lugar de destino la ruptura de la convivencia pacífica y armoniosa. Es cierto que los países desarrollados deben ser solidarios con quienes lo necesitan —están obligados a serlo—, y un modo de manifestar tal solidaridad es el de permitir la entrada de inmigrantes, pero el bien común de todos los ciudadanos podrán exigir que, en determinadas ocasiones, se puedan imponer restricciones a la diversidad cultural —no a la entrada de personas—, restricciones a aquellas diferencias culturales que pudieran poner en peligro la estabilidad social y la dignidad personal.⁵¹

⁵⁰ Cfr. Viola, F., *Los derechos humanos ¿una nueva forma de derecho natural?*, conferencia impartida en la Universidad de Navarra, 25 de mayo de 2007.

⁵¹ Megías, J. J., “Inmigración e integración social: doctrinas dominantes”, en Aparisi A. y Díaz de Terán, M. C., *Pluralismo cultural y democracia*, Cizur, Thomson-Reuters, 2009, pp. 85 y 86.

DEL ESTADO DE DERECHO LIBERAL MODERNO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO ACTUAL

Daniel Alejandro HERRERA*

SUMARIO: I. *El Estado de derecho moderno*. II. *El Estado de derecho actual*. III. *Situaciones paradójicas del nuevo paradigma*. IV. *Distintas teorías en la búsqueda de una justificación del sistema*. V. *Algunas consideraciones personales*. VI. *Conclusión final*.

En este trabajo abordaré el periplo que desarrolla el Estado de derecho desde la aparición de los Estados modernos hasta la actualidad, mostrando algunas situaciones paradójicas a las que ha dado lugar y analizando las distintas justificaciones que se han realizado en el pensamiento filosófico político y jurídico. Voy a dividir esta presentación en dos partes: 1) una breve descripción del desarrollo histórico del Estado de derecho moderno hasta la actualidad, señalando sus distintos modelos y sus principales características, junto con algunas paradojas en el Estado de derecho actual; 2) un breve análisis de las distintas justificaciones teóricas respecto al Estado de derecho, especialmente centradas en su versión actual de *Estado constitucional de derecho*. Por último, terminaré con algunas reflexiones personales. La primera parte es más descriptiva del cuadro de situación, y la segunda más reflexiva de la misma desde el punto de vista filosófico.

PRIMERA PARTE

I. EL ESTADO DE DERECHO MODERNO

En la modernidad, lo político se centra en la nueva realidad del Estado, nombre que se impuso con Maquiavelo en el siglo XVI, cuando en *El príncipe*

* Pontificia Universidad Católica Argentina.

comienza la obra diciendo: “Todos los Estados, todas las dominaciones que ejercieron o ejercen imperio sobre los hombres fueron y son repúblicas o principados”.¹ Esto no quiere decir que Maquiavelo inventó la palabra, pues como dice Bobbio, él mismo no hubiera podido utilizarla al comenzar su obra si la misma no existiera en el lenguaje de los siglos XV y XVI.² Sin perjuicio de lo dicho, esto no significa que antes de la modernidad no existieran ciertas organizaciones políticas o unidades políticas, como las *polis*, *ciudades*, *reinos o imperios* que respondan a un concepto universal de lo político. Como dice el mismo Bobbio:

El problema real del que debe preocuparse quien tenga interés por entender el fenómeno del ordenamiento político no es si el Estado existe como tal únicamente de la época moderna en adelante, sino más bien si encuentra semejanzas y diferencias entre el llamado Estado Moderno y los ordenamientos anteriores, si deben resaltarse más unas que otras, cualquiera que sea el nombre que quiera darse a los diferentes ordenamientos. Quien considere que solo puede hablarse de Estado cuando se hace referencia a los ordenamientos sobre los que trataron Bodin, Hobbes o Hegel, se comporta de esta manera porque observa más la discontinuidad que la continuidad, más las diferencias que las semejanzas; quien habla indiferentemente de Estado tanto en referencia al Estado de Bodin como en el caso de la Polis griega, contempla más las analogías que las diferencias, más la continuidad que la discontinuidad.³

Ahora bien, el Estado moderno es aquel que, sobre la base del principio de soberanía (Bodin), monopoliza las funciones de *imperio* y *normativas*, sobre un cierto territorio a él subordinado, donde la politicidad se convierte en estatalidad y la juridicidad progresivamente se va a reducir exclusivamente a la positividad, al solo derecho positivo producido por el Estado, como luego lo va a proclamar el dogma positivista. Por su parte, para autores como Max Weber o Hans Kelsen, el Estado moderno surgiría de la concentración del poder mediante el monopolio institucional de la fuerza en un territorio delimitado. Dice Weber: “El Estado moderno es una agrupación que con éxito e institucionalmente organiza la dominación, y ha conseguido monopolizar, en un territorio determinado, la violencia física legítima como medio de

¹ Maquiavelo, *El príncipe*, 1 no puse editorial porque al ser una fuente como en las citas de Santo Tomás que están más adelante se puede consultar en cualquiera, pues en todas es el número 1.

² Cfr. Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad, por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultural Económica, 2010, p. 86.

³ *Ibidem*, p. 92.

dominio”.⁴ Por su parte, afirma Kelsen: “La teoría normativa del Estado... ha indicado que el Estado es orden, concretamente orden normativo, orden jurídico, con lo que para ella el problema de la realidad del Estado coincide con el problema de la positividad del derecho”,⁵ y en su teoría pura, a su vez, sostiene: “el derecho es una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener... el derecho aparece así como una organización de la fuerza”.⁶

Los Estados modernos son los antecedentes de los actuales Estados nacionales (aunque normalmente estas dos palabras y realidades van juntas puede haber *naciones sin Estado*, como sucedió mucho tiempo con la nación judía en la diáspora hasta la creación del Estado de Israel en 1948, y *Estados sin nación* como en el caso de la URSS en el siglo XX que constituía un mega Estado artificial construido sobre la realidad de distintas naciones, como quedó reflejado luego de su caída). Estos Estados modernos surgen como resultado de la desmembración del imperio, de la pérdida de la unidad de la fe a partir de la reforma y de las guerras de religión que culminaron en la tolerancia recíproca establecida en la paz de Wetsfalia de 1648.

En el devenir histórico de los Estados modernos, podemos distinguir distintas etapas: *a)* el Estado absoluto, y *b)* el Estado de derecho. A su vez, dentro de este último que será el eje central de esta disertación, podemos diferenciar dos modelos: 1) el Estado legal de derecho, y 2) el Estado constitucional de derecho.

El Estado absoluto era aquel que se centraba sobre la supremacía y soberanía del rey, que al desmembrarse el imperio, como dijimos, queda como la autoridad suprema en los distintos reinos. Se crea una burocracia centralizada a cargo de la administración del Estado, más allá de que todavía se mantienen los distintos estamentos sociales, con sus derechos y sus respectivas jurisdicciones, que en caso de laguna del nuevo derecho centralizado en las ordenanzas del soberano, se aplican supletoriamente, extendiendo su vigencia en plena existencia del Estado Absoluto⁷. En el marco de estos Estados absolutos se van a formar los Estados nacionales cuando se produce *la sustitución de la soberanía del rey por la soberanía nacional*. En este marco nace el moderno Estado de derecho. En el Estado absoluto el rey hacía la ley (*rex*

⁴ Weber, Max, “Política y ciencia”, *Obras selectas, Max Weber*, Buenos Aires, Distal, 2010, p. 408.

⁵ Kelsen, Hans, *El Estado como integración. Una controversia de principio*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 22.

⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 74.

⁷ Cfr. Fioravanti, Maurizio, “Estado y Constitución”, en Fioravanti, Maurizio, *El Estado moderno en Europa, instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, p. 21.

facit legem), más allá de estar sometido a ciertas reglas de derecho común o tradiciones como las que, por ejemplo, regulaban la sucesión monárquica, en cambio, en el Estado de derecho la ley hace el régimen (*lex facit regem*).⁸

En consecuencia, el Estado de derecho tal como lo conocemos hoy es un fenómeno moderno en el que se ve la íntima relación que existe entre lo político y lo jurídico, pero que se da de una manera nueva, pues confluye la moderna realidad política (*Estado*), como un constructo, un artificio, con la realidad jurídica (*derecho*) que pasa del *ius commune* en la concepción tradicional basado en la justicia de su contenido, interpretado por los juristas (doctrinarios) y jueces, al derecho nacional o estatal, fundamentado en el principio de Hobbes: *Auctoritas non veritas facit legem*. En *teoría*, el primero se somete a la regulación del segundo, o sea, el Estado al derecho entendido sobre todo como ley. Dicho en otras palabras, es el gobierno de la ley, por lo cual todo, absolutamente todo, incluido el poder político, está regulado y por lo tanto subordinado a la ley. Ahora bien, en la *práctica* no siempre es así, pues justamente al arrogarse el Estado moderno el monopolio de la producción jurídica, al ser fundamentalmente la política y específicamente el poder político el artífice de la ley, muchas veces se ha producido el sometimiento del derecho al poder político de turno y paradójicamente dicho sometimiento se hacía en nombre de la ley y por medio de la ley, convirtiendo al derecho en instrumento de la política.

Más allá de las reflexiones filosóficas, en cuanto a su origen histórico, el *Estado de derecho moderno*, o también llamado *liberal*, se da con los procesos revolucionarios (siglos XVII, XVIII y XIX) que van a reemplazar a los Estados absolutos que surgen en Europa en la modernidad (no al régimen medieval anterior). En estos procesos revolucionarios podemos distinguir distintos modelos de Estados de derecho:

1) El *inglés* más historicista y tradicionalista aunque individualista, donde se da, por un lado, una “continuidad entre la monarquía hereditaria y el parlamentarismo” con el establecimiento de un gobierno moderado *King in Parliament*: elemento monárquico (*rey*), elemento aristocrático (*lords*), elemento democrático (*los comunes*) y, por otro lado, la *continuidad entre las libertades medievales y las modernas* (desde la Carta Magna de 1215 a la Declaración de Derechos de 1689, pasando por la petición de derechos de 1628 y el Acta de Habeas Corpus de 1679). Donde el verdadero factor de unidad que constituye el *Common Law* lo aportan los jueces y no los príncipes o los legisladores.

2) Este modelo se va a extender a *América*, donde los derechos individuales son reconocidos tanto en la Declaración de la Independencia de 1776

⁸ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 21.

como en la Constitución de 1787 (y las demás Constituciones de los Estados), estableciendo un gobierno equilibrado y moderado al modo inglés, junto a una rigidez constitucional de la que surge luego el control judicial de constitucionalidad (*judicial review*), a partir de *Marbury vs. Madison* en 1803 (Presidencia de la Corte del Juez Marshall). A diferencia del modelo inglés, hay poder constituyente y texto escrito, con supremacía de la Constitución y de los jueces que deben garantizarla por sobre el Parlamento y la ley (existía desconfianza de la supremacía del legislativo), todo según el modelo que propone Hamilton en *el Federalista*.

3) El francés más individualista, ideológico y estatalista, donde se da una *ruptura radical con el régimen anterior*. El llamado a los Estados generales culminó con la proclamación en Asamblea Nacional del tercer estado (Sieyes) y la supresión de los privilegios del *Anciane Regime*. A partir de allí se destacan la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la Constitución de 1791, donde, siguiendo el modelo roussoniano, los derechos naturales son entregados y convertidos en civiles por obra de la voluntad general. En virtud de la representación política, el poder constituyente se plasma en una supremacía legislativa (*legiscentrismo*) que debe proclamar y tutelar los derechos. Esto deriva luego en la centralización napoleónica, que distingue entre la autonomía privada en el Código Civil y la heteronomía en el gobierno central y la administración. Con posterioridad se produce con la escuela de la exégesis el paso al más crudo positivismo. A diferencia del modelo inglés y en coincidencia con el americano hay poder constituyente y texto escrito, pero a diferencia de este último hay confianza en un legislador “virtuoso” o “iluminado” depositario de la voluntad general mediante la representación política y desconfianza en los jueces que se convierten en meros aplicadores de la ley.⁹

Así, podemos distinguir en la modernidad dos procesos simultáneos de positivización del derecho, no ajenos a su politización: 1) la *constitucionalización* con la supremacía de los derechos naturales convertidos en constitucionales (de primera generación) y su garantía justamente por la Constitución y los jueces en el *modelo americano*, donde el constitucionalismo clásico liberal constituirá las bases de un Estado constitucional de derecho que va a preceder casi 150 años a los Estados constitucionales de derecho europeos que surgen luego de la Segunda Guerra Mundial y que van a popularizar esta denominación, y 2) la *codificación* con la supremacía de la ley de la que derivan la existencia, reglamentación y garantía de los derechos en el *modelo francés* que se va a extender a todo el resto de Europa continental y luego a

⁹ Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 25-53.

América Latina a través del proceso de codificación y el posterior paradigma exegético, en lo que algunos han dado en llamar *Estado legal de derecho* (en el caso de Argentina, como suele pasar muchas veces, se hace un *mix* por el cual seguimos el modelo americano en lo constitucional y el modelo francés en la codificación).

En virtud del dogma de la soberanía nacional, el Estado nacional moderno no reconocía ninguna autoridad o poder por encima suyo y, por lo tanto, tampoco ninguna regulación jurídica que no sea especialmente aceptada por el propio Estado en el marco de sus relaciones internacionales. En consecuencia, todo el derecho, ya sea interno como internacional, tiene su fuente cuasixclusiva en la voluntad soberana de los estados expresada por sus órganos pertinentes. De esta manera, el sistema internacional así considerado no permitía la injerencia de los Estados, ni individualmente, ni asociados, en los asuntos internos de otro Estado soberano, situación que era alterada de hecho solamente por el fenómeno de la guerra.

II. EL ESTADO DE DERECHO ACTUAL

La situación de los Estados nacionales fue así hasta mediados del siglo XX con la formación de las Naciones Unidas con posterioridad a la Segunda gran Guerra Mundial (sin perjuicio de un intento fallido de organización internacional después de la Primera gran Guerra Mundial, con la Sociedad de las Naciones), como un sistema de organización jurídico-política de la comunidad internacional por encima de los estados soberanos parte, aunque no se trata de un superestado. Esto no se dio naturalmente y sin dificultades. La corta historia de las Naciones Unidas (de un poco más de medio siglo) atestigua la difícil convivencia de un orden jurídico-político internacional con la existencia de órdenes jurídico-políticos soberanos en los distintos estados. Tampoco se logró una igualdad entre los Estados, pues si bien el principio de igualdad rige especialmente en la Asamblea, no sucede lo mismo en el Consejo de Seguridad, integrado sólo por algunos Estados y dentro de éste aún podemos distinguir los miembros originarios permanentes con poder de veto (Estado Unidos, Rusia, China, Francia y Gran Bretaña) y los miembros agregados no permanentes elegidos por dos años por la Asamblea. En el caso de los primeros (miembros permanentes), el criterio utilizado es el *poder*, al ser potencias mundiales y por tanto tener mayor poder *de facto* que otros estados, lo que le da cierto mayor poder *de iure* al integrar el Consejo de Seguridad con derecho a veto.

En el plano jurídico-político parece imponerse una idea de derecho también originada en occidente, como es la idea de *los derechos humanos*, hoy internacionalizada o pseudoglobalizada mediante lo que se conoce como *el derecho internacional de los derechos humanos*, constituido en un nuevo *ius cogens*, como derecho imperativo. Este derecho se ha transformado en virtud de los pactos y tratados internacionales en una especie de *superderecho* o *supraderecho* por encima de los derechos nacionales de cada uno de los Estados, que por otra parte deben incorporarlo como parte fundamental del mismo, lo que constituye una verdadera transformación de la noción de soberanía nacional en el plano jurídico.

Así, podemos distinguir en este nuevo derecho internacional, un nivel o ámbito mundial, de otros niveles o ámbitos regionales. El primero (mundial) se constituye con la carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), los pactos de derechos civiles y políticos, por un lado, y de derechos sociales y económicos, por otro (1966), junto con la existencia de pactos o tratados sobre derechos específicos (por ejemplo, contra la tortura, contra la discriminación de la mujer, la convención de los derechos del niño, etcétera). Este sistema mundial nace en el marco del conflicto este-oeste que surge en el mundo de la posguerra y por eso se puede ver en las negociaciones tanto de la declaración universal de 1948 como de los pactos de 1966, que las democracias occidentales promovían los derechos civiles y políticos (primera generación), mientras los países del este, sometidos a regímenes comunistas, ponían el acento en los derechos económicos y sociales (segunda generación).¹⁰ El segundo (regional) se desarrolla en América, en Europa y posteriormente en África. En lo que respecta a nuestra región, se origina con la creación de la OEA y la Declaración Americana de Derechos Humanos anterior por unos meses (mayo de 1948) a su símil universal (diciembre de 1948); así como también con la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969, pero que entró en vigor en 1978 cuando fuera ratificada por un número de Estados necesario para su puesta en vigencia. A diferencia de lo que ocurría a nivel mundial, en 1948 este sistema, en su origen, no es afectado por el conflicto este-oeste (recién una década después se establece en Cuba por vía revolucionaria el primer gobierno marxista en la región), sino que está claramente identificado con el oeste liderado por Estados Unidos (sede tanto de la OEA como de la ONU) y compuesto por democracias liberales, en alternancia con gobiernos militares a lo largo y ancho de la región (en Argentina en 1948 estaba en pleno apogeo el peronismo, que

¹⁰ Cfr. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie-la Declaración Universal de Derechos, cincuenta años después*, Madrid, Trotta, 1999, p. 50.

propiciaba una tercera posición a la tensión este-oeste). Sin perjuicio de lo dicho, es paradójico y llamativo que el principal país de la región y primera potencia mundial (Estados Unidos), posteriormente, no haya ratificado la Convención ni reconocido la jurisdicción de la CIDH. El fundamento de esa decisión política no es justamente que Estados Unidos sea contrario a la protección de los derechos humanos que con anterioridad a la norma internacional se encuentran reconocidos y garantizados en la propia Constitución de Estados Unidos (se podrán criticar muchas cosas del país del norte, con razón o sin ella, pero no justamente esto). El verdadero fundamento es que los Estados Unidos no quieren reconocer ninguna norma por encima de su Constitución y ninguna jurisdicción más allá de la Corte Suprema de su país.

Simultáneamente, en la Europa de posguerra, especialmente en los países derrotados (Alemania e Italia) se establecen nuevos órdenes constitucionales con la sanción de la Constitución italiana de 1947 que entra en vigencia el 1o. de enero de 1948 y la ley fundamental alemana de 1949. Posteriormente, en 1976 se sanciona la Constitución de Portugal, dos años después de que la llamada “revolución Clavel” derroca al régimen vigente en Portugal hacía 30 años, y por su parte tres años después de la muerte de Franco (1975) va a ocurrir lo mismo en España con la sanción de la Constitución de 1978. Estos cambios constitucionales dan origen a lo que se va a conocer como el nuevo paradigma del Estado constitucional y social de derecho, que viene a reemplazar al viejo paradigma del Estado legal de derecho, donde las Constituciones dejan de ser meras cartas políticas programáticas, en tanto que incluyen los derechos humanos establecidos en las declaraciones internacionales (con la inclusión de los derechos de segunda y tercera generación, sociales y otros derechos) como núcleo del nuevo paradigma, considerados como principios directamente operativos, por encima de las leyes y aplicables directamente por los jueces, especialmente por los nuevos tribunales constitucionales (Alemania en 1951, Italia en 1956, España en 1979 y Portugal en 1982) que en el modelo constitucional europeo ejercen un control de constitucionalidad concentrado, a diferencia del control difuso existente en el modelo americano. A partir del tratado de Roma de 1950, con la sanción de la Convención Europea de Derechos Humanos, se va a dar origen a un sistema de protección regional.

En este nuevo paradigma del Estado constitucional y social de derecho (hoy vigente incluso allende Europa, y especialmente en América con la vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1978 y la creación de la Corte Interamericana en 1979), se produce por una parte *una constitucionalización de todo el derecho* mediante la expansión del derecho

constitucional sobre las otras ramas o disciplinas del derecho, tanto público, como privado, a través de la aplicación directa de las normas constitucionales operativas por encima de las normas legales despojando en muchos casos a estas de su virtualidad jurídica. Al mismo tiempo se produce una internacionalización del derecho constitucional, con la incorporación a las constituciones del derecho internacional de los derechos humanos. Derecho que no se limita al *aspecto normativo* con la supremacía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos respecto de las leyes, sino que se extiende al *aspecto jurisdiccional* con la aparición de las cortes internacionales tanto a nivel regional (la Corte Interamericana o la Corte Europea), como mundial (la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional, etcétera). En materia de derechos humanos, tanto la Corte Europea como la Americana ejercen el *control de convencionalidad*, que es una especie de control de constitucionalidad internacional y que más allá del reconocimiento de ciertos márgenes de apreciación exclusiva de los Estados (más en Europa que en América), obligan a éstos a adaptar su ordenamiento jurídico, tanto legal como jurisdiccional a los términos de la convención regional de derechos humanos (los jueces internos tienen que hacerlo). Por último, simultáneamente, a estos dos procesos se da una constitucionalización del derecho internacional, dado que estos documentos y organismos internacionales constituyen la estructura constitucional de un nuevo orden jurídico-político internacional.¹¹

Con motivo del nacimiento de verdaderos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, aparece *la persona humana* con su intrínseca dignidad como *nuevo sujeto de derecho internacional*, junto con los Estados nacionales y contra esos mismos Estados en tanto y en cuanto no reconozcan o violen esos derechos fundamentales. Si bien los Estados siguen siendo los sujetos de derecho originarios en el derecho internacional, las personas serían sujetos de derecho derivados.¹² Como dice el profesor español Rafael de Asís, el proceso de internacionalización de los derechos humanos,

se caracteriza por un cambio en la relación entre el individuo y el Estado. Por el lado del Estado, aparece una instancia de poder superior a él, lo que a su vez produce que el concepto clásico de soberanía se tambalee. En determinados ámbitos del Derecho se amplía su esfera de validez limitada anteriormente a las fronteras nacionales. Por el lado del individuo, su status varía, estableciendo ciertas relaciones con esa nueva instancia, lo que produce a su

¹¹ *Ibidem*, p. 102.

¹² Cf. Albar Álvarez, Juan Pablo, *El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario*, Santiago de Chile, Legalpublishing, 2008, p. 11.

vez modificaciones respecto a las que mantenía con el poder estatal. Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales ya no se refieren exclusivamente a una relación de dos polos, individuo y Estado, sino que aparece un tercer elemento representado por una instancia supranacional.¹³

III. SITUACIONES PARADÓJICAS DEL NUEVO PARADIGMA

Así, el catedrático español plantea que la fundamentación, reconocimiento, implementación y garantía de los derechos humanos o derechos fundamentales se da en el marco de *situaciones paradójicas*: 1) como la que existe entre la noción de derecho fundamental como límite al poder del Estado y la necesidad del reconocimiento del sistema de protección internacional por parte de los Estados a través de sus poderes a limitar; 2) la que se da entre el reconocimiento del estatus de la persona humana como sujeto internacional además de los Estados, e incluso contra los Estados, como sucede en el caso de violaciones de los derechos humanos, pero por otro lado dicho estatus también depende del reconocimiento de los Estados de someterse convencionalmente al derecho internacional de los derechos humanos; 3) también la que se da para algunos entre el poder constituyente, como fuente del derecho, y del poder y los poderes constituidos que, de derecho y de hecho, ejercen el poder y determinan el derecho; 4) también, por un lado, entre la idea de los derechos humanos como límites del poder de los Estados, y por otro la cuestión de quien fija los límites a estos nuevos poderes supranacionales.¹⁴

Si bien es cierto que la necesidad del reconocimiento convencional de los Estados de someterse al sistema internacional de los derechos humanos hace que la limitación del poder del Estado dependa de la situación paradójica del reconocimiento voluntario de éste de autoobligarse o autosometerse, también es cierto que, de hecho, hoy existe una presión internacional de tal envergadura que es casi imposible que un Estado pueda autoexcluirse sin soportar consecuencias políticas, jurídicas y económicas muy graves. Quizá éste sea un privilegio que sólo pueden darse algunas superpotencias al desconocer ciertos aspectos del sistema que no les conviene a sus intereses (como es el caso ya señalado de Estados Unidos) sin sufrir las correspondientes consecuencias como cualquier otro estado. Éste es un ejemplo, en la actualidad, de la desigualdad entre los Estados, fundada en cuestiones de poder; por tanto, la *verdadera paradoja* es *entre un poder que tiende a expandirse ilimitadamente a menos que lo limite otro poder opuesto y la idea de un derecho*

¹³ Asís, Rafael de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, p. 57.

¹⁴ *Idem*.

que racionalice y limite al poder, aunque para hacerlo dependa de la fuerza del propio poder estatal a limitar.

La cuestión tampoco se resuelve con la tradicional distinción entre poder constituyente y poderes constituidos (necesariamente tiene que existir algo más que fundamento el poder del constituyente). Pues ni el primero (*constituyente*) es absolutamente libre para incorporar cualquier contenido al orden político-jurídico de los distintos Estados nacionales, dado que hoy se encontraría limitado por un derecho internacional de los derechos humanos que obligatoriamente tiene que reconocer e incorporar en las distintas Constituciones, sin perjuicio de tener que resolver la cuestión de la fundamentación de los mismos a fin de determinar si se trata de realidades preexistentes e indisponibles o de la imposición de un derecho positivo supraestatal e internacional por encima del derecho positivo estatal y nacional. Ni los segundos (*constituidos*) son tan limitados por el primero, porque luego de recibir el poder del constituyente son los que efectivamente ejercen el mismo y se transforman en fuente del derecho al delimitar jurídicamente los alcances del derecho y de los derechos, aunque para hacerlo no pueda desconocer los límites impuestos por el poder constituyente originario.

No menos compleja es la otra paradoja de la limitación del poder internacional, que como todo poder no es ajeno a la extralimitación, incluso no respetando las zonas de reserva de los distintos Estados nacionales que de esta manera se verían ante el peligro de una intromisión arbitraria violatoria de su soberanía. Si se diera esta situación paradójica, ¿quién limita al poder internacional? ¿Acaso los derechos de los pueblos organizados como Estados nacionales puedan ser límite al poder de las instancias internacionales o supranacionales? ¿O son los mismos derechos fundamentales los que limitan tanto al poder de los Estados nacionales como el de la misma comunidad internacional y de sus órganos? No es fácil la respuesta a esta cuestión, si es que la tiene dentro de la lógica interna del propio sistema. Hoy por hoy se están dando los primeros pasos en la delimitación de este nuevo derecho. Quizá con el tiempo pueda verse más claro el panorama y prime la prudencia por sobre las ambiciones desmedidas y los intereses mezquinos, lo que por el momento no parece lo más probable, lamentablemente.

Ahora bien, el fenómeno del multiculturalismo plantea nuevos y complejos problemas al esquema de este nuevo derecho, pues se presenta una *nueva paradoja* entre un sistema jurídico que responde a un molde cultural, como es el del occidente secularista, que pretende alcanzar dimensiones universales a través del derecho internacional de los derechos humanos y las particularidades propias de la diversidad cultural, con las identidades propias de cada cultura, lo que en principio parecería que requeriría un

derecho propio a cada realidad cultural. Dicho de otra manera, la encrucijada que se da entre una universalización e internacionalización pseudoglobalizada del derecho por encima de los derechos nacionales, como manifestación de la globalización del mundo actual y la particularización e intranacionalización del derecho dentro de los distintos derechos nacionales, como manifestación del multiculturalismo existente, ya sea de raíces étnicas, religiosas, etcétera.

Sin embargo, y aquí reside lo fundamental de la paradoja, estas reivindicaciones multiculturales de las minorías nacionales y de las pluralidades étnicas dentro de los distintos Estados son planteadas en términos de derechos, particularmente de derechos de las minorías. Es cierto que estos reclamos se dan fundamentalmente en el seno de sociedades y democracias occidentales, más que en otras de diferente origen cultural, aunque sin perjuicio de ello, plantea no pocos problemas para compatibilizar los derechos de las mayorías con los de las minorías.

En suma, ¿cómo se puede compatibilizar la universalidad del derecho de los derechos humanos que parece imponerse en todo el mundo con la diversidad cultural, que responde a distintas identidades, tradiciones y raíces? ¿Cómo se puede compatibilizar el Estado de derecho propio de los distintos Estados nacionales con un Estado de derecho supranacional, que a su vez se internaliza en cada uno de los Estados? ¿Cómo se puede compatibilizar ese Estado de derecho, a su vez, nacional e internacional internalizado con los derechos de las minorías culturales diversas (por etnias, religiones, migraciones, etcétera), respetando su identidad cultural, sin que afecte al bien común de cada nación con su propia identidad política y cultural? En definitiva, ¿cómo compatibilizar el Estado de derecho constitucional, con su núcleo duro compuesto por el derecho internacional de los derechos humanos como expresión jurídica de la globalización o mundialización con el multiculturalismo, el pluralismo cultural o la diversidad de las culturas?

SEGUNDA PARTE

IV. DISTINTAS TEORÍAS EN LA BÚSQUEDA DE UNA JUSTIFICACIÓN DEL SISTEMA

A continuación señalaré alguna de las principales teorías y autores que intentaron algún tipo de justificación filosófica al sistema jurídico actual. Sin perjuicio de marcar las diferencias y, a mi entender, deficiencias del planteo de cada uno de ellos, es importante señalar el interés común por rescatar un

contenido de justicia en el orden jurídico-político (más allá de las problemáticas concreciones históricas no exentas de injusticias y arbitrariedades), frente a una concepción formalista y positivista que deja la cuestión del contenido del derecho a la arbitrariedad del legislador y del que detenta el poder. Esta intencionalidad (aunque no siempre concretada, ni debidamente justificada) requiere tanto la posibilidad como la necesidad de un diálogo intercultural que permita poner el acento en las coincidencias más que en las diferencias.

1. *La distinción entre normas y principios en Dworkin y Alexy*

Como dijimos, este derecho internacional de los derechos humanos constituye hoy el núcleo duro del nuevo paradigma del Estado constitucional de derecho, al ser incorporado como parte medular en las Constituciones, y ser considerado esencia constitucional. Este nuevo paradigma no funciona como un sistema de normas puramente formal, en el cual el legislador de turno podría incorporar cualquier contenido, sino que constituye en sí mismo un sistema de *normas y principios* con contenido sustancial o material que el ordenamiento jurídico tiene que incluir. Justamente, son los derechos fundamentales o los derechos humanos los que surgen de esos principios u operan a modo de principios.

Esta distinción entre normas o reglas y principios la encontramos tanto en Dworkin como en Alexy. A los dos se los suele presentar como representantes de un neoconstitucionalismo moderado, aunque, a decir verdad, hay que distinguir que Dworkin se maneja dentro del modelo americano, fiel a una tradición jurídica y constitucionalista anterior a la aparición del neoconstitucionalismo, mientras que Alexy, desde una posición neokantiana puede considerarse como un referente en la filosofía del derecho del neoconstitucionalismo, especialmente centrado en la interpretación de las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán.

Dworkin, fundándose en la distinción entre normas y principios, elaboró su crítica al positivismo que consideraba al derecho como un sistema exclusivo de normas dictadas por los órganos competentes y de acuerdo a un determinado procedimiento formal (tomando especialmente la versión de Hart). A diferencia de las normas que se identifican por su origen o pedigree, para Dworkin, los principios valdrían por el peso de su contenido que debe ponderarse para su adecuada interpretación y aplicación.¹⁵ Por su parte, Alexy distingue entre principios como *mandatos de optimización* que deben ponderarse de acuerdo con las posibilidades jurídicas (en relación con

¹⁵ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999.

otros principios y con las normas) y fácticas (en relación con los hechos), y normas como *mandatos definitivos* que deben ser realizados, que se aplican *in totum* o no se aplican porque son desplazados por otras normas en caso de conflicto normativo o por principios en el caso de conflicto entre normas y principios. Consistiendo ambos (principios y normas) tanto en permisiones como en prohibiciones. Para el iusfilósofo alemán, los derechos individuales pueden tener tanto la forma o el carácter de mandato de optimización (*principio*) como de mandato definitivo (*norma*). Esto se da así porque el derecho lleva necesariamente una pretensión de corrección que complementa su coerción, implicando una conexión necesaria entre el derecho y la moral como se ve en su aspecto más radical con su reformulación de la fórmula de Radbruch: *la injusticia extrema no es derecho*.¹⁶

Sin perjuicio de la similitud de lenguaje, hay notables diferencias entre ambos, especialmente entre el consecuencialismo de Dworkin cuando aplica (a mi juicio equivocadamente) los principios (que no explica de dónde los saca, quedando más bien como una práctica social, consuetudinaria, interpretada y aplicada autoritativamente por los jueces) a casos difíciles como el aborto o la eutanasia,¹⁷ y el principialismo de Alexy, que si bien reconoce la necesidad de una metafísica para fundar los derechos, lo hace desde una perspectiva neokantiana. En lo personal, si bien me encuentro más cerca de Alexy que de Dworkin, tampoco considero totalmente adecuada la justificación del iusfilósofo alemán debido a su matriz kantiana, fundada en la autonomía de la voluntad más que en la esencia o naturaleza humana.

2. *El neoconstitucionalismo italiano de Ferrajoli y Zagrebelsky*

Una distinción semejante la encontramos en el *neoconstitucionalismo italiano* tanto de Ferrajoli como de Zagrebelsky (aunque el primero no se reconoce como neoconstitucionalista, prefiriendo el título de garantista). Para Ferrajoli, “todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia, que existen además de los de forma”, y condicionan la validez sustancial de las normas infraconstitucionales producidas, expresando como manifestación máxima del derecho positivo los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho. Invirtiendo según él la relación entre derecho y política, pues ya no es el derecho un instrumento de la política como en el Estado legal de derecho, sino que es

¹⁶ Cfr. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 2008, p. 185; *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 62 y 69.

¹⁷ Cfr. Dworkin, Ronald, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, Ariel, 1998.

la política un instrumento para la realización del derecho y especialmente de los derechos fundamentales. Este planteo no trasciende el ámbito del derecho positivo, e incluso del propio positivismo jurídico,¹⁸ concordando en esto con Bobbio, quien manifiesta que a esta altura de los acontecimientos, no es necesario buscar un fundamento más allá de las declaraciones de derechos humanos existentes en la actualidad, ni buscar la razón de las razones como pretenden muchos iusnaturalistas.¹⁹ Ahora bien, de esta manera no supera los problemas de justificación de lo que él llama el paleopositivismo, dado a que esos derechos existen en tanto y en cuanto son positivizados por las declaraciones de derechos, siendo un límite para las demás normas infraconstitucionales, pero que en sí mismos no están fundados más allá del acuerdo de voluntades que le dio origen, lo que constituye un fundamento débil e insuficiente. En cambio, para Zagrebelsky, los principios constitucionales con su apertura a los derechos del hombre y a los grandes principios de justicia limitan a la ley. Ahora bien, aunque para el jurista italiano los principios constitucionales no son de derecho natural, sino más bien la instancia suprema del derecho positivo, que justamente positiviza lo que hasta entonces era una prerrogativa exclusiva del derecho natural; sin embargo, en cuanto a la determinación de la justicia y de los derechos humanos, se asemejan, en su formulación universalista y abstracta, a los principios de derecho natural.²⁰ Esta dicotomía constituye una seria dificultad para su justificación, que adolecería de los mismos problemas de la justificación positivista en caso de no superar el nivel del derecho positivo, o caería en una justificación iusnaturalista y ya no sólo neoconstitucionalista en caso de apelar a derechos preexistentes a su positivización e indisponibles para el legislador de turno. Ambos distinguen entre principios sustanciales o de contenido material (los derechos humanos individuales y colectivos) y los principios procedimentales o puramente formales (la democracia y los demás procedimientos establecidos para la toma de decisiones en un Estado democrático) por medio de los cuales también se proclaman o establecen los propios principios sustanciales o materiales (a través del consenso democrático). Como decía Nino, ante la imposibilidad de alcanzar un consenso absoluto el procedimiento democrático se transforma en su sucedáneo.²¹

¹⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 19. Cfr. *Principia Iuris, II, Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 44.

¹⁹ Cfr. Bobbio, Norberto, "Sui Fondamnto dei diritto dell' uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, abril-junio de 1965.

²⁰ Cfr. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, cit., p. 115.

²¹ Cfr. Nino, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, pp. 26 y 239.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES PERSONALES

La clave de la cuestión es un viraje del objetivismo ético-político-jurídico a un subjetivismo. En este plano se produce la sustitución del concepto de ley natural (*lex naturae*), entendida como dictamen de la recta razón fundado en la esencia o naturaleza humana (*natura hominis*), por la moderna noción de hombre en estado de naturaleza (*homo in natura*), que gira sobre la lucha por la autoconservación y el poder, como sucede en Hobbes o en Rousseau. Cabe aclarar que en el caso de Locke, más moderado pretende armonizar ambas.²²

Es la cuna del individualismo ético, político, jurídico y económico que es coronado en el origen del Estado social como fruto del contrato o pacto social resultante del principio de la autonomía de la voluntad de los individuos y no en la sociabilidad y politicidad natural del hombre. Justamente en este punto es marcada la influencia de Rousseau sobre Kant, y como a través de este último el principio de la autonomía de la voluntad se convierte en liminar de toda la praxis moderna, tanto individual como social o política, tal como lo plantea en su proyecto cosmopolita de *Paz Perpetua*.²³

Justamente estos derechos que surgen de los pactos constituyen los principios y el eje del nuevo paradigma del Estado de derecho constitucional, como sistema de principios y normas que viene a remplazar al llamado Estado de derecho legal positivista y formalista. Aquí reside la principal diferencia entre ambos modelos o paradigmas. En este modelo constitucionalista o principialista, los que operan a modo de principios o son derivados de los principios son justamente los derechos humanos o derechos fundamentales. Por lo tanto, el núcleo del nuevo paradigma lo constituye el derecho de los derechos humanos incorporado a las Constituciones a través del reconocimiento de las declaraciones y tratados internacionales, como también de los sistemas de protección que han sido creados al respecto, como el europeo o el interamericano. Al respecto, la necesaria adecuación del ordenamiento jurídico interno al internacional o regional (artículo 2 de la Convención Americana) podría llegar a incluir la discutible y discutida adecuación de la propia Constitución Nacional. Como ha sucedido con la Constitución de Chile como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana en el *caso de la última tentación de Cristo*, que más allá de entrar a considerar si realmente dicha Constitución violaba la libertad de expresión consagrada en la

²² Cfr. Leocata, Francisco, "Las ideas iusfilosóficas de la ilustración", *La codificación: raíces y prospectiva-El Código Napoleón*, Buenos Aires, Educa, 2003, p. 63.

²³ Cfr. Kant, Immanuel, *Hacia la paz perpetua. Un proyecto filosófico*, Buenos Aires, Prometeo, 2003.

convención americana, llevaría a plantearnos si a esta altura estamos ante un Estado constitucional de derecho o un Estado convencional de derecho y preguntarnos si las normas convencionales tienen jerarquía constitucional o supraconstitucional.²⁴ Mucho más si tenemos en cuenta que, según la Corte Interamericana, el *corpus iuris* básico de convencionalidad al que hay que adecuarse lo integra, además de la propia Convención Americana, los otros tratados de derechos humanos y la interpretación jurisprudencial de la propia Corte.²⁵ Tópico que tendría que ser objeto de otra investigación y que por tanto no abordaré, dejándolo solamente planteado.

Al centrarse el sistema jurídico en la inclusión de principios que se encuentran receptados en textos constitucionales de textura abierta, requieren un adecuado proceso de interpretación. Por eso el momento culminante en el nuevo esquema es justamente el de *la interpretación* que fundamentalmente realiza el juez, y especialmente el juez constitucional en el caso de los tribunales constitucionales en aquellos países donde existen. Efectivamente, ya no es posible recurrir a la aplicación mecánica de la ley al caso concreto, como era en el modelo decimonónico, donde el juez era simplemente su voz, sin poder añadir absolutamente nada a su función de repetidor de las palabras de la ley.

Hoy sin duda, el peligro mayor es pasar de un *positivismo legalista* a un *positivismo judicial* (activismo judicial). Esto se logra a través de una interpretación “libre” (muchas veces ideológica) de los derechos o principios contenidos en la Constitución, directamente operativos por encima de las leyes (el problema no está en la operatividad de los derechos sino en una interpretación extralimitada). Hay que recordar que el positivismo legalista dio lugar muchas veces a la *arbitrariedad legal* al quedar reducidos los contenidos de las normas jurídicas a la voluntad ilimitada del legislador del turno, que tuvo su versión más arbitraria en los regímenes totalitarios del siglo XX. De la misma manera, un positivismo judicial puede llevar a la *arbitrariedad judicial* si la función interpretativa de los jueces no se encuentra limitada por principios y reglas que no son disponibles a su exclusiva voluntad.

Ahora bien, la forma de evitar este riesgo no es volver al positivismo legalista anterior sino reconocer la intrínseca relación del derecho con la justicia con fundamento en el derecho natural que surge del propio ser del hombre y de su dignidad, en el que podemos encontrar estos auténticos principios ético-jurídicos orientadores del obrar humano, que constituyen un núcleo

²⁴ CIDH, caso *La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Serie C, núm. 73.

²⁵ CIDH, Opinión consultiva OC, 16/99, “El Derecho a la información sobre la asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Penal”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, 1o. de octubre de 1999, Serie A, núm. 16.

indisponible que configura un límite tanto para el legislador como para el intérprete, ya sea en el contenido de las normas como en su interpretación y aplicación. Esta adecuada fundamentación evitaría que los jueces al interpretar crearan o inventaran derechos, sino que más bien reconocerían y garantizarían los derechos existentes en la realidad humana conforme a su naturaleza y que son previamente reconocidos, positivizados y garantizados por los tratados internacionales de derechos humanos y las Constituciones.

Podemos decir que nos puede gustar o no el sistema de derecho que rige en la actualidad, pero es el que hoy está en vigencia, el que se aplica. De la misma manera que nos podía gustar o no el modelo positivista formalista moderno, pero era el que se impuso en una época determinada. Ahora bien, hay que hacer una distinción fundamental: una cosa es el sistema que funciona en la realidad y otra las teorías construidas para explicarlo o justificarlo. Se puede aceptar la realidad de la vigencia de este sistema de derecho sin que sea necesario suscribir alguna de las teorías que se han construido al respecto.

El problema de las distintas corrientes que se han construido para explicar este nuevo paradigma, ya sea de raíz empirista y hermenéutica (Dworkin), neokantianas (Alexy, etcétera) o neoconstitucionalistas (Ferrajoli, Zagrebelsky, etcétera) es la justificación o fundamentación de los principios (en el punto anterior vimos las falencias de cada uno en este punto). No vamos a discutir la importancia que tienen los derechos humanos y los procedimientos democráticos en el mundo actual y que puede considerarse un avance o progreso frente a modelos positivistas y formalistas, pero cuando estos autores hablan de principios ¿se refieren a los mismos principios ontológicos (en el orden del ser) y gnoseológicos (en el orden del conocer) del derecho natural clásico? Creo que no.

Los principios del derecho natural clásico se fundan en la estructura misma de la realidad o naturaleza de las cosas humanas en el orden del ser y en la evidencia de su conocimiento en el plano principal de la razón práctica en el orden del conocer, que partiendo de la noción de bien que tiene razón de fin, a su vez, dirige el obrar posterior. Este conocimiento evidente de los primeros principios prácticos (ley natural) es paralelo o correlativo (no deducido) al conocimiento de las inclinaciones naturales (Tomás de Aquino),²⁶ o de los bienes humanos básicos (Finnis),²⁷ en virtud de la convertibilidad entre ser y bien (*ens et bonum convertuntur*) y funda a su vez la estructura noética de todo conocimiento práctico posterior. A partir de allí, a medida

²⁶ Cfr. Aquino, S. Tomás de, Th. 1^a, 2^a, Q. 94, 2.

²⁷ Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, capítulos III y IV.

que nos alejamos de los principios y nos acercamos al obrar circunstancial y concreto, es necesario complementar el juicio evidente de los principios universales que en el orden práctico operan como fines, con el juicio prudencial que, además de éstos, debe tener en cuenta las circunstancias particulares, a fin de poder elegir los medios adecuados en orden al obrar concreto. En este sentido, el verdadero juicio o mandato de optimización, usando el lenguaje de Alexy, no se da en el plano del juicio sobre los principios (fines), sino más bien en el plano del juicio prudencial circunstanciado (medios), que no invalida el principio como se ve en el conocido ejemplo del depósito del arma.²⁸

En cambio, en las teorías anteriormente señaladas, en lugar de principios (evidentes o derivados inmediatamente de principios evidentes) se trataría más bien de *postulados* proclamados como tales por razones ideológicas, políticas o de estructura gnoseológica como sucede con el apriorismo de raíz kantiana, a partir del acuerdo de voluntades fruto del principio de autonomía de la voluntad. A diferencia de los principios, los postulados no se justifican ni se fundamentan sino que justamente se postulan o proclaman, o en el mejor de los casos su fundamento es débil por remontarse a la mera autonomía de la voluntad. Y es a partir de ellos que se pretende fundar toda la estructura posterior. Todo esto tiene una consecuencia sumamente trascendente, pues al no tener que justificarse pueden postularse nuevos derechos sin límite, como sucede con algunos “derechos humanos” creados o inventados sin que respondan a la intrínseca estructura y dinámica del ser humano.

Esto no significa que no pueda haber *diálogo* entre las distintas posturas. Puede haberlo y tiene que haberlo, buscando las diagonales y tendiendo los puentes que permitan acercar las distintas alternativas. Que ponga más el acento en las coincidencias que en las divergencias, teniendo como norte la búsqueda sincera de la verdad. Así podremos dialogar consintiendo algunas cosas y disintiendo en otras con autores como Alexy, Zagrebelsky o Habermas (como lo ha mostrado Ratzinger), sin que esto signifique claudicar de las propias convicciones o negar la matriz de cada doctrina.

Para que no quede lugar a equívocos hay que decir, en primer lugar, que los *derechos humanos* existen. En segundo lugar, que existen, no con una mera existencia contingente (como sería para quienes los consideran como un mero producto histórico en una época determinada), sino como una dimensión esencial del ser humano. Y, en tercer lugar, que como tales deben ser reconocidos y protegidos. Ahora bien, luego de señalar con firmeza esto, hay que señalar también que no son en sí mismos principios fundantes, sino

²⁸ Cfr. Aquino, S. Tomás de, Th. 1^a, 2^a, Q. 94, 4.

más bien fundados. O en todo caso sólo pueden ser fundantes y por tanto considerarse principios del obrar humano posterior, en la medida que son fundados en la naturaleza o esencia del ser humano anterior que subyace, en virtud del principio que dice que el obrar sigue al ser (*operari sequitur esse*).

En cambio, si fueran fundantes en sí mismos y no fundados, no tendría sentido plantearse la cuestión central del fundamento de los derechos humanos. Por otra parte, este fundamento no puede ser el mero consenso al que remiten la mayoría de las teorías, que a lo sumo puede considerarse un punto de referencia intersubjetivo, contingente y variable que no reúne las condiciones para ser considerado un fundamento objetivo. Por las mismas razones tampoco puede ser fundamento una noción de dignidad humana identificada con la autonomía de la voluntad según el modelo kantiano, al que apelan otras. La dignidad humana y los derechos que se siguen de ella sólo pueden fundarse en la esencia humana, en la naturaleza racional (que supone lo biológico) y política del hombre, pues no existen en el hombre aislado, sino inmerso en la comunidad, por eso una de las notas esenciales del derecho y de los derechos es su referencia a otro (alteridad).

Lo mismo sucede con los llamados *principios procedimentales* que tampoco son en sí mismo fundantes, dado que el sólo y mero procedimiento o método no puede ser fundamento de realidades sustanciales o de contenido material lo que constituiría un típico caso de falacia procedimentalista, como sostienen los ya citados Kaufmann y Massini. Sino que más bien son válidos en tanto y en cuanto estos procedimientos (que también tienen su importancia y no hay que menospreciar) se fundan en los principios de justicia (formal y material), a los que tienen que respetar en sus distintas manifestaciones (general y particular) y en su diferente origen (natural y convencional). Principios de justicia que también se apoyan en la misma naturaleza racional y política del hombre.

De allí que si el derecho pretende dar una respuesta a la problemática actual debe hacerlo desde la racionalidad y razonabilidad que le son intrínsecas (*naturalmente*) y por tanto común a todas las culturas, completando y complementando desde el derecho positivo (*culturalmente*), a través de las distintas fuentes (tradiciones, costumbres, convenciones), en todas sus instancias (tanto nacionales como internacionales, tanto constitucionales como constituidas), los principios del derecho natural que descubrimos en la propia naturaleza racional y política del hombre. Por eso, en este punto es importante rescatar la idea clásica del derecho natural para aplicarla al derecho internacional o *derecho de gentes* común a todos los hombres (*derecho de gentes natural*), que como todo derecho natural, necesita ser positivizado (*derecho de gentes positivo*). Esto no significa volver a recrear el *ius gentium* romano o

el *ius inter gentes* que los teólogos españoles del siglo XVI aplicaron para explicar la realidad del nuevo mundo, porque el tiempo no vuelve atrás y estas realidades responden a circunstancias históricas propias de su época, que son distintas a las actuales. Sin embargo, sin perjuicio de las circunstancias cambiantes y de las distintas concreciones, sí podemos beber en las fuentes de los principios universales que las animaron y que mantienen su validez y vigencia por fundarse en la misma naturaleza humana y de las cosas (humanas) que se siguen de ella.

VI. CONCLUSIÓN FINAL

Ahora bien, sin perjuicio de las distintas formas políticas y jurídicas que históricamente se puedan dar en la actualidad y en el futuro, podemos señalar como núcleo del nuevo *ius gentium*, a la *dignidad intrínseca de la persona humana*, tanto en su dimensión individual como social, en su sustancialidad y en su relacionalidad, fundada en su naturaleza racional y política, con su ordenación al *bien común* (segundo elemento esencial de este núcleo) en sus distintos niveles de asociación hasta llegar a la comunidad política y a la comunidad internacional (organizadas subsidiaria y solidariamente), en tanto que al constituir el conjunto de condiciones que permiten el desarrollo de las personas, de las asociaciones menores y de la comunidad en su conjunto, es el mejor bien de la propia persona humana, al ser lo que le permite desarrollarse plenamente como tal, sin perjuicio del destino trascendente (y también comunitario) al que está llamado.²⁹

²⁹ Cfr. Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, 26.

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Ángela APARISI MIRALLES*

José LÓPEZ GUZMÁN**

SUMARIO: I. *Aproximación al concepto de objeción de conciencia.* II. *Objeción de conciencia y libertad de conciencia.* III. *La objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico español.* IV. *La objeción de conciencia en el derecho comparado.* V. *Objeción de conciencia y democracia.*

I. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

De un modo general, se puede considerar la objeción de conciencia como una forma de resistencia hacia una norma legal, siempre que dicha reserva se produzca por la aparición de un conflicto entre las obligaciones morales, religiosas o axiológicas de la persona y el cumplimiento de un precepto legal.¹ En palabras de Prieto, “es el incumplimiento de una obligación de naturaleza personal cuya realización produciría en el individuo una lesión grave de la propia conciencia o, si se prefiere, de sus principios de moralidad”.² Presupone, por lo tanto, la existencia de un enfrentamiento entre un deber moral, o de justicia, y un deber legal.³ Según García Herrera, el contraste de ambas normas “induce al sujeto, en base a profundas convicciones ideológicas a

* Catedrática de Filosofía del Derecho, Universidad de Navarra (España).

** Académico correspondiente de la Real Academia de Farmacia (España).

¹ Véase Palomino, R., *La objeción de conciencia*, Madrid, Montecorvo, 1994; López Guzmán, J., *Objeción de conciencia farmacéutica*, Barcelona, Eiunsa, 1997; Saporiti, M., *La coscienza disubbidiente: ragioni, tutele e limiti dell'obiezione di coscienza*, Milán, Giuffrè, 2014; Fernández, E., *Introducción a la teoría del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 58.

² Prieto Sanchís, L., “La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho”, *Sistema Revista de Ciencias Sociales*, núm. 59, 1984, p. 49.

³ Navarro-Valls, R. y Martínez-Torrón, J., “Conflictos entre conciencia y ley: las objeciones de conciencia”, *Ius Canonicum*, vol. 52, diciembre de 2012.

decantarse por el dictado del deber moral y a negarse a acatar la orden del poder público, por estimar que está en juego algo esencial e irrenunciable a la persona humana”.⁴ Para poder diferenciar la objeción de conciencia de figuras afines, es importante tener en cuenta que lo que el objetor persigue —su intención—, no es obstruir u obstaculizar el cumplimiento social de la norma legal, sino obtener el legítimo respeto a su propia conciencia.⁵

Para poder delimitar, convenientemente, el concepto de objeción de conciencia, conviene tener en cuenta las notas que suelen caracterizar esta figura. En general, serían las siguientes:⁶

a) Como ya se ha indicado, la objeción de conciencia presupone la existencia de una obligación legal de actuar en un determinado sentido. Por ello, el objetor puede manifestar su oposición a tal precepto legal, incompatible con sus convicciones morales o principios axiológicos, pero sólo en la medida en que esa norma se traduzca en deberes dirigidos directamente a él. Es importante delimitar los falsos casos de objeción de conciencia, ya que la posible confusión va en detrimento de la obtención del beneficio para los que sí lo solicitan lícitamente.

b) El comportamiento que demanda el objetor tiene carácter omisivo. En general, al estar referido a exigencias cuya omisión no provoca ningún problema grave, o de orden público, no encontrará, en principio, obstáculo en la obtención de la exención. Por ello, el derecho tampoco suele activar mecanismos represivos contra él. Pero que sea un deber exceptuable en determinados casos, y con determinadas condiciones, no quiere decir que deje de ser un deber estrictamente jurídico.⁷

c) Dicho comportamiento omisivo se apoya en razones religiosas, éticas, morales o axiológicas. Éste es el núcleo de la cuestión, teniendo un carácter secundario el hecho de que se contradiga la norma. Sólo indirectamente se toma en consideración la desobediencia jurídica. En este sentido, Rojo mantiene que las causas que motivan la objeción de conciencia están fundadas en las propias concepciones filosóficas o humanitarias, en profundas razones morales, en convicciones morales y en motivos religiosos.⁸

⁴ García Herrera, M. A., *La objeción de conciencia en materia de aborto*, Vitoria, Servicio de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1991, p. 30.

⁵ Capodiferro Cubero, D., *La objeción de conciencia: estructura y pautas de ponderación*, Barcelona, J. M. Bosch, 2013.

⁶ López Guzmán, J., *Objeción de conciencia farmacéutica*, cit., pp. 23 y 24; Palomino, R., *La objeción de conciencia*, cit., pp. 20 y 21.

⁷ Escobar Roca, G., *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 48.

⁸ Rojo, J. M., “Objeción de conciencia y guerra justa”, *Persona y Derecho*, núm. 11, 1984, p. 122.

d) En general, se ha considerado que la objeción de conciencia es un derecho fundamental subjetivo,⁹ por lo que sólo puede ser limitado constitucionalmente por razones de orden público, seguridad jurídica e igualdad.¹⁰

En relación con este tema, se ha planteado la cuestión relativa a si, precisamente, el reconocimiento de los derechos de las minorías y, más en concreto, la objeción de conciencia son exigencias anteriores al propio Estado y, por lo tanto, condición de legitimidad del ejercicio del poder. Si fuera así, entre los requisitos necesarios para poder admitir la existencia de un Estado de derecho, se encontraría la objeción de conciencia en aquellos supuestos en que estuviera justificada. En esta línea, para Martín de Agar,¹¹ quien objeta en un Estado democrático esgrime ya un derecho. No sólo apela a su conciencia, sino que exige el respeto del derecho fundamental que la tutela.

Este derecho a la objeción de conciencia tendría, sin embargo, ciertos límites: el orden público y la existencia de otros derechos en juego. Con respecto al orden público, sabemos que se trata de un concepto jurídicamente indeterminado. Según Martín de Agar, el orden público condiciona el ejercicio del derecho —y el ejercicio del poder—, a aquellas exigencias de la vida social que, en cada momento, se consideran irrenunciables, al no ser posible establecer su alcance *a priori* y con precisión. Son los jueces quienes, en cada caso, o tipo de casos, lo determinan, confrontando las leyes y principios, especialmente los de rango constitucional, con la realidad social, ponderando también los bienes y valores en juego. Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha señalado que, en un Estado social de derecho, “son precisamente los derechos fundamentales los que constituyen el armazón de la propia idea de orden público”.¹² En este sentido, el Tribunal Constitucional destacó, entre otras, en las Sentencias 63/1995 y 42/2000, que en un Estado de derecho el orden público no puede ser entendido como simple tranquilidad en la vía pública impuesta por la autoridad, sino que ha de ser visto como el pacífico ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos. En realidad, ésta es la idea sobre la que se apoya el artículo

⁹ Sobre el concepto de derecho subjetivo véase, entre otros, Azzione, O. R., *Diritti soggettivi, persona giuridiche*, Bologna, 1978; Vidal, E., “Los derechos humanos como derechos subjetivos”, en Ballesteros, J. (ed.), *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1992; De Lucas J., “El concepto de derecho subjetivo”, en De Lucas J. (ed.), *Introducción a la teoría del derecho, op. cit.*; Díez-Picazo, L., *Derecho civil. Introducción y derechos de la persona*, Madrid, Tecnos, 1990.

¹⁰ Escobar Roca, G., *La objeción de conciencia en la Constitución Española, cit.*, p. 484.

¹¹ Martín de Agar, J. T., “Problemas jurídicos de la objeción de conciencia”, *Scripta Theologica*, 1995, 27, pp. 519-543.

¹² Díez-Picazo, L., “Notas sobre la renuncia a los derechos fundamentales”, *Persona y Derecho*, 2001.

10.1 de la Constitución Española (CE), cuando sostiene que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes “son fundamento del orden político y de la paz social”.

Por otro lado, la legitimidad de la objeción de conciencia desaparece cuando entra en conflicto con otros bienes y derechos fundamentales, que resultarían irremediabilmente dañados si persistiera la actitud del objetor.¹³ Estaríamos ante una labor de ponderación de los distintos valores y derechos en juego. Por ello, no sería equitativa la simple solución de hacer prevalecer, siempre, el interés de la mayoría. Por su parte, Cañal¹⁴ mantiene que el objetor puede “ampararse en su autonomía moral siempre que no transforme a otras personas en objetos o meros instrumentos de la satisfacción de su deber de conciencia, pues la dignidad de la persona impide que pueda considerarse de modo distinto que un fin en sí misma. El objetor está legitimado para incumplir un deber jurídico, pero no para lesionar los derechos ajenos, obligarles a compartir su criterio o utilizar a los demás como instrumentos”.

e) En consecuencia con lo anteriormente señalado, la objeción de conciencia puede ser legal o ilegal, según el ordenamiento jurídico la reconozca o no lo haga.¹⁵ El problema que en este punto se plantea es el relativo a la determinación de quién y, en base a qué parámetros, debe decidir, en última instancia, cuando debe prevalecer el principio de libertad de conciencia sobre la protección y salvaguarda de otros bienes o valores. Sin embargo, Gascón afirma que este problema no existe, ya que si la objeción de conciencia no está reconocida, es el juez quien, “mediante la oportuna ponderación de los bienes en conflicto, debe hacer prevalecer uno u otro; o si la objeción de conciencia está reconocida, es la regulación que disciplina su ejercicio la que determinará las condiciones y límites del mismo”.¹⁶

Escobar mantiene que en el caso de la objeción de conciencia ilegal puede no existir necesariamente una desobediencia al derecho, ya que el incumplimiento de un deber jurídico no implica siempre un incumplimiento del derecho considerado en su conjunto. Ello resulta especialmente patente en aquellas ocasiones en las que una norma de rango superior puede amparar, e incluso legitimar, la actitud del objetor.¹⁷

¹³ García Herrera, M. A., *La objeción de conciencia en materia de aborto*, cit., p. 45.

¹⁴ Cañal García, F. J., “Perspectiva jurídica de la objeción de conciencia del personal sanitario”, *Cuadernos de Bioética*, 19, 1994, p. 224.

¹⁵ Escobar Roca, G., *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, cit., pp. 48 y 49.

¹⁶ Gascón Abellán, M., “A propósito de la objeción de conciencia al servicio militar”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, p. 558.

¹⁷ Escobar Roca, G., *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, cit., pp. 55 y 56.

En aquellos casos en que el incumplimiento de un deber general, por motivos de conciencia, esté permitido, la objeción de conciencia deja de consistir en la desobediencia a la ley y pasa a convertirse en el legítimo ejercicio de un derecho.¹⁸ De esta forma, la objeción de conciencia podrá ser integrada en el ordenamiento jurídico cuando éste se encuentre en disposición “de ofrecer alternativas que deshagan la incompatibilidad inicial entre la decisión de la mayoría (y por tanto, el orden jurídico) y el fuero de la conciencia personal”.¹⁹ Este reconocimiento es muy beneficioso, ya que otorga seguridad a la actuación de los profesionales, a la vez que permite clarificar la situación de los usuarios.

f) La objeción de conciencia puede estar reconocida condicional o incondicionalmente por el Estado. Siguiendo a García Herrera, podemos afirmar que se produce un reconocimiento incondicionado “cuando la ley atribuye eficacia jurídica a la simple declaración objetora, con independencia de las razones en que se funde y con base exclusivamente en la convicción individual expresada en la manifestación externa de la objeción”. Por su parte, el reconocimiento será condicionado cuando se ofrece la articulación de un proceso que “comprueba la admisibilidad y sinceridad de las razones alegadas por el objetor”²⁰.

g) Se suele exigir que los objetores presenten una característica “tipicidad social de grupo”, tratándose de un colectivo de personas, más o menos significativo, de la comunidad. En este sentido, para algunos es importante que la conducta se asimile, o adecue, a otras ya efectuadas en el mismo grupo social. En caso contrario se llegaría a una situación de anarquía. En este sentido, para Martínez-Calcerrada “proyectar la objeción a perfiles de persona a persona, *vis a vis*, es una inconsecuente claudicación, que casi bordea el *focus* de anarquía selvática”.²¹

Consideramos que esta última característica es menos definitoria que las anteriores y, en cierto modo, discutible, ya que el número de personas que integra el grupo objetor no puede determinar la justificación, o no, de la omisión. En este sentido, cada persona que objeta merece la misma consideración si es el único perteneciente a un colectivo profesional, o si se integra en un conjunto más numeroso.

h) Con la objeción de conciencia no se pretende modificar ninguna norma. En palabras de Singer: “no se trata ni de un intento de obligar a la

¹⁸ Oliver Araujo, J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, Madrid, Civitas, 1993, p. 44.

¹⁹ Cámara Villar, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. Las dimensiones constitucionales del problema*, Madrid, Civitas, 1991, p. 26.

²⁰ García Herrera, M. A., *La objeción de conciencia en materia de aborto*, cit., pp. 34 y 35.

²¹ Martínez-Calcerrada, L., *Derecho médico*, Madrid, Tecnos, 1986 (I), p. 634.

mayoría a modificar su decisión, ni de un intento de obtener publicidad o de pedir a la mayoría que reconsidere su decisión”.²² Por ello, se puede admitir que hay una ausencia de fin político. Sin embargo, es posible que, en un determinado momento, la actitud de un objetor trascienda a la opinión pública. Es, por ejemplo, lo que ha ocurrido en España con las demandas de admisión de la objeción de conciencia de los médicos. El reconocimiento social de esta postura no cambia la naturaleza de la objeción, al ser un hecho no buscado por el sujeto, ni dependiente de su voluntad.²³

i) Hay que destacar que la objeción de conciencia es un mecanismo que puede resolver, por la vía de la excepción, conflictos entre mayorías y minorías.²⁴ En este sentido, se puede señalar que, de una forma general, se ha llegado a interpretar la objeción de conciencia como la expresión de la tensión entre mayorías e individuos que se suele producir en todo grupo social de carácter plural. Ello enlaza con el tema relativo a cómo y qué derechos poseen las minorías en un Estado regido por las reglas de las mayorías. Conviene recordar que, para algunos autores, como Muguerza,²⁵ los grandes logros en materias de derechos y progreso social se han conseguido a partir del esfuerzo de las minorías. Ello, en el plano de la fundamentación de los derechos humanos, se relaciona con la denominada “alternativa del disenso”, que implica recurrir a éste con preferencia del “consenso”. Para este autor,

esta idea no es del todo descabellada si reparamos que la fenomenología histórica de la lucha política por la conquista de los derechos humanos, bajo cualquiera de sus modalidades conocidas, parece haber tenido algo que ver con el disenso de individuos o grupos de individuos respecto de un consenso antecedente —de ordinario plasmado en la legislación vigente— que les negaba de un modo u otro su pretendida condición de sujetos de tales derechos.

II. OBJECIÓN DE CONCIENCIA Y LIBERTAD DE CONCIENCIA

En general, se ha entendido que la objeción de conciencia encuentra su fundamento en el respeto al derecho a la libertad de conciencia.²⁶ Como es

²² Singer, P., *Democracia y desobediencia*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 107.

²³ Cañal García, F. J., “Perspectiva jurídica de la objeción de conciencia del personal sanitario”, *op. cit.*, p. 224.

²⁴ Cámara Villar, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. Las dimensiones constitucionales del problema*, *cit.*, p. 25.

²⁵ Muguerza, J., “La alternativa del disenso”, en Muguerza *et al.*, *El tratamiento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1989, p. 44.

²⁶ Sobre la libertad de conciencia, véase, entre otros muchos trabajos, Nussbaum, M., *Libertad de conciencia: el ataque a la igualdad de respeto*, trad. de Patricia Soley-Beltrán, Madrid,

sabido, este derecho remite a la garantía, por parte de los poderes públicos y los ciudadanos, de que el juicio personal, y la lógica actuación que del mismo se deriva, se va a poder realizar sin interferencias o impedimentos de cualquier tipo.²⁷ Por ello, se presupone que la libertad de conciencia posee una proyección interna y externa: implica no sólo el derecho a llevar a cabo juicios de conciencia, sino también el reconocimiento de una libertad de actuación conforme a los mismos. Esta doctrina ha sido consagrada por el Tribunal Constitucional español, entre otras, en sus Sentencias 19/1985, FJ 2º y 120/1990, FJ 10º. Se protege, así, por ejemplo, el culto público o la práctica y la enseñanza de la religión. Este derecho ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, del 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR). En ella se reconoce como único límite al

ejercicio de los derechos de libertad religiosa y de culto... la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática.

En nuestra opinión, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia ha sido uno de los logros más importantes del último cuarto del siglo XX en el ámbito de los derechos humanos. Como precedentes de dicho reconocimiento se puede señalar que ya en el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) se afirmaba:

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Sin embargo, entre los contenidos de este derecho, aún no se incluía la posibilidad de objeción al cumplimiento de las normas por motivos de conciencia.

En consonancia con lo expresado en la mencionada Declaración de Derechos Humanos, el artículo 9o. del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firma-

Katz, 2011; Nussbaum, M., *Libertad de conciencia: en defensa de la tradición estadounidense de igualdad religiosa*, trad. de Alberto E. Álvarez y Araceli Maira Benítez, Barcelona, Tusquets, 2009.

²⁷ Di Cosimo, G., *Coscienza e costituzione: I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milán, A. Giuffrè, 2000.

do en Roma el 4 de noviembre de 1950, recoge el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Declara que tal derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar la religión o las convicciones individual o colectivamente, en público o en privado. Asimismo, considera que la libertad de profesar una religión no puede ser objeto de más restricciones que las que se prevean en la ley y sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar los derechos o libertades de los demás, o la seguridad, el orden, la salud y la moral pública. También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el Pacto de San José de Costa Rica de 1969 reconocen la libertad de conciencia en similares términos.

Un paso decisivo, en el reconocimiento legal de la objeción de conciencia, lo representa la Resolución 337 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, de 1967. En ella se establece que la objeción de conciencia ampara cualquier “convicción profunda de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico o de otro tipo de la misma naturaleza”, afirmando, de forma expresa, que el reconocimiento de la objeción de conciencia deriva, lógicamente, de los derechos fundamentales del individuo, garantizados en el artículo 9o. de la Convención Europea de Derechos Humanos (derechos a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión). Dicha Convención obliga a los Estados miembros a respetar las libertades individuales de conciencia y religión.²⁸ En este contexto, hay que recordar que los derechos humanos o fundamentales son la plasmación, en el ámbito jurídico-social, del valor absoluto y la dignidad intrínseca de la persona. Por lo tanto, “estos derechos no son concesiones que el Estado hace sino exigencias interiores que dimanar del ser personal y que el Estado, si obra correctamente, no puede menos que reconocer”.²⁹

Como se ha indicado, la figura de la objeción de conciencia puede ser entendida como una concreción *ad extra* del derecho a la libertad de conciencia. En consecuencia, dado que la conciencia sólo se predica de la persona singular, la objeción de conciencia tendría por titular, únicamente, a las personas individualmente consideradas, y no a las comunidades o grupos.³⁰

²⁸ Celador Angón, O., *Libertad de conciencia y Europa: un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el convenio europeo de derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2011.

²⁹ Burgos, J. M., *Antropología: una guía para la existencia*, Madrid, Ediciones Palabra, 2005, p. 50.

³⁰ Llamazares Fernández, D. y Llamazares Calzadilla, M. C., *Derecho de la libertad de conciencia. T. II: Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 3a. ed., Navarra, Thomson-Cívitas, 2007; Hervada, J., “Libertad de conciencia y terapéutica”, *Persona y Derecho*, núm. 11, 1984, p. 43.

La libertad de conciencia y, en consecuencia, la objeción de conciencia, no se ejerce en abstracto. Implica, por parte del propio individuo, la previa realización de un razonamiento práctico.³¹ Ello supone la aplicación de un principio objetivo general a las circunstancias particulares en las que el sujeto se encuentra. Además, como ya se ha indicado, cuando se hace referencia al derecho a la objeción de conciencia se requiere la presencia de un requisito adicional: la concurrencia de una disposición legal que obligue al individuo a llevar a cabo una acción concreta. Ello es debido a que la libertad de conciencia no remite sólo a la libertad de cada persona para escoger una determinada actitud filosófica, axiológica o religiosa ante la vida, sino que incluye, necesariamente, el derecho a adecuar el comportamiento personal a las propias convicciones,³² en la medida en que no se lesione ningún bien socialmente protegido. De ese modo, la objeción de conciencia, al tratarse de la dimensión externa de la libertad de conciencia, no se sitúa, propiamente, en el ámbito del razonamiento práctico —aunque éste es, lógicamente, un requisito previo—, sino en el plano de la actuación personal. Y ello porque la conciencia sitúa a la persona en relación no ya con la verdad o el bien, en cuanto conocidos, sino con la verdad o el bien, que exigen de él, como deber ético, una conducta determinada.

Como es lógico, los problemas que se generan con respecto a la libertad de conciencia surgen no cuando ésta efectúa el mencionado razonamiento práctico, sino cuando la persona pretende comportarse de acuerdo con la opción escogida. Y ello porque, como sabemos, tal decisión puede entrar en conflicto con las disposiciones legales vigentes, los derechos ajenos, la seguridad pública, la paz o la denominada moral “social”.³³

³¹ Véase Aparisi, A., *Ética y deontología para juristas*, Pamplona, Eunsa, 2006, pp. 108 y ss.

³² Véase Martín de Agar, J. T., *op. cit.*, pp. 519-543.

³³ Véase Aparisi, A., “La moral social”, *op. cit.*, pp. 87 y ss. La reducción de la moral a lo que, en la línea de Henkel se suele denominar moral “social” o positiva, cierra la vía a toda posibilidad de crítica racional de las estructuras sociales, aceptando sin más, como criterio correcto de actuación, la pauta de comportamiento que se halla vigente en una sociedad. En consecuencia, resta poco espacio para la objeción de conciencia (véase Henkel, H., *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. E. Gimbernat Ordeig, Madrid, Taurus, 1968). Por ello, no es extraño que incluso autores vinculados a la tradición positivista, que no aceptan los planteamientos ontológicos de la ética, como por ejemplo Hart, tiendan a delimitar la moral “social”, constituida por los usos y costumbres, de la denominada moral crítica o auténtica. En este sentido, puede resultar ilustrativo recordar un conocido párrafo, recogido en su obra *El concepto de derecho*:

“En las sociedades en que existe la esclavitud, el grupo dominante puede perder la noción de que los esclavos son seres humanos y no simples objetos para ser usados, aunque ese grupo puede seguir teniendo la mayor sensibilidad moral respecto de las pretensiones e intereses de cada uno de sus miembros. Cuando se preguntó a Huckleberry Finn si la explosión de la

III. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Sabemos que en España, como en la mayoría de los países,³⁴ la objeción de conciencia se relacionó, al menos en un principio, casi exclusivamente con la obligatoriedad del servicio militar. Es a comienzos de los años cincuenta cuando se empieza a plantear este problema.³⁵ La objeción de conciencia se contempla, por primera vez, en el Decreto 3011/1976, del 23 de diciembre, al permitirse que disfruten de prórrogas “los mozos que por razones u objeciones de conciencia, de carácter religioso, se muestren opuestos al empleo de las armas y opten por sustituir el servicio militar en filas por una prestación personal en puestos de interés cívico”. La sucesión de condenas y la postura firme de los objetores produjeron, sin ninguna duda, la oportuna y necesaria sensibilización social.³⁶ Por otro lado, es importante destacar que, en ese momento, el reconocimiento de la objeción quedaba circunscrita a razones de *carácter religioso*. Con posterioridad, la Ley 46/1977, del 15 de octubre, incluye también la justificación por motivos éticos.

Sabemos que la objeción de conciencia a practicar un aborto ha sido también expresamente reconocida en España. El Tribunal Constitucional, en la sentencia 53/1985 del 11 de abril,³⁷ admitió formalmente este derecho. Pero el médico no es el único sanitario que colabora en un aborto, ni éste constituye el único deber profesional que puede suscitar problemas de conciencia en un agente de la salud. Ésta es la causa de que progresivamente se vayan presentado otras demandas de objeciones de conciencia.³⁸ En algunos casos ya existe un reconocimiento legal. Así, por ejemplo, las

caldera de un barco había herido a alguien, contestó: «No, mató a un negro». El comentario de la tía Sally, «Que suerte, porque a veces la gente resulta herida» resume toda una moral que a veces ha prevalecido entre los hombres”. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., trad. G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 247.

³⁴ Sobre la situación de la objeción de conciencia en Europa, véase López Guzmán J., “Gewissensvorbehalt im Gesundheitswesen und die europäischen Gesetzgebungen”, *Imago Hominis*; 15 (2), 2008, pp. 101-119.

³⁵ Sobre la evolución legal de la objeción de conciencia en España, véase Martín-Retortillo, L., “El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Sistema Revista de Ciencias Sociales*, núm. 62, 1984; Peláez Albendea, F. J., *La objeción al servicio militar en el derecho positivo español*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, pp. 31-44; Oliver Araujo, J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, *cit.*, pp. 91-376.

³⁶ Cfr. Serrano, A. y García, M. L., “La objeción de conciencia en materia de aborto”, *Revista ROL de enfermería*, 15 (163), 46, 1992.

³⁷ *BOE*, 18 de mayo de 1985.

³⁸ Sicira, S., *La objeción de conciencia sanitaria*, Madrid, Dykinson, 2000.

enfermeras y matronas también han obtenido el derecho a la exención de participar en abortos.³⁹ Por su parte, en el ámbito profesional farmacéutico también se han presentado demandas para obtener el reconocimiento de la objeción de conciencia, con el objeto de poder negarse a dispensar la píldora del día siguiente.⁴⁰ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, del 23 de abril de 2005 (sección séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), aunque desestimó una demanda, por entender que existía falta de legitimación en el demandante, afirmó, en su Fundamento de Derecho Quinto, que:

en el caso de la objeción de conciencia, su contenido constitucional forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la CE (STC núm. 53/85), en estrecha relación con la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad (artículo 15 de la CE), lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español, el 9 de septiembre de 2013, admitió a trámite el recurso de amparo presentado por un farmacéutico que fue sancionado por negarse a dispensar la píldora del día siguiente en una oficina de farmacia.⁴¹

1. *Regulación constitucional*

La Constitución Española de 1978 sólo recoge dos referencias expresas a la objeción de conciencia: el artículo 30.2, que abrió el camino a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio,⁴² y el artículo 20.1, que hace alusión a la libertad de comunicar o recibir información veraz, por cualquier medio de difusión. Este precepto establece que “La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de esas libertades”.

³⁹ Aparisi, A. *et al.*, “Matronas y objeción de conciencia”, *Revista ROL de enfermería*, 1999, 22 (6), pp. 438-440.

⁴⁰ López Guzmán, J. y Aparisi, A., *La píldora del día siguiente. Aspectos farmacológicos, éticos y jurídicos*, Madrid, LaCaja, 2002, pp. 133-187.

⁴¹ Recurso núm. 412/2012.

⁴² “La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria”.

Fuera de los dos supuestos antes mencionados, cuando se plantea un posible caso de objeción de conciencia, hay que buscar el respaldo constitucional en el precepto que ampara la libertad ideológica. En este sentido, el artículo 16.1 “garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Si se acepta que la objeción de conciencia forma parte de las facultades que conforman el contenido del derecho a la libertad ideológica y religiosa, se puede sostener que la objeción de conciencia es un derecho fundamental, o al menos una manifestación de un derecho fundamental.

El que la Constitución de 1978 sólo reconozca expresamente la objeción de conciencia al servicio militar no es obstáculo, según Oliver, para que el legislador ordinario y el Tribunal Constitucional vayan configurando otros supuestos concretos de objeción de conciencia, a partir de la libertad ideológica y religiosa reconocidas en el artículo 16.1 CE.⁴³ Ante esos nuevos casos, se deberá realizar un esfuerzo de ponderación de los intereses y derechos que entran en colisión. Martín de Agar⁴⁴ considera que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la objeción de conciencia es un problema de límites en el que “entran en juego de una parte los ámbitos de las libertades personales y de otra los principios de obediencia a las leyes, de igualdad, de solidaridad y de orden público”.

2. *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha ido perfilando algunos aspectos de la objeción de conciencia.⁴⁵ Para Martín de Agar⁴⁶ es más conveniente abordar un fenómeno tan variado, como el de la objeción de conciencia, con los recursos de la jurisprudencia que con los de la ley. Además, es importante recordar que la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal no sólo es fuente del derecho, sino que, determinadas resoluciones, como las sentencias interpretativas, poseen mayor rango jerárquico que la ley, situándose tan sólo por debajo de la propia Constitución.⁴⁷

⁴³ Oliver Araujo, J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, cit., p. 47.

⁴⁴ Martín de Agar, J. T., “Problemas jurídicos de la objeción de conciencia”, *op. cit.*, pp. 519-543.

⁴⁵ Martín-Retortillo, L., “El derecho a la objeción de conciencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁶ Martín de Agar, J. T., *op. cit.*, pp. 519-543.

⁴⁷ Añón M. J., “Fuentes del derecho”, en Lucas, J. de (ed.), *Introducción a la teoría del derecho*, cit., p. 280. Para esta autora “la sentencia del Tribunal Constitucional ocupa un lugar

El retraso en la aparición de la regulación legal de la objeción de conciencia motivó la repetida intervención del Tribunal Constitucional para resolver los recursos de amparo presentados. De la doctrina contenida en las diversas sentencias del Tribunal Constitucional se podrían destacar los siguientes aspectos:

A. *Conexión entre objeción de conciencia y libertad de conciencia*

Hemos comprobado que la Constitución Española no contempla, en su articulado, al menos de una forma explícita, la libertad de conciencia, que es el derecho en el que entendemos que se apoyaría la objeción de conciencia. No obstante, en la sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, del 23 de abril,⁴⁸ se especifica que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica que la Constitución reconoce en el artículo 16.⁴⁹ Así, en esta sentencia se reflejó que “la objeción de conciencia constituye una especificación de la libertad de conciencia, la cual supone no sólo el derecho a formar libremente la propia conciencia sino también a obrar de modo conforme a los imperativos de la misma”. En este sentido, la libertad de conciencia “es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16”. De ello se podría deducir que la objeción de conciencia es un derecho reconocido, explícita e implícitamente, en la ordenación constitucional española. En 1985, el Tribunal Constitucional seguía manteniendo que “la objeción de conciencia forma parte del contenido esencial de la libertad ideológica y religiosa reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución”.⁵⁰

Sin embargo, posteriormente se produjo un cambio de criterio jurisprudencial. Se pasó a afirmar que no existe una derivación lógica que relacione el artículo 16.1 con la objeción de conciencia, y que ésta necesita un reconocimiento expreso por parte del ordenamiento jurídico. Seguramente, la razón de este nuevo giro en la jurisprudencia vino motivado por el interés de

superior al de la ley en el sistema de fuentes del derecho, inmediatamente después de la Constitución y de las leyes de reforma constitucional”.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de abril de 1982 (*BOE*, 18 de mayo de 1982). Recurso de amparo por objeción de conciencia no circunscrita a motivos de índole religioso.

⁴⁹ Véase Martín Sánchez, I., *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto a las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Granada, Comares, 2002.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985. Recurso de inconstitucionalidad contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código Penal.

no otorgar a la objeción de conciencia el carácter de derecho fundamental, despejando así cualquier duda sobre el rango de la misma.⁵¹ En este sentido, si no se considera la existencia de una derivación entre la libertad ideológica y la libertad de conciencia, la única posibilidad que ofrece nuestra Constitución para apelar directamente a la objeción de conciencia es el artículo 30.2, ya que la sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987 establece que “sin ese reconocimiento constitucional no podría ejercerse el derecho, ni siquiera al amparo de la libertad ideológica o de conciencia, que, por sí mismo, no sería suficiente para liberar a los ciudadanos de deberes constitucionales o subconstitucionales por motivos de conciencia”.

Si la objeción de conciencia necesita un reconocimiento expreso, y no basta la referencia genérica a la libertad ideológica,

tronco incuestionable en esta materia, queda eliminado el espacio para aquellas objeciones de conciencia que no están contempladas en la norma... Si no hay reconocimiento constitucional, ni regulación legislativa, la conclusión evidente debería ser la negación de toda pretensión de ejercicio de un derecho de objeción de conciencia que no haya sido incorporado en el alvéolo del ordenamiento jurídico.⁵²

Pero Escobar mantiene que las “afirmaciones del Tribunal Constitucional pueden ser interpretadas en el sentido de que no permiten la objeción de conciencia como derecho absoluto e ilimitado, o como objeción a todo deber jurídico, sea o no susceptible de suscitar un conflicto de conciencia”,⁵³ ya que eso “supondría la negación de la idea de Estado”.⁵⁴ En esta misma línea se manifiesta Millán, cuando reconoce que admitir que el derecho a la objeción de conciencia se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 16 de la CE comporta, lógicamente, el reconocimiento de tantas formas de objeción como contenidos de conciencia. La admisión, en suma, de un ilimitado y absoluto derecho a la objeción sería incompatible con la misma noción de Estado.⁵⁵ De este modo, el reconocimiento de la objeción

⁵¹ Sentencias del TC 15/82, 35/85 y 160/87.

⁵² García Herrera, M. A., *La objeción de conciencia en materia de aborto*, cit., p. 99.

⁵³ Escobar Roca, G., *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, cit., p. 187.

⁵⁴ Peláez, para avalar su teoría, muestra el caso hipotético de “una justificación de la presentación de un recurso fuera de plazo sobre la base de que el recurrente, actuando conforme a los imperativos de su conciencia, considera que el plazo previsto por la ley es demasiado breve y por ello injusto. De admitir esta «objeción» se quebraría definitivamente el principio de seguridad jurídica”. Véase Peláez Albendea, F. J., *La objeción de conciencia al servicio militar en el derecho positivo español*, cit., p. 49.

⁵⁵ Millán Garrido, A., *La objeción de conciencia al servicio militar y la prestación social sustitutoria*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 144.

de conciencia deberá ser realizado de forma explícita y caso por caso. Por su parte, Gascón afirma que el artículo 16.1 CE contiene un principio de reconocimiento implícito de todas las conductas de objeción que no impide el reconocimiento expreso de modalidades particulares. Lo que ocurre es que este precepto sólo tiene virtualidad jurídica de cara, precisamente, a los tipos de objeción que no gozan de ese respaldo expreso. El reconocimiento constitucional de la libertad de conciencia del artículo 16.1 sería una especie de “colchón” de todas las modalidades de objeción no expresamente reconocidas.⁵⁶

B. Es un derecho a ser declarado exento de un deber general, no un derecho a no prestar un servicio

En la sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, del 23 de abril, se mantiene que el derecho a la objeción de conciencia no consiste, fundamentalmente, en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta, sino que introduce una excepción a ese deber, que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso. Por ello, el derecho a la objeción de conciencia no garantiza, en rigor, la abstención del objetor, sino su derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción.

C. A falta de regulación legal de la objeción de conciencia, existe un contenido mínimo que es objeto de garantía⁵⁷

Existe una distinción entre existencia de un derecho y regulación del mismo, en el sentido de que “si con la regulación ha de ser fácil determinar el alcance del derecho en su plenitud, aun a falta de ella hay un contenido mínimo, que debe resultar de normal identificación, y que como tal es ya objeto de garantía”. Por lo que “cuando se opera con reserva de configuración legal, el mandato constitucional tiene, hasta que la regulación tenga lugar, un contenido mínimo que ha de ser protegido, ya que de otro modo se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional”.⁵⁸

⁵⁶ Véase Gascón, M., “A propósito de la objeción de conciencia al servicio militar”, *op. cit.*, p. 559.

⁵⁷ STC 23/1982 del 13 de mayo, y STC 25/1982 del 19 de mayo (BOE del 9 de junio de 1982).

⁵⁸ BOE, 18 de mayo de 1982.

D. *El derecho a la objeción de conciencia no está sujeto a la reserva de Ley Orgánica,⁵⁹ establecida en el artículo 81.1, CE*

Este régimen subsiste aun en el caso de considerar la objeción de conciencia como un derecho fundamental. Y ello porque lo único que implica la reserva de Ley Orgánica es el otorgar una protección reforzada.⁶⁰

E. *Las más recientes interpretaciones del Tribunal Constitucional entienden la objeción de conciencia como un “derecho constitucional autónomo”, en lugar de considerarlo un derecho fundamental*

Un derecho fundamental es, en palabras de Cámara, aquel “que una Constitución determinada atribuye a los ciudadanos de manera igual”,⁶¹ y viene caracterizado por:

a) Ofrecer la posibilidad de obtener una reacción jurídica adecuada frente a la violación de un derecho de una forma directa e inmediata, no necesitando para su aplicación de la correspondiente ley de desarrollo.

b) Permitir eludir el cumplimiento de una obligación o el padecimiento de una sanción.⁶² Aún con todo, Montoro mantiene que “la alta consideración que los derechos fundamentales merecen al Tribunal Constitucional no es obstáculo para que, de forma reiterada, haya proclamado que no se trata de derechos absolutos o ilimitados, a la vez que tiende a fijar los condicionamientos o límites de las propias limitaciones”.⁶³

Frente a ello, el Tribunal Constitucional, en conclusión, ha afirmado que el artículo 30 de la CE regula autónomamente un derecho constitucional no fundamental.⁶⁴ Desde esta perspectiva, la objeción de conciencia

⁵⁹ Sentencia 160/1987 del 27 de octubre (BOE, núm. 271, del 12 de noviembre de 1987).

⁶⁰ Camarasa Carrillo, J., *Servicio militar y objeción de conciencia*, Madrid, Pons, 1993, pp. 56 y 57. Como es bien conocido, de acuerdo con lo establecido en el artículo 81.2, CE, “La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

⁶¹ Cámara Villar, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. las dimensiones constitucionales del problema*, cit., pp. 246-249.

⁶² Según Peces-Barba, los derechos fundamentales serán un límite al poder del Estado para garantizar un ámbito de autonomía y de libertad al individuo burgués. Véase Peces-Barba, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 328.

⁶³ Montoro Puerto, M. et al., *Temas constitucionales de actualidad*, Pamplona, EUNSA, 1993, p. 32.

⁶⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 15/1982 del 23 de abril, 160/1987 del 27 de octubre y 161/1987 del 27 de octubre.

al servicio militar sería la única manifestación de la objeción de conciencia desde el punto de vista constitucional (lo que contradice la doctrina de la Sentencia 53/85). De Lucas, Vidal y Añón señalan que “quizá, en el fondo de esta peculiar definición, late también el temor a una ampliación *iusnaturalista* del catálogo de derechos”.⁶⁵

Pero que no se reconozca un derecho general a la objeción de conciencia no implica *per se* una postura restrictiva respecto a los casos que habrán de admitirse. Simplemente, se reconoce que cada clase de desobediencia habrá de articularse técnicamente de una manera individualizada y autónoma, ya que presenta una problemática específica.⁶⁶

F. En la objeción de conciencia se presenta una exigencia de respeto a manifestaciones que pertenecen al ámbito más íntimo de la persona

Sobre su potencial confrontación con el artículo 18.1 de la CE,⁶⁷ la sentencia 160/87 del Tribunal Constitucional señaló que

la posible colisión con los derechos reconocidos en los artículos 16.2 y 18.1 CE desaparece por el mismo ejercicio del derecho a la objeción, que en sí lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas a la violencia y/o a la prestación del servicio militar, bien entendido que, sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas —y, por tanto, exteriores a su conciencia— de su objeción, nadie podrá entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

Este planteamiento ha sido muy discutido. Mientras que algunos han defendido la exigencia de máximo respeto a la intimidad del objetor, desde otros sectores se ha señalado que, aunque no sea obligatorio manifestar públicamente la condición de objetor de un determinado profesional, ello puede ser beneficioso para facilitar a la administración la previsión de medidas que permitan conciliar los derechos de los ciudadanos y los de los profesionales.

⁶⁵ Lucas, J. de *et al.*, “La objeción de conciencia, según el Tribunal Constitucional: algunas dudas razonables”, *Revista General de Derecho*, 1988, 520-521, p. 84.

⁶⁶ Oliver Araujo, J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, *cit.*, p. 44.

⁶⁷ “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

G. El Tribunal Constitucional también se ha manifestado sobre la posible restricción del derecho a la objeción

En este sentido, y refiriéndose al servicio militar, afirmó que la exclusión temporal de la objeción de conciencia no destruye o vulnera el contenido del derecho constitucional reconocido.⁶⁸

Respecto a esta última afirmación, De Lucas mantiene que dicha solución pone en peligro el contenido esencial del derecho a la objeción, ya que la privación temporal de un derecho (la libertad ideológica), no autorizada por la Constitución, es manifiestamente anticonstitucional.⁶⁹

H. El Tribunal Constitucional ha entendido que la libertad religiosa, derecho garantizado por el artículo 16.1 de la Constitución, tiene como límite la salud de las personas⁷⁰

En definitiva, la objeción de conciencia se configura en la jurisprudencia constitucional como un derecho en la medida en que aparezca expresamente reconocido en la norma suprema (artículos 30.2 y 20.1.d de la CE), en otra norma de rango legal o cuando se produzca un reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional, como sucedió en el caso de la objeción de conciencia del personal sanitario al aborto, o del Tribunal Supremo.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 161/87, del 27 de octubre (BOE del 12 de noviembre).

⁶⁹ Lucas, J. de *et al.*, “La objeción de conciencia según el Tribunal Constitucional: algunas dudas razonables”, *op. cit.*, p. 92.

⁷⁰ El caso que motivó el Auto del Tribunal Constitucional, del 20 de junio de 1984, en el que se estableció tal principio, fue el siguiente: una mujer, Testigo de Jehová, se opuso a una transfusión de sangre. El médico obtuvo el pertinente mandamiento judicial para llevarla a cabo. La mujer recurrió por considerar que dicho permiso constituía un delito contra la libertad religiosa, configurado en el artículo 205 del Código Penal. El Tribunal Supremo (Auto 22 de diciembre de 1985) ante el conflicto existente entre la libertad religiosa y la protección de la vida, consideró interés preponderante la vida del paciente, por lo que exoneró al juez de cualquier responsabilidad. Por el contrario, indicó que si el juez no hubiera obligado a realizar la transfusión, y la enferma hubiera muerto, sí podría existir una responsabilidad penal. Este caso llegó al Tribunal Constitucional, quien estableció que existe una autorización legítima, derivada de los artículos 3o. y 5o. de la Ley de Libertad Religiosa, para la actuación judicial, ya que el derecho a la libertad religiosa, garantizado por el artículo 16.1 de la Constitución, tiene como límite la salud de las personas, y en defensa de ella actuó el juez. En este sentido, también son interesantes las Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990 y 137/1990, relativas a sendos recursos de amparo formulados en representación de los presos del GRAPO en huelga de hambre.

IV. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

La objeción de conciencia es una figura jurídica que, progresivamente, se ha ido incorporando a los distintos ordenamientos de nuestro entorno jurídico.⁷¹ En la legislación federal americana, la vía habitual de protección de la objeción de conciencia por motivos religiosos es el recurso a la figura jurídica de la discriminación por motivos religiosos, sancionada en el Título VII de la Civil Rights Act de 1967. Quizá el tipo de objeción de conciencia que más demandas ha generado en las últimas décadas en Estados Unidos es la de los médicos a realizar un aborto. Dicha solicitud está sometida a regulaciones legales de muy diverso contenido en los diversos Estados.⁷² La mayoría de estas leyes reconocen el derecho del hospital empleador, o de cualquier profesional, a rechazar la asistencia en un aborto. Asimismo, establecen medidas legales que garanticen la no discriminación por el ejercicio de este derecho.⁷³ Por otro lado, el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en julio de 2014, dictaminó que las empresas familiares pueden objetar frente a la The Patient Protection and Affordable Care Act,⁷⁴ que les obligaba a ofrecer y, en su caso, financiar a sus empleados, planes de seguros que incluyeran, entre sus prestaciones, la esterilización, los anticonceptivos y la píldora del día siguiente.⁷⁵

En Italia, la Ley 194/1978 reconoce la objeción de conciencia del personal sanitario y de aquellos que ejercen actividades auxiliares. En concreto, exonera a los profesionales de llevar a cabo la certificación de la indicación de abortar y de la propia intervención quirúrgica, siempre que el sanitario objetor haya declarado, con carácter general, su negativa a la práctica del aborto ante el médico provincial o, en caso de hospitales, ante el director sanitario.⁷⁶

También en Francia se reguló la denominada *cláusula de conciencia* del personal sanitario en la Ley 75/1975, reformada en 1979. En ella se subraya la titularidad preferentemente individual de la misma.⁷⁷ Establece que los médicos, comadronas y enfermeros nunca estarán obligados a acceder a una petición de interrupción del embarazo, ni a practicarla o colaborar en

⁷¹ Bertolino, R., *L'obiezione di coscienza: negli ordinamenti giuridici contemporanei*, Turín, Giappichelli, 1967.

⁷² Palomino, R., *op. cit.*, p. 373.

⁷³ Escobar Roca, G., *op. cit.*, p. 125.

⁷⁴ Aprobada el 23 de marzo de 2010.

⁷⁵ McCarthy, M., "US Court says Employers can Deny Contraceptive Coverage for Religious Reasons", *British Medical Journal*, núm. 349, 2014, g4367.

⁷⁶ Oliver Araujo, J., *op. cit.*, pp. 35 y 36.

⁷⁷ Escobar Roca, G., *op. cit.*, pp. 148 y 149.

la misma. No obstante, se establece la obligación, desde la primera visita, de informar a la interesada de su negativa.⁷⁸

En Portugal es la propia ley que, modificando el Código Penal, despenalizó determinados supuestos de aborto, la que garantiza el derecho a la objeción de conciencia de los médicos y demás profesionales de la sanidad en relación con cualquier actuación dirigida a provocar una interrupción lícita y voluntaria del embarazo.⁷⁹

Como hemos podido comprobar, existe un contexto mayoritariamente favorable a la objeción de conciencia en el caso del aborto. No obstante, es importante destacar que al ser despenalizado el aborto y reconocerse formalmente la objeción de conciencia de los médicos, en algunos países faltó promover un marco jurídico adecuado que garantizara, en la práctica y en la realidad cotidiana del sanitario, el respeto de este derecho. Por ejemplo, en España, desde el momento en el que se despenalizó el aborto, los hospitales se vieron obligados a disponer del equipo material y humano suficiente para satisfacer las demandas que en este sentido se les presentaban. Sin embargo, no se establecieron las premisas oportunas para salvaguardar la conciencia de los sanitarios que no quisieran colaborar en dichos actos, presentándose situaciones de conflicto entre los profesionales. Frente a ello cabría alegar que el Tribunal Constitucional estableció, en 1985, que ese tipo de objeción “existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no” la norma aplicable (salvo en el supuesto de peligro para la vida de la madre). En la actualidad, por no haberse realizado un desarrollo de la cláusula por la vía jurisprudencial, el Ministerio de Sanidad ha desarrollado un sistema regulador de esta objeción de conciencia de los miembros del personal sanitario del hospital.

Otro de los aspectos discutidos en relación al reconocimiento legal de la objeción de conciencia al aborto es el relativo a los profesionales legitimados para ejercitar el derecho.⁸⁰ En concreto, en ocasiones se ha cuestionado si a las enfermeras se les debe reconocer el derecho la objeción de conciencia. También se discute si éste es aplicable a cualquier persona del equipo que

⁷⁸ Oliver Araujo, J., *op. cit.*, p. 35.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁸⁰ La determinación de cuando la participación en el aborto es directa o indirecta es, en ocasiones, compleja. No obstante, dicha distinción es importante, ya que será diferente la repercusión ética y legal que tendrá cada uno de los casos. Sobre la objeción de conciencia de un anestesista a intervenir practicando anestesia epidural en un aborto, véase Sgreccia, E., “Analgesia peridurale e obiezione di coscienza”, *Medicina e Morale*, 6, 1990, pp. 1239-1241. Sobre los anticonceptivos y la PDS véase López Guzmán, J., “La libertad de conciencia del farmacéutico en relación con la píldora del día después y los anticonceptivos”, en Varios autores, *Libertad de conciencia y medicamento*, Granada, Comares, 2011, pp. 45-59.

realiza un aborto (por ejemplo, anestesistas) o sólo a aquellas que tienen una participación más directa en el mismo.⁸¹

La jurisprudencia ha ido perfilando progresivamente esta cuestión. En algunos casos también existe un reconocimiento legal. Así, por ejemplo, en España, al igual que ha sucedido en muchos otros países, las enfermeras y matronas han visto reconocido su derecho a abstenerse de participar en abortos.⁸²

V. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA Y DEMOCRACIA

Para justificar jurídicamente la objeción de conciencia hay que demostrar que el principio democrático ofrece suficientes razones en favor de ella. Por ello, la cuestión que ahora debemos plantearnos es la siguiente: si el respeto al derecho es una de las aspiraciones de la democracia, ¿admitir una forma de desobediencia, como es la objeción de conciencia, no contribuirá a minar sus fundamentos?

Partimos de la base de que la elaboración de una teoría de la democracia representativa, y su progresiva aplicación en el gobierno de las naciones, ha sido uno de los logros más importantes de la modernidad. Pero no se debe reducir el concepto de democracia al simple hecho de ejercer, perió-

⁸¹ Navarro-Valls comenta un caso favorable a la objeción de conciencia de una enfermera. Se trata de la Sentencia *Tramm v. Porter Memorial Hospital et al.* El iter de dicho caso es el siguiente: la enfermera Elaine Tramm se negó a preparar el instrumental para realizar abortos y a manejar restos fetales tras la realización de prácticas abortivas. Frente a la argumentación del Hospital de que la enfermera sólo podía negarse a asistir o participar en el procedimiento del aborto (criterio de cooperación directa protegido por la cláusula de conciencia del Estado de Indiana) la Corte aceptó la demanda de Tramm, que alegaba que la realización de las tareas asignadas eran acciones necesarias antes o después del procedimiento abortivo. Frente al argumento del Hospital, que atacó la postura de la enfermera, aduciendo que su actitud servía de apoyo al movimiento pro-vida americano del que formaba parte, la Corte señaló que ese dato, más que restar fuerza a sus convicciones, las reafirmaba. Navarro-Valls, R., "La objeción de conciencia al aborto: nuevos datos", en Guitarte, V. y Escrivá, J., *La objeción de conciencia*, Valencia, Generalitat Valenciana, 1993, pp. 102 y 103.

En sentido distinto, en *Lancet* (Brahams, D., "Conscientious Objection and Referral Letter for Abortion", *Lancet*, 1, 1988, p. 893), se recoge el supuesto de un secretario al que no se le otorgó el beneficio de acogerse a la objeción de conciencia cuando se negó a escribir una carta a una paciente, comunicándole la posibilidad de interrumpir su embarazo. Ello fue debido a que en el Reino Unido, según la jurisprudencia de este país, carecen del derecho a la objeción de conciencia quienes no participan de un modo directo e inmediato en la operación quirúrgica abortiva (Véase Dyer, C., "Receptionists may not invoke Conscience Clause", *Bulletin of Medical Journal*, 297, 1988, pp. 1493 y 1494).

⁸² Aparisi, A. et al., "Matronas y objeción de conciencia", *Revista ROL de enfermería*, 22 (6), 1999, pp. 438-440.

dicamente, el derecho al voto. La democracia es un ideal político que persigue también una serie de valores de la máxima importancia:⁸³ la igualdad de condiciones, la libertad individual, el acceso en condiciones de igualdad a la cultura, a la economía, la participación ciudadana... En realidad, como ha señalado Habermas, “las premisas normativas del Estado democrático constitucional exigen al individuo un mayor compromiso, en la medida en que éste asume el papel de ciudadano del Estado (y por lo tanto autor del Derecho)”.⁸⁴

En este contexto, podría afirmarse que una de las características de una democracia madura es la aceptación del disenso de manera pacífica.⁸⁵ De Asís mantiene que, en un Estado democrático, no basta con que el derecho se apoye en el consenso de los ciudadanos. Para este autor “es necesario también que sea capaz de reconocer ciertas formas de disenso, fundadas en el valor de la conciencia de los individuos. Este reconocimiento se produce a través de la incorporación de la posibilidad de objetar en conciencia ante determinadas normas.”⁸⁶

Por otro lado, desde un punto de vista histórico, es un hecho que el reconocimiento de la objeción de conciencia ha ido parejo al desarrollo del Estado de derecho. Como destaca Gómez Pérez, “en sociedades integradas, por grado o por la fuerza, alrededor de creencias determinadas —como eran las sociedades antiguas— no hay sitio para lo diverso”.⁸⁷ En dichas estructuras sociales, al que discrepaba se le sojuzgaba o eliminaba. En modelos más modernos de sociedad, como en los que proponen Hobbes o Rousseau, tampoco era admisible ampararse en la objeción de conciencia, al asimilarse el deber jurídico con el deber moral. Al identificar legalidad y justicia “cualquier forma de resistencia al derecho, además de ilegal, es injusta o, mejor dicho, es injusta por ilegal”.⁸⁸ Como ya sabemos, tal postura responde, en cierta medida, a lo que algunos han denominado iuspositivismo ideológico.

Gordillo afirma que “la defensa a ultranza del Estado no es mantenible en la actualidad, después de haber conocido las experiencias de Esta-

⁸³ Yepes Stork, R., *Fundamentos de antropología*, Pamplona, EUNSA, 1996, pp. 396-400.

⁸⁴ Habermas, J., “Propongo un aprendizaje entre razón y fe acerca de sus límites”, texto pronunciado el 19 de enero de 2004 en la Academia Católica de Múnich.

⁸⁵ Elósegui Itxaso, M., *El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable: el Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*, Navarra, Aranzadi, 2013.

⁸⁶ Asís Roig, R. de, “Juez y objeción de conciencia”, *Sistema*, 1993, 113, p. 57.

⁸⁷ Gómez Pérez, R., *Introducción a la ética social*, Madrid, Rialp, 1989, p. 2.

⁸⁸ Prieto Sanchís, L., “La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho”, *Sistema*, 1984, 59, p. 43.

dos autoritarios que, supuestamente, han salvaguardado el orden público mediante campos de concentración y cámaras de gas”. Por ello, afirma que la pretensión de que siempre hay que respetar el interés del Estado es una falacia, ya que “el Estado también puede convertirse en el principal y más poderoso agente de la inseguridad, la arbitrariedad y del retorno a la barbarie”.⁸⁹ De hecho, como es bien conocido, una de las características más frecuentes de los Estados autoritarios es que pretenden invadir y dirigir la conciencia de los ciudadanos.

En esta línea, conviene recordar que la importancia de la conciencia, en el campo del derecho, fue puesta de relieve por el Tribunal Internacional de Nuremberg, encargado, en 1945, de juzgar los crímenes de guerra cometidos por los nazis. Este Tribunal llegó a afirmar que los subordinados no podían cumplir ciegamente las leyes y las órdenes que recibían de sus superiores. Por ello “admitió implícitamente pero inequívocamente la necesaria preeminencia de la ley moral, afirmando contundentemente la insuficiencia de la ley escrita frente a la ley superior normalmente perceptible por cada hombre en su conciencia”.⁹⁰

En definitiva, desde los orígenes del Estado de derecho se ha entendido que el respeto a la conciencia es uno de los límites más importantes del poder político, ya que la dignidad y la libertad humana se encuentran por encima del propio Estado. En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Federal Norteamericano ha denominado a la libertad de conciencia “la estrella polar” de los derechos.

Por ello, en la actualidad, para muchos, el reconocimiento legal de la objeción de conciencia no es, propiamente, un asunto de tolerancia religiosa. Estaríamos no ante una conducta tolerada, sino frente a un derecho humano, que debe ser explícitamente reconocido. En esta línea, distintos autores han mantenido que, *prima facie*, toda objeción está justificada, aunque en determinados casos, y en presencia de otros valores, esto no sea finalmente así.⁹¹ Para Prieto, cuando a un individuo se le somete a un imperativo social que juzga inmoral, se está sojuzgando el valor de dicha persona. Por ello, según dicho autor, en una sociedad bien organizada, cuando surgen casos en los que se ven implicadas convicciones morales, se debe admitir el disentimiento hasta el límite más extremo posible, que vendrá acotado por

⁸⁹ Gordillo, J. L., *La objeción de conciencia: ejército, individuo y responsabilidad moral*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 105.

⁹⁰ Oliver Araujo, J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, *cit.*, p. 31.

⁹¹ Escobar Roca, G., *La objeción de conciencia en la Constitución Española*, *cit.*, p. 85.

la libertad de los demás.⁹² Por ello, sólo en algunos casos, estará realmente legitimada la negativa al ejercicio de la objeción de conciencia.⁹³ Para Cámara, “una imposición estatal impidiendo legalmente la objeción, sería justificable sólo si el incumplimiento de la decisión de la mayoría tiene efectos importantes sobre terceros, afectando o hipotecando de manera relevante su autonomía”.⁹⁴

En este mismo sentido, Palomino considera que “si el Estado democrático toma en consideración la objeción de conciencia como fenómeno potencialmente digno de protección”, al ser una consecuencia directa del derecho a la libertad religiosa y de conciencia —los cuales abarcan también el ámbito de la acción—, “entonces puede incluso considerarse una pretensión de legalidad”.⁹⁵ Por su parte, Peces-Barba⁹⁶ sostiene la necesidad de juridificación de la moralidad (cuando ésta se enfrenta al derecho). De este modo, podrá oponerse eficazmente a la obligación jurídica. En sus palabras, es “razonable que aquellos que se encuentran en una situación de conciencia no exclusivamente subjetiva, sino con posibilidades de convertirse en Ley moral universal, donde el cumplir la obligación citada sea de todo punto imposible, encuentren una regulación jurídica que apoye su pretensión”.⁹⁷

De cualquier modo, el respeto a la libertad es una exigencia fundamental de justicia, por lo que una sociedad política será más justa en la medida en que amplíe al máximo las posibilidades de ejercicio de la libertad, sin hacer dicho ejercicio imposible, o heroico, para ningún ciudadano.⁹⁸ Si, como señala Dworkin, “el derecho y el Estado no son otra cosa que instrumentos

⁹² Prieto Sanchís, L., “La objeción de conciencia como forma de desobediencia al derecho”, *Sistema*, 1984, 59, pp. 51 y 52.

⁹³ Por ello, como señala Navarro Valls, no es aceptable intentar disuadir a los objetores haciendo referencias amenazadoras a la obligación de cumplir las leyes. Entre otras razones, como autorizadamente se ha dicho, «porque la ley, y su aplicación, están sujetos al respeto a los derechos fundamentales». Entre ellos el de libertad de conciencia. No se olvide que, cuando por estrictas razones de conciencia, se pone en marcha un mecanismo de base axiológica contrario a una ley, estamos ante planteamientos muy distintos de quien transgrede la ley para satisfacer un capricho o un interés bastardo. En el primer caso, el respeto al objetor paraliza los mecanismos represores de la sociedad.

⁹⁴ Cámara Villar, G., *La objeción de conciencia al servicio militar. Las dimensiones constitucionales del problema*, cit., p. 25.

⁹⁵ Palomino, R., *Las objeciones de conciencia*, cit., p. 22.

⁹⁶ Peces-Barba, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 384 y 385.

⁹⁷ Por su parte, Laporta afirma que la objeción de conciencia se presenta como “un proceso lento pero profundo de incorporación de pautas morales a los ordenamientos jurídicos contemporáneos”. Laporta, F. J., “Prólogo”, en Peláez Albendea, *La objeción de conciencia al servicio militar en el derecho positivo español*, cit., XI.

⁹⁸ Chalmeta, G., *Ética especial. El orden ideal de la vida buena*, Pamplona, EUNSA, 1966, p. 195.

de garantía de los derechos individuales”,⁹⁹ y el actuar conforme a la conciencia es un derecho, el Estado debe respetarlo. En caso contrario, éste estaría, como afirma De Finance, obstaculizando fuertemente los imperativos de la conciencia, de forma similar a la seducción del placer, la presión del interés o la urgencia de una situación crítica. La diferencia, para este autor, será de grado, no de naturaleza.¹⁰⁰ En este sentido también se ha pronunciado la Iglesia católica. Así, San Juan Pablo II¹⁰¹ llegó a afirmar que

el rechazo a participar en la ejecución de una injusticia no sólo es un deber moral, sino también un derecho humano fundamental. Si no fuera así, se obligaría a la persona humana a realizar una acción intrínsecamente incompatible con su dignidad y, de este modo, su misma libertad, cuyo sentido y fin auténticos residen en su orientación a la verdad y al bien, quedaría radicalmente comprometida.

En conclusión, el deber de obediencia a las normas “no se sustenta tan sólo sobre su fuerza coactiva, sino también —y primero— en la existencia de una obligación ética de obediencia al derecho democrático y justo, basa-

⁹⁹ Véase Lucas, J. de, “Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil según R. Dworkin”, *Doxa*, 1985, 2, p. 198.

¹⁰⁰ De Finance, J., “La coscienza e la legge”, en Fiori, A. y Sgreccia, E. (eds.), *Obiezione di coscienza e aborto*, Milán, Vita e Pensiero, 1978, p. 30.

¹⁰¹ Carta encíclica *Evangelium Vitae*, 25 de marzo de 1995, 74. La actitud de la Iglesia católica en este tema es coherente con su historia. En realidad, el nacimiento de la objeción de conciencia debe mucho a la actitud de los primeros cristianos y a su negativa a acatar las órdenes del poder civil, hasta el extremo de perder su propia vida. De hecho, para una mayoría de autores, este comportamiento es el primer ejemplo histórico que reúne los verdaderos requisitos de la objeción de conciencia. La nueva religión difundirá un mensaje de salvación que proclama la supremacía del individuo, la contingencia de la vida terrena, la esperanza en un futuro remoto y la liberación de la conciencia individual del poder terrenal” (García Herrera, M. A., *La objeción de conciencia en materia de aborto*, cit., p. 2). En coherencia con ello, la Iglesia católica, no sólo se ha pronunciado sobre la objeción de conciencia en el caso de la guerra, sino que también ha considerado otras situaciones en las que, el acatar una norma, puede dañar la conciencia del individuo. Así, la Conferencia Episcopal Española se ha manifestado en el caso de los dirigentes políticos, al afirmar que “es obligación de los católicos presentes en las instituciones políticas ejercer una acción crítica dentro de sus propias instituciones para que sus programas y actuaciones respondan cada vez mejor a las aspiraciones y criterios de la moral cristiana. En algunos casos puede resultar incluso obligatoria la objeción de conciencia frente a actuaciones o decisiones que sean directamente contradictorias con algún precepto de la moral cristiana” (Conferencia Episcopal Española, *Testigos de Dios vivo*, 1985, 28 (VI), núm. 64 e). Y Juan Pablo II, refiriéndose a los atentados actuales a la vida humana, mantuvo que “el aborto y la eutanasia son crímenes que ninguna ley humana puede pretender legitimar. Leyes de este tipo no sólo no crean ninguna obligación de conciencia, sino que, por el contrario, establecen una grave y precisa obligación de oponerse a ellas mediante la objeción de conciencia” (Carta encíclica *Evangelium Vitae*, 25 de marzo de 1995, 73).

do en el consenso, y que por ello es igualmente posible, de manera excepcional, una desobediencia ética y democráticamente justificada”.¹⁰² En consecuencia, siguiendo a Passerín d’Entrevés, en una sociedad política libre y abierta deben caber todas aquellas formas de resistencia al derecho que no implican un rechazo general al orden constituido. Una sociedad no basada en la fuerza, sino en el consenso,

no teme el disenso ni se niega a atravesar el tamiz de una crítica constructiva; admite, e incluso promueve, amplias zonas de independencia, múltiples zonas de autonomía en su seno, con la seguridad de poder contar con la lealtad de sus miembros en las cosas esenciales. Por ello, la resistencia que se sitúa en el interior del orden constituido es señal de fuerza, no de debilidad del Estado.¹⁰³

O, como señala Reina Bernáldez, el reconocimiento de la objeción de conciencia

no se limita a producir una relajación hipotética de la normativa vigente en aras del respeto al hombre en su individualidad más radicalmente humana, sino que también, e incluso prioritariamente, produce un enriquecimiento positivo del ordenamiento jurídico: humaniza el derecho, obliga al Estado a no imponer su ideología, respeta no ya a las minorías sino al hombre individual, atrae otras axiologías distintas a la dominante para trascender de lo formalmente legítimo a lo materialmente justo.¹⁰⁴

¹⁰² Cámara Villar, G., *op. cit.*, p. 20.

¹⁰³ Passerín d’Entrevés, A., “Legitimidad y resistencia”, *Sistema*, 13, 1976, p. 33.

¹⁰⁴ Reina Bernáldez, A., “Objeción de conciencia al servicio militar obligatorio”, *La Ley*, 1983, 676, p. 1.

DERECHOS HUMANOS Y DISCAPACIDAD*

José Antonio SEOANE**

SUMARIO: I. *Un hito normativo*. II. *Explicaciones teóricas*. III. *El modelo de los derechos*. IV. *Conclusiones*.

I. UN HITO NORMATIVO

“[P]romover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” es, según el párrafo primero de su artículo 1o., el propósito de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

La Convención, primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, instituye el paradigma o modelo de los derechos, que representa una nueva respuesta teórica y normativa para pensar y tratar la discapacidad mediante la armonización de modelos anteriores y el complemento de otras propuestas.¹ A su vez, es la primera respuesta normativa en clave de derechos

* Este trabajo forma parte de los resultados de una ayuda del Programa de consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas del Sistema Universitario de Galicia para Grupos con potencial de crecimiento (CN 2012/283), financiada por la Xunta de Galicia.

** Universidad de La Coruña, España.

¹ Sobre derechos y discapacidad *cf.* Quinn, G. y Degener, T., *Human Rights and Disability. The Current use and Future Potential of United Nations Human Rights Instruments in the Context of Disability*, Nueva York-Ginebra, United Nations, 2002; Campoy Cervera, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid, 2004; Cardona Lloréns, J., “La Organización de las Naciones Unidas y las personas con discapacidad”, en Fernández Liesa, C. (coord.), *Protección jurídica de la dependencia en el ámbito internacional*, Madrid, BOE-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Universidad Carlos III de

de carácter integral, universal, jurídicamente vinculante y aplicable, que deja atrás la consideración de la persona con discapacidad como objeto de políticas asistenciales o programas de beneficencia o caridad y reconoce su personalidad y su capacidad jurídicas, su condición de sujeto de derechos (por ejemplo, artículos 1o., 3o. y 12, CDPD).

Los rasgos del modelo de los derechos aparecen en su Preámbulo y se confirman en la ambiciosa declaración del párrafo primero del artículo 1o., CDPD. El párrafo segundo de este mismo artículo delimita el ámbito subjetivo de aplicación, esto es, quiénes están incluidos entre las personas con discapacidad a los efectos de la Convención, eludiendo una definición en sentido estricto; en cambio, el artículo 2o., CDPD sí define otros conceptos clave para determinar el alcance de derechos y deberes, entre ellos discriminación por motivos de discapacidad, diseño universal y ajustes razonables. El artículo 3o. de la CDPD enuncia los principios generales de la Convención y del modelo de los derechos, completados con una larga serie de obligaciones generales para los Estados (artículo 4o., CDPD) y un extenso catálogo de derechos (artículos 5o.-30 de la CDPD) que desarrolla los principios del artículo 3o., CDPD. En orden a garantizar su aplicabilidad y eficacia continúa con la regulación de procedimientos y órganos de aplicación, control y supervisión (artículos 31-40, CDPD), entre los que sobresale el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 34, CDPD), y finaliza con varios preceptos de carácter más técnico (artículos 41-50, CDPD).

Las coordenadas normativas de la Convención están en su artículo 3o., CDPD, que combina principios comunes y generalmente aceptados en el

Madrid, 2007, pp. 47-83; Palacios, A. y Bariffi, F., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, Cinca. Telefónica-CERMI, 2007; Stein, M., “Disability Human Rights”, *California Law Review* 95, 2007, pp. 75-122; Kayess, R. y French, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *Human Rights Law Review* 8/1, 2008, pp. 1-34; Mégret, F., “The Disabilities Convention: Towards a Holistic Concept of Rights”, *The International Journal of Human Rights* 12/2, 2008, pp. 261-277; Rey Anciros, A., “La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad: ¿nuevo estatuto jurídico de las personas con discapacidad?”, en Pastor Palomar, A. y Escobar Hernández, C. (ed.), *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, 2009, pp. 271-282; Biel Portero, I., *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, 2011; Rioux, M. H.; Basser, L. A. y Jones, M. (ed.), *Critical Perspectives on Human Rights and Disability Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2011; Cuenca Gómez, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Alcalá, Universidad de Alcalá, 2012; Bariffi, F. J. (coord.), *Práctica clínica y litigación estratégica en discapacidad y derechos humanos: algunas experiencias de Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 2013.

marco de los derechos humanos con otros más novedosos y específicos de la discapacidad. Entre los primeros están los principios de dignidad “inherente” (artículo 3.a), autonomía individual (artículo 3.a), independencia de las personas (artículo 3.a), no discriminación (artículo 3.b), igualdad de oportunidades (artículo 3.e) e igualdad entre el hombre y la mujer (artículo 3.g). Entre los segundos estarían los principios de participación e inclusión sociales (artículo 3.c), diferencia y diversidad (artículo 3.d), accesibilidad (artículo 3.f) y respeto de la evolución de las facultades y derecho a preservar la identidad de los niños con discapacidad (artículo 3.h).

Estos principios confirman que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos, ajena a las actitudes paternalistas del pasado. Su punto de partida es un principio categórico e incondicionado, fundamento de todos los derechos: la dignidad de cualquier persona, con o sin discapacidad, que instituye una obligación universal de respeto incondicionado. Se trata de un principio formal, sin contenido determinado, que ha de ser completado y actualizado mediante otros principios, que en el caso de las personas con discapacidad son, entre otros, la no discriminación y la igualdad de oportunidades, o la independencia personal y autonomía individual, que se perfilan y completan con los principios del respeto de la diferencia y la diversidad, la participación e inclusión sociales y el principio de accesibilidad.

II. EXPLICACIONES TEÓRICAS

El modelo de los derechos es una síntesis de los principales modelos o concepciones de la discapacidad. Aunque esta cuestión suele reducirse a la dialéctica entre el modelo médico y el modelo social,² es necesario ampliar la perspectiva para dar cabida a otras concepciones que enriquecen la caracterización de la discapacidad.³

² Cfr. Oliver, M., *Understanding Disability: from Theory to Practice*, 2a. ed., Londres, Palgrave-Macmillan, 2009; Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, CERMI-Cinca, 2008; Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)*, Madrid, OMS-OPS-IMSERSO, 2001

³ Cfr. Barnes, C. y Mercer, G., *Exploring Disability*, 3a. ed., Cambridge, Polity, 2010. La discapacidad y las concepciones y actitudes ante ella ya existían ya antes de la aparición del modelo médico. Sobre los precedentes históricos cfr. Vehmas, S. et al., “Introduction. The unavoidable Alliance between Disability Studies and Philosophy”, en Kristiansen, K. et al. (eds.), *Arguing About Disability: Philosophical Perspectives*, Londres, Routledge, 2009, pp. 1-11, 2-3; Palacios, A., *El modelo social de discapacidad*, cit., pp. 37-101. En general, sobre la evolución histórica de la discapacidad, cfr. Stiker, H. J., *A History of Disability*, trad. de William Sayers,

1. *El modelo médico*

Una primera respuesta conceptual con arreglo a criterios científicos proviene del denominado modelo médico, que aparece a finales del siglo XVIII o comienzos del siglo XIX. La discapacidad se considera un problema individual o personal, causado por una enfermedad, deficiencia o condición de salud. La realidad biológica es el punto de partida de la deficiencia y la discapacidad, y las limitaciones que éstas provocan en el funcionamiento del individuo se subsanan eliminándolas a través de tratamiento médico curativo y rehabilitador, y mediante políticas de atención a la salud orientadas a la compensación y adaptación de la persona con discapacidad.

Los rasgos del modelo médico se reflejaban en la Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías (CIDDM, 1980).⁴ La Organización Mundial de la Salud distinguía y relacionaba causalmente tres niveles: deficiencia (*impairment*), caracterizado como toda pérdida o anomalía, permanente o transitoria de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica; discapacidad (*disability*), entendida como toda restricción o ausencia —debida a una deficiencia— de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano; minusvalía (hándicap), o situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal en su caso, en función de la edad, sexo y factores sociales y culturales.

La estructura en tres niveles de la CIDDM propiciaba aparentemente la comprensión de la distinción y de la relación entre ellos. No obstante, tal relación no es siempre evidente o necesaria, ni discurre siempre en el orden apuntado; además, omite o no trata de forma adecuada factores individuales y sociales relevantes en la determinación de la discapacidad. Por otra parte, la tímida incorporación en la CIDDM de la dimensión social no varía la caracterización general del modelo médico, centrado en el individuo y sus limitaciones, considerando la discapacidad como patología y sin prestar apenas atención a los efectos y las relaciones entre el entorno social y la realidad biológica.

Ann Arbor, University of Michigan Press, 1999; Braddock, D. L. y Parish, S. L., “An Institutional History of Disability”, en Albrecht, G. L. *et al.* (eds.), *Handbook of Disability Studies*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2001, pp. 11-68.

⁴ Cfr. Organización Mundial de la Salud, *Clasificación internacional de deficiencias, discapacidades y minusvalías. Manual de clasificación de las consecuencias de la enfermedad* (1980), Madrid, INSERSO, 1983.

2. *El modelo social*

En los últimos años de la década de los sesenta y los comienzos de la década de los setenta del siglo pasado emerge el modelo social, con la pretensión de corregir las lagunas del modelo médico.⁵ La atención se desplaza al entorno: la discapacidad ya no es un atributo de la persona sino el resultado de su interacción con las condiciones y estructuras sociales. Frente a la imagen de la discapacidad como tragedia personal, propia del modelo médico, se presenta ahora como opresión social.⁶ En cualquier caso, la discapacidad es una construcción social, y la respuesta debe provenir de intervenciones en el entorno que remuevan las diversas barreras que conducían a la exclusión o marginación de las personas con discapacidad y hagan posible su integración y su participación en la vida social.

El modelo social, impulsado por el movimiento asociativo y por teóricos de las ciencias sociales, ha puesto de relieve la importancia de los factores externos y de la dimensión social en la definición y el tratamiento de la discapacidad, y ha influido en el desarrollo de políticas sociales y legislativas antidiscriminatorias de las personas con discapacidad —por ejemplo, en el Reino Unido, lugar de origen del modelo, o en los Estados Unidos a través de los movimientos a favor de los derechos de las personas con discapacidad, concebidas como grupo minoritario y discriminado—. ⁷ No obstante, su omisión de las causas médicas u orgánicas de la discapacidad y su reducción a los factores sociales resulta contraintuitiva y deforma la realidad. Además, la radicalización y la politización del modelo han empobrecido su versión inicial,⁸ generando dificultades conceptuales para la comprensión y el tratamiento integrales de un fenómeno complejo como la discapacidad.⁹ La sobrevaloración de la sociedad como causa de la discapacidad y de la discriminación de las personas con discapacidad; la inadecuación del

⁵ Cfr. Oliver, M., *Understanding Disability*, cit. Los teóricos del modelo social se refieren también al modelo médico con la denominación “modelo individual”. Así acentúan las diferencias y facilitan la comparación entre ambos modelos, destacando al tiempo la contribución de su modelo como reacción y superación del modelo precedente.

⁶ Cfr. Oliver, M., *The Politics of Disablement*, Basingstoke, Macmillan, 1990.

⁷ Cfr. Finkelstein, V., *Attitudes and Disabled People: Issues for Discussion*, Nueva York, World Rehabilitation Fund, 1980.

⁸ Cfr. Union of Physically Impaired Against Segregation (UPIAS), *Fundamental Principles of Disability*, Londres, UPIAS-Disability Alliance, 1976.

⁹ Cfr. Thomas, C., “How is Disability understood? An Examination of Sociological Approaches”, *Disability & Society* 19/6, 2004, pp. 569-583; Shakespeare, T., *Disability Rights and Wrongs*, Londres, Routledge, 2006; Vehmas, S. y Mäkelä, P., “The Ontology of Disability and Impairment: a Discussion of the Natural and Social Features”, en Kristiansen, K. *et al.* (eds.),

modelo social para el tratamiento de ciertos tipos de discapacidad —por ejemplo, motivadas por deficiencias intelectuales severas—, especialmente en comparación con otros —por ejemplo, originadas por deficiencias visuales, auditivas o físicas—; la falta de consideración de factores distintos de los sociales que también influyen en la determinación de la discapacidad, sí reconocidos por el modelo médico; y una concepción estrecha y limitada de la justicia son aspectos cuestionables del modelo social.¹⁰

3. *El modelo de la diversidad*

Más reciente es el modelo de la diversidad,¹¹ que asume postulados del modelo social, acoge propuestas del movimiento de vida independiente, en particular el ejercicio de la libertad y la noción de independencia como control sobre la propia vida,¹² y, sobre todo, subraya el valor de la discapacidad en cuanto rasgo de la diversidad humana y factor de enriquecimiento social. La justicia para las personas con discapacidad no se logra negando la diferencia, mediante la asimilación y la homogeneidad, ni tampoco mitigándola, a través de medidas de compensación, sino por medio de la aceptación y el cuidado de la diferencia que implica la discapacidad.¹³

Arguing about Disability, cit., pp. 42-56; Shakespeare, T., *Disability Rights and Wrongs Revisited*, 2a. ed., Londres, Routledge, 2013.

¹⁰ Cfr. Shakespeare, T., *Disability Rights and Wrongs*, cit., y Stein, M. S., “Disability Human Rights”, *California Law Review* 95, 2007, pp. 75-122, 91-93; Cox-White, B. y Boxall, S. F., “Redefining Disability: Maleficent, Unjust and Inconsistent”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 33, 2009, pp. 558-576; Terzi, L., “Vagaries of the Natural Lottery? Human Diversity, Disability, and Justice: a Capability Perspective”, en Brownlee, K. y Cureton, A. (ed.), *Disability and Disadvantage*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 86-111, 91-92; Shakespeare, T., *Disability Rights and Wrongs Revisited*, cit.; Riddle, C. A., “Defining Disability: Metaphysical not Political”, *Medicine, Health Care and Philosophy*, 16, 2013, pp. 377-384.

¹¹ Cfr. Silvers, A., “No Talent? Beyond the Worst off! A Diverse Theory of Justice for Disability”, en Brownlee, K. and Cureton, A. (ed.), *Disability and Disadvantage*, cit., pp. 163-199; Terzi, L., “Vagaries of the Natural Lottery? Human Diversity, Disability, and Justice: a Capability Perspective”, *op. cit.*, pp. 86-111; Guibet Lafaye, C.; Romañach Cabrero, J., “Diversity Ethics. An Alternative to Peter Singer’s Ethics”, *Dilemata* 3, 2010, pp. 95-116. visible en: <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/37> (fecha de consulta: 30 de junio de 2014); Palacios, A. y Romañach, J., *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*, Madrid, Diversitas, 2006.

¹² Cfr. Dejong, G., *The Movement for Independent Living: Origins, Ideology and Implications for Disability Research*, Michigan, Michigan State University, 1979; Shapiro, J. P., *No Pity. People with Disabilities Forging a New Civil Rights Movement*, Nueva York, Three Rivers Press, 1993.

¹³ Cfr. Silvers, A., “No Talent? Beyond the Worst off! A Diverse Theory of Justice for Disability”, *op. cit.*

Al igual que el modelo social, combinando el activismo asociativo y la contribución académica, el modelo de la diversidad ha dado visibilidad a la situación de las personas con discapacidad. Insiste en la discapacidad como rasgo que configura decisivamente la identidad personal y proporciona un sentido de pertenencia, y la valora de forma positiva, como circunstancia que enriquece la identidad de nuestras sociedades: la discapacidad no impide vivir con plenitud y satisfacción; se trata únicamente de vivir de una manera diversa.

La definición de la discapacidad y de las políticas referidas a ellas necesita la perspectiva y la participación de las personas con discapacidad. Se debe contemplar la diferencia, en este caso derivada de la discapacidad o diversidad funcional, en cuanto hecho genérico, que como tal es un rasgo universal y universalizable: todos somos diferentes o diversos, y cada persona con discapacidad es diferente. Así lo afirma la tesis clásica de la justicia y a ello se orienta la igualdad de oportunidades, que pretende precisamente hacerse cargo de las diferencias. En cambio, es más cuestionable universalizar una diferencia específica, en este caso la discapacidad o la diversidad funcional; más aún, no sería deseable. Aceptar la discapacidad no es lo mismo que promoverla. Hay que reconocer y atender las necesidades de la persona con discapacidad, pero no convertir en absoluto uno de los rasgos de la identidad, pretendiendo la universalización o generalización de la discapacidad y con ello la perspectiva de una persona o de un grupo determinado.¹⁴ La discapacidad no debe recibir un tratamiento privilegiado, entre otras razones, porque, *ceteris paribus*, es preferible no tener una discapacidad.¹⁵ El reconocimiento de la diversidad y la política identitaria, propia también del modelo social, tienen aspectos positivos, como la visibilidad de la discapacidad, el sentido de pertenencia, la identificación y el apoyo mutuos en la lucha contra la discriminación o la injusticia, pero un énfasis excesivo en la discapacidad como identidad puede anular la facultad de decisión individual, rehabilitar actitudes paternalistas que se quieren desterrar y resultar incompatible con la pretensión de justicia.¹⁶

¹⁴ Opone también el argumento de la universalización ante algunas propuestas del modelo de la diversidad Así, R. de, "Presentación", en Palacios, A. y Románach, J., *El modelo de la diversidad*, cit., pp. 15-25.

¹⁵ Cfr. Silvers, A., "On the Possibility and Desirability of Constructing a Neutral conception of disability", *Theoretical Medicine* 24, 2003, pp. 471-487.

¹⁶ Cfr. Gutmann, A., *La identidad en democracia*, trad. de Estela Otero, Buenos Aires, Katz, 2008.

4. *El modelo del bienestar*

El modelo del bienestar o bienestarista (*welfarist*) propone una noción de discapacidad distinta de la noción cotidiana, pues ésta puede ser apta para los casos paradigmáticos pero no para los más controvertidos, y también distinta de la sostenida por los dos modelos principales: el modelo médico, referido al funcionamiento normal de la especie, y el modelo social. Para la concepción bienestarista, la discapacidad es una propiedad física o psicológica estable de un sujeto que conduce a la reducción de su nivel de bienestar en determinadas circunstancias.¹⁷ Está basada en la noción de lo dañino (*harmful*) o perjudicial, entendido de modo instrumental: algo es dañino o perjudicial por sus efectos o consecuencias, y no intrínsecamente malo.

La discapacidad no hace referencia a ninguna normalidad biológica o estadística ni a la deficiencia (*impairment*), sino a cualquier propiedad del sujeto. Esta noción tiene una dimensión normativa intrínseca: lo que reduce el bienestar es instrumentalmente malo y debe corregirse para eliminar el daño o también mediante la modificación de las circunstancias. Es relativa a la persona y dependiente del contexto, de los factores internos y externos; es, además, una condición ubicua: todos sufrimos alguna discapacidad en el sentido bienestarista; es un concepto de grado, no de umbral. Por último, su aplicación depende de la noción de bienestar (*well-being*).¹⁸

Acentuar la importancia de la autonomía y la individualidad de cada persona con discapacidad es un acierto del modelo del bienestar, así como referir su definición tanto a factores internos o personales como a factores externos o contextuales. Por otra parte, la concepción gradual de la discapacidad resulta coherente con su carácter ubicuo y genérico, si bien la ausencia de un mínimo —umbral— para determinar su existencia dificulta la universalización de los criterios de evaluación y tratamiento, y puede desembocar en un subjetivismo o una arbitrariedad cuestionables. Desde un plano metodológico y conceptual, resulta discutible la afirmación de que la noción de discapacidad es innecesaria. Desde un plano valorativo, este modelo debería responder a un par de interrogantes, teniendo presente las propuestas de otros modelos e incluso situaciones o estados reales: ¿no es posible el bienestar (*well-being*) de una persona con discapacidad o diversidad funcional?; ¿es la discapacidad siempre dañina? Un último aspecto cuestionable es el riesgo de incurrir en un paternalismo injustificado, pues no se aclara si la decisión sobre lo dañino

¹⁷ Cfr. Kahane, G. y Savulescu, J., “The Welfarist Account of Disability”, en Brownlee, K. y Cureton, A. (eds.), *Disability and Disadvantage*, cit., pp. 14-53.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, pp. 25-31.

o perjudicial y el bienestar es producto de una definición autónoma de cada individuo o de un juicio heterónomo; además, su noción podría conducir a la imposición —y no meramente la sugerencia— de ciertos funcionamientos.

Una noción de discapacidad con vocación normativa necesita unos mínimos compartidos si no quiere multiplicar las definiciones de discapacidad, prácticamente una por cada individuo. El intento de una definición no esencialista puede conducir a un patrón de bienestar excesivamente subjetivo, quizá con la intención de diferenciarse del resto de los modelos: si fuera objetivo se aproximaría al modelo médico y si existiera una desviación social podría asemejarse al modelo social. Con todo, tal grado de subjetivismo hace casi imposible el diálogo.

5. *El modelo biopsicosocial*

Las críticas conceptuales y prácticas al modelo médico, reflejado en la CIDDM 1980, movieron a la Organización Mundial de la Salud a revisar su clasificación y su definición de discapacidad con el propósito de armonizar la aproximación médica y la aproximación social. El resultado de esta síntesis es la Clasificación internacional del funcionamiento, la discapacidad y la salud (CIF 2001). El cambio de enfoque es perceptible: de una clasificación de consecuencias de enfermedades (CIDDM 1980) a una clasificación de “componentes de salud” (CIF 2001) de aplicación universal, válida para todas las personas y no sólo para las personas con discapacidad, e integrando aspectos biomédicos y sociales.¹⁹

Los elementos clave de la CIF son las funciones, las actividades y la participación, así como los factores ambientales o contextuales. Su contrapartida está constituida por las deficiencias, las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación, que se refieren a los problemas o dificultades en alguno de los componentes anteriores. En otras palabras, los aspectos positivos y negativos de la salud y la vida de un individuo. Ahora el significado de la discapacidad ya no depende sólo de la persona sino también de los grupos sociales de los que forma parte. De la discapacidad como deficiencia y responsabilidad individual se ha pasado a la discapacidad como diferencia y al reconocimiento de la responsabilidad social. La discapacidad es un fenómeno multidimensional, resultado de la interacción de las personas con su entorno físico y social, que integra los diversos facto-

¹⁹ Cfr. Organización Mundial de la Salud, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)*, cit., pp. 4-8.

res de funcionamiento y discapacidad junto a los factores ambientales que interactúan con ellos.²⁰

En consecuencia, la discapacidad deja de ser una categoría meramente negativa, pues presenta rasgos que obligan a considerar a la persona con discapacidad a partir de sus capacidades y su actuación o funcionamiento, a la mejora e incremento de tales posibilidades de actuación y a la adquisición de otras mediante adecuados sistemas de apoyo. Asimismo, obliga a examinar la situación de cada persona con discapacidad no de forma genérica, sino en el contexto personal, social y cultural de cada comunidad, atendiendo a los rasgos singulares de la persona y del entorno. La discapacidad remite a la singularidad: cada persona tiene sus propias habilidades y sus propias incapacidades. Esto es, la discapacidad es una categoría global que abarca una variabilidad, graduabilidad y heterogeneidad de situaciones personales.

III. EL MODELO DE LOS DERECHOS

1. *Rasgos básicos*

Los rasgos de los derechos convierten al modelo de los derechos en el más adecuado para explicar el significado normativo de la discapacidad. Los derechos humanos son un lenguaje compartido de la filosofía práctica con pretensión de validez universal. Se reconocen en razón de la condición de persona, sin otra exigencia, y reflejan y garantizan valores de forma universal. Constituyen, *universalia iuris materialis*, un elemento que ha de estar presente, en cualquier tiempo y lugar, en todo sistema jurídico que pretenda respuestas justas en materia de discapacidad. Además de la universalidad objetiva o de contenido, los derechos son universales desde un punto de vista subjetivo, tanto en relación con sus titulares (todas las personas) como en relación con sus destinatarios (eficacia *erga omnes*: individuos, grupos y poderes públicos).²¹

Por otra parte, los derechos identifican, enuncian y garantizan las condiciones y los bienes básicos para una vida digna, en forma de pretensiones justificadas y exigibles, a través de su triple dimensión: 1) son una categoría moral que expresa las capacidades y los bienes más valiosos para el conjunto de la sociedad, en este caso en materia de discapacidad; 2) son una categoría jurídica, incluida en las disposiciones jurídicas estatales de mayor rango, las

²⁰ *Ibidem*, pp. 4-22 y 262.

²¹ Cfr. Alexy, R., en Seoane, J. A. (ed.), *La institucionalización de la justicia*, trad. de José Antonio Seoane *et al.*, 2a. ed. ampliada, Granada, Comares, 2010, pp. 61-67.

Constituciones, y en las más relevantes disposiciones, declaraciones y convenios regionales e internacionales, como la Convención. Además son normas jurídicas aplicables y vinculantes para los poderes públicos y los ciudadanos, y 3) finalmente, son una categoría política, en su condición de normas objetivas o institucionales, que articulan la estructura del orden jurídico y de la comunidad política, orientan y delimitan la actuación de los poderes públicos y actúan como principal criterio de legitimidad en el ejercicio del poder.

2. *Fundamento*

La integración de las respuestas de los modelos explicativos de la discapacidad a través del modelo de los derechos debe ser completada con otras aportaciones teóricas que fundamentan su interpretación, aplicación y desarrollo. Tres propuestas, emparentadas con los principios generales de la Convención y con los rasgos de los restantes modelos, sirven de fundamento del modelo de los derechos.

A. *Capacidades*

La primera propuesta teórica es el enfoque de las capacidades (*capabilities approach*).²² La finalidad última de la intervención política, ética y jurídica en materia de discapacidad no debe ser el conocimiento del grado de satis-

²² Sobre el enfoque de las capacidades, *cf.* Sen, A., *Desarrollo como libertad*, trad. de Esther Rabasco y Luis Toharia, Barcelona, Planeta, 2000; Nussbaum, M. C., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. de Ramón Vilà Vernis y Albino Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2007; Nussbaum, M. C., *Crear capacidades. Propuestas para el desarrollo humano*, trad. de Albino Santos Mosquera, Barcelona, Paidós, 2012. Sobre las relaciones entre capacidades y discapacidad *cf.* Burchardt, T., “Capabilities and Disability: the Capabilities Framework and the Social Model of Disability”, *Disability & Society*, 19/7, 2004, pp. 735-751; Nussbaum, M. C., *Las fronteras de la justicia*, *cit.*, pp. 107-225; Toboso Martín, M. y Arnau Ripollés, M. S., “La discapacidad dentro del enfoque de las capacidades de Amartya Sen”, *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 20, 2008, pp. 64-94; Bonete Perales, E., *Ética de la dependencia*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 117-135. Sobre las relaciones entre capacidades y derechos, *cf.* Sen, A., “Elements of a Theory of Human Rights”, *Philosophy & Public Affairs* 32/4, 2004, pp. 315-356; Sen, A., “Human Rights and Capabilities”, *Journal of Human Development*, 6/2, 2005, pp. 151-166; Ricoeur, P., “Capabilities and Rights”, en Deneulin, S. et al. (eds.), *Transforming Unjust Structures: the Capability Approach*, Dordrecht, 2006, pp. 17-26; Nussbaum, M. C., *Las fronteras de la justicia*, *cit.*, pp. 82-92, 171-174, 283-289; Vizard, P. et al., “Introduction: The Capability Approach and Human rights”, *Journal of Human Development and Capabilities*, 12/1, 2011, pp. 1-21; Nussbaum, M. C., “Capabilities, Entitlements, Rights: Supplementation and Critique”, *Journal of Human Development and Capabilities*, 12/1, 2011, pp. 23-37; Nussbaum, M. C., *Crear capacidades*, *cit.*, pp. 83-123.

facción o bienestar personales. Tampoco puede ser proporcionar bienes o recursos, pues idénticos recursos materiales no garantizan necesariamente una igualdad real ni un margen suficiente de libertad para desarrollar el propio programa vital, y pueden resultar inútiles o insuficientes para algunas personas con discapacidad. Los individuos varían en sus necesidades de recursos y en sus capacidades para convertirlos en posibilidades vitales o funcionamientos valiosos; además, existen obstáculos sociales, ligados a la estructura de la comunidad y a la elección de políticas públicas, sociales, económicas y jurídicas que reflejan la jerarquía de bienes en una determinada sociedad. Tampoco se han de primar directamente los funcionamientos en lugar de las capacidades: aquéllos señalan lo que la persona hace o es, y éstas lo que la persona puede o es capaz de hacer y ser. Primar los funcionamientos implica subordinar la autonomía individual, porque es posible garantizarlos sin tomarla en consideración; además, apunta a una igualdad de resultados, lo que se traduce, asimismo, en una merma de la facultad de autodeterminación.

La noción apropiada es la noción de capacidad (*capability*), cuyo objetivo es proporcionar a los ciudadanos los medios necesarios para elegir, actuar y tener una opción realista para poder elegir lo más valioso. Las capacidades, que son las facultades básicas de elección y libre configuración de la propia vida, fomentan la capacidad de hacer y ser, y establecen una conexión directa entre capacidad, libertad e igualdad. Han de entenderse como *capacidades combinadas*: capacidades internas del individuo junto con condiciones externas adecuadas. Se configuran como posibilidades u oportunidades, que dejan margen de libertad para que cada individuo defina su bien y sea el principal agente de su vida. Su ejercicio exige condiciones básicas de igualdad, entendida como igualdad de oportunidades —o capacidades— y no de resultados —o funcionamientos—. La complementariedad de libertad e igualdad se refuerza con la realizabilidad múltiple de las capacidades, esto es, la diversidad de concreciones posibles en razón de las circunstancias y las elecciones.

Una lista abierta de las capacidades centrales aptas para garantizar una vida acorde con la dignidad y concebidas como derechos humanos básicos definitorios de la justicia social básica: 1) vida; 2) salud física; 3) integridad física; 4) sentidos, imaginación, pensamiento; 5) emociones; 6) razón práctica; 7) afiliación; 8) otras especies; 9) juego; 10) control sobre el propio entorno: a) político, y b) material.²³

²³ Cfr. Nussbaum, M. C., *Crear capacidades*, cit., pp. 53-55.

B. *Funcionamientos seguros*

Un complemento teórico del enfoque de las capacidades proviene del enfoque de los funcionamientos seguros.²⁴ Para este enfoque la capacidad es una noción ambigua, no siempre usada en un mismo sentido y de forma coherente; además, el concepto de funcionamiento que maneja el enfoque de las capacidades es en ocasiones demasiado vago. En su lugar se propone la noción de oportunidad para el funcionamiento o de oportunidades genuinas para funcionamientos seguros, que resulta más precisa e intuitivamente más comprehensiva, pues no se trata únicamente de garantizar un determinado nivel de funcionamiento en el momento presente sino de su mantenimiento a lo largo del tiempo, garantizando la seguridad de la capacidad (*capability security*). Se trata, además, de disponer de alternativas razonables y seguras de actuación, evitando la exposición a riesgos extremos o el sacrificio de otras capacidades o funcionamientos. En esto consiste una oportunidad genuina o auténtica y un funcionamiento seguro (*secure functioning*).

Partiendo de la concepción de la discapacidad como una forma de desventaja social, caracterizada por un número reducido de auténticas oportunidades para funcionamientos seguros, y de la necesidad de tratar la discapacidad como un problema de justicia social, este enfoque señala tres factores que pueden causar la desventaja social derivada de la discapacidad: los recursos internos, los recursos externos y el marco o estructura social. Los recursos internos equivaldrían a las capacidades internas, en tanto que los recursos externos y el marco social equivaldrían a las condiciones externas. En línea con el modelo social de la discapacidad, este enfoque enfatiza la acción en la estructura o marco social, defendiendo como modelo principal de política social en materia de discapacidad la mejora del estatus, en lugar de centrarse en otras políticas o estrategias de intervención, como la compensación, las mejoras personales o las mejoras en los recursos.

Aunque ya presente en el enfoque de las capacidades, el enfoque de los funcionamientos seguros enriquece el lenguaje y la ética de la justicia con el lenguaje y la ética del cuidado, subrayando la dimensión activa y comunitaria. La importancia de la dimensión social e institucional de las respuestas a la discapacidad en clave de derechos, a través de normas jurídicas como

²⁴ Cfr. Wolff, J., "Addressing Disadvantage and the Human Good", *Journal of Applied Philosophy*, 19/3, 2002, pp. 207-218; Wolff, J., "Disability Among Equals", en Brownlee, K. y Cureton, A. (eds.), *Disability and Disadvantage*, cit., pp. 112-137; Wolff, J., *Ethics and Public Policy. A Philosophical Inquiry*, Londres, Routledge, 2011, pp. 146-169; Wolff, J. y De-Shalit, A., *Disadvantage*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

la Convención o sus desarrollos legislativos nacionales, se refleja en nuevas categorías en la lista de capacidades humanas básicas: 11) hacer bien a los otros, en el sentido de ser capaces de cuidar a los demás como forma de expresión de la propia humanidad, y ser capaz de expresar gratitud; 12) respetar y cumplir el derecho, es decir, tener la posibilidad de vivir dentro de los límites del derecho, sin sentirse obligado o forzado a incumplir la ley, o a estafar, engañar o defraudar a otras personas e instituciones; 13) comprender el derecho, tanto las obligaciones que impone como los derechos y facultades que otorga, así como las oportunidades que ofrece, lo que exige un sistema jurídico accesible e inteligible.

El cuidado de la discapacidad está presente en las diversas capacidades básicas y funcionamientos seguros, y amplía su rango al establecer condiciones que garanticen su cuidado y mantenimiento en el tiempo; esto permite, por ejemplo, la atención adecuada a deficiencias congénitas y a problemas o situaciones de carácter crónico y no puntual o transitorio. Además, los conceptos y las tres nuevas categorías de capacidades centrales enriquecen el enfoque de las capacidades²⁵ y confirman la idoneidad del modelo de los derechos. La categoría 11 enfatiza la dimensión del cuidado de los demás y la dimensión social de dicho cuidado, y las categorías 12 y 13 destacan la importancia del conocimiento y respeto del entramado normativo que regula la discapacidad, especialmente de las normas jurídicas, encabezadas por la Convención.

C. Reconocimiento, participación y representación

El reconocimiento ha merecido la atención de las teorías de la justicia, revelándose como una categoría adecuada para explicar y justificar las relaciones entre la justicia y la discapacidad.²⁶ El reconocimiento como pretensión de justicia da cuenta del paso de la voz activa a la voz pasiva, de reconocer a ser reconocido y al reconocimiento recíproco.²⁷

²⁵ Cfr. Nussbaum, M. C., *Crear capacidades*, cit., en especial pp. 63-65.

²⁶ Cfr. Guibet Lafaye, C. y Romañach Cabrero, J., "Diversity Ethics", *op. cit.*, pp. 101-104; Bonete Perales, E., *Ética de la dependencia*, cit., pp. 74-82.

²⁷ Cfr. Taylor, C., *El multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 43-107; Honneth, A., *La lucha por el reconocimiento. Por una gramática moral de los conflictos sociales*, trad. de Manuel Ballester, Barcelona, 1997; Honneth, A., "Redistribución como reconocimiento: respuesta a Nancy Fraser", en Fraser, N. y Honneth, A., *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate filosófico-político*, trad. de Pablo Manzano, Madrid-A Coruña, Morata-Fundación Paideia Galiza, 2006, pp. 89-148; Ricoeur, P., *Caminos del reconocimiento. Tres estudios*, trad. de Agustín Neira, Madrid, Trotta,

La justicia, como reconocimiento en relación con la discapacidad, se ordena en dos dimensiones. La primera es el reconocimiento subjetivo o individual de cada persona, que requiere la identificación o conocimiento de uno mismo y de sus capacidades y atributos, entre ellos la discapacidad, y el posterior reconocimiento de uno mismo y aceptación como persona con tales atributos, mediante la autoconfianza, el autorrespeto y la autoestima.²⁸ Esto se ratifica en una segunda dimensión, referida al reconocimiento intersubjetivo: ser reconocido por los demás es necesario para completar la propia identidad y para reconocerse uno mismo. Existen tres niveles o formas de reconocimiento recíproco: amor, reconocimiento jurídico y estima social, cuya negación o menosprecio plantean distintos problemas de justicia.²⁹ No todas estas formas de reconocimiento son exigibles ni están amparadas por el modelo de los derechos, que se orienta a la dimensión del reconocimiento recíproco o intersubjetivo, y dentro de ésta a su segunda forma, el reconocimiento jurídico. El reconocimiento individual y las otras formas de reconocimiento intersubjetivo influyen en el desarrollo y la aplicación del reconocimiento jurídico a través de los derechos, pero no alcanzan su grado de exigibilidad.

Por su conexión con la mejora del estatus y la condición social sugerida por el enfoque de los funcionamientos seguros resulta de interés el modelo de reconocimiento basado en el estatus.³⁰ Más que una cuestión de autorrealización, el reconocimiento sería una cuestión de justicia social. La preocupación por la justicia sitúa en un plano de equidad a todos los individuos y permite actuar con independencia de la opinión o valoración del sujeto: las condiciones que nieguen la equidad en la participación social, aún aceptadas, son injustas y han de ser eliminadas.³¹ Esta perspectiva social o institucional, más allá del individuo, vincula el reconocimiento con la exigencia normativa de paridad participativa, que actúa como criterio

2005; Gutmann, A., *La identidad en democracia*, cit.; Fraser, N., “La justicia social en la era de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en Fraser, N. y Honneth, A., *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate filosófico-político*, cit., pp. 17-88; Fraser, N., *Escalas de justicia*, trad. de Antoni Martínez Riu, Barcelona, Herder, 2008; Cortina, A., *Justicia cordial*, Madrid, Trotta, 2010.

²⁸ Cfr. Honneth, A., *La lucha por el reconocimiento*, cit.; Ricoeur, P., *Caminos del reconocimiento*, cit., pp. 15-31, 253 y ss.

²⁹ Cfr. Honneth, A., *La lucha por el reconocimiento*, cit., pp. 114 y ss.

³⁰ Sin referirse específicamente a la discapacidad cfr. Fraser, N., “La justicia social en la era de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, *op. cit.*, pp. 51 y ss., y Fraser, N., *Escalas de justicia*, cit., pp. 31 y ss.

³¹ Cfr. Fraser, N., “La justicia social en la era de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, *op. cit.*, pp. 36-39, 51.

normativo de evaluación de las injusticias³² y justifica la incorporación de la participación a las condiciones básicas de justicia para el tratamiento de las personas con discapacidad.

La justicia es concebida en una triple dimensión: redistribución, reconocimiento y representación,³³ y su logro exige remover los obstáculos institucionalizados y no institucionalizados que impidan la participación de las personas con discapacidad en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos. Además de la distribución injusta de capacidades y oportunidades genuinas para funcionamientos seguros,³⁴ y la falta de reconocimiento recíproco o el reconocimiento erróneo, aparece un tercer tipo de injusticia, por falta de representación o representación fallida, a causa de la negación de la voz y el voto de las personas con discapacidad en las deliberaciones y en los procesos públicos de toma de decisiones.³⁵

La consecuencia es que el reconocimiento debe ser previo a la distribución, y tal precedencia mejora la justificación de la distribución, pues posibilita la inclusión de las personas con discapacidad en la determinación deliberativa de las condiciones de la justicia. Se refuerza así la participación y también la representación, propia de la dimensión política de la justicia y entendida como asunto de pertenencia social y como oportunidad de intervenir plenamente como igual en los procesos públicos de argumentación y deliberación. Este reconocimiento de la persona con discapacidad como participante de una comunidad deliberativa enlaza finalmente las bases teóricas del modelo de los derechos con las teorías deliberativas y las teorías discursivas.³⁶

IV. CONCLUSIONES

1. *Teoría y praxis*

La conquista de los derechos de las personas con discapacidad no es únicamente el resultado de la acción política sino también de la actividad científica

³² Cfr. Fraser, N., *Escalas de justicia*, cit., pp. 39, 117.

³³ Cfr. *ibidem*, pp. 22, 108-118.

³⁴ En coherencia con las otras dos bases teóricas del modelo de los derechos (capacidades y funcionamientos seguros), me separo en este punto de la tesis de Fraser, que habla de distribución socioeconómica centrada en los recursos y de injusticias por falta de recursos. Cfr. *ibidem*, pp. 39 y 40.

³⁵ *Ibidem*, pp. 39 y 40, 117-118.

³⁶ Cfr. Cortina, A., *Justicia cordial*, cit., pp. 95-116, aludiendo a las capacidades; Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, cit., pp. 61 y ss., ocupándose de los derechos y la justicia.

y la reflexión. Con estrategias y argumentos diversos, cada modelo contribuye a caracterizar, definir e incluso denominar la discapacidad. El modelo de los derechos propone una vía para corregir sus deficiencias y armonizar sus aportaciones, delimitando un marco de referencia básico de carácter conceptual y normativo.

De una parte, adoptando como punto de partida científico-conceptual el modelo biopsicosocial (CIF 2001), refuerza la relación entre los factores internos o individuales —tipo de discapacidad, actitud hacia ella, capacidades personales— y los factores externos, sociales o contextuales —actitudes y reacciones sociales, obstáculos físicos, institucionales, económicos, etcétera— de la discapacidad. Es decir, no omite o infravalora la dimensión médica y la referencia a la deficiencia que origina las limitaciones funcionales o de participación de la persona con discapacidad, atribuyendo éstas únicamente a las barreras u obstáculos sociales o reduciéndolas a su apreciación diferente y positiva. La discapacidad puede ser entendida correctamente como un hecho institucional, pero eso no implica que sea pura construcción social o que pueda ser definida exclusivamente en términos de hechos institucionales. Existen hechos o realidades que no dependen de nuestras preferencias, valoraciones o actitudes. En la base de los hechos institucionales están los hechos brutos,³⁷ y en la base de la discapacidad está una deficiencia. Por ello no es posible reducir la noción de discapacidad a la dimensión social o definirla sólo a partir de su consideración como algo diferente y valioso o enriquecedor, sino que exige considerar también su inevitable dimensión biológica o “médica”.³⁸

De otra parte, acepta que la discapacidad, como diferencia y como parte de la diversidad humana, no es un mero *factum*, sino que presenta un contenido valorativo positivo: el reconocimiento de la diferencia y la identidad singular de las personas con discapacidad ha alcanzado estatuto jurídico mediante la Convención (artículo 3.d), CRPD). No obstante, ni la discapacidad implica siempre una desventaja u opresión social, ni todas las situaciones de desventaja son discriminatorias, ni toda pretensión subjetiva o de reconocimiento, incluso legítima, es un auténtico derecho. El modelo de los derechos no abarca íntegramente la identidad moral de la persona con discapacidad, y exige analizar qué pretensiones o expectativas de recono-

³⁷ Cfr. Searle, J. R., *La construcción de la realidad social*, trad. de Antoni Domènech, Barcelona, Paidós, 1997; del mismo autor, *Making the Social World: the Structure of Human Civilization*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2010.

³⁸ Cfr. Vehmas, S., “Philosophy and Science: the Axes of Evil in Disability Studies?”, *Journal of Medical Ethics* 34, 2008, pp. 21-23; Vehmas, S. y Mäkelä, P., “The Ontology of Disability and Impairment”, *op. cit.*, pp. 49-53.

cimiento legítimas son un auténtico derecho y merecen un reconocimiento jurídico justo. El carácter práctico del modelo de los derechos, que no persigue tanto la precisión conceptual cuanto una concepción suficientemente sólida y justificada para combatir la discriminación y opresión, y garantizar un tratamiento justo de las personas con discapacidad, rechaza una admisibilidad amplia de las demandas de reconocimiento de la diferencia y la diversidad basadas en la confianza, la aprobación personal o la solidaridad; éstas, aunque puedan estar en la base de las políticas sociales y legislativas e influir en su aplicabilidad y eficacia, no presentan el mismo estatuto normativo ni idéntico grado de exigibilidad.

2. *Discapacidad, autonomía y dependencia*

El ideal normativo del modelo de los derechos no es la igualdad sino la autonomía de las personas con discapacidad. Así ha de ser, en la medida en que la organización jurídico-política y la fundamentación ética de las sociedades occidentales contemporáneas descansan en la autonomía personal, entendida no únicamente como una propiedad, sino como un ideal regulativo valioso que exige ser realizado, también en el caso de la persona con discapacidad. Al igual que la discapacidad, la autonomía es una noción relacional, contingente, variable y graduable que cada individuo puede o no tener, en diversa medida y duración, y que se declina de tres modos: como *autonomía decisoria*, su sentido clásico, referida a la libertad de elección o capacidad de la persona para deliberar y decidir(se) por un curso de acción entre un conjunto de opciones valiosas; como *autonomía informativa*, que consiste en el poder del individuo de disponer y controlar su información de carácter personal, íntima, privada y pública, y como *autonomía funcional o ejecutiva*, que alude a la libertad de acción (actuación o abstención) y a la capacidad de realizar por uno mismo las decisiones adoptadas, de acuerdo con las propias capacidades y los condicionantes sociales y políticos.³⁹

Pero no todo es autonomía. La condición humana sintetiza dos rasgos aparentemente antagónicos: la autonomía y la dependencia. Superamos nuestra vulnerabilidad y limitaciones mediante el ejercicio de nuestras capacidades y la búsqueda de apoyos en un contexto social, y unos vínculos que nos configuran. Por ello, la independencia personal de la persona con discapacidad (artículo 3.a), CRPD) debe ser entendida como interdependencia reflexiva, en

³⁹ Cfr. Seoane, J. A., “Las autonomías del paciente”, *Dilemata* 3, 2010, pp. 61-75, visible en: <http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/35> (fecha de consulta: 30 de junio de 2014).

la que el reconocimiento de la dependencia y su conversión en oportunidad de vida son las claves de la autonomía.⁴⁰ Y la mención de su autonomía individual (artículo 3.a), CRPD) remite a la capacidad de expresar el carácter personal de la propia vida en sus decisiones y acciones, con conciencia de sus limitaciones y de la necesidad de servicios y sistemas de apoyo, personales y materiales, que posibiliten el ejercicio de sus capacidades y derechos, así como la inclusión y la participación plena y efectiva en la comunidad, en igualdad de condiciones (artículos 1o., 3o., 9o., 12, 19, CRPD).

Esta perspectiva explica que la participación se considere una condición básica presente en varios lugares y modos en el texto de la Convención: Preámbulo (letras e, m, y), noción de discapacidad (artículo 1o., párrafo segundo, CRPD), principio general (artículo 3.c), CRPD) y derecho (artículos 29 y 30, así como artículos 19, 24 y 26, CRPD), desdoblándose como representación o participación política (artículo 29, CRPD). A través de la autonomía y de otras capacidades y derechos, la persona con discapacidad participa en diferentes áreas de la vida social; y a la inversa, su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones exige la promoción de sus capacidades y la garantía de procedimientos, materiales y sistemas de apoyo que permitan ejercer su autonomía.

3. La realización de los derechos

Estos rasgos ponen de manifiesto la principal debilidad del modelo de los derechos: su realizabilidad.⁴¹ Los derechos ejemplifican la primacía de lo sustantivo, la persona, y representan el cauce jurídico, moral y político para la intervención en materia de discapacidad. Además, la Convención refleja la universalización y generalización del modelo de los derechos.⁴² Sin embargo, ni la universalización de los derechos ni un adecuado desarrollo jurídico garantizan su aceptación ni la consecución de los fines perseguidos. Ejemplo de esta dificultad es la propia Convención, que no es una respuesta completa ni óptima, por ser en parte un texto —pactado— resultado de la negociación política.⁴³ El nuevo paradigma de la discapa-

⁴⁰ Cfr. MacIntyre, A., *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*, trad. de Beatriz Martínez de Murguía, Barcelona, Paidós, 2001.

⁴¹ Este reproche es atribuible igualmente a los restantes modelos, y si cabe en mayor medida, por su carácter estipulativo y por carecer de la normatividad de los derechos y de la legitimidad de su formulación.

⁴² Cfr. Asís, R. de, “Presentación”, *op. cit.*, pp. 18 y 19.

⁴³ Cfr. Kayess, R. y French, P., “Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

cidad no puede provenir únicamente de un cambio jurídico, pues necesita el complemento de un cambio social, a través de la educación y la toma de conciencia de la situación de la discapacidad y la adopción de medidas de transformación (artículos 4o. y 8o., CRPD). Cierta cambio puede iniciarse a través del derecho y los derechos, pero el auténtico logro es el cambio de las actitudes individuales y sociales, más aún tras confirmar que la discapacidad es pluridimensional y nos afecta a todos.

El derecho aspira a la justicia. Una ordenación digna de la convivencia sí puede obtenerse a través de su intervención, pero no ha de pedirse al derecho más de lo que puede dar. Si la respuesta jurídica es insuficiente, una justicia real en materia de discapacidad podría requerir una actitud complementaria. Más allá de la justicia se halla la solidaridad, que significa adhesión o ayuda incondicionales, generosidad y apertura sin tasa,⁴⁴ y este comportamiento no puede ser impuesto mediante las instituciones y las normas jurídicas, de alcance limitado. La solidaridad, inconmensurable, es un movimiento hacia los demás que no repara en qué consiste o a cuánto asciende lo debido; llega a dar más de lo exigido, a trascender el mínimo justo para alcanzar el máximo humano.

Aunque la misión de los derechos humanos es hacer justicia, quizá convenga reivindicar la solidaridad como remedio complementario a los defectos y errores de nuestras sociedades ante las personas con discapacidad. Restaurar el equilibrio y proporcionar el reconocimiento debido representa un deber de justicia, pero la desigualdad del tratamiento a las personas con discapacidad es tan acentuada en algunas áreas que la tarea inmediata de los tiempos venideros podría ser, propiamente, alcanzar la justicia a través de la solidaridad..., con una precisión: la solidaridad es índice de la sensibilidad moral de la sociedad y estímulo de conductas valiosas, pero no ha de incurrirse en su inflación. Lo decisivo es la transformación de los deberes de solidaridad en deberes de justicia. La solidaridad tendría que ser concebida como una *virtud de emergencia*, esto es, aquella que no podría desear su condición, la situación de emergencia a la que sale al paso;⁴⁵ eliminarla sería su verdadero destino.⁴⁶ En

⁴⁴ En un sentido análogo, con apoyo en Alasdair McIntyre (MacIntyre, A., *Animales racionales y dependientes*, cit.), se propone como virtud del reconocimiento de la dependencia la justa generosidad en Bonete Perales, E., *Ética de la dependencia*, cit., pp. 77-79.

⁴⁵ Sin referirse específicamente a la solidaridad, *cf.* Jonas, H., “En el umbral del futuro: valores de ayer y valores para mañana”, *Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad*, trad. de Carlos Fortea Gil, Barcelona, Paidós, 1997, pp. 41-54.

⁴⁶ Junto a la libertad, la igualdad y la dignidad, la solidaridad ha sido considerada uno de los cuatro valores básicos del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad por Campoy Cervera, I., “Reflexiones acerca de los derechos de las personas con discapacidad”, en Campoy Cervera, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 7-27. Son también

otras palabras, el porvenir inmediato podrá contemplar conductas solidarias de la ciudadanía, pero el auténtico objetivo es la extinción de la solidaridad como agente de las respuestas jurídicas y aun sociales. Se ha de reclamar la conversión de la solidaridad en justicia: no apelar a la dación desequilibrada e inexigible de la solidaridad, sino dar a cada persona con discapacidad lo que le corresponde, que es el reconocimiento y el respeto de su dignidad y libertad iguales, y de todos los derechos y obligaciones que de ello se derivan. Al igual que el resto de ciudadanos, lo justo es una vida digna y de calidad, ejerciendo sus capacidades para conquistar la autonomía y la felicidad.

partidarios de la solidaridad en este ámbito Pérez Luño, A. E., “Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad. A propósito de una Convención internacional para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”, en Campoy Cervera, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 35-57; Palacios, A. y Romañach, J., *El modelo de la diversidad*, cit., p. 208, y, respecto de la noción de dependencia, Asís Roig, R. de y Palacios, A., “Aproximación al concepto de dependencia”, en Fernández Liesa, C. (coord.), *Protección jurídica de la dependencia en el ámbito internacional*, cit., pp. 15-45, 38-42. Por el contrario, en consonancia con la tesis defendida en el texto, se afirma la inadecuación jurídica de la solidaridad o los “derechos de solidaridad” en el ámbito de la discapacidad en García Añón, J., “Los derechos de las personas con discapacidad y las medidas de acción afirmativa en el ordenamiento jurídico español”, en Campoy Cervera, I. (ed.), *Los derechos de las personas con discapacidad*, cit., pp. 75-112.

EL DERECHO A CASARSE Y FUNDAR UNA FAMILIA. LA FAMILIA: ENCUENTRO DE NATURALEZA Y CULTURA: EL DERECHO AL ESTADO DE FAMILIA

Catalina Elsa ARIAS DE RONCHIETTO*

SUMARIO: I. *El derecho a casarse y fundar una familia.* II. *El derecho a casarse exige precisión acerca de cuánto recíprocamente la familia y el matrimonio son para las personas y la sociedad.* III. *El concepto jurídico de familia.* IV. *El principio de razonabilidad y el derecho a casarse y fundar una familia.* V. *La familia: encuentro de naturaleza y cultura.* VI. *El derecho fundamental al estado de familia, base del derecho a la identidad.* VII. *Reflexión final. La familia, cordón umbilical de la humanidad.*

I. EL DERECHO A CASARSE Y FUNDAR UNA FAMILIA

El tema elegido obedece a la intención de ofrecer algunas reflexiones que contribuyan a la toma de conciencia de la imperiosa necesidad que nos compromete a todos y frente a la cual tanto la filosofía jurídica como el derecho de familia deben brindar cauce para reaccionar serena pero firmemente, a fin de elevar el nivel ético de la sociedad contemporánea a partir de cada familia, bien jurídico básico en expresiva incorporación de John Finnis en su nómima de bienes jurídicos básicos, resaltando que la del matrimonio como tal y como padres es la forma más cumplida de amistad.¹

* Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza, Argentina.

¹ Finnis, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998. "...Families, in their central form, are not in that way contingent. No doubt families are contingent in the sense that each is formed by free choices—in the central case, by the free choice of a man and a woman to enter upon that sort of reproductive and educative partnership, which is also the "closest form of friendship". But families are non contingent in the sense that they directly instantiate a basic human good—the good probably best described as marriage itself..." p. 243, y *cf.* notas 112, 113 y 115. Destacamos la nota 116: "Parental duties of education and financial support last in some form for the whole life of the children".

Por su parte, Rafael Alvira, con elegante fineza, al honrarla en su obra como la fuente de la “grandeza de ánimo”, la reinstala como el ámbito humano más propio y seguro, “el lugar al que se vuelve”.² Elegimos el verbo instalar porque permite visualizar que debemos —debemos— reinstalar a la familia matrimonial de modo central en nuestra sociedad porque está siendo desfigurada al modificar ahuecándolo a su régimen jurídico y en consecuencia desplazada. Lograr que nuevamente la familia resulte proporcionada a la dignidad de la persona humana, criatura indigente sin ella, es una urgente tarea de hoy.

Debemos promoverla desde todas las ciencias y desde las humanidades, porque las costumbres que van imponiéndose, las conductas de jóvenes y adultos amenazan diluirla en un poderoso galimatías de voluntarismos individualistas llevados por los huracanes de la anarquía, del egoísmo, de la anomia, de la confusión intencionadamente sembrada y de la vulgaridad.

Reinstalar con inteligente diligencia a la familia matrimonial en los ideales jóvenes, de modo que en su educación formen sentimientos y hábitos virtuosos y ella sea la aspiración máxima de sus vidas adultas. Así, elegirán atinadamente a sus amigos y, en especial, a la persona con quien se casarán porque sabrán a conciencia que es para compartir fielmente la vida entera;³ que respeten su etapa de noviazgo y sean capaces de ilusionarse anticipando el deslumbramiento emocionado que sentirán ante sus futuros hijos fruto de su mutuo amor como esposos y, finalmente, agradecidos, honren a sus padres.

Aún, muchos jóvenes lo viven así en sus casas observando el trato entre sus padres, el cuidado de sus hermanos y en el amor que ellos mismos reciben y sienten por sus padres y familiares. El amor, el que por su encanto y grandeza invitaba al matrimonio y a fundar una familia, hoy atemoriza a demasiados jóvenes que temen y se conforman con vínculos personales precarios; lamentable realidad que muchas veces les consta desde sus propias casas, optando entonces por compromisos fácilmente disolubles.⁴ Al pensar,

² Alvira, Rafael, *La familia, el lugar al que se vuelve. Reflexiones sobre la familia*, Pamplona, EUNSA, 1998, p. 94.

³ Méndez Costa, María Josefa, “Constitucionalidad del matrimonio disoluble ¿Cabe proyectar un doble esquema matrimonial legal?”, Buenos Aires, *La Ley*, t. 1998-C. La ilustre jurista, en *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, proclama y fundamenta: “Un elemento necesario en la protección del matrimonio: no inducir a confusión...”, refiriéndose a las diferencias del matrimonio con las uniones civiles y con las de una pareja homosexual, afirma “...no es discriminar dar a cada uno lo suyo por naturaleza”. pp. 77 y 78, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006. Cfr. Chiesa, Pedro, *El derecho a la protección constitucional de las opciones matrimoniales definitivas*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2010.

⁴ Borda, Alejandro, “Matrimonio y familia”, Advierte respecto del Proyecto: “...no parece lógico que la manera de disolver el vínculo matrimonial tenga menos exigencias que

ya desde el noviazgo, en un eventual divorcio, retraen su entrega en el plano personal y prevén, incluso en el terreno económico todo como temporario, “por las dudas”. Evitan darse cuenta de una rotunda realidad natural: la evidencia de que los padres, aun divorciados o alejados, siempre son uno en cada uno de sus hijos. Ocurre que a su vez muchos de ellos ya provienen de padres que se han divorciado.

Desde nuestro campo de estudio, el derecho de familia, de sus fundamentos ético-jurídicos, de sus leyes y sentencias, de su conexión con cuestiones de la bioética contemporánea, estamos convencidos de que sólo si las familias, a su vez, son respaldadas por políticas estatales adecuadas, de educación, vivienda, trabajo, salud, que colaboren con decisión e idoneidad, para que las familias retomen su función primordial de brindar ejemplo de vida intransferible y cotidiano que anime sus fines: “...la comunicación de la vida y de la cultura, fines de la familia” en clara síntesis de Jorge A. Mazzinghi.⁵ Disfrutar la tierna época de crianza, la educación, el diálogo, sembrar la aspiración esperanzada a ser mejores y, en consecuencia, a ser y hacer felices a quienes los rodean, en el sentido de alcanzar la mayor plenitud personal posible de niños, jóvenes y adultos y acompañarse en desgracias y dificultades.

De lo contrario, nuestra sociedad, nuestra patria, continuará perdiendo la savia vivificante de su bien denominada “célula natural y fundamental”, así reconocida en la Constitución argentina, tratados internacionales constitucionalizados “...en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inciso 22, CN), Constituciones provinciales, sentencias, leyes y decretos reglamentarios que deben ser dictados en su consecuencia, acorde todos a la fuente ético-jurídica primigenia: los principios generales de derecho.⁶

resolver un contrato... ¿no sería mejor brindar herramientas para facilitar la reconstrucción familiar?”, Buenos Aires, *La Ley*, 22 de agosto de 2012. Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, “El principio jurídico de matrimonialidad y las políticas públicas. La familia: cordón umbilical de la humanidad”, *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, núm. 62/63, 2008; “Promover la voluntad matrimonial: una cuestión de salud”, en Varios autores, *El derecho a la salud*, Rosario, UCA, 2007.

⁵ Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, prólogo de Guillermo A. Borda, 3a. ed., Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, t. 1, p. 12, 4 ts. En similares términos, Millán Puelles, Antonio, *Léxico filosófico*, voz: “Familia”, Madrid, Rialp, 1984, pp. 292-301.

⁶ Entre ellos: Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16. 1. Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia... Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello...”

Lo cierto es que actual y ensambladamente por múltiples factores, la vida familiar en general se encuentra muy deteriorada, sin que seamos capaces todavía de ofrecer derroteros auténticos de bienestar personal y familiar desde el plano personal, social y jurídico. Por la permanente infiltración de ideologías corrosivas, prescindentes del trascendente daño personal y generacional que causan y causará la desorientación de los jóvenes invitan al ¡sálvese quien pueda!, a la violencia y exasperación personal y social, las que ya están en aumento evidente y causando fuertes reclamos colectivos y fundada alarma social y política.

Ocurre que a la sombra de un ambiente sociopolítico de corrupción generalizada, el derecho cede al poder político y así han sido sancionadas algunas últimas leyes y fallos anticipatorios de las mismas que propician ideologías que, en general, encarnan los caracteres generales de los demoleedores constructivismos.⁷ En especial, el de inspiración rawlsiana, cuyos caracteres, tal como señala Massini Correas, radican: "...en la decidida afirmación de la autonomía humana, entendida como capacidad absoluta de autonormación del sujeto"...acorde con "el espíritu del constructivismo ético moderno en especial en su declarada intención de liberarse de toda objetividad fuerte tenga ésta su fuente en la revelación o en un cierto conocimiento de la realidad natural".⁸

II. EL DERECHO A CASARSE EXIGE PRECISIÓN ACERCA DE CUÁNTO RECÍPROCAMENTE LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO SON PARA LAS PERSONAS Y LA SOCIEDAD

Nos circunscribiremos al derecho de familia argentino con la aclaración que nuestro espíritu al hacerlo es dar lugar al refrán: "habla de tu pueblo y serás universal". En doctrina, una de las más importantes fuentes del derecho, contamos con brillantes frutos de la herencia jurídica latina, romana, española e italiana en especial, que honran nuestra ilustre tradición jurídica y numerosas obras, tratados, libros individuales, cátedras, artículos que fundamentan y de-

⁷ Massini Correas, Carlos I., *El renacer de las ideologías*, Mendoza, EDIUM, 1984. Calderón Bouchet, Rubén, "Guillermo de Ockam, ideólogo del siglo XIV", *Idearium*, Mendoza, núm. 1, 1975, pp. 33-48; Villey, Michel, "La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam", *Archives de Philosophie du Droit*, París, Sirey, 1964, pp. 97-127.

⁸ Massini Correas, Carlos Ignacio, "Bases para la superación del constructivismo ético", *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004, pp. 37-39, 49. Del iusfilósofo: "Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista", *Persona y Derecho*, Pamplona, vol. 48, 2003, p. 94.

sarrollan las principales instituciones de derecho de familia con claridad meridiana. En ellas confiamos como fuente de guía de la legislación y la jurisprudencia, ¡aunque debemos reconocer que vamos en esforzada cuesta arriba!

En doctrina, entre los civilistas argentinos contemporáneos especializados se destaca el *Tratado de derecho civil argentino*, cuyo autor, Guillermo A. Borda, ilustre maestro de generaciones de juristas, dedica dos señeros tomos al derecho de familia y otros dos al derecho de sucesiones, cumpliendo su 13a. ed. Guillermo A. Borda es el principal artífice de la única reforma integral al Código Civil, por la Ley 17.711 de 1968. En comprometida tarea de liderar una comisión notable; merced a su prestigio, su vasta experiencia y su autoridad intelectual, *Guillermo A. Borda* como jurista-estadista siempre en vistas al bien común, logró que la Comisión aunara tanto la actualización reclamada largamente por la doctrina y la jurisprudencia como el resguardo por el derecho civil, de la vida de la familia argentina en su salud y en sus conflictos, incluyendo la separación por presentación conjunta.⁹

Se sancionaron posteriormente leyes muy importantes: la Ley 19.134 que recién en 1971 incorporó la filiación y parentesco por adopción plena, conservando también la forma simple;¹⁰ la Ley 23.264 de 1985 que con justicia y realismo equiparó casi todos los efectos jurídicos respecto de los hijos, con independencia de su origen, acentuando así la responsabilidad de los adultos. Luego, tras un importante debate, se sancionó la Ley 23.515 de 1987, que conservó la separación personal e incorporó el divorcio vincular, también por causales objetivas.¹¹

Respecto de la eventual reforma del Código Civil en forma integral, luego de otros intentos sin mayor trascendencia, prestigiosos juristas presentaron el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998, el que no logró

⁹ Borda, Guillermo A., *La reforma de 1968 al Código Civil*, Buenos Aires, Perrot, 1971; *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 12 ts.; 13a. ed. actualizada por sus hijos, doctores Delfina, Guillermo Julio y Alejandro, luego de su fallecimiento en julio de 2002. *Cfr.* voz: "Borda, Guillermo Antonio (1914-2002)", en Peláez, Manuel J. (ed.), *Diccionario crítico de juristas españoles, portugueses y latinoamericanos*, Zaragoza, vol. I, 2005.

¹⁰ Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, *La adopción*, prólogo de Guillermo A. Borda, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997 (reimpresión 2008 agotada). Sostenemos que el carácter de real vínculo paterno-filial y de parentesco sólo tiene lugar en la forma plena de adopción. La forma simple no constituye adopción; ella es una figura ubicua pero subsidiaria, cercana a la tutela y revocable dado que responde a otras realidades familiares del menor de edad.

¹¹ Para un análisis detallado de ambas leyes, *cfr.* Belluscio, Augusto y Zannoni, Eduardo, *Ley 19.134, Ley 23.264*, pp. 643-874, t. 6; "Ley 23.515", *Código Civil Comentado*, Buenos Aires, Astrea, 1993, t. 7, pp. 686-895. *Cfr.* Bossert, Gustavo y Zannoni, Eduardo, *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264*, Buenos Aires, Astrea, 1986; Mazinghi, Jorge A. (dir.), en Varios autores, *Nuevo régimen del matrimonio civil. Ley 23.515*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, así como en los citados *Tratados de derecho de familia*.

sanción.¹² Respecto del mismo si bien no coincidimos con el criterio de todas sus normas en derecho de familia y bioética, su indiscutible envergadura ético-jurídica, tal vez hubiera evitado el osado dislate jurídico del actual Proyecto de Reforma, aprobado por la H. Cámara de Diputados.¹³

Excede el cometido de este desarrollo tanto más que cabría pormenorizar, pero creemos que es suficiente para comprender la preocupación de la doctrina y la sociedad argentina ante la inusitada aprobación por la H. Cámara de Diputados, del más reciente Proyecto de Reforma al Código Civil y Comercial de 2012,¹⁴ también para continuar cuestionándolo porque acarreará muy graves consecuencias sociales y políticas.

Este Proyecto ha sido estratégicamente precedido, y también reforzado posteriormente, por leyes que entronizan una ideología sociopolítica de agresivos, definidos rasgos inmanentistas, relativistas, al punto que el Proyecto reniega de la dignidad óptica de cada persona humana desde su concepción hasta su muerte; tradición sin excepción en el derecho constitucional y civil nacional. Respecto de la regulación del matrimonio, demagógicamente, aparenta cumplir con el derecho de igualdad ante la ley, en derecho de familia al receptar y ampliar la Ley 26.618 de 2011, estratégicamente sancionada antes del Proyecto también en forma irregular y abusiva. Esa ley extendió el “derecho” al “matrimonio” a parejas homosexuales o lésbicas. Tan apresurada y manipulada fue su sanción, apañada por el poder político, que se dejó de lado la regulación referente a filiación a fin de no demorar la “concreción” de esta perniciosa reforma.¹⁵

¹² Comisión. Decreto 685/ 95 Alegria, H. et al., *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

¹³ Por ese motivo se han realizado numerosas reuniones académicas y publicado obras colectivas de importantes autores, que casi no han sido consideradas. Por ejemplo: en Varios autores, Rivera, Julio C. (dir.), Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1407 pp.; Varios autores, *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012. Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, 693 pp.; Varios autores, edición especial “Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Buenos Aires, La Ley, 369 pp.

¹⁴ *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo de la Nación*, redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto 191/2011, Comisión presidida por el doctor Ricardo Luis Lorenzetti, e integrada por las doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2012.

¹⁵ Ratificando lo expuesto: *cfr. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Tucumán, 29 y 30 de setiembre y 1o. de octubre de 2011. Comisión 6. Familia. Tema: “Efectos de la ley 26.618 en el Derecho de Familia”. Presidentes: doctoras Graciela Medina y Vilma Vanella, concluyó por mayoría que la Ley 26.618 es inconstitucional. *Cfr. Cuaderno Jurídico Familia*, Buenos Aires, núm. 23, noviembre de 2011. *Cfr.* Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, ponencia “La ley

Como podía preverse... luego de la Ley 26.618 de 2011 y con el Proyecto en debate, se sancionó en 2013 en forma inconsulta, pese a los años en los que se venía debatiendo tan importante cuestión, la Ley nacional 26.862 de reproducción asistida y su “ampliación” en el correspondiente decreto reglamentario 956/2013, regulando las biotécnicas de fecundación humana asistida; incorporando la “voluntad procreacional” para la determinación de la paternidad, la fecundación con material genético de tercero/s, etcétera. Respecto de la filiación por adopción, se la regula en un abanico contradictorio con su naturaleza jurídica, en perjuicio centralmente de los menores de edad en desamparo familiar, al punto que se abre la posibilidad de que también las parejas homosexuales puedan llegar a adoptar por esa vía legal. Debemos confiar en que los jueces de familia, acuciados por insalvables listas de espera —de espera y ratificación anual durante tres, cuatro hasta digamos... diez años, de registrados matrimonios heterosexuales, que responden a todos los requisitos legales vigentes— no caigan en la tentación del *leading case*.

Esta Ley 26.618, denominada del “matrimonio igualitario”, sancionada a empujones de eslabonadas maniobras políticas, agrede instituciones centrales del derecho de familia nacional. En primer lugar y como cuestión primera, soslaya el reconocimiento de la entidad óntico-antropológica del sujeto de derecho: la persona humana, en innegable evidencia a partir de su debatido artículo 19 y concordantes, respecto del comienzo de su existencia, al que suma el maltrato legal a los embriones crioconservados, ignorando su dignidad de sujetos de derecho,¹⁶ su derecho al estado de familia e invir-

26.618 es y debe ser declarada inconstitucional. En tanto sus efectos deben ser suspendidos”, *La Ley Actualidad*, 27 de diciembre de 2011. Ampliada en *Prudentia Iuris-EBSCO. Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina*, 30o. aniversario, Buenos Aires, núm. 68/69, noviembre de 2010. *Rechazo integral del proyecto en debate en H. Senado de la Nación sobre “matrimonio igualitario”*, Buenos Aires, Doctrina Judicial, La Ley, 2010.

Se ha dado igual significativa falta de respuesta doctrinaria a las respectivas ponencias de Eduardo A. Sambrizzi: “En la filiación por naturaleza una persona no puede tener dos madres”; de Úrsula C. Basset: “El niño tiene derecho a la unidad, en la medida de lo posible, de todos los estratos o elementos de su identidad e integridad personal. Debe prohibirse todo contrato, manipulación o supresión de estratos identitarios del niño”, aprobada por unanimidad; de Nicolás Laferriere: “Implicaciones de la Ley 26.618 en materia de filiación y el derecho a la identidad del niño”. *Cfr.* Boletín “Compromiso por la vida y la familia (CFN)”, San Juan. “Así se votó una ley fundamental para el país y para la familia en contra de la mayoría de los argentinos, Análisis de la votación del Senado Nacional, 15 de julio de 2010”; Basset, Úrsula y Laferriere, Nicolás, “Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea”, *Separata, Revista Persona y Derecho*, Pamplona, 2010.

¹⁶ Massini Correas, Carlos I., “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, Serna, Pedro, “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”,

tiendo así, desde su base, el orden ético-jurídico fundamental que las leyes positivas de todo rango deben resguardar.¹⁷

No se hace reparo alguno en la igualdad de circunstancias, exigencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, intérprete final de la Constitución. En suma, cercena también el derecho fundamental a la libertad al pretender imponer una sociedad regida en su médula “natural y fundamental” por un derecho de familia en el que ninguna institución central guarda su irremplazable y *reconocido* contenido, conforme al artículo 28 de la Constitución Nacional y concordantes, al señero principio de razonabilidad.¹⁸

Sostenemos por lo brevemente expuesto que la reforma 2012 es inconstitucional por lesa arbitrariedad de fondo y de forma y por atentarse contra la forma republicana de gobierno al no guardar su tramitación la división de funciones o poderes.¹⁹

en Varios autores (coords.), *El derecho a la vida*; Spaemann, Robert, “Sobre el concepto de dignidad humana”; Possenti, Vittorio, “Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, Pamplona, EUNSA, 1998; *cf.* Varios autores, *La vida, primer derecho humano*, Cuaderno de la Facultad de Derecho, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina, UCA, septiembre de 2010. Aclaremos que la publicación se hizo llegar, pese a las obvias dificultades, a numerosos funcionarios y legisladores para contribuir a esclarecer el debate... sin respuesta.

¹⁷ Gambino, Gabriella, *Le unioni omosessuali. Un problema di Filosofia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 2007; Massini Correas, Carlos I., “Derecho natural y ciencia jurídica. Consideraciones sobre la ciencia del derecho como ciencia práctica”, en Herrera, Daniel A. (comp.), *II Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Ley natural y multiculturalismo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana-EDUCA, 2008; Basset, Úrsula y Lafferrère, Nicolás, “Matrimonio, familia y uniones de personas del mismo sexo en la jurisprudencia de la Corte Europea”, *op. cit.*

¹⁸ Constitución Nacional. Artículo 28: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

¹⁹ *XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cit.* Comisión 6. Familia. Tema: “Efectos de la Ley 26.618 en el derecho de familia”. Presidentes: doctoras Graciela Medina y Vilma Vanella. La Comisión concluyó por mayoría que la Ley 26.618 es inconstitucional; *cf.* *Cuaderno Jurídico Familia*, Buenos Aires, El Derecho-UCA, noviembre de 2011, núm. 23. Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, nuestra ponencia en esas JNDC: “La ley 26.618 es y debe ser declarada inconstitucional. En tanto sus efectos deben ser suspendidos”, fue votada por mayoría y publicada en *La Ley Actualidad*, 27 de diciembre de 2011. Texto completo publicado en *Prudentia Iuris- EBSCO. Revista de la Facultad de Derecho*, Buenos Aires, núm. 68/69, 30o. aniversario, noviembre de 2010.

Sobre las irregularidades de la votación legislativa, innegable afrenta republicana, diversos medios testimoniaron. Incluso pudo seguirse por cadena televisiva, en especial, ver quienes se quedaban a votar y quienes se “retiraban”. “Así se votó una ley fundamental para el país y para la familia en contra de la mayoría de los argentinos”; “Análisis de la votación del Senado Nacional, 15 de julio de 2010”, *cf.*, entre otros, el Boletín “Compromiso por la vida y la familia (CFN)”, San Juan.

III. EL CONCEPTO JURÍDICO DE FAMILIA

Todo ello, logrado por múltiples factores culturales, culminando en el gradual y pulverizador desquicio del concepto mismo de familia, también propiciado por leyes que no llegaron a sancionarse. Tal como lo expresa y fundamenta el distinguido jurista chileno Hernán Corral Talciani: "...Si todo es familia, nada lo es".²⁰

Vale de ejemplo, al respecto, lo dispuesto por la cláusula complementaria, artículo 42, 3º párrafo, Ley 26.618: "...ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos (2) personas de distinto sexo". Se objetó que el requisito de dos personas debía figurar al comienzo para al menos abarcar también mas claramente al "matrimonio" de personas del mismo sexo. No se incluyó.

Todo evidencia cuanto, por su parte, Francesco D'Agostino, en su magistral obra *Fundamentos de derecho de familia*, advierte el centro de la muy grave cuestión de fondo: "...el proyecto de des-institucionalización de la familia viene a encuadrarse en otro: en el más general y difuso propósito del antijuridicismo contemporáneo, al cual hay que atribuir buena parte de la violencia que caracteriza al mundo de nuestros días".²¹

IV. EL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD Y EL DERECHO A CASARSE Y FUNDAR UNA FAMILIA

Este proyecto de recodificación año 2012, altera derechos y garantías, violando el principio nodal de razonabilidad reconocida criba de constitucionalidad: el citado artículo 28 de la Constitución Nacional, desconoce las instituciones centrales del derecho de familia: el matrimonio, como bien jurídico exclusivo

²⁰ Corral Talciani, Hernán, "La familia", en Varios autores, *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, convergencias y divergencias*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2004, pp. 51-67. Cfr. Arias de Ronchietto, Catalina Elsa, "La tutela por afinidad respecto de los hijos de anterior unión. Oposición ético-jurídica al empleo de la designación «familias ensambladas» en el derecho de familia", en Varios autores, *El Derecho*, núm. especial, Buenos Aires, 2010.

²¹ D'Agostino, Francesco, *Elementos para una filosofía de la familia*, El prestigioso iusfilósofo italiano, citando a Sergio Cotta, denuncia con precisión magistral la médula ideológica de esta cuestión contemporánea, centralmente afín con la ideología que anima al *Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino*, 2012, Madrid, Rialp, 1991, p. 61.

del varón y la mujer; la filiación, en especial su determinación al incorporar como fuente de filiación a las biotécnicas de fecundación asistida, cuando es obvio que sólo constituyen un medio; la fuente son los gametos. Altera, también, la filiación y parentesco por adopción plena, incorporada al Código Civil en 1997, Ley 24.779; los parentescos, el vínculo paterno-filial reduciendo la autoridad de los padres a uno solo de sus aspectos: la responsabilidad.

No obstante, se encuentra ya aprobado, como señalamos por la H. Cámara Nacional de Diputados, aunque, por lo tanto, aún está en debate y aunque continúa enfrentando importantes y mayoritarias objeciones ético-jurídicas doctrinarias especializadas en libros, artículos, cátedras, congresos,²² ... Sólo cabe concluir que las bancas “obedecieron” al partido político que —aparentó— someter la reforma al Poder Legislativo.

Esta propuesta se explica por múltiples factores que no corresponde analizar aquí pero debemos destacar que se torna difícil justificarlo en el derecho argentino de familia, en el que los juristas se destacan por la enjundia de sus tratados. Entre nuestros contemporáneos, junto al ya citado *Tratado de derecho civil* de Guillermo A. Borda, mencionamos los *Tratados de derecho de familia* de Jorge A. Mazzinghi,²³ Eduardo A. Sambrizzi,²⁴ Jorge O. Perrino,²⁵ María Josefa Méndez Costa-Daniel D’Antonio,²⁶ Eduardo A. Zannoni,²⁷ Augusto C. Belluscio,²⁸ quienes además son autores de una vasta obra y de presencia permanente en las publicaciones especializadas.

²² *Jornadas Intercátedras*. Tema: “Análisis de la Reforma al Derecho de Familia en el Proyecto de Reforma al Código Civil”. Abrió la Jornada el doctor Julio C. Rivera, luego expuso, en representación de los autores del proyecto, la doctora Marisa Herrera. Luego, disertaron los profesores miembros del panel, quienes coincidieron desde distintos enfoques en similares conclusiones y advertencias críticas: Sambrizzi, Eduardo A.; Berbere Delgado, Jorge; Azpiri, Jorge; Mizrahi, Mauricio, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires, 17 y 18 abril de 2012. Debe destacarse que el Aula Magna estuvo permanentemente cubierta su capacidad por los profesores asistentes, como pauta de la gravedad de la cuestión.

Cfr. Rivera, Julio C., “La constitucionalización del derecho privado en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en Rivera, Julio César (dir.), Medina, Graciela (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 2012*, cit.

²³ Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, 3a. ed., prólogo de Guillermo A. Borda, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, t. 1 (4 ts.), p. 12.

²⁴ Sambrizzi, Eduardo A., *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 8 ts.

²⁵ Perrino, Jorge O., *Derecho de familia*, 2a. ed., prólogo de José M. Castán Vázquez, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, 3 ts.

²⁶ Méndez Costa, María Josefa y D’Antonio, Daniel, *Tratado de derecho de familia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, 3 ts.

²⁷ Zannoni, Eduardo A., *Derecho civil. Familia*, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, 2 ts.

²⁸ Belluscio, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, 7a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002.

Presentan una fuente ético-jurídica cuya congruencia y solidez sólo por prepotente conveniencia pueden ser ignoradas “como si no existiesen”. Los respectivos tratados de los doctores Jorge Perrino y Eduardo Sambrizzi fueron premiados por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en 2007 y 2009, respectivamente. Subrayamos esta distinción por la autoridad de la secular institución que los otorgó, respaldando con ese valioso reconocimiento la ontología, la antropología y la filosofía en las que todos ellos se fundan con la contundencia propia de fuentes genuinas que la historia del derecho reconoce.²⁹ Entre los juristas más jóvenes especializados, Úrsula C. Basset fue distinguida con el Premio *Accésit* de la Academia Nacional de Derecho en 2010,³⁰ así como la presencia intelectual de Jorge Nicolás Lafferriere está afianzando con su prolífica obra, alcance internacional.³¹

También suman consagrado aporte doctrinario nacional, numerosos juristas, mencionados sólo enumerativamente, dado el carácter internacional de esta obra. Ellos son: Jorge Llambías, Héctor Lafaille, Julio C. Rivera, Eduardo Quintana, José Tobías, Luis Moisset de Espanés, Juan Carlos Palmero, Guillermo J., Delfina M. y Alejandro Borda, Juan Cianciardo, Pilar Zambrano, Zelmira Bottini de Rey (directora del Instituto para el matrimonio y la familia, UCA), Carlos Ghersi, Mauricio Mizrahi, Graciela Medina, Ricardo Rabinovich-Berkman, Jorge Azpiri, Marcos Córdoba, Santiago Alfonso, Omar Barbero; Jorge A., Gabriel y Jorge Mazzinghi (H); Jorge Berbere Delgado. Entre los constitucionalistas: Dardo Pérez Guilhou, María Angélica Gelli; Santiago Legarre, Antonio Boggiano, los tratados de Germán Bidart Campos, de Néstor Sagués, de Miguel Ekmekdjian. Los filósofos: Carlos I. Massini Correas, Héctor J. Padrón, Juan Fernando Segovia, Diego Martínez Inca, Miguel Verstraete, Gabriel Limodio, Daniel Herrera, Car-

²⁹ Massini Correas, Carlos I., “Derecho natural y ciencia jurídica. Consideraciones sobre la ciencia del derecho como ciencia práctica”, en Herrera, Daniel A. (comp.), *II Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Ley natural y multiculturalismo*, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana-UCA-EDUCA, 2008. D’Agostino, Francesco, *Elementos para una filosofía de la familia*, op. cit.; Arias de Ronchetto, Catalina Elsa, “Proyecto de recodificación del Código Civil de 2012, en persona humana y en derecho de familia en contraste con el pensamiento y obra del doctor Guillermo A. Borda, maestro del derecho como ciencia práctica”, *El Derecho*, núm. 13.142, año L, 14 de diciembre de 2012.

³⁰ Basset, Úrsula, *La calificación de bienes en la sociedad conyugal. Principios, reglas, criterios y supuestos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010. De valiosa participación y producción intelectual.

³¹ Lafferriere, Jorge Nicolás, *El diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*. Es autor, además, de muy numerosos artículos y preside la fecunda dirección del Centro de Bioética “Persona y Familia”, Buenos Aires.

los Sanz... ¡entre tantos! convocan nuestra mención agradecida, asumiendo por mi parte el riesgo de involuntarias omisiones, al no pretender agotar en modo alguno nuestra breve nómina. Pero sí con la intención de resaltar la desairada oportunidad de consulta serena y seriamente tenida en cuenta, por la Comisión Redactora.

Guillermo Julio Borda, muy concretamente, recuerda el pronunciamiento de numerosos doctrinarios de diversas universidades nacionales efectuado el 15 de marzo de 2012, en la UCA, Buenos Aires, solicitando que:

a) el Proyecto sea distribuido y debatido en la comunidad académica antes de remitirlo al Congreso y b) que especialmente cuestiones tan centrales como los textos proyectados en materia de relaciones de familia y del derecho de las personas sean revisados y modificados para adecuarlos a las costumbres y valores del pueblo argentino y a las tradiciones jurídicas nacionales.³²

A su vez, Daniel Herrera, actual decano de la Facultad de Derecho, UCA, cuestiona que se prescindió de una labor auténtica de consenso previo nacional en el espacio público jurídico y en la sociedad, en general. Afirma: "...Igualmente llama la atención sobre las implicancias de derogar un Código que nos ha regido por más de cien años (incluyendo sus reformas) para reemplazarlo totalmente por otro llamado a regular nuestras conductas... sobre la base de mayorías circunstanciales.³³

Es importante recordar que el Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, así como la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, entre otras, manifestaron concordantes sus severas objeciones al contenido del proyecto y a su forma de sanción. Esta última Academia afirmó:

...Entiende esta Academia que el proyecto que hoy se analiza ha carecido de la debida anticipación (de consulta). Tras el lapso breve que demandó la elaboración del anteproyecto, él fue elevado directamente al Poder Ejecutivo. Éste, prestamente, con algunas modificaciones, lo convirtió en proyecto remitido al Congreso de la Nación. De este modo dicho proyecto como obra sistemática y orgánica no tuvo oportunidad de ser puesto a consideración de la comunidad jurídica antes de que tomara estado parlamentario. La etapa

³² Borda, Guillermo Julio, "Las relaciones de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, edición especial: "Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", Buenos Aires, La Ley, año 4, núm. 6, julio de 2012, p. 33, nota 2.

³³ Herrera, Daniel, "Fundamentos", en Varios autores, *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012, Informe Especial de la Facultad de Derecho*, Buenos Aires, Pontificia Universidad Católica Argentina-El Derecho-UCA, p. 19.

subsiguiente también demostró que predominaba la prisa en la aprobación de un nuevo código antes que la inquietud por su excelencia.

Concluye: "...No existe ninguna urgencia... y por lo tanto, paradójicamente entraña, en múltiples aspectos, una regresión".³⁴

Viene aquí la oportunidad de citar una reflexión, que destacamos desde la autoridad y formación intelectual de Carlos Massini Correas, instando a la refundamentación del derecho natural, certeramente aplicables al debate en torno al Proyecto de Recodificación del Código Civil, que pronto se iniciará en el H. Senado:

...Es preferible, por lo tanto, correr el riesgo de repensar —siempre con la ayuda de la tradición iusnaturalista— los problemas que la vida social contemporánea, y en especial la jurídica, plantean al espíritu humano y resolverlos desde una perspectiva dialógica pero veritativa, plural pero no relativista, racional pero no sistemista, universalista pero abierta a la diversidad de las concreciones prudenciales de los principios de derecho natural. Se podrá alegar que esta tarea es ardua, compleja y riesgosa, pero también es verdad que no existe ni ha existido aventura humana que no revista esos caracteres. Y ésta, en especial merece la pena ser asumida con decisión y grandeza de espíritu.³⁵

V. LA FAMILIA: ENCUENTRO DE NATURALEZA Y CULTURA

Propugno como modelo referencial del derecho de familia nacional el concepto que de ella brinda Jorge A. Mazzinghi, que tantas veces, concitando la animada reflexión de los jóvenes, hemos izado y debatido en clase:

...La familia es una institución basada en la naturaleza y entendida como sistema de normas, que tiene el fin de asegurar la existencia y el desarrollo de la comunidad de personas, vinculadas por el matrimonio y la filiación en orden a procurar a todos sus miembros el logro de su destino personal, terreno y trascendente.³⁶

En similares términos la definen también los tratadistas Jorge O. Perriño y Eduardo A. Sambrizzi.

³⁴ Entre otras igualmente calificadas: *cfr. Declaración del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba sobre el Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial de 2013, cit.*, Córdoba, 28 de noviembre de 2013.

³⁵ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, t. I, *cit.*, p. 288.

³⁶ Mazzinghi, Jorge A., *Derecho de familia*, t. I, *cit.*, p. 57.

El concepto —tan logrado— se comprende plenamente distinguiendo los dos aspectos de la cultura:

...en su dimensión subjetiva, es decir cómo la cultura interviene en el proceso de formación de la persona humana, la cultura es el ejercicio de las facultades espirituales mediante las cuales éstas son puestas en condiciones de dar los frutos más abundantes y mejores que su constitución natural lo permita... Abarca el desarrollo biológico del hombre en sentido amplio, el desarrollo de sus facultades cognoscitivas y volitivas. Este desarrollo personal, se cumple mediante la asimilación del lenguaje, las costumbres y las instituciones que le hace participar en los valores humanos de la cultura. En su objetividad, la cultura está constituida por los frutos adquiridos por el hombre mediante el ejercicio de sus facultades, ya sean espirituales u orgánicas...³⁷ El hombre cultiva y humaniza al mundo para cultivarse y humanizarse a sí mismo: cultura significa humanización del hombre y del mundo... por ello es que el hombre es deudor de la cultura en la que nace y crece, pero al mismo tiempo es productor de esa cultura.³⁸

El hombre es al mismo tiempo hijo y padre de la cultura a la que pertenece.³⁹

Es así, porque en el plano ontológico el encuentro entre naturaleza humana y cultura se cumple en términos de reciprocidad y dependencia, tal como nuevamente lo expresa muy bien, Llano, cuando afirma:

...conviene tener presente algo que se sabe desde la polémica de los filósofos de la escuela de Atenas con los sofistas: que todas las realidades humanas están mediadas por la cultura, pero que esas mismas realidades no se reducen a su mediación cultural. En toda expresión cultural, como diría Spaemann, hay “un recuerdo de la naturaleza humana” que en ella se manifiesta. De manera que ir contra esa naturaleza implica destruir el fundamento mismo de tal epifanía cultural. En último análisis, siempre nos encontramos con la propia naturaleza, por más oculta que parezca tras las construcciones y deconstrucciones culturales. Así el relativismo ético de corte culturalista responde a una defectuosa concepción de la naturaleza humana y de la propia índole de la cultura.⁴⁰

³⁷ Mathieu, V., “Cultura”, *Enciclopedia filosófica*, Florencia, 1957, vol. I, col. 1369, citado en García Cuadrado, José A., *Antropología filosófica. Una introducción a la filosofía del hombre*, Pamplona, EUNSA, p. 195.

³⁸ García Cuadrado, José A., *Antropología filosófica, cit.*, p. 197.

³⁹ Juan Pablo II, *Fides et Ratio*, Carta Enc., 1991. *Cfr.* Varios autores, “La familia, célula vital de la sociedad”, *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, abarca la totalidad de la problemática socio-política y familiar contemporánea, Santiago, Chile, ed. San Pablo, 2004, pp. 157-187.

⁴⁰ Llano, Alejandro, *Humanismo cívico*, Barcelona, Ariel, 1999, p. 154; *cfr.* Spaemann, Robert, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, ed. Universitarias, 2001.

Queda precisado entonces que el orden ontológico en el que este estudio sobre la familia se basa es el de la naturaleza “...entendida como signo visible de una normatividad ónticamente trascendente y absoluta”,⁴¹ y subraya a la cultura, como su consecuente expresión y complementariedad.

Desde la convicción, en consecuencia, que a la inversa, negando la normatividad de la naturaleza o violentando su teleología, tal como se ha sostenido desde los distintos idealismos, escepticismos y positivismos: ya materialistas, ya racionalistas, ya historicistas, y hoy, en especial desde los varios constructivismos, con John Rawls como principal exponente ya mencionado, la pretensión es acomodar las exigencias legales imperativas —deberes y derechos y obligaciones— de las instituciones del derecho de familia, a las opciones autonómicas de sus sujetos inmersos, a su vez, en sus circunstancias existenciales; generándose una casuística infinita de variantes subjetivas que pulverizan la objetividad y proporción, la justicia, del núcleo normativo institucional.

Por ello, y no obstante su pretensión de justicia y como tal, de objetividad, estas falacias constructivistas, tal como las denomina Carlos I. Massini Correas, “...sólo alcanzan a constituir una ampliación sofisticada del subjetivismo, sin poder evitar las aporías de este último y sin alcanzar... el objetivo declarado: superar el relativismo ético y el positivismo jurídico”.⁴²

En esa línea de fundamentación inmanentista, en el tema en desarrollo se pretende institucionalizar “lo acordado” y, más aún, lo que meramente “sucede” —empirismo sin realismo—⁴³ como si los acuerdos, los hechos, los meros pareceres, los impulsos, fueran fundamento suficiente de la validez ético-jurídica de las arbitrarias fórmulas de familia que se pretende legitimar. Todo ello acrecentado por el fenómeno contemporáneo del multiculturalismo como nuevo integrante del marco de referencia axiótico-normativo del derecho de familia nacional, con el relativismo ético que el multiculturalismo pretende implicar y justificar⁴⁴ ignorando el carácter universal de la naturaleza humana.

⁴¹ Massini Correas, Carlos I., “La normatividad de la naturaleza y los absolutos morales”, *Sapientia*, Buenos Aires, 1995, vol. L, núm. 195-196, p. 105.

⁴² Massini Correas, Carlos I., “Bases para la superación del constructivismo ético”, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls, cit.*, p. 49.

⁴³ Aplicando la expresión empleada por Llano, Alejandro, *Humanismo cívico, cit.*, p. 155.

⁴⁴ Massini Correas, Carlos I., “Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 48, 2003, p. 94.

VI. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL ESTADO DE FAMILIA, BASE DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

Nuestra naturaleza de seres creados y requiere de la cultura, la que ofrece al matrimonio como la institución capaz de promoverla y conducirla en libertad a sus fines. La familia matrimonial nos recibe, nos cuida y educa, nos acompaña hasta nuestra muerte, y es así, la única proporcionada a la dignidad de nuestra condición de creaturas. Por ello, todas las ciencias de las humanidades deben resguardar como un derecho humano básico el derecho a casarse y fundar una familia, garantía del derecho al estado de familia, medular en el resguardo del derecho fundamental a la identidad.

Los caracteres del *status familiae* son: la universalidad, la unidad, la reciprocidad, la irrenunciabilidad, la imprescriptibilidad, la oponibilidad *erga omnes*, la inalienabilidad de derechos no patrimoniales derivados del estado de familia, la estabilidad, y como configurador central de su naturaleza jurídica: la inherencia personal. La fuente misma de cada identidad a forjar en la vida cotidiana. Por todo ello, Guillermo A. Borda advierte que el mismo “reviste una particular trascendencia”.⁴⁵

VII. REFLEXIÓN FINAL. LA FAMILIA, CORDÓN UMBILICAL DE LA HUMANIDAD

Los tres medulosos tomos de *Filosofía del derecho* de Carlos Ignacio Massini Correas: *El derecho, los derechos humanos y el derecho natural* (1994, 2a. ed., 2005, t. I); *La justicia* (2005, t. II); *El conocimiento y la interpretación jurídica* (2008, t. III) constituyen su obra central,⁴⁶ a la que se suman cerca de treinta libros, capítulos, cursos de doctorado en nuestro país y en el exterior y centenares de artículos en prestigiosos medios especializados que testimonian su talento y laboriosidad.

Para culminar este desarrollo en su homenaje, elegimos la cita que sigue porque consideramos que es aplicable al derecho de familia en esta época de desorientación y también, porque preanunció la cuestión que desarrolló en su tesis de doctorado en filosofía (UNC), tiempo después:

⁴⁵ Borda, Guillermo A., *Tratado de derecho de derecho civil. Familia*, 10a. ed.; actualizado por Borda, Guillermo Julio, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I (12 ts.), pp. 23 y 24, *Cfr.* su prólogo a la 10a. ed. permite apreciar un profundo paso filial de también, fecunda amistad universitaria.

⁴⁶ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, t. I (2a. ed., 2005); t. II, 2005, y t. III, 2008, respectivamente.

...es la misma diversidad de los estándares morales la que plantea la pregunta de cuál de ellos es el correcto, y el criterio más adecuado para responder no puede ser otro que el que propuso Aristóteles: aquellos que en mayor medida favorecen, promueven o, al menos no impiden la consecución y concreción por el hombre de sus bienes humanos básicos a través de su conducta libre, consecución que el Estagirita denominó “felicidad”.⁴⁷

Finalmente y al respecto, en obra homenaje a Antonio Millán Puelles, acerca del pensamiento del homenajeado, Massini Correas señaló:

...la oposición naturaleza-libertad no es, tal sino que, por el contrario, la libertad supone la naturaleza de modo necesario. Millán Puelles sostiene que es preciso pensar la naturaleza no en un sentido mecánico-determinista, sino como el principio específico del dinamismo propio de cada ser, la fuente originaria de cada una de las operaciones respectiva...

Concluye Massini Correas: “...las aporías que plantea la concepción liberal-deontológica de un bien privatizado y una moral construida mediante el mero acuerdo, se basan todas ellas en la incompreensión, o al menos en una comprensión incompleta y parcializada, de las categorías propias de la praxis humana social”.⁴⁸

⁴⁷ *Ibidem*, t. II, pp. 60 y 61.

⁴⁸ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Privatización y comunidad del bien humano”, *Razón y libertad. Homenaje a Antonio Millán Puelles*, Pamplona, 1994.

TERCERA SECCIÓN

ESTUDIOS SOBRE EL DERECHO NATURAL

LA LEGGE NATURALE SECONDO MARITAIN OGGI

Francesco VIOLA*

Se gettiamo uno sguardo sulla letteratura contemporanea sulla legge naturale la presenza del pensiero o dell'influenza di Maritain è davvero scarsa. Di fatto essa sopravvive negli Stati Uniti, dove il giusnaturalismo è più vivo che in Europa¹ e dove Maritain ha lasciato un'impronta significativa. In Europa ingiustamente Maritain viene considerato alla fin dei conti come appartenente al neotomismo, cioè ad una filosofia preistorica. V'è tuttavia qualche segno di un rinnovato interesse,² ma è ancora troppo debole.

Il maggiore giusnaturalista contemporaneo, John Finnis, e la *new classical natural law theory* prendono le distanze dal pensiero di Maritain sotto alcuni aspetti di centrale importanza: ritengono, tra l'altro, che la difesa dell'autonomia della ragion pratica richieda di non derivare la legge naturale dall'antropologia e dall'ontologia metafisica e, conseguentemente, rigettano la tesi della conoscenza per connaturalità e la teoria delle inclinazioni naturali, che per la verità sono ben presenti nel pensiero di Tommaso d'Aquino.

Se è vero che la dottrina maritainiana della legge naturale è caduta nell'oblio, tuttavia dobbiamo chiederci se l'approccio al diritto positivo che essa implicava non sia ancor oggi utile alla comprensione dell'evoluzione del diritto contemporaneo. Infatti, uno dei modi per accreditare una dottrina è quello di mostrare la sua capacità esplicativa dei fenomeni a cui si riferisce. A cosa si riferisce o, meglio, a cosa si dovrebbe riferire una dottrina della legge naturale? In passato s'è creduto che l'oggetto di questa dottrina fosse quello d'individuare principi o regole di condotta valevoli per ogni tempo e paese, se non addirittura di disegnare un ordine giuridico puramente ideale

* Universidad de Palermo.

¹ Cfr. Viola, F., "Il dibattito contemporaneo sulla legge naturale", *Aggiornamenti sociali*, 48, 1997, 12, pp. 883-894.

² Ad esempio, Zaralahy Benjamin Rabehivitra, *La loi naturelle chez Jacques Maritain. Actualité d'une pensée. Étude historique, critique et doctrinale*, Paris, T'équi, 2011.

ed oggettivo a cui gli ordinamenti giuridici storici e contingenti dovrebbero in qualche modo commisurarsi.³ Ma in tal modo una dottrina della legge naturale fallisce il suo vero e proprio oggetto o la sua vera e propria finalità, che è quella di spiegare il diritto positivo, cioè il diritto prodotto dall'opera umana. La legge naturale non è un fenomeno da spiegare, ma la chiave di lettura del fenomeno da spiegare che è la presenza storica di un diritto prodotto dall'uomo e tuttavia fonte di veri e propri obblighi per altri esseri umani. Per questo il banco di prova di una dottrina della legge naturale risiede nella sua capacità di generare una teoria del diritto positivo dotata di una soddisfacente potenzialità esplicativa. Una dottrina della legge naturale deve essere in grado di rivaleggiare con le teorie giuspositivistiche, mostrando la superiorità della sua visione del diritto positivo stesso. Se così non fosse, la dottrina della legge naturale non sarebbe altro che una concezione della morale tra le altre, ben poco interessante per il giurista e per il giudice.

In quest'ottica mi propongo di mostrare che le riflessioni maritainiane sulla legge naturale sono, oggi più di prima, illuminanti per la comprensione dell'evoluzione del diritto contemporaneo. Direi allora che il tema specifico che intendo affrontare non è tanto quello di investigare la presenza di Maritain nelle dottrine giusnaturalistiche attuali, perché ritengo questa un'indagine sterile e poco conducente. Vorrei piuttosto mostrare che la situazione culturale attuale è ben lungi dal rendere obsoleta la concezione maritainiana della legge naturale.

La mia lunga esperienza di studioso di filosofia del diritto mi ha insegnato che non dobbiamo fidarci delle etichette e che la problematica della legge naturale può essere presente anche sotto mentite spoglie, cioè persino in dottrine dichiaratamente e tenacemente positiviste.⁴ Per scoprirlo bisogna osservare se nell'opera di produzione del diritto positivo si ritenga o meno che vi sia qualcosa non completamente disponibile da parte della volontà umana. Se si ritiene che vi sia, allora una breccia è aperta per la legge naturale o per qualcosa che le assomiglia.

Rispetto al passato oggi queste feritoie si moltiplicano fino al punto di prefigurare una situazione altamente favorevole per la problematica della legge naturale almeno se la intendiamo come legge della ragione. Quando, ad esempio, si rivendica il diritto di abortire, non si vuole semplicemente

³ L'erroneità di quest'approccio è messa ben in luce nella critica di George alla critica kelseniana del diritto naturale. Cfr. George, R. P., *Il diritto naturale nell'età del pluralismo*, a cura di A. Simoncini, Torino, Lindau, 2011.

⁴ Per questo rinvio al mio "Natural Law Theories in the Twentieth Century", in Pattaro, E. e Roversi, C., *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, ed. vol. 12: *Legal Philosophy in the Twentieth Century: the Civil Law World*, di prossima pubblicazione presso Springer.

dire che c'è una legge dello Stato che riconosce questo diritto, ma che una tale legge è giusta e che, se non vi fosse, dovrebbe essere emanata per ragioni di giustizia che vincolano la volontà del legislatore. Con ciò stesso non c'è alcun dubbio che siamo nel campo della legge naturale come legge della ragione. Pertanto, non credo di esagerare se affermo che oggi il problema cruciale non è più se esiste o meno una legge naturale come legge della ragione, ma quale essa sia.

Le concezioni della legge naturale si sono moltiplicate. Si può dire che oggi ve ne sono troppe. Il pluralismo etico contemporaneo non è altro che il conflitto tra modi differenti d'intendere la legge della ragione. Esso non deve essere governato da perentori diktat dell'autorità che sarebbero atti volontaristici di repressione del dissenso, ma da un dibattito guidato dalla deliberazione democratica concernente la ragione pubblica. Bisogna appellarsi al metodo della ragionevolezza che ripudia per definizione il volontarismo.

Certamente il problema di governare la moltiplicazione delle concezioni della legge della ragione non è meno spinoso e difficile di quello di contrastare le concezioni che negano la sua stessa esistenza e tuttavia resta il fatto che si tratta di un'istanza più viva che mai.

Mi limiterò, pertanto, ad indicare quali aspetti della concezione maritainiana conservano a mio avviso una potenzialità esplicativa del diritto positivo del nostro tempo.

Quando nel 1983 ho ricevuto il dattiloscritto delle lezioni sulla legge naturale, tenute da Maritain all'Eau-Vive presso Soisy nell'agosto del 1950, affinché dessi un parere sulla sua rilevanza teorica, mi resi subito conto dell'importanza del testo.⁵ Non si trattava tanto di nuove posizioni teoriche, perché esse erano quasi tutte presenti in *L'uomo e lo Stato* del 1951, ma si trattava di una visione complessiva della problematica della legge naturale da cui risultava più chiaro l'approccio preferito da Maritain e la sua presa di distanza nei confronti del giusnaturalismo moderno. Si deve ritenere che esso sia stato influenzato anche dalla *Dichiarazione universale dei diritti umani*, che Maritain stesso aveva sostenuto sul piano culturale e filosofico. A quell'epoca ero alla ricerca di una chiave di lettura critica della teoria giuridica contemporanea e la trovai tutta implicita in questo testo.⁶

⁵ Il testo inedito di queste lezioni è stato pubblicato in lingua italiana (*Nove lezioni sulla legge naturale*, a cura di Viola, F., Jaca Book, Milano, 1985) prima ancora dell'originale francese (*La loi naturelle ou loi non écrite*, a cura di Brazzola, G., Fribourg, Éditions Universitaires, 1986), che sulla scorta di un'ulteriore documentazione contiene, oltre a diverse modifiche, anche una decima lezione sul Decalogo e, conseguentemente, porta un diverso titolo.

⁶ Cfr. Il mio *Autorità e ordine del diritto*, II ed., Torino, Giappichelli, 1987.

Bisogna riconoscere che la metafisica non è in grado di difendersi da sé, ma trova nell'etica una difesa indiretta, poiché gli effetti della riflessione pratica sulla vita personale e sociale sono più facilmente constatabili.

Nonostante tutti i processi di secolarizzazione, nonostante il rigetto dell'idea di natura umana e del suo ruolo nell'etica, sopravvive ancora oggi la ricerca di criteri razionali o ragionevoli per distinguere il bene dal male, il giusto dall'ingiusto. Se si ammette che questi criteri vi siano (come è necessario se vogliamo tra l'altro difendere i diritti umani), cioè se si rifiuta l'emotivismo e il mero preferenzialismo, allora la problematica della legge naturale torna ad essere plausibile, almeno se essa è intesa come legge di una ragione libera da vincoli precostituiti (e quindi non artificiale) e rispettosa dell'essere umano e della sua dignità. Secondo Maritain una conoscenza è "naturale" anche per il modo in cui si sviluppa, cioè in modo irriflesso e spontaneo, che è già indicativo sul piano razionale, anche se ulteriormente bisognoso di un controllo critico ad opera di una ragione concettuale e razionante. Egli è convinto che la conoscenza spontanea permette una comunanza ben maggiore di quella propria della ragione critica e che, quindi, sia una base necessaria per il dialogo interculturale. D'altronde proprio la convergenza sulla pratica dei diritti umani da parte di concezioni ben diverse tra loro sembra confermare questa linea di pensiero.⁷

Nel passato la legge naturale era supportata da un'etica comune o comunque altamente condivisa. Oggi non è più così ed allora la legge naturale si presenta nella sua vera configurazione, cioè come un programma di ricerca e non già come un codice di leggi morali fissate una volta per tutte. Una ricerca deve essere sempre aperta a revisioni e non deve sottrarsi al confronto critico. Maritain l'ha concepita esattamente in questi termini.

In quest'ottica si presentano due filoni principali di ricerca: quello sui principi della legge naturale e quello sul loro uso o sulla loro applicazione.

Quando nel 1950 Maritain teneva le lezioni sulla legge naturale, era dominante in Europa la teoria giuridica kelseniana. Il diritto era visto come un insieme di leggi o norme il cui contenuto era fissato con discrezionalità da un'autorità sovrana. Kelsen ha affermato ripetutamente che la legge positiva può avere qualsiasi contenuto. L'idea era quella di una rigida separazione fra diritto e morale. Il diritto naturale era considerato da Kelsen come una dottrina metafisico-religiosa, cioè del tutto illusoria.

L'approccio di Maritain è ben diverso da quello del giusnaturalismo tradizionale, che concepiva il diritto naturale alla stregua di un ordine di

⁷ Cfr., da ultimo, Trujillo, I. e Viola, F., *What Human Rights are not (or not only). A Negative Path to Human Rights Practice*, New York, Nova Publisher, 2014.

norme già in compiuto:⁸ consiste infatti nel rimettere in questione la validità della descrizione positivista del diritto in generale. La realtà della vita del diritto è ben diversa.

Per Maritain è chiaro che legge e diritto non sono la stessa cosa: la legge è una potenzialità, il diritto una realizzazione particolare di essa; entrambi sono concetti analogici, cioè forniti di un nucleo concettuale che però si applica con modalità diverse. È significativo constatare che la stessa prospettiva si trova confermata nel pensiero di un noto giurista tedesco:

legge e diritto non sono la stessa cosa. Essi non sono però solo occasionalmente differenti l'uno dall'altro. La loro è anzi una differenza ontologica, essenziale. Legge e diritto stanno fra loro come la potenza all'atto, come la possibilità alla realtà. La legge non è ancora la realtà del diritto, è solo un grado, certamente necessario, del cammino verso la realizzazione del diritto. La legge è una norma generale per la molteplicità di casi *possibili*, il diritto invece decide su una situazione *reale* qui e ora.⁹

Questa semplice distinzione ha una forza esplicativa dell'esperienza giuridica e morale ben superiore a quella della teoria giuspositivistica.

Il nucleo portante del concetto di legge è individuato nell'essere principio-guida dell'azione secondo la concezione di "ordinatio rationis" propria di Tommaso d'Aquino. Si tratta di dirigere l'azione umana in modo tale che essa resti libera come si conviene all'essere umano, cioè fornendo ragioni per l'azione. Si rifiuta, pertanto, un concetto di legge legato ad una causalità meccanica o psicologica, come quello fondato sul meccanismo della minaccia o della sanzione.

Guidare un'azione umana è cosa ben diversa dal causarla o dal produrla. Per il concetto di diritto il modo dell'obbedienza ad esso è importante almeno quanto il fatto dell'obbedienza. Con ciò stesso risultano inadeguate tutte quelle concezioni del diritto che guardano esclusivamente alla sua capacità di mettere ordine nella società o all'efficacia dei suoi risultati ai fini della coordinazione sociale. Definire, ad esempio, il diritto come quell'insieme dei comandi del sovrano che ricevono un'obbedienza abituale (Austin) vuol dire eliminare dal suo concetto la pretesa di fornire ragioni per l'azione. Anche gli schiavi obbediscono ai comandi dei padroni e di solito lo fanno

⁸ Cfr., ad esempio, Cathrein, V., *Recht, Naturrecht und Positives Recht. Eine kritische Untersuchung der Grundbegriffe der Rechtsordnung*, Freiburg im Breisgau, Herder, 1901.

⁹ Kaufmann, A., *Gesetz und Recht*, in *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Frankfurt a.M., Athenäum-Verlag, 1977, p. 157.

in modo abituale.¹⁰ Anche riferirsi all'accettazione pratica delle regole da parte dei funzionari o dei cittadini (Hart) non è ancora sufficiente se viene messa da parte del tutto la rilevanza delle ragioni di quest'accettazione.

Per Maritain la legge non è una tecnica sociale per ottenere il comportamento voluto dall'autorità. Questo non sarebbe il governo della legge nel rispetto dei principi dell'*agency*, ma il governo degli uomini sugli uomini.

Oggi ritorna l'attenzione per il principio del *rule of law*, risalente ad Aristotele su cui aveva molto insistito senza grande fortuna il giurista americano Lon Fuller, intorno agli anni '60 del secolo scorso.¹¹ Egli notava che il diritto non è un meccanismo di coordinazione delle azioni umane per ricondurre all'obbedienza gli uomini cattivi (Holmes), ma al contrario un sistema di principi che proteggono gli uomini, buoni o cattivi che siano, dall'essere trattati con arbitrio dai governanti.¹²

A sua volta l'analogato principale della legge, cioè quello in cui il concetto si applica in tutta la sua pienezza, è la legge eterna, perché solo Dio può obbligare un essere libero. La legge naturale è la promulgazione della legge eterna nella creatura razionale per il fatto stesso che essa è fornita di ragione. La legge positiva, prodotta dalla volontà umana, è il senso più debole di legge, perché essa è soggetta a scrutinio critico, non è giusta per definizione e, tuttavia, in quanto legge è presuntivamente obbligatoria. C'è quindi una forza variabile dell'obbligo a seconda della fonte da cui promana.

Queste sono cose conosciute per gli studiosi di Tommaso, ma giustificano l'evoluzione verso lo Stato costituzionale di diritto che introduce un controllo giuridico all'arbitrio dei governanti basato su norme superiori a garanzia dei diritti fondamentali e sulle corti costituzionali a presidio del rispetto di esse. Queste norme superiori di rango costituzionale possono essere considerate come la positivizzazione della legge della ragione. In tal modo il limite all'arbitrio dei governanti è insieme interno ed esterno: interno perché si tratta di una legge positiva ed esterno perché tale legge non può avere qualsiasi contenuto si voglia. Ciò significa che la produzione del diritto positivo non è del tutto a disposizione della volontà dei governanti e degli stessi governati.

Se ora ci rivolgiamo più direttamente alla legge naturale, dobbiamo ancora una volta ribadire che Maritain la concepisce non già come un codice

¹⁰ Secondo Tommaso d'Aquino il carattere proprio della legge è quello di dirigere l'azione ("lex omnis directiva est actuum humanorum"). La sua *vis coactiva* è secondaria rispetto alla sua *vis directiva*. Cfr., ad es., *Summa theologiae*, I-II, q. 95, a. 1.

¹¹ Per lo sviluppo del principio aristotelico del governo della legge nel pensiero di Tommaso d'Aquino, cfr. Viola, F., *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 15-75.

¹² Fuller, L.L., *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven, Yale University Press, 1969.

di norme o come un complesso di comandi o divieti morali, ma come un piccolo gruppo di principi o di orientamenti verso l'azione o verso un bene da perseguire o nei confronti di un male da evitare. Questi orientamenti sono pochi, molto imprecisi e devono essere concretizzati ulteriormente nel diritto positivo alla luce della ragionevolezza. Il diritto positivo è visto come un proseguimento del discorso sulla legge naturale nel tentativo di regolare alla luce della ragionevolezza le questioni di giustizia. D'altronde, anche Tommaso d'Aquino, che nella *Summa theologiae* ha dedicato solo una questione alla legge naturale e ben tre alla legge positiva o "umana", suggerisce questo orientamento di pensiero.

Com'è ben noto, un colpo mortale al sistema kelseniano delle norme e in generale al normativismo positivista è stato inferto nel 1977 dal teorico del diritto americano, Ronald Dworkin, quando ha semplicemente notato che per le decisioni giudiziali le norme positive non erano sufficienti, ma spesso bisognava ricorrere ai principi che non sono voluti da nessuna autorità, ma s'impongono per la loro intrinseca ragionevolezza.¹³ Egli giustamente affermava che alle norme si obbedisce, mentre ai principi si aderisce. Si tratta di valori o di esigenze di giustizia a cui farsi attenti nella pratica del diritto, di istanze che non sono scritte nei cieli, ma si trovano già nella nostra esperienza storica e sociale, perché essa è segnata dalla tendenza verso l'umanizzazione e la civilizzazione. I diritti si presentano nella forma di principi che si sforzano di urbanizzare i valori, cioè di farli dialogare fra loro, e che poi debbono dar vita a regole più determinate e circostanziate. Ebbene, Maritain pensava che i principi della legge naturale dovessero essere considerati in modo simile. Non come prescrizioni precise o direttive inequivocabili, ma come potenzialità pratiche da sviluppare nella storia con il raziocinio e le scelte comuni mediante cui la legge naturale penetra nelle culture e si particolarizza. Certamente Dworkin ignorava del tutto il pensiero di Maritain, tuttavia conosceva il diritto positivo e la sua prassi e, in più, veniva proprio dalle file del giuspositivismo, il che lo rendeva più credibile agli occhi dei giuristi.

D'altronde la lunga storia del diritto positivo ha mostrato che esso non è fatto solo di norme, ma anche di altre formazioni normative come le clausole generali, le massime d'esperienza, i concetti giuridici, le istituzioni, le dottrine dei giuristi e le dottrine politiche. È stato vano il tentativo ricorrente di eliminare questa complessità a vantaggio di una semplificazione che permettesse da una parte una maggiore certezza del diritto e, dall'altra, un maggiore controllo dell'autorità costituita. L'epoca della codificazione

¹³ Cfr. Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.

e del monopolio giuridico da parte dello Stato e della politica ha spazzato via insieme alle consuetudini questa varietà di forme normative a vantaggio del primato della norma generale e astratta e in nome del valore supremo dell'eguaglianza formale. Se è vero che oggi il diritto contemporaneo accoglie una sempre più ricca varietà di tipi normativi —com'è palese se si getta appena uno sguardo al diritto europeo e a quello internazionale—, allora le porte sono aperte anche per i principi di una legge naturale così intesa. Ciò vuol dire che, se vogliamo rintracciare la presenza della legge naturale, bisogna cercarla all'interno del processo di formazione del diritto contemporaneo a cui concorrono non solo i legislatori, ma anche i giudici, la società civile e i mercati. Ciò rende plausibile l'aspirazione ad elaborare una teoria giusnaturalistica del diritto positivo, impresa che è esplicitamente perseguita oggi da John Finnis.¹⁴

Un altro aspetto rilevante del pensiero di Maritain sulla legge naturale si può individuare nell'idea che essa debba essere considerata come “uno schema dinamico d'azione”, espressione questa di dichiarata derivazione bergsoniana. Con ciò si vuol dire che azioni o processi d'azione apparentemente molto diversi tra loro, in quanto appartenenti a differenti contesti culturali, possono in realtà essere considerati come modi diversi di realizzare o di catturare lo stesso valore o la stessa istanza valorativa. L'identità del valore o del fine perseguito permette di ricondurli allo stesso orientamento pratico. È chiaro che in tal modo Maritain cerca di render conto della varietà delle culture e della possibilità di un dialogo interculturale senza cadere nel relativismo. Se la legge naturale è uno schema dinamico d'azione, non deve essere considerata come una norma, ma come una matrice originaria d'azione che deve esplicitare la sua virtualità o potenzialità negli ordinamenti giuridici positivi. Ciò non significa che le concretizzazioni storiche siano per ciò stesso un'attuazione accettabile della legge naturale, perché vi sono modi più adeguati e modi meno adeguati di perseguire lo stesso valore, nonché ovviamente modi che falliscono del tutto il loro bersaglio.

Sono rimasto stupito nel constatare che nel 1960 anche Gadamer, ispirandosi insieme ad Aristotele e a Vico, aveva definito la legge naturale come uno “schema ideale d'azione”.¹⁵ Anche Gadamer credo che ignorasse le riflessioni di Maritain sulla legge naturale e, tuttavia, proprio quest'inconsapevole convergenza rafforza la validità dell'intuizione maritainiana.

¹⁴ Cfr. Finnis, J., “What is the Philosophy of Law?”, *Rivista di Filosofia del diritto*, 1, 2012, 1, pp. 67-78.

¹⁵ Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr, 1960, pp. 302 e ss.

Quest'approccio alla legge naturale è molto utile come chiave di lettura delle diversità culturali e del confronto tra culture diverse. Com'è ben noto, le società multiculturali del nostro tempo hanno reso questa problematica di bruciante attualità. Noi sappiamo che una delle principali obiezioni alla legge naturale è da sempre la tesi del relativismo e del particolarismo delle culture. L'invito di Maritain è quello di guardare più a fondo e al di là delle pratiche culturali per cercare di cogliere il valore che s'intende realizzare, non rare volte in modo molto imperfetto e infelice. Espressioni culturali rozze o primitive portano spesso dentro di sé una percezione confusa dell'attrazione di un valore. Ciò apre la strada ad un collegamento fruttuoso fra la legge naturale e l'antropologia culturale che ancora deve essere adeguatamente esplorata. Tuttavia di recente acquisizioni interessanti provengono dagli studi di antropologia giuridica e anche dalle riflessioni dei filosofi e dei teorici del diritto quando evidenziano la presenza di "archetipi giuridici"¹⁶ o di "formanti" nel senso di *criptotipi* dell'esperienza giuridica.¹⁷

In ogni caso questo è senza dubbio il modo in cui dovrebbe essere affrontato anche il problema della mutabilità della legge naturale, che per Tommaso stesso vale "per lo più" o nella maggior parte dei casi. Ognuno anche può rendersi conto di quanto importante sia quest'approccio alla dimensione culturale della legge naturale per affrontare i problemi attuali dell'universalismo e del particolarismo dei diritti umani, per recuperare il vero e proprio concetto di tradizione che non è un lascito o un retaggio del passato, ma una pratica sociale che si va "aggiustando", mentre oggi si tende ad ossificare le identità culturali per paura di aggressioni esterne.

Mentre il concetto di legge ha un carattere morale e in questo senso anima l'esperienza giuridica, per il concetto di diritto il percorso è esattamente opposto. Se esso s'intende come un ordine giuridico concreto, come un'opera da farsi per coordinare le azioni sociali e permettere il raggiungimento della pace e del bene comune, allora — come nota Maritain — per il diritto l'analogato principale è il diritto positivo, mentre il diritto naturale è solo l'analogato secondario e deve essere inteso come un ordine virtuale che può ripresentarsi e mettersi all'opera in momenti di grave crisi del diritto positivo (come, ad esempio, sembra avvenuto nel processo di Norimberga).

Per Maritain il diritto in quanto opera appartiene al mondo del fare e non a quello dell'agire.¹⁸ L'arte in quanto virtù che rettifica il fare è rivol-

¹⁶ Cfr. Così, G., *Il sacro e il giusto. Itinerari di archetipologia giuridica*, Milano, Franco Angeli, 1990 e dello stesso, *Il Logos del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993.

¹⁷ Cfr. Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Torino, Utet, 1992.

¹⁸ Cfr., ad esempio, Viola, F., "Il contributo di Jacques Maritain alla definizione della filosofia del diritto", *Divus Thomas*, 97, 1994, 1, pp. 39-70.

ta alla perfezione della cosa da produrre e non già in primo luogo al bene umano. L'arte è una virtù intellettuale che implica la conoscenza di ciò che viene prodotto e delle regole o dei procedimenti per produrlo. Ma nel caso del diritto la cosa da “produrre” è l'umanizzazione del mondo delle relazioni sociali.

Affermare, pertanto, che il diritto positivo richiede la virtù dell'arte significa considerarlo come un'opera da produrre, cioè come un ordinamento esteriore delle azioni umane promosso e garantito da un'autorità. In tal modo si privilegia la sua *dimensione istituzionale*. Il diritto si manifesta attraverso strutture esteriori che sono atte a mettere ordine nei rapporti sociali, a distribuire in modo equo i beni sociali e a riparare i torti, ripristinando il giusto nelle relazioni tra le persone e tra le persone e le cose.

L'identificazione del diritto con la norma generale ed astratta, cosa tipica del giuspositivismo, è vista da Maritain come una forma di moralismo giuridico, che erige il diritto in una morale per separarlo dalla morale e al contempo ne fa una tecnica coercitiva per garantirne l'efficacia.

Certo non siamo nel campo delle belle arti, ma in quello delle arti dell'utile, e tuttavia oggi si parla di un'estetica giuridica,¹⁹ dell'importanza del testo come tessuto sociale, del ruolo della narrazione nel diritto, di diritto e letteratura, per finire con l'applicazione suggestiva al concetto di diritto del giudizio riflettente kantiano operata da Vittorio Mathieu.²⁰ Tutti orientamenti che trovano la loro piena giustificazione nel fatto che il fine del diritto non è esterno ad esso come nelle attività puramente strumentali, ma si realizza nell'azione giuridica stessa. Infatti, se il valore a cui il diritto è diretto sta nella giustizia del caso concreto, cioè nella *res iusta* —come dice Tommaso d'Aquino—, allora il diritto non appartiene al campo delle produzioni ma a quello delle prestazioni, come dipingere o danzare, cioè delle azioni che realizzano il proprio fine nell'atto stesso di compierle, com'è proprio di tutte le pratiche sociali.

Questo è un modo di guardare alla positività del diritto certamente diverso da quello giuspositivistico attento solo all'aspetto fattualistico, ma incapace di cogliere il senso dell'operare umano. Finnis, in tempi recenti, ha giustamente notato che solo una teoria adeguata della legge naturale può salvare la positività, cioè, se vogliamo rifarci ad Aristotele, può salvare i fenomeni dall'insensatezza.

¹⁹ Cfr., ad esempio, Heritier, P., *Estetica giuridica*, 2 voll., Torino, Giappichelli, 2012, e Cananzi, D., *Formatività e norma. Elementi di teoria estetica dell'interpretazione giuridica*, Torino, Giappichelli, 2013.

²⁰ Mathieu, V., *Luci e ombre del giusnaturalismo*, Torino, Giappichelli, 1989.

Certamente ci sono tanti problemi ancora aperti e tanti altri che sono posti dal nostro tempo più recente. Il positivismo kelseniano è tramontato, le forme di giuspositivismo che l'hanno sostituito sono meno aggressive nei confronti del diritto naturale, ma restano nella sostanza chiuse ad esso. Il maggiore e più influente teorico del diritto, dopo Kelsen, cioè Herbert Hart, resta positivista, anche se ammette la necessità che il diritto positivo abbia un contenuto minimo di diritto naturale, inteso però più nel senso dello stato di natura, cioè delle condizioni fattuali della natura umana, che in quello della legge naturale. Più di recente, la teoria del diritto, travolta dall'impatto potente dei diritti umani, è alla ricerca di una terza via tra giuspositivismo e giusnaturalismo.²¹ Il fatto è che resta e si rafforza l'ostacolo maggiore alla recezione del diritto naturale, cioè quello rappresentato dal concetto di natura umana. Di questo non si vuole sentire parlare del tutto. Ma possiamo ancora parlare di legge naturale se rinunciamo al concetto di natura?

Alcuni pensano che ciò sia possibile se si sottolinea l'oggettività di alcuni valori fondamentali e la possibilità della loro apprensione mediante la ragion pratica. La legge morale kantiana sostituisce la legge naturale. In tal modo la "natura", a cui si riferisce la legge naturale sarebbe il fatto che i suoi principi non sono creati dalla volontà umana, non sono artificiali. Questo è un senso molto debole di "natura umana" che tra l'altro non risparmia dalle critiche quando poi si afferma che i valori fondamentali della vita umana sono quelli e non altri. In ogni caso, al posto della legge naturale subentra la morale, che oggi i giuristi si affannano a cacciare dalla porta senza successo. Ma Maritain non avrebbe gradito questo modo di affrontare il problema, perché ciò non salva la positività e rende la legge morale un intruso. Invece, la presenza della legge naturale come principio interno alla formazione del diritto positivo le conferisce una dimensione giuridica.²²

La natura umana resta — è vero — un problema serio.²³ Oggi la natura umana è scomparsa a tutto vantaggio della persona, una persona senza natura. Secondo Maritain il riferimento alla natura si articola in due aspetti: l'elemento ontologico, per cui la legge naturale è la formula ideale di sviluppo dell'essere umano, e l'elemento gnoseologico, per cui la legge è naturale in quanto conosciuta in modo non raziocinante. Maritain dà più peso a

²¹ Cfr., ad esempio, Barberis, M., "Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto", *Rivista di Filosofia del diritto*, I, 2012, 1, pp. 153-164.

²² Questa linea di pensiero è stata difesa anche da un seguace di Maritain, Simon, Y., in Kuic, Vukan (ed.), *The Tradition of Natural Law. A Philosopher's Reflections*, New York, Fordham University Press, 1992.

²³ Cfr. Viola, F., "Come la natura diventa norma", *Diritto pubblico*, 17, 2011, 1, pp. 147-167.

questo secondo aspetto o, meglio, invita a pensare il primo, quello ontologico, alla luce dell'altro. Questa auto-conoscenza della propria natura è quella propria di una persona. Le persone si comportano rispetto alla specie a cui appartengono in modo diverso dagli esemplari delle altre specie. Non solo esse sono individui in modo incomparabile ed insostituibile, ma anche sporgono al di là di se stessi alla ricerca del bene in sè, del bene degli altri e dell'universo.

Basti qui ricordare questa incisiva frase di Tommaso d'Aquino: «Naturae autem intellectuales majorem habent affinitatem ad totum quam aliae naturae; nam unaquaeque intellectualis substantia est quodammodo omnia».²⁴ Ed ancora Tommaso sottolinea che, mentre le realtà materiali sono per il bene della specie, non così quelle intellettuali.²⁵

Con ciò è ben superato il fissismo dell'ontologia tradizionale, che ha certamente danneggiato la dottrina della legge naturale, e si apre la strada per la legge naturale come ricerca. Maritain non ha potuto affrontare il pluralismo etico dei nostri giorni, che è una sfida estrema nei confronti della dottrina della legge naturale. Ma sono convinto che può ancora essere di aiuto per rispondere ad un interrogativo cruciale: perché per noi è importante non solo essere persone, ma esserlo anche in modo "umano"? Poiché in fondo il senso della legge naturale è quello di saper distinguere ciò che è umano da ciò che non lo è.²⁶

²⁴ *Summa Contra Gentiles*, III, q. 112.

²⁵ *Summa theologiae*, I, q. 9, a. 8, 1.

²⁶ *Cfr.*, ad esempio, Viola, F., "Umano e post-umano: la questione dell'identità", in Russo, F. (a cura di), *Natura, cultura libertà*, Roma, Armando, 2010, pp. 89-98.

EL OTRO LADO DEL DERECHO. EN DIÁLOGO CON GUSTAVO ZAGREBELSKY

Andrés OLLERO*

SUMARIO: I. *La otra cara del derecho positivo*. II. *Constitución, lex y ius*. III. *Misterio: no está claro qué hay al otro lado, pero sí lo que no hay*. IV. *Principios y normas*. V. *Verdadero, objetivo, absoluto, histórico, relativo...* VI. *Un derecho natural sospechoso de sobrenatural*. VII. *Libertad religiosa autista*. VIII. *Con la Iglesia cree haber topado...* IX. *Veluti si deus daretur*. X. *Una enigmática regla de reconocimiento*.

Tendría que remontarme a hace más de treinta años para evocar mi primer encuentro mendocino con Carlos Ignacio Massini. Desde 1983 vengo disfrutando de su amistad y aprendiendo de sus rigurosas y sugestivas aportaciones filosófico-jurídicas; no me sería pues muy complicado glosarlas. Prefiero, sin embargo, confrontar las suyas con las de algún autor que en modo alguno suscriba muchas de ellas, para profundizar en las causas de tan abierta discrepancia. Ya hice algo parecido contrastando las mías con otro autor que comparte con el que ahora elijo como interlocutor más de un aspecto.¹ Como mi interlocutor de ahora, aunque en muy diverso ámbito cultural, Ronald Dworkin enlazó ética, valores jurídicos y propuestas sociopolíticas. Ambos recurren también como punto de referencia a las tareas de control de constitucionalidad que llevan a cabo el Tribunal Supremo, en los Estados Unidos, o la Corte Constitucional italiana; de la cual —ya es hora de descubrir de quién me ocuparé— fue magistrado Gustavo Zagrebelsky y, con el tiempo —dado el habitual turno rotatorio propio de esa institución— llegaría a convertirse en su presidente.²

* Universidad Rey Juan Carlos.

¹ *En diálogo con Dworkin: moralidad política y derecho natural*, ponencia en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 18 de febrero de 2014.

² Él mismo valorará esa “experiencia de nueve años pasados en la Corte Constitucional a los que, naturalmente, creo deberles mucho”; le habrían ayudado a consolidar “la idea del doble espíritu del derecho”, al constatar que “el juicio jurídico incorpora siempre valoraciones

Comprendo que para muchos de los asiduos estudiosos de las aportaciones de Massini —o incluso de las mías, si los hubiera— no tenga decisivo interés conocer pormenorizadamente las de Zagrebelsky. Si, como de aquel autor anterior, me ocupo ahora de él es sobre todo porque puede servir de privilegiado espejo a la hora de reflejar el juego de ideas y valores que —de manera no siempre consciente— experimentan nuestras sociedades. No me preocupa tanto lo que él dice como la relación que pueda acabar teniendo con lo que en ellas sucede; al menos en algunas...

En cualquier caso, remitiré a las notas las referencias concretas a las aportaciones de Zagrebelsky, ahorrándome reiterar en toda ocasión el nombre de su autor; también habrán de tenerse por suyos los pasajes que, sin remisión específica, se entrecomillen en el texto³. Así más de un lector podrá, al menos inicialmente, leerlo sin verse interrumpido por detalles relativos a esas frecuentes alusiones.

I. LA OTRA CARA DEL DERECHO POSITIVO

“La cuestión de la denominada *ley natural*, considerada como núcleo irreductible de indisponibilidad ética, necesita ser repensada y reformulada en términos que no siempre pueden ser los que se utilizaron el pasado”.⁴

La crítica al positivismo legalista no es hoy patrimonio exclusivo de los no muy numerosos iusnaturalistas expresos. No hay que ser uno de ellos para reconocer que el positivismo “todavía hoy suele estar presente, como un residuo, en la opinión que, por lo general inconscientemente, tienen de sí mismos los juristas prácticos (sobre todo los jueces). Pero es un residuo que sólo se explica por la fuerza de la tradición. El Estado constitucional está en contradicción con esta inercia mental”.⁵

Esta alusión a la dimensión jurídico-constitucional es sin duda oportuna; sobre todo si pretendemos seguir hablando en serio de Estado de dere-

de justicia material y, por lo tanto, no se agota en la aplicación de fórmulas legislativas”. *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014, p. 12.

³ Debo igualmente advertir que cuando cite versiones originales, en italiano, la traducción será mía.

⁴ Massini, Carlos I., “Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica”, *Persona y Derecho*, 56, 2007, p. 240.

⁵ *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, p. 33. Esta constatación le llevará a interesarse por una pregunta obligada: “¿por qué defender una postura indefendible? “Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 31, 2002 L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, Milán, Giuffrè, 2002, t. II, p. 896.

cho. Uno de los más graves problemas del panorama jurídico actual es que quienes mayores los dedican a tal fórmula no logran, en absoluto, erradicar de su mente que hablar de lo jurídico implicaría referirse de modo estricto al derecho del Estado.⁶ De ahí que me parezca acertado el diagnóstico: la “ley puede tener cualquier contenido: éste es el lema de los positivistas”. Siendo así, “estaremos dispuestos a considerar como Estados de derecho también aquéllos en los que los jueces aplican leyes que tienen el propósito de *legitimar* la arbitrariedad de los poderosos”.⁷

El jurídico imperativo categórico, de acuerdo con el cual sólo es derecho el derecho positivo,⁸ tropezará con obvias enseñanzas de la cotidiana vivencia jurídica. Para

todos los que tienen práctica experiencia del derecho” resulta muy claro que su esfuerzo ha de concentrarse “precisamente en determinar lo que hay *más allá de la ley*, donde se encuentran concepciones y convicciones sobre las relaciones sociales, de las que depende la ley misma. Esta determinación no es una confrontación entre voluntades o arbitrios subjetivos sino la honesta búsqueda común de una sustancia que no está en la ley, que no es solo arbitrio ni, por tanto, el intento de prevaricación de la voluntad de unos sobre la de otros, necesariamente en nombre de la fuerza.

Es, en consecuencia, obligado “remitirse a algo que está más allá y va por delante”.⁹

⁶ Al respecto, por mi parte: “Estado de derecho o derecho del Estado”, *Pravo witoszczy zgodnosc z prawen. Legitymacja wladzy w panstwach demokratycznych*, Artura Preisnera ed., Wroclaw, Beta-druck, 2010, pp. 69-76.

⁷ Con Martini, Carlo María, “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, *La exigencia de justicia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 32. Insistirá individualmente en reiteradas ocasiones: “El fascismo y el nazismo se adornaban incluso con el título «científico» de estados de derecho, y pudieron hacerlo porque la fuerza de ley, de por sí, no distingue derecho de delito”. “La ley, el derecho y la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, 72, septiembre-diciembre de 2004, p. 19. También: “cuando el «valere» del derecho depende solo del «volere», la validez se reduce a procedimiento vacío de contenidos y es capaz por ello de contenerlos todos, el Estado de derecho se reduce a Estado de leyes”. *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2007, pp. 40 y 41.

⁸ Lo he asumido, sin ahorrar ironía, en *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 39 y ss.

⁹ *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, *op. cit.*, pp. 20 y 21. Reiterará literalmente esa “condena honesta del positivismo”, resaltando que “afecta al punto y a la pretensión principal de su doctrina, la pretensión de eliminar de ella todo lo que no sea «derecho positivo» para evitar contaminaciones, ante todo la de la moral; lo acabaría consiguiendo «no negando la sustancia —es decir, la incapacidad del derecho formal de eliminar cualquier otra dimensión del derecho— que no es discutible, sino negando, simplemente, su naturaleza jurídica»;

Todo esto se pone particularmente de manifiesto en la operatividad de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, ante la imposibilidad de admitir, como “se sostiene, según una perspectiva constitucional estrictamente positivista, que la Constitución es todo y solo lo que está escrito en la Constitución”. En realidad, lo que “está escrito en la Constitución depende *constitutivamente*, es decir, esencialmente, de lo que la precede y le da significado: ningún gran problema que se refiera a la Constitución encuentra respuesta en lo que está escrito en ella, sino que la respuesta debe buscarse en lo que en ella se presupone”; todo esto obliga a asumir que tal “cuestión no puede resolverse desde el punto de vista del derecho positivo”.¹⁰

Nos vemos pues abocados como conclusión a la apertura de una ineludible interrogante: la existencia de una “dualidad jurídica, el derecho con dos caras, formal y material, distintas pero interdependientes”. Esto “permite otra forma de ver las cosas”, que implica un “renacimiento de la antigua y nunca olvidada tensión entre *ius* y *lex*”. “Si más allá de la ley existe otro derecho, la convicción positivista, según la cual donde no hay ley (o donde la ley es vaga, imprecisa, indeterminada) solo hay política, por fuerza desaparece”.¹¹

Lo experimentado deja traslucir el carácter abiertamente *ideológico* —es decir, interesadamente falseador de la realidad— del planteamiento positivista: Es su cerrazón respecto a “la comprensión en términos jurídicos de lo que no está formalmente puesto en las reglas, la que altera la realidad y, contra sus pretensiones de objetividad, hace aparecer falsas conciencias”.¹²

No creo que al profesor Massini pueda costarle más que a mí suscribir lo hasta ahora entrecorrido; incluida la aún no despejada incógnita. Repasemos, no obstante, algunas de las pasadas alusiones.

II. CONSTITUCIÓN, *LEX* Y *IUS*

Si se pretende otorgar a los derechos humanos algún sentido valioso —en el sentido axiológico-práctico— y un fuerza deóntica que trascienda la mera

páginas antes: “Cuando se está «ante la ley» se está también «dentro» de algo muy diferente que condiciona la propia ley”. *La ley y su justicia*, *op. cit.*, pp. 198 y 199, 12.

¹⁰ *La ley y su justicia*, *op. cit.*, p. 287. Cuando se plantea una inconstitucionalidad como irrazonabilidad” se hace evidente “la apertura a otra dimensión del derecho, distinta de la de la ley positiva”; estamos en “el otro lado del derecho, el lado material”, que “hace su triunfal reaparición, para recuperar la originaria estructura dualista del derecho”. *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, *op. cit.*, pp. 47 y 48.

¹¹ *La ley y su justicia*, *op. cit.*, p. 321.

¹² “Diritto per: valori, principi o regole?...”, *op. cit.*, p. 871.

facticidad de las fuentes sociales, resultará imprescindible remitirse a algún o algunos principios prácticos transpositivos que puedan otorgar sentido normativo a esos derechos.¹³

La resaca posterior a la banalización del mal llevó a la Ley Fundamental alemana a aludir —sin pretender reiteración alguna— a “la ley y el derecho”; no faltó abundante eco doctrinal.¹⁴ La vigente Constitución española ha heredado la alusión, aunque de pasada, en su artículo 103.

Las Constituciones aspiran a frenar la entrada en juego de una auténtica “máquina letal”. Lo peor no derivaba de que se hubiera “reducido el derecho a mera ley” y ésta a “voluntad arbitraria” del poder; más grave es que con ello se depositaba “*ius* y *lex* en las mismas manos, con lo que, en vez de actuar en tensión uno y otra haciendo así de mutuo contrapeso crítico, servía cada uno de sostén multiplicador del otro”.¹⁵ De ahí que el papel conferido al control de constitucionalidad sea evitar que en el “campo de la *lex* y del poder” se oscurezca “su naturaleza de *ius*”. Si el “*ius* constitucional prevalece sobre la *lex* ordinaria es porque el primero es el derecho de la estabilidad, que prevalece sobre la volatilidad de las manifestaciones ocasionales del poder”. Se restablece así el equilibrio perdido, porque “la *lex* es la norma del cambio, pero el cambio, en el Estado constitucional, debe producirse en la continuidad”.¹⁶ Una invocación que recuerda la metáfora de Dworkin, al presentar la tarea de los magistrados constitucionales como la progresiva escritura de una novela común, aportando cada cual un nuevo capítulo en obligada continuidad con los precedentes.¹⁷

Todo ello resulta difícilmente discutible, aunque reavive la necesidad de encontrar respuesta a la incógnita aún no descifrada. “Ésta es la paradoja del constitucionalismo de nuestro tiempo: éste es su problema máximo: antes de los contenidos, los fundamentos de la Constitución”. Una tensión que nuestro implícito interlocutor personifica en uno de sus dos obsesivos referentes literarios.¹⁸ “Antígona nos advierte aún: sin *ius*, la *lex* se convierte en arbitraria y, al mismo tiempo, en tiránica. El reto del constitucionalismo

¹³ Massini Correas, Carlos I., “El fundamento de los derechos humanos en la propuesta positivista-relativista de Luigi Ferrajoli”, *Persona y Derecho*, 61, 2009, p. 246.

¹⁴ Valga por todos Kaufmann, A., *Gesetz und Recht en Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1984 (2a.).

¹⁵ *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, op. cit., p. 36.

¹⁶ *Ibidem*, p. 50.

¹⁷ A ello me he referido en “Una gran novela”, *Libro homenaje al magistrado emérito Javier Delgado Barrio*, ahora en prensa.

¹⁸ El otro será la novela *Los hermanos Karamazov*, junto a alguna otra de Dostoievski.

está en su totalidad aquí: en la capacidad de la Constitución, planteada como *lex*, de convertirse en *ius*".¹⁹ No se trata sin duda de ninguna novedad.

"La ley, por sí misma, es forma de la fuerza o fuerza formalizada, pero el derecho es la conjunción de las pretensiones de la fuerza con algo material que, por ahora y de forma provisional, designamos como convicciones y sus correlativas expectativas de justicia". La sombra de la nebulosa incógnita sigue pues planeando.

Se trata de establecer "el necesario vínculo entre la *voluntas* del legislador y la *ratio* del derecho", porque "la ley no se presenta nunca como pura *voluntas* fundada en sí misma (es ley porque yo, el legislador, lo quiero). El legislador siempre se presenta también como *ratio* (es ley porque lo que yo quiero, como legislador, es razonable)".²⁰ Alexy resaltarán, a su vez, que un "Estado democrático constitucional" tendrá como "fundamento de todo el sistema, la pretensión de corrección".²¹

Lo obligado es no olvidar que "si la Constitución, de la que muchos hablan y no pocos cotorrean, tiene que ser algo distinto de un débil y sarcástico artificio del poder, la razón debe hallarse en lo que la sostiene y no en la fuerza que la da".²² No opinaba lo mismo Peces-Barba, según dejó en infeliz ocasión immortalizado en el Diario de Sesiones.²³

Todo ello vendrá confirmado por la existencia en la Constitución de preceptos sólo modificables a través de reforzados procedimientos legislativos; esto trasluce una querencia a la inmutabilidad que reclama "fundamento autónomo en una *norma* (no en el sentido del positivismo) *sobre la Constitución* que vale *antes* de ésta, es decir, que es *preconstitucional* en relación con la Constitución positiva". Resulta obligado remitirse "a una dimensión material del derecho que no depende de la voluntad de ninguna autoridad constitucional constituida", ni de ninguna "prescripción autorizada por

¹⁹ *La ley, el derecho y la Constitución*, op. cit., p. 22. También en *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*, Madrid, Trotta, 2012, p. 28.

²⁰ *La ley y su justicia*, op. cit., pp. 22-24.

²¹ Alexy, R., "Mi filosofía del derecho: la institucionalización de la razón", *Persona y Derecho*, 43, 2000, p. 218.

²² *La ley y su justicia*, 2000, p. 109; con referencia a Antígona textualmente similar a la ya citada.

²³ "Desengañense Sus Señorías. Todos saben que el problema del derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, «todos» permitirá una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la «persona» impide una ley de aborto". Intervención ante el Pleno del Congreso en la sesión del 6 de julio de 1978, al debatirse la expresión "toda persona tiene derecho a la vida" por "todos tienen...". *La Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. II, p. 2038.

normas constitucionales positivas”. Nos encontramos pues ante “un derecho material independiente de la forma definida positivamente”.²⁴

Crece, por tanto, la impresión de que me he equivocado de interlocutor, si lo que buscaba era la oportunidad de contraponer sus planteamientos a los de nuestro homenajeadco colega; que no dejan de ser los míos...

III. MISTERIO: NO ESTÁ CLARO QUÉ HAY AL OTRO LADO, PERO SÍ LO QUE NO HAY

“La gran mayoría de los pensadores enrolados en esta pretendida alternativa intermedia entre iusnaturalismo y iuspositivismo han adoptado, además de un cognitivismo a medias, una concepción explícitamente constructivista de la normatividad ética”.²⁵

Visto lo visto, todo parece ir sugiriendo que la cara oculta de la luna jurídica puede acabar teniendo no poco que ver con el clásico derecho natural.

La ciencia sería la aportación del racionalismo que ha caracterizado al mundo moderno, mientras que la prudencia sería expresión de una racionalidad material orientada a valores que entró en decadencia por ser incompatible —según la célebre tesis weberiana— con el proceso de progresiva formalización del derecho moderno. Si esto fuera cierto, tendríamos que admitir que en los ordenamientos contemporáneos han resurgido aspectos del derecho premoderno.²⁶

Si se necesitaran pistas que nos lleven a la vía capaz de sacarnos de dudas, no nos faltarían. “La característica principal de las declaraciones americanas es la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que pueda establecer el legislador”. Se hereda pues una *precedencia* que implica *prevalencia*. “Para la concepción americana, los

²⁴ *La ley y su justicia*, *op. cit.*, p. 325. Ello le llevará a excluir, desde su propia experiencia de control de constitucionalidad, “la existencia de una doctrina de la Corte. Puesto que cada caso propiamente constitucional está necesariamente inmerso en lo «no escrito» constitucionalmente, debemos reconocer que todo juez, sea o no consciente de ello, se mueve desde ideas generales orientadoras que están antes que la Constitución”; no se fundarían en “la dignidad de doctrinas o teorías. Son más bien, como se acostumbra a decir hoy, categorías de precomprensión y, ayer, prejuicios”. *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Turín, Einaudi, 2009, p. 271.

²⁵ Massini Correas, Carlos I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, EUNSA, 2006, p. 33.

²⁶ *El derecho dúctil*, *cit.*, p. 123.

derechos son anteriores tanto a la Constitución como al gobierno (o, según un modo de expresarse más usual entre nosotros, al Estado)". Algo debió ocurrir, sin embargo, porque "el renacimiento de los derechos del hombre no representó, por lo general, la victoria del derecho natural sobre su adversario histórico, el positivismo jurídico".²⁷

Todo parece indicar que el responsable habría sido, en principio, el propio derecho natural en su versión racionalista. "Al contrario que el orden dado, que puede aparecer como verdadero, justo y, por ello, obligatorio —como postula todo auténtico iusnaturalismo—, el orden puramente pensado resultaba al final, en el caos de las opiniones, meramente querido, como postula todo verdadero iuspositivismo". Nos encontraríamos pues ante una ineficaz alternativa. Se nos descarta, sin embargo, la entrada en juego del argumento *a contrario*. Tampoco "la otra versión del iusnaturalismo, la cristiano-católica, que en la segunda posguerra conoció un nuevo *renacimiento*, podía aspirar a una auténtica afirmación integral en sus términos clásicos, es decir tomistas". Resulta, sin duda, obligado admitir que "las nociones de dignidad humana y persona humana", aun no perteneciendo "a la tradición del iusnaturalismo racionalista, sino a la del iusnaturalismo cristiano-católico", aparecen "enunciadas en muchas Constituciones y en varias declaraciones internacionales de derechos a modo de eje sobre el que gira toda la concepción actual del derecho y de los derechos"; pero "expresan un concepto objetivo derivado de una determinada visión del hombre y de su *posición* en el mundo". Ello no significa, sin embargo, "una victoria total. Tales nociones constituyen, si acaso, una contribución particular en un proyecto político-constitucional más amplio". O sea, que "en la reacción contra el positivismo jurídico no se hubiera podido pasar totalmente a la otra parte".²⁸ Queda por aclarar por qué.

Algunos colegas españoles —que pretenden monopolizar la etiqueta iusnaturalista, con no poco quebranto de ella— no me admiten, felizmente, entre sus filas, porque soy demócrata. Debo agradecer, no sé si la obiedad o el cumplimiento... A su juicio, ser demócrata no sería compatible con su castizo iusnaturalismo. Lamento dejar a mi interlocutor en tan poca apacible compañía, pero su colofón no parece ser muy distinto. El iusnaturalismo clásico estaría apodícticamente prohibido por "otro gran e irrenunciable componente del constitucionalismo actual: la democracia, que impide la afirmación total y absoluta de cualquier concepción *natural* del derecho".²⁹

²⁷ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

²⁸ *Ibidem*, p. 66.

²⁹ *Ibidem*, p. 67.

Compartirá también con tan celosos iusnaturalistas la imposible rima entre derechos humanos y derecho natural, aun a riesgo de enviar al infierno filosófico al mismísimo San Juan Pablo II. En un afán de hacerse maestra y capaz de solucionar los mayores problemas de la sociedad mundial, se habría entrado en el juego de la “promoción de los derechos de la persona humana, de los que la Iglesia se convierte en paladín. La noción que de ellos tiene es diversa de la tradición humanística laica y liberal, e incluso opuesta: se habla de derechos sobreentendiendo un orden de justicia natural objetivo”.³⁰

Desde este punto de vista —bastante positivista— “los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural”. Representarían más bien “el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo”, al haber logrado “*positivizar* lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos”. Todo sin que ello signifique, “como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del iusnaturalismo, su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas”.³¹ Cabe observar un adjetivo que puede ayudar a entender este aparente *boomerang*. Se nos habla de un derecho natural *intangible para la voluntad humana*; ajeno pues, si ello se toma en serio, a toda imaginable *razón práctica*, de la que quizá nuestro interlocutor sólo tenga peculiar noticia.

³⁰ *Scambiarsi la veste. Stato e Chiesa al governo dell'uomo*, Bari, Laterza, 2010, p. 49. La situación no le resulta extraña porque, a su juicio, “ningún iusnaturalista de hoy admite nunca ser como entienden sus críticos”. *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit., p. 9. La conversión de ambos humanismos en fuentes decisivas de los derechos humanos enojó a G. Peces-Barba, hasta el punto de no ahorrarse —al editar su obra más característica— un epílogo a modo de voto particular, censurándola: “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, epílogo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, p. 159. El censurado se había permitido afirmar en la revista de la Universidad Carlos III: “La tradición socialista de los derechos se sitúa entre ambos horizontes, sin una especial originalidad propia con respecto al punto que aquí nos interesa desarrollar”. “Dos tradiciones de derechos: derechos de libertad y derechos de justicia”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2, 1993, p. 356, nota 2.

³¹ “Cabe decir en síntesis que la Constitución no es derecho natural, sino más bien la manifestación más alta de derecho positivo”. “Se comprende también que la cuestión de si las Constituciones contemporáneas se abren al derecho natural o si, por el contrario, es posible su total comprensión sobre la base de las categorías del iuspositivismo sea un problema todavía sin resolver y probablemente irresoluble mientras se apoye sobre un rígido aut-aut”. *El derecho dúctil*, cit., pp. 114 y 116.

Adelantemos, sin embargo, a su favor, que aun descartando el derecho natural no hará suya —como también es mi caso—³² la ancestral crítica que lo acusa de perpetrar una presunta *falacia naturalista*. Sus planteamientos no vulnerarían “en absoluto la separación positivista. Tampoco su *deber ser* deriva exclusivamente del *ser*. En efecto, que la justicia deba ser realizada no es en absoluto un hecho, sino un valor, aunque tal vez sea el más obvio o menos controvertible de los valores”.³³

Esto me lleva a señalar otro aspecto que, por no ser demasiado habitual, merece ser resaltado. Nuestro interlocutor no incurre en el error de sugerir —como es frecuente, no sólo entre positivistas— que el otro lado del derecho no sería en realidad jurídico sino moral (o, si acaso, político). Lo hará de la mano de su reiterada y cuidadosamente evocada Antígona. Enfatizará que ésta “no sigue simplemente sus propios impulsos morales; ella obedece a otra ley objetiva, que le vincula en conciencia más que la ley de Creonte”; a los versos que así lo recogen “toda doctrina del derecho natural le ha rendido, a lo largo de los siglos, homenaje”. Lo que plantea “Antígona no es pues el choque entre la ley y la libertad de conciencia, sino el conflicto entre dos leyes, una proclamada por el decreto de Creonte y otra reflejada, pero no creada, en la conciencia de Antígona”.³⁴ A mi modo de ver, es esto lo que descarta que el derecho a la objeción de conciencia pueda malinterpretarse como un conflicto entre derecho y moral; en realidad deriva de una discrepancia sobre el alcance real de una exigencia del derecho —como mínimo ético— en un caso concreto.³⁵

Su rechazo tiene pues más de político que de metafísico o jurídico. Se apoyará, como Rawls,³⁶ Habermas³⁷ y tantos otros, en una peculiar con-

³² *El derecho en teoría, cit.*, p. 216.

³³ *El derecho dúctil, cit.*, p. 119.

³⁴ “Il diritto di Antigone e la legge di Creonte”, *La legge sovrana: nomos basileus*, Milán, Bur, 2006, p. 35. Por lo que iremos viendo, no dejará de afirmar que Antígona no es, por decirlo así, la conciencia del derecho natural”. *La ley y su justicia, cit.*, pp. 58 y 59.

³⁵ Me he expresado al respecto: *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012, pp. 31-35.

³⁶ “Dado el hecho del pluralismo razonable, los ciudadanos no pueden ponerse de acuerdo en torno de ninguna autoridad moral, ya sea un texto sagrado o una institución. Ni pueden llegar a un acuerdo respecto del orden de los valores morales, o respecto de los dictados de lo que algunos consideran como la ley natural”. Aunque, eso sí, “una concepción de la justicia para una sociedad democrática presupone una teoría de la naturaleza humana”. Rawls, J., *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 128 y 384.

³⁷ “El argumento moral (y dudosamente jurídico-constitucional) de que el embrión goza «desde el comienzo» de dignidad humana y absoluta protección, zanja el debate en el que hemos de avanzar, si queremos ponernos políticamente de acuerdo sobre estas cuestiones fundamentales con el obligado respeto jurídico constitucional a un pluralismo de concepcio-

cepción del *pluralismo*.³⁸ No lo consideran como una compatible vía abierta hacia la verdad, sino como prohibición de todo intento de conformar una concepción del mundo común. Sus sofisticados métodos, que aspiran a mezclarlas, suelen acabar más de una vez reflejando las del más próximo vecindario. Por asombroso que pueda parecer, “la pretensión de generalizar el derecho natural a toda la sociedad en los tiempos actuales del pluralismo” queda apodóticamente equiparada a “no promover la convivencia, sino a arrancarla de sus fundamentos. Desde este punto de vista, la llamada al derecho natural es un grito de guerra civil, una llamada a la división, a la discriminación”.³⁹

Lo curioso es que se mantenga una actitud preocupada ante la capacidad de supervivencia del derecho natural. Se recuerda que en la pesimista afirmación del propio Ratzinger, en su diálogo con Habermas, no podría ser considerado hoy sino (en su traducción italiana) un “strumento purtropo spuntato”. Parece necesario, no obstante, poner freno a un peligroso renacer.

El momento actual no es sin embargo definible pura y simplemente como un enésimo renacimiento del derecho natural. No se trata de concebir una esfera de derecho vigente prepositivo (cualquiera que sea su origen: el orden divino impreso en las cosas, la *naturaleza de las cosas*, la razón, la revelación divina, etc.); el derecho sigue siendo siempre derecho positivo: lo que generaciones de seres humanos quieren y deciden que sea. Pero una cosa es su establecimiento directo, otra la que indirectamente genera reenvíos a algo que está fuera de su específica determinación positiva, en una esfera que tiene que ver con la filosofía moral y la filosofía política.⁴⁰

IV. PRINCIPIOS Y NORMAS

“Se entenderá aquí por derecho natural, en sentido normativo, al conjunto de principios y normas conocidos y determinados por la razón práctica, que

nes del mundo”. Habermas, J., *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?*, 4a. ed. ampliada, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 2002, p. 55.

³⁸ “El derecho natural ya no podía proponerse, bajo ninguna de sus formas —teológica o racional— en sociedades secularizadas y pluralistas”. *La ley y su justicia*, cit., p. 108.

³⁹ *La virtud de la duda*, cit., p. 59. “El derecho natural no es de hecho el terreno del consenso que abraza a la entera humanidad en nombre de una justicia universalmente reconocida. Al contrario, es el terreno de los más radicales conflictos”. *Intorno alla legge...*, op. cit., p. 42. Al reiterarlo, atribuyéndolo a “un gran jurista del pasado siglo”, sentencia: “Tenía razón”. *Contra la ética de la verdad*, Madrid, Trotta, 2010, p. 93.

⁴⁰ *Intorno alla legge...*, op. cit., pp. 41 y 132.

prescriben las líneas fundamentales de la actividad humana perfecta (es decir, orientada al bien humano) en el ámbito jurídico”.⁴¹

Dworkin, quien asumió con estoica displicencia verse tildado de iusnaturalista, hizo girar su crítica al positivismo en torno a su versión más consolidada en el ámbito anglosajón: el *normativismo*. En esa idea del derecho como conjunto de normas confluye, a mi juicio, un triple designio. Por una parte, la necesidad de contar con un objeto preciso y nada nebuloso sobre el que articular una *ciencia*, capaz de acreditar la racionalidad de la actividad jurídica. Por otra, en el ámbito de la ética, entra en juego la seguridad como valor jurídico supremo, sustituyendo a una justicia a la que se consideraba expulsada por un obligado relativismo. Añádase a ello la legitimidad *política* atribuida a la acreditada identificación del legislador como creador de las normas, descartando espurios intrusismos.⁴² También nuestro interlocutor ahondará en esa vertiente crítica, aunque más tarde derive de ella una peculiar moraleja en la onda del, para él incómodo,⁴³ *pensamiento débil*.

El protagonismo que reconoce a los principios enlaza con su ya diagnosticada incompatibilidad entre constitucionalismo y positivismo. “Las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios”; en consecuencia, “distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley”.⁴⁴ La operatividad de unos y otras será dispar: mientras “a las reglas *se obedece*”, “a los

⁴¹ Massini Correas, Carlos I., “Algunas tesis sobre razón práctica, interpretación jurídica y derecho natural”, *Dikaion* (27-22-2), 2013, p. 199.

⁴² Al respecto, *El derecho en teoría, cit.*, pp. 97 y 98.

⁴³ Para nuestro interlocutor el término es fruto de un catastrofismo. “La disminución de la tasa de natalidad y el envejecimiento de las generaciones; el anómalo desarrollo de la ciencia y de la técnica fragmentadas, sin alma, encaminadas a sí mismas y dotadas de ambiciones desmesuradas; la reducción de la razón a mera «razón instrumental» al servicio de nihilistas voluntades de poder; amenazas externas a la identidad europea —antes el bolchevismo internacional, hoy el Islam—: todo esto en un contexto de debilitación moral del que el denominado «pensamiento débil» sería la teorización filosófica”. Sobre el dicho: “el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar. Este es el gran riesgo que se asume por amor a la libertad”, en *Entre la ética, la política y el derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2008, vol. I, p. 1326. El dicho en cuestión procede del constitucionalista alemán Böckenförde, al que nuestro autor se referirá en diversos trabajos. Aplazamos, en todo caso, su propuesta de clave explicativa.

⁴⁴ Introduzcamos un obligado inciso: nuestro autor confiesa asumir la terminología de Alexy y atribuye a los *principios* carácter de norma, hablando de *reglas* cuando alude a las normas propiamente dichas. Ello le llevará a rechazar a quienes consideran a “los principios como reglas imperfectas aunque asumiendo la imperfección como un defecto perdonable”. “Diritto per: valori, principi o regole?”, *op. cit.*, pp. 874 y 870.

principios en cambio *se presta adhesión*"; mientras las reglas “nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas”, los principios “no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas”. De ahí que, en conocida polémica doctrinal, se estimara que el “control de constitucionalidad” no puede “consistir propiamente en una *aplicación* —en el sentido judicial de la palabra— de las normas constitucionales”.⁴⁵

En consecuencia resultará obligado reconocer que, al entrar en juego “los principios, la realidad expresa valores y el derecho funciona como si rigiese un derecho natural”; aunque la situación se haga más digerible sugiriendo que lleva consigo “una predisposición hacia soluciones dúctiles que tomen en consideración todas las razones que puedan reivindicar buenos principios en su favor”.⁴⁶ Reaparece pues lo polémicamente ya apuntado. “Los principios no son normas cerradas en sí mismas, ni siquiera —como el positivismo *crítico* está dispuesto a admitir— normas que llaman en causa a la discrecionalidad del intérprete como consecuencia de su imperfección comunicativa”. En realidad, “el principio solo puede desarrollar una función práctica asumiendo elementos que están fuera de él. De dónde se asume eso *otro fuera*”: éste es el problema ante el que los positivistas enmudecen”. Nos encontramos en realidad ante “los meta-principios del derecho, sin los que el derecho positivo, con sus reglas y principios puestos, no podría funcionar; sin los que la jurisprudencia de las Cortes —incluida la de la Corte constitucional— se mostraría impotente”.⁴⁷

Pese al meritorio esfuerzo de nuestro interlocutor, la incógnita sigue sin despejarse. “Los principios, aun estando contenidos en normas positivas, se alimentan naturalmente de concepciones *pre-positivas*”. “Las normas de

⁴⁵ *El derecho dúctil*, cit., pp. 110 y 111. Los principios “no indican las consecuencias jurídicas que se siguen necesariamente cuando se dan las condiciones previstas. En cuanto axiomas del orden jurídico, proporcionan un argumento que, en los casos en los que se puede invocar el principio, presiona en una dirección, pero sin indicar qué acción o decisión específicas son necesarias en el caso concreto”. *La ley y su justicia*, cit., p. 182.

⁴⁶ “Desde el punto de vista interno de un sistema jurídico positivo, cuando en él rijan principios la situación es completamente análoga a la del derecho natural”; aunque todo puede quedar en admitir que “el conjunto de los principios constitucionales —como atinadamente se ha dicho— debería constituir una suerte de «sentido común» del derecho, el ámbito de entendimiento y de recíproca comprensión en todo discurso jurídico. *El derecho dúctil*, cit., pp. 119, 121, 123 y 124.

⁴⁷ “Diritto per: valori, principi o regole?”, *op. cit.*, pp. 883 y 884.

principio se expresan mediante *conceptos abiertos* que remiten a supuestas *concepciones* de los propios conceptos”.⁴⁸

V. VERDADERO, OBJETIVO, ABSOLUTO, HISTÓRICO, RELATIVO...

las diferentes versiones de la teoría del derecho natural son constitutivamente realistas, es decir, sostienen que las normas jurídicas tienen una referencia a ciertas realidades prácticas que trascienden el plano de lo jurídico-positivo, a las que se denomina derecho natural. Pero esto no significa que el conocimiento y la aplicación de esas realidades sea meramente receptivo, o pasivo o estático o a-histórico o mecánico. Por el contrario, la razón humana cumple en referencia al derecho natural no solo una función cognitivo-receptiva, sino también una tarea activa y creativa de inferencia y determinación.⁴⁹

Parece claro a estas alturas que dentro del espacio de juego del llamado pensamiento débil, en el que —por más que le disguste— se mueve nuestro interlocutor, el veto al derecho natural es notablemente expreso. No resultan tan explícitos los argumentos que llevan a sustentarlo, ya que la crítica al positivismo normativista se traduce en un sinfín de sugerencias que más bien invitan a lo contrario. Se evita ahondar en el descarte de la metafísica, quizá para no acabar construyendo una metafísica negativa. Se alude de pasada al pluralismo político, sin ir más allá de suscribir una opción apriorística de escaso calado. Considero que el argumento definitivo acaba reposando sobre un sofisma: la identificación gratuita entre lo objetivo y lo absoluto, y la consiguientemente paralela entre historicidad y relativismo. Lo objetivo se considera, por absoluto, caprichosamente ajeno a toda historicidad. Tal sofisma planea por lo demás con múltiples invitaciones a suscribir éticas discursivas, presuntamente abiertas a dialogar con todo planteamiento, pero a condición de que no sean absolutos;⁵⁰ es decir, que no se vean sin más des-

⁴⁸ *La ley y su justicia*, *cit.*, p. 192. La distinción conceptos-concepciones es una vez más herencia de Dworkin.

⁴⁹ Massini-Correas, Carlos I., “Algunas tesis sobre razón práctica, interpretación jurídica y derecho natural”, *op. cit.*, p. 200.

⁵⁰ Valga el ejemplo: “El derecho puede ser dúctil cuando tiene una actitud amigable hacia la diversidad, cuando asume una idea de ciudadanía abierta, basada en el recíproco respeto que no se cristaliza en la defensa hostil de una identidad definida a priori”. El mismo autor relata los avatares que llevaron a convertir en ícono esta insólita ductilidad jurídica. *La virtud de la duda...*, *op. cit.*, pp. 74 y 78.

calificados como tales por resultar incómodos para mentes presuntamente abiertas.⁵¹ Gracias a ello se logrará un fácil triunfo ante cualquier cuestión que no se preste a negociadas soluciones de término medio.⁵²

Vaya por delante que considero como iusnaturalista todo planteamiento que asuma la existencia de exigencias jurídicas objetivas,⁵³ destinadas obviamente a verse positivadas; pero sin que su validez dependa de que ello se haga realidad. Lo anunciado no tardará mucho en salirnos al paso:

una Constitución para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter *no absoluto*, compatible con aquellos otros con los que debe convivir. Solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y a la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental).⁵⁴

Pluralismo y absoluto quedan pues irreconciliablemente enfrentados. “¿Una justicia absoluta? Sería incongruente pensar en una idea de la justicia externa al contexto histórico-cultural de la comunidad de derecho para la cual la ley ha de valer como tal, y sería igualmente incongruente la asunción de cualquier concepto absoluto —filosófico, racional o natural— de la justicia”. El derecho natural que ayudó a sobrevivir a una Europa desgarrada por guerras de religión se convierte ahora en peligro público. Apelar a “conceptos objetivos de la justicia, como es el recurso típico al derecho natural bajo todas sus formas y en todos sus contenidos”, no permite:

⁵¹ Pueden incurrir en ello los que parecen compartir el mensaje: “Si se parte del presupuesto de que el otro no sólo es alguien que piensa de manera diferente, sino que es algo menos, o incluso un mentecato o un inmoral, el diálogo será completamente inútil; será una pérdida de tiempo, engaño o simulación”; “pero no es necesario ser Sócrates para comprender que si no hay recíproca disponibilidad y apertura más vale ir cada uno por su lado, siempre que no se quiera emprenderla a garrotazos”. *Contra la ética de la verdad, cit.*, p. 71.

⁵² “Aquí no sirve de mucho invocar la discusión, porque no puede sino haber enfrentamiento”. *Ibidem*, p. 27. Lo curioso es que no lo detecte en sus propios planteamientos quien con tanto aplomo lo critica a otros: “la fórmula de Habermas, reducida a su esqueleto, significa que «cuentan los argumentos que las partes enfrentadas son dispuestas a aceptar como válidos, cada una desde su propio punto de vista» o, más brevemente, que «cuentan los argumentos que cuentan»: una perfecta tautología, sin valor normativo alguno”. *Sobre el dicho: el Estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar, cit.*, p. 1331.

⁵³ De ahí que considere iusnaturalista a Dworkin, aunque él se vea obligado a prohibirse aparentarlo en demasía. Me remito a *En diálogo con Dworkin: moralidad política y derecho natural, cit.*

⁵⁴ *El derecho dúctil, cit.*, p. 14; el énfasis es mío.

llegar a un acuerdo pero sí enfrentarse en caso de desacuerdo, se refuerzan las propias razones con argumentos que se pretenden indiscutibles, como todos los argumentos absolutos, y se descalifican las razones ajenas por erróneas, triunfando sobre ellas con más facilidad. En pocas palabras, es un instrumento de lucha y no de composición civil de diferencias. Es también un argumento retórico; en las sociedades pluralistas, un mal argumento retórico que conlleva divisiones y rupturas en vez de cohesión y beneficios.⁵⁵

¿Cabrá seguir hablando de exigencias jurídicas objetivas? Todo parece reclamarlas en ese *otro lado, pre-positivo* del que se nos viene hablando. Veamos...

“Cada uno de los grandes temas del derecho constitucional actual se caracteriza estructuralmente por la presencia de elementos constitutivos que, para poder coexistir, deben ser relativizados entre sí”, es decir, “hacerse dúctiles o moderados”. No parecería muy sensato un jurista poco amigo de la moderación, pero ¿exige esto ir de la mano del relativismo? Todo parece invitar a reconocer lo contrario: “La primera de las grandes tareas de las Constituciones contemporáneas es distinguir claramente entre la ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos humanos, como pretensiones subjetivas *absolutas*, válidas por sí mismas con independencia de la ley”.⁵⁶ El asunto comienza a complicarse cuando se nos avisa que, “para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto”;

concebidos en términos absolutos, los principios se convertirían rápidamente en enemigos entre sí. Al final, uno se erigiría en soberano sobre todos los demás y sólo perseguiría desarrollos consecuentes con él. Pero en las Constituciones pluralistas no cabe que esto sea así. Los principios y los valores deben ser controlados para evitar que, adquiriendo carácter absoluto, se conviertan en tiranos.⁵⁷

Como clave para superar esta más que aparente contradicción se apela a la *razonabilidad*, entendida como espíritu de *adaptación*; lo que sólo puede merecer plácemes. Se trataría de evitar a la vez “el absolutismo de una sola razón” y “el relativismo de las distintas razones (una u otra, iguales son)”, para lograr un efectivo “pluralismo (unas y otras a la vez, en la medida en que sea posible)”.⁵⁸ El programa no deja de resultar sugestivo. El problema

⁵⁵ *La ley y su justicia, cit.*, p. 28.

⁵⁶ *El derecho dúctil, cit.*, pp. 18 y 47; el énfasis es mío.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 125.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 147.

se complica al constatarse que “en el mundo occidental ni siquiera los derechos humanos valen pacíficamente como fundamento objetivo e indiscutido de la justa convivencia entre los hombres”.⁵⁹ La situación se agudiza cuando, en la búsqueda de la objetividad, apuntamos a la verdad y se cuestiona su compatibilidad con la bases del sistema. Reflexionando sobre la mayor injusticia conocida en todos los tiempos se nos asegura: “En este episodio, de hace dos mil años, verdad y justicia testimonian apuntando contra la democracia”; claro que tampoco la alternativa resulta muy atractiva: “el relativismo escéptico que sustrae energías frente a la realidad y predispone a la aceptación de la fuerza” hace que Pilato se revele como “un oportunista, esclavo de la situación”.⁶⁰

No parece fácil escapar del dilema. Si se busca un fundamento objetivo resulta ineludible apuntar a la verdad. Si la verdad —por absoluta— se ve demonizada, sólo nos queda jugar a una búsqueda de la verdad que incluye el compromiso de no encontrarla; pero si “buscar la justicia pensando en encontrarla de una vez por todas y para todos es insensato”, “renunciar por este motivo a buscarla sería a su vez una amputación de nuestra humanidad, una consciente reducción al estado animal”. Ese ir y venir acaba condenando al mareo. No podríamos siquiera acercarnos a la verdad objetiva por la vía de un consenso que sirviera de síntoma de acierto. “El precio del acuerdo es su vacuidad”, porque son vacías “las fórmulas absolutas de la justicia. Vale la regla de que si son absolutas son vacías; si estuvieran llenas no serían absolutas sino relativas”. Prometedor panorama, pero no faltará quien rebose optimismo: “Esta situación, que podríamos decir de pluralismo, o también de relativismo de la justicia, hace imposible —y añado: por suerte para nosotros— la justicia absoluta, esta justicia de cuya peligrosidad ya hemos hablado”.⁶¹ Algo es algo...

Me permitiría sugerir que nos encontramos ante un falso problema, fruto de establecer apriorísticamente que quien se muestra convencido de que existe una verdad, teórica o práctica, digna de ser buscada será —por definición— dogmático y presentará el resultado de su búsqueda como; diagnóstico elocuentemente caprichoso, en el que la identificación objetivo-absoluto cumple su papel estelar.⁶² No cabe adivinar por qué considerar que la verdad es digna de ser buscada implica reconocerse infalible e inmuniza-

⁵⁹ “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁰ *Il «crucifige!» e la democrazia*, Turín, Einaudi, 2007, pp. 4 y 80.

⁶¹ *La virtud de la duda*, *cit.*, pp. 40 y 41, 44.

⁶² “Democracia y verdad absoluta, democracia y dogma, son incompatibles”; como respuesta anticipada a la pregunta: “¿Quién aplica a la política la categoría de la verdad, ¿puede aceptar la democracia?”. *Contra la ética de la verdad*, *cit.*, pp. 104 y 137. De mi opinión contraria

do respecto a toda duda; se nos da respuesta: “lo verdadero pretende carácter absoluto. Entre lo verdadero y lo falso no hay grados”.⁶³

Acabaremos descubriendo el secreto de cómo un pensamiento débil lleva a anatemas tan sólidos. Por el momento, se nos afirma como si hubiera obligado motivo, que impedir la duda

es el acto más innatural, incluso aunque sea realizado en nombre de la *justicia natural* o de la *ley natural*, afirmadas en un determinado momento y sustraídas a cualquier tipo de duda. La *naturaleza de las cosas*, cuando es usada como arma contra la duda, se contradice a sí misma, dirigiéndose contra la *naturaleza del ser humano*.⁶⁴

Si la presentación de la relevancia absoluta de lo objetivo se empareja con lo ahistórico, no menos discutible resulta considerar inseparables historicidad y relativismo. Inevitablemente nos empuja hacia un subjetivismo de problemática funcionalidad jurídica: “Relativismo significa que lo que vale, vale no absolutamente sino en relación al sujeto, es *relativo* a él”. Se descartará de inmediato la amenaza latente: “Nihilismo significa por el contrario que nada vale, ni siquiera respecto al sujeto”.⁶⁵ La realidad es que si se admite que las normas constitucionales “son frecuentemente entendidas, en la jurisprudencia de las Cortes constitucionales, como principios”, lo que lleva implícito “su relativización obtenida interpretándolas en la lógica de lo razonablemente posible”,⁶⁶ hemos abandonado ya lo meramente relativo al intérprete para dar por hecho que nos acercamos por esa vía al reconocimiento de una objetiva exigencia jurídica.

Por el contrario, se volverá el argumento por pasiva. Estamos sumidos en el “nihilismo de la justicia” como “inevitable conclusión de un intento fracasado”, debido a “las premisas de que parte”. Se supone “que existe una idea a priori de justicia, cuya búsqueda reclama la puesta en acción de las fuerzas de la razón”, en la línea de “un modo de pensar de tipo iusnaturalista que, como tal, no habría podido correr otra suerte que, precisamente, el fracaso”. Como consecuencia, lo que entra en juego es un “sentido o sentimiento de justicia”; los juristas “han intentado una revancha sobre el racionalismo” a través de “una suerte de iusnaturalismo del sentimiento,

pueden encontrarse muestras en *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Pamplona, EUNSA, 2005.

⁶³ “En cuanto adhiere al ser, la verdad vale de modo absoluto”; “la verdad lleva a renunciar a la relación de uno mismo con los otros y separa”. *Scambiarsi la veste...*, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

⁶⁴ *Contra la ética de la verdad, cit.*, p. 10.

⁶⁵ *Scambiarsi la veste...*, *op. cit.*, pp. 95 y 96.

⁶⁶ “Diritto per: valori, principi o regole?”, *op. cit.*, p. 880.

y no de la razón, con una particularidad esencial”: que, “a diferencia del segundo, no pretende construir la justicia en la tierra sino que se limita a revolverse contra la injusticia”.⁶⁷ Todo ello sin duda sugestivo, aunque identificar la atribución de la búsqueda de la justicia a la razón práctica con una presunta aplicación de un concepto apriorístico de justicia no deja de ser mera caricatura.

VI. UN DERECHO NATURAL SOSPECHOSO DE SOBRENATURAL

Una buena cantidad de pensadores contemporáneos trata de explicar los derechos humanos sin ninguna referencia a la divinidad, lo que plantea el problema de saber si es posible fundar —en sentido fuerte, se entiende— esos derechos en la mera inmanencia: intrasubjetiva o intramundana, o si, por el contrario, es necesario recurrir a un Ser absoluto personal que los garantice en última instancia.⁶⁸

Toda una acertada crítica al positivismo normativista apunta a la existencia de un lado oculto del derecho. No se ha ahondado en la problemática metafísica de la cuestión, sino que se ha esgrimido un pluralismo político presuntamente puesto en cuestión por un peligro público aún no nítidamente identificado. No parece estar en juego el cognitivismo ético, o capacidad para captar racionalmente ese otro lado del derecho. El problema paradójicamente parece tener que ver con la existencia de una verdad objetiva con proyección práctica; paradójico asunto, porque una razón sin verdad es como un campanil sin campanas o un puente sin río (según una caducada sevillana de “El Pali”). En realidad, como habrá ocasión de comprobar, la peana de todo este planteamiento gira en torno a la existencia y alcance de lo Absoluto, dicho sea con mayúsculas para que quede más claro.

Podría pensarse que nos encontramos ante un argumento menor, de tono localista, en pleno mundo globalizado. Sin duda, su impronta cultural italiana es obvia; tanto como su ramificación española, con las eventuales metástasis que alguien tenga el humor de ir detectando.⁶⁹ No lo es menos

⁶⁷ “La justicia como «sentimiento de injusticia»”, *Jueces para la democracia*, 53, julio de 2005, p. 4. “La justicia, o mejor, el rechazo de la injusticia, no la naturaleza, es nuestra brújula”. *Intorno alla legge...*, *op. cit.*, p. 49.

⁶⁸ Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del derecho. T. I: El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, pp. 25 y 26.

⁶⁹ “En el fondo, la relación entre el mundo católico y el mundo laico, al menos en lo que se refiere a nuestro país [Italia] (aunque también está sucediendo algo parecido en otros países, por ejemplo, de América Latina), corre el riesgo de derivar hacia un encuentro de visiones del mundo que hace difícil la convivencia plural”. *La virtud de la duda...*, *op. cit.*, p. 93.

su histórica consolidación francesa, dando por archivado el germano *Kulturkampf*. Es muy de agradecer la neta claridad con que nuestro interlocutor acaba exhibiendo los cimientos de su edificio; quizá le sobre más de un apunte cuya agresividad puede rozar el panfleto. Repasemos sus textos, aun a riesgo de acabar sepultados dada su exhuberancia.

Que el rechazo de lo absoluto acaba mostrando como fundamento el rechazo de lo Absoluto salta pronto a la vista: “A través de la fusión de la verdad (católica) con la razón (humana) y de la razón con la verdad, la palabra de la Iglesia se proyecta, por así decir, en una dimensión de *absoluteza* y universalidad que no admite límites, contradicciones, relativizaciones”.⁷⁰ Que su respuesta va a ser beligerante tampoco admite duda: “una Corte que, en nombre de la paz religiosa, impusiese indiscriminadamente en todo lugar público la remoción de cualquier símbolo religioso podría provocar reacciones y conflictos locales”; cabría pues sugerir “una intención pacificadora”, pero podría convertirse en una decisión “fomentadora de intolerancia”. El resultado de esta ponderación será establecer que

la invocación a la modestia se traduce en una indicación de este género a los tribunales: para ser aceptados en democracia, sobre todo en los casos altamente controvertidos, procurad haceros advertir lo menos posible. Pero esto diseña una postura gregaria y no contribuye mínimamente a la exigencia de dar a la justicia constitucional su propio y autónomo fundamento respecto a la política.⁷¹

Mejor pues optar por la firme negativa...

El ejemplo aludido nos aleja ya del debate filosófico sobre si la apelación a la ley natural implica un creacionismo, que nos haría caer irremisiblemente en brazos de la teología. Lo que se acabará abriendo paso serán exigencias de filosofía política.

VII. LIBERTAD RELIGIOSA AUTISTA

“Les guste o no a ciertos pensadores a la moda, Dios permanece siempre como garante eterno y absoluto de la dignidad humana y de los derechos que de ella se derivan”.⁷²

⁷⁰ *Scambiarsi la veste...*, *op. cit.*, p. 80.

⁷¹ “Corti costituzionali e diritti universali”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, LVI-2, 2006, p. 307. Habría que contrastar tal postura con la adoptada en caso bien conocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Al respecto nuestra reflexión: “La Europa desintegrada: Lautsi contra Lautsi”, *Religión, racionalidad y política*, Granada, Comares, 2013, pp. 157-162.

⁷² Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del derecho. T. I...*, *op. cit.*, p. 208.

Constituciones como la española son bastante claras a la hora de abordar el problema. El primer párrafo de su artículo 16 nos plantea: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Las convicciones religiosas, como las opciones ideológicas, no se reconocen y protegen pues como bien meramente individual, sino que llevan consigo la exigencia constitucional de contemplar su dimensión comunitaria;⁷³ dentro, obviamente, del respeto al pluralismo reconocido (en el artículo 1.1) como uno de los “valores superiores” del ordenamiento jurídico.

Cada ciudadano podrá pues suscribir y exponer los aspectos que de ellas considere oportunos, muy especialmente si los considera relevantes para el bien común; es lógico que lo haga con un inicial convencimiento de acierto. Negar a un grupo de ciudadanos, sea cual fuere su cuantía, capacidad para convertirse en legítimo interlocutor del diálogo democrático implicaría una grave discriminación. Acierta de pleno nuestro interlocutor cuando sugiere que quien —como es su caso— se presenta como “hombre de la duda” no excluye por ello “tener convicciones, pero no ceder a la soberbia hasta el punto de no estar dispuesto a ponerlas en cuestión. Pero lo mismo vale para el hombre de fe cuando no renuncia a su libertad y a su responsabilidad en el mundo”. No empezamos mal; pero no dura mucho el buen presagio. “Lo que crea problemas no es por tanto la fe como tal, sino la servidumbre al dogma religioso aplicado a la resolución de las dudas sobre las cuestiones terrenas”.⁷⁴ Se adivina pues la discriminación por razón de religión; una de los motivos explícitamente rechazados por el artículo 14 de la Constitución aludida.

Con tal punto de partida se abortaría el diálogo democrático. Si el escéptico mereció ya una paradójica descalificación por parte del relativista, ahora el creyente —contemplado dogmáticamente como dogmático— no saldrá mejor parado; poco cabrá esperar de él: “tanto el dogma como el escepticismo pueden convivir con la democracia pero, uno y otro, instrumentalizándola”. “El dogmático puede aceptar la democracia solo si y en la medida en que le sirve como fuerza enderezada a imponer la verdad”.⁷⁵ Sur-

⁷³ Éste será el aspecto de difícil digestión desde una perspectiva laicista, que marca una “diferencia determinante” entre “la religión como fenómeno esencialmente ligado a la conciencia individual o como expresión de un fenómeno social de naturaleza comunitaria”, que se reflejaría, por ejemplo, en la “presencia de crucifijos en lugares públicos”. *Intorno alla legge...*, *op. cit.*, pp. 283 y 284.

⁷⁴ “La idea de justicia y la experiencia de la injusticia”, *op. cit.*, p. 49.

⁷⁵ Acabará así compartiendo con el escéptico la sospecha de “oportunismo”. *Il «crucifige!» e la democrazia*, *cit.*, p. 6. “Para la mentalidad dogmática el adversario es el enemigo, el

giría por tanto un dilema: respetar al presunto dogmático, optando por la medida, o tirar por la calle de en medio. El asunto se trastoca y acabará mal:

la democracia de la posibilidad y de la búsqueda, la democracia crítica, debe movilizarse contra quien rechaza el diálogo, niega la tolerancia, busca solo el poder, cree tener siempre razón. De la democracia crítica, la medida —como actitud del espíritu abierto al discurso común, que aspira no a imponerse sino a convencer y está dispuesto a dejarse convencer— es ciertamente virtud cardinal.

Pero, “en la política, la medida, para no hacerse irrisoria como imbecilidad, debe ser una virtud recíproca. Si no lo es, a cierto punto antes de que sea tarde, es preciso romper el silencio y actuar para cesar de sufrir”.⁷⁶ Será esta caricatura, que convierte al discrepante en incapaz de virtud, la que mate el diálogo.

Lo que está realmente en juego es el concepto y alcance de la *laicidad*. Una vez más, el arranque teórico de nuestro interlocutor será irreprochable: “Laicidad significa espacio público a disposición de todos para ejercitar, en condiciones de libertad e igualdad, los derechos de libertad moral”.⁷⁷ Un Estado laico es en efecto el que respeta el ejercicio de la libertad religiosa de sus ciudadanos y no el que organiza de uno u otro modo sus relaciones con las confesiones religiosas mayoritarias; será por supuesto aconfesional, pero no se empeñará absurdamente en que también la sociedad lo sea.⁷⁸

Si la teoría era irreprochable, la aplicación práctica irá resultando contradictoria por una doble razón. La primera, lo que hemos calificado como *clericalismo civil*:⁷⁹ los ciudadanos desaparecen como tales para convertirse simultáneamente en ovejas de un rebaño confesional y súbditos de un Estado idolátrico. El creyente habría de ser tratado, por definición, como un *mandado* de sus mentores religiosos y marginado en consecuencia del juego democrático. La democracia es, lógicamente, “un régimen en primera persona, no mediante persona interpuesta”. Sin embargo, en lo que a los creyentes

descreído, cuando no el loco, y las instituciones son legítimas sólo y hasta cuando sirven a los propios objetivos. La democracia —como cualquier otro régimen político— es, por tanto, legítima sólo sub conditione, como instrumento útil mientras sirva”. *Contra la ética de la verdad*, cit., p. 129.

⁷⁶ *Il «crucifige!» e la democrazia*, cit., p. 126. No deja de resultar sorprendente esta versión de la medida *mitezza* a cargo del creador del *diritto mite*.

⁷⁷ *Scambiarsi la veste...*, op. cit., p. 9.

⁷⁸ Lo hemos ya planteado: “Aconfesionalidad, laicidad y laicismo”, *Laicismo: sociedad neutralizada*, Digital Reasons, 2014.

⁷⁹ En *Un Estado laico. Libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Cizur Menor, Aranzadi, 2009, p. 74.

respecta, se la considerará caprichosamente “ocupada por fuerzas que actúan como *longa manus* de poderes externos”; bajo ese influjo se convertiría “en un lugar de conflicto y prepotencia, de potentados que obedecen a sus reglas y no responden a aquellas de las democracias”.⁸⁰ El ejercicio de un derecho fundamental se vería así sepultado por un artificioso principio de doble obediencia.

Habíamos partido, acertadamente, de que todos tenemos convicciones; lo que convierte en discriminatorio plantear que, mientras el agnóstico se limita a *opinar* de acuerdo con las suyas, sólo el creyente pretende *imponer* sus convicciones. Se admite que “todos nosotros somos el producto de muchas pertenencias, de la más variada especie (política, cultural, sindical, profesional, etcétera) y ello no genera problemas, ni arriesga la democracia”; porque todos tienen un alma en su almario. Se establece, sin embargo, discriminatoriamente, “una diferencia entre estas pertenencias y la pertenencia a comunidades dogmáticas que se reservan a sí mismas la gestión de la verdad”; en concreto, no sería “lo mismo pertenecer a un partido político, a una organización sindical, a una asociación cultural, o a una fe religiosa”.⁸¹ Curioso diálogo democrático...

La democracia estaría, para nuestro interlocutor, invenciblemente reñida con toda pretensión de verdad, por muy abierto al diálogo que se muestre quien la ejerza. Al creyente, sometido a tratamiento como si de un enfermo se tratara, se le aconseja una cura de humildad. “Para neutralizar la fuerza antidemocrática de la verdad —a la que está expuesta toda religión, más todavía si es monoteísta”—⁸² sólo cabrían dos vías. La maritainiana — que nuestro interlocutor dejará esfumarse misteriosamente— se basa “en la distinción entre fe y política: la fe sería el campo de la verdad dogmática, mientras que la política sería el campo de lo posible”. La otra, de origen protestante, invita a “la humilde asunción de la tarea del cristiano en el mundo, como alguien que es llamado por su propia fe a llevar un pesadísimo fardo, inevitablemente superior a sus propias fuerzas; las ideas —sobre todo las del creyente, paradójicamente— deben ser provisionales, revisables y perfectibles”; pero, al parecer, de modo inevitable “la humildad del creyente es a su vez contradicha por la agresiva petulancia con la que se divide la verdad del error”.⁸³

⁸⁰ *Contra la ética de la verdad, cit.*, p. 61.

⁸¹ “Sobre el dicho: «el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar»...”, *op. cit.*, pp. 1332 y 1333.

⁸² El argumento llega a convertirse en tópico, hasta el punto de que la Comisión Teológica Internacional le haya dedicado el 6 de diciembre de 2013 el documento *Dio Trinità, unità degli uomini. Il monoteismo cristiano contro la violenza*.

⁸³ *Contra la ética de la verdad, cit.*, p. 138.

El resultado no puede ya sorprender: quien pretenda ejercer de creyente habrá de renunciar a hacerlo como ciudadano.

Una vez destruida la coincidencia *cives-christifidelis*, se debe reconocer que pertenecen a esferas particulares no políticas, o pre-políticas. Esto significa que deben detenerse en los umbrales de los ámbitos institucionales donde se generan las decisiones colectivas, destinadas a valer de modo obligatorio para todos. Si penetran en ellos, lo harán abusivamente, proyectando una sombra de ilegitimidad sobre esas decisiones.⁸⁴

El creyente, por tanto, se verá obligado a una doble vida; en su casa podrá creer lo que quiera, pero en la calle no podrá —como los conciudadanos— expresar sus opiniones; aun estando unas y otras fundadas en convicciones, las suyas estarían contaminadas por el veneno social de la religión, lo que no ocurriría con la filosofía, la moral o la ideología política. Sin estas no habría debate democrático; pero si sumamos las suyas, tampoco.

En consecuencia, el creyente católico habrá de seguir obligadamente la vía a la que se atribuyó raíz protestante. El Jesús relevante no es el que dedica tres años a su vida pública, impartiendo doctrina a diestra y siniestra, sino el del silencio ante el desprecio de Herodes, reiterado en algún pasaje de su diálogo con Pilatos. La actitud más próxima a la democracia sería más bien la de Jesús, que “silente, hasta el fin, invita al diálogo y al repensamiento; que calla, esperando hasta el fin. Un modelo perenne”.⁸⁵ Se impone al creyente —al menos, como se verá, al católico— una libertad religiosa austera, privada de toda relevancia social y comunitaria.

VIII. CON LA IGLESIA CREE HABER TOPADO...

las doctrinas transcendental-constructivistas, ya hemos visto que todas ellas aceptan la existencia de ciertos principios ético-críticos en el ámbito de lo jurídico y son de algún modo defensoras del cognitivismo ético, por lo cual parece que deberían ser caracterizadas como iusnaturalistas. Es cierto que muchos de ellos no aceptan esa denominación, sobre todo en España, principalmente por razones de orden ideológico-político y no científico.⁸⁶

El problema no lo plantea pues que en el derecho natural, con su trasfondo creacionista, quepa detectar una querencia sobrenatural; lo que sa-

⁸⁴ *Scambiarsi la veste...*, *op. cit.*, p. 113.

⁸⁵ *Il «crucifige» e la democrazia*, *cit.*, p.126.

⁸⁶ Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del derecho. T. I...*, *op. cit.*, p. 267.

cará de quicio es que la Iglesia se atribuya la interpretación auténtica de la ley natural en la que tal derecho se insertaría. “Cuando la Iglesia católica esgrime el arma de la *ley natural* objetiva, declarándose la única depositaria y custodia de su verdadero contenido”, su voz “suena como un grito de guerra que en lugar de reforzar los lazos de la convivencia y promover una búsqueda común del bien común de todos, siembra discordia con grave peligro para la cohesión social”.⁸⁷

Lo que con ello se está cuestionando es si es concebible la presencia, en una sociedad plural, de un magisterio eclesiástico concerniente a debates de interés público. Para alguien tan alejado del catolicismo como Rawls, el asunto no presenta problema alguno. “En una sociedad democrática, el poder *no público*”, como el “ejercido por la *autoridad* de la Iglesia sobre sus feligreses, es aceptado libremente”. La situación del creyente no es diversa de la de sus conciudadanos; “cualesquiera que sean las ideas comprensivas religiosas, filosóficas o morales que tengamos, todas son aceptadas libremente, políticamente hablando; pues, dadas la libertad de culto y la libertad de pensamiento, no puede decirse sino que nos imponemos esas doctrinas a nosotros mismos”.⁸⁸ Nunca se le ocurriría, pues, hacer suya la pregunta que se plantea nuestro interlocutor: “¿qué autoriza a la Iglesia a auto-proponerse para esta misión civil?”.⁸⁹

Parece obligado admitir que, en una sociedad abierta, los ciudadanos atiendan a las fuentes creadoras de opinión que estimen oportunas, para poder así elegir la que más les convenza. Para algunos, sin embargo, si las fuentes tienen alguna connotación religiosa, lejos de ser una ayuda se convierten en una inyección de inconsciencia;⁹⁰ que la política gire en torno a la presencia en los medios, cuando no en la mera propaganda, no parece, por

⁸⁷ *La virtud de la duda, cit.*, p. 93. Con ello “la Iglesia reivindica el derecho a formular un juicio ético absoluto sobre los acontecimientos políticos y sociales”; lo que implicaría nada menos que “una sustracción de legitimidad a la Constitución positiva”. *Contra la ética de la verdad, cit.*, p. 23.

⁸⁸ Rawls, J., *El liberalismo político, cit.*, pp. 256 y 257; los énfasis son míos.

⁸⁹ “Si ha habido un campeón moderno de los que, según una expresión corriente, se identifican como los «enemigos de la sociedad abierta», ha sido la Iglesia católica, cuando se ha cerrado en sí misma, alejándose del mundo, pero proclamando al mismo tiempo su vocación totalizante, a través de afirmaciones universalistas”. *Scambiarsi la veste...*, *op. cit.*, pp. 35 y 74.

⁹⁰ “Los seres humanos no pueden escapar al deber de actuar en el mundo con responsabilidad y según la libertad que les es propia. Una ley de la que la Iglesia parece alejarse vistosamente cuando vuelve a proponer viejas visiones de la naturaleza que efectivamente liberan de la responsabilidad, pero acentúan el poder en perjuicio de la libertad”. *Contra la ética de la verdad, cit.*, p. 94.

el contrario, suscitar preocupación alguna. Por otra parte, todo ciudadano o grupo que genera opinión —salvo que se trate de una secta— se dirige a toda la sociedad esforzándose por lograr su asentimiento. Esta pretensión escandalizaría, sin embargo, en este caso: la Iglesia pretende lograr “reconocimientos como *autoridad* universal. En consecuencia, *propone* su doctrina moral no sólo a sus fieles, como sería normal, sino a todos, lo que por el contrario no es normal”.⁹¹ El reproche no puede ser más sorprendente, pero aún se irá más allá: no deberá tampoco intentar sugerirla a sus fieles.⁹² La Iglesia aspira en realidad a lograr una autoridad, que no es sino prestigio reconocido por el auditorio universal al que se dirige, proponiendo —sin imposición alguna— sus planteamientos. Expulsar del diálogo social tal actitud sería incompatible con la democracia.

Es muy castiza la actitud del paisano que afirma que cree en Dios pero no en los curas; lo llamativo es ver ese cuadro repetido en ámbito constitucional. Había emergido de pasada en el texto de Rawls un término que se prestará a ser malinterpretado, hasta erigirse en la segunda razón que llevaría a suscribir el laicismo. La presencia en el debate público de creyentes, sensibles a los planteamientos de su confesión religiosa, implicaría la entrada en liza de un *poder*. No estaríamos pues ante ciudadanos que, como cualesquiera otros, exponen sus *razones*;⁹³ servirían más bien de mera tapadera a una confesión religiosa que lucha por asumir un poder que no le pertenece. A Rawls no le escandalizaba hablar de poder, porque la democracia —que es de todos— es precisamente un modo de encauzar el poder presente de modo ineludible en toda convivencia humana. Nuestro interlocutor ejemplifica, por el contrario, la actitud de aquellos agnósticos que no se limitan a considerarse ajenos al juego de las confesiones religiosas, sino que —traduciendo todo influjo público como poder político— ven a la Iglesia como un poder intruso, falto de la legitimidad de las urnas. La *laicidad* se convierte así en *laicismo*: “Laicidad significa prohibición de intromisiones, cualquiera

⁹¹ “El lenguaje de la Iglesia, en los nuevos tiempos que no admiten ya la coerción de las conciencias, puede pretender audiencia solo por parte de sus fieles, si y mientras sean tales por libre opción”. *Scambiarsi la veste...*, *op. cit.*, pp. 3 y 31. Los énfasis en el texto son míos.

⁹² El “punto nodal es la autonomía y la responsabilidad de los fieles en la esfera política y social”; ahí “está en juego la relación entre la Iglesia y la democracia”. Facilitarla exigiría “la necesaria abstención de la Iglesia de toda iniciativa dirigida a comprometer, en esa misma esfera, la conciencia de sus fieles”, actitud que sorprendentemente atribuye al Vaticano II. “Sobre el dicho: «el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar»”, *op. cit.*, pp. 1333 y 1334.

⁹³ Lo hemos abordado con anterioridad: “Poder o racionalidad. La religión en el ámbito público. En diálogo con la «sociedad postsecular» de Jürgen Habermas”, *Religión, racionalidad y política, cit.*, pp. 89-100.

que sea su contenido, sea irrelevante hostil o benévolo. Lo que cuenta es la no injerencia”.⁹⁴ No cabe, por otra parte, fiarse: “La Iglesia que a un mismo tiempo se presenta como dialogante y luego, cuando no prevalecen sus argumentos, agita sus vetos, actúa con doblez, determinada por su ligamen con la verdad”.⁹⁵

Como colofón, será desde el agnosticismo donde surgirá una preocupación cuasipastoral, ante la posibilidad de que la Iglesia católica esté traicionando su auténtico cometido.⁹⁶ Su cáncer arrancaría de una situación que le costaría asimilar: la proliferación de los que suscriben un “creer sin pertenecer”. “De este modo se explica la insistencia, nunca antes tan acentuada, sobre la dimensión necesariamente pública o política de la religión cristiana católica (y sólo de ésta)”.⁹⁷ A nadie podría pues extrañar un “malestar democrático hacia la religión”, derivado de un erróneo modo de “concebir la religión”; “como religión de la verdad” y no “como religión de la caridad”.⁹⁸ Sólo la Madre Teresa de Calcuta se libraría del entredicho.

⁹⁴ *Scambiarsi la veste...*, *op. cit.*, p. 7. El objetivo de la Iglesia católica no sería nada beatífico: “promover un choque de civilizaciones”, aprovechando que “tiene la oportunidad de una revancha histórica contra un aspecto constitutivo del ‘mundo moderno’: la democracia. Una revancha que una parte de ella quizá siempre ha deseado y esperado”. Resultaría pues obligado estar alerta porque “ninguna forma jurídica puede garantizar realmente contra la eventualidad de una «reconquista» cristiana del Estado”. *Contra la ética de la verdad, cit.*, pp. 14 y 24.

⁹⁵ *Scambiarsi la veste...*, *op. cit.*, p. 114. Se corre así “el riesgo de no plantear del todo una u otra variante del Estado laico basado en la libertad, sino la sustitución de una forma de Estado por otra”. “Sobre el dicho: «el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar»...”, *op. cit.*, p. 1342. No en vano “el Estado moderno se ha formado precisamente sobre la premisa fundante del vaciamiento de las religiones como cemento de la convivencia política”. “Stato e chiesa. Cittadini e cattolici”, *Diritto Pubblico*, Il Mulino, XIII-3, septiembre-diciembre de 2007, p. 704.

⁹⁶ Esta situación empujaría “a lo «religioso» a comprometerse con lo «político», poniendo en riesgo la misma supervivencia de la religión como dimensión trascendente de la experiencia humana”. *Contra la ética de la verdad, cit.*, p. 33.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 72. “El vuelco ha sido capital: las palabras del magisterio hablan de cosas del mundo, no de cosas del espíritu”. *Scambiarsi la veste...*, *op. cit.*, p. 40.

⁹⁸ “Sobre el dicho: «el estado liberal secularizado vive de presupuestos que él mismo no está en condiciones de garantizar»...”, *op. cit.*, p. 1322. Esto acabaría derivando hacia una “contratación directa entre la autoridad de la Iglesia y la del Estado”; lo que unido a la capacidad de la primera de disponer de “fuerzas que actúan en las instituciones para realizar sus instrucciones, comporta una hiper-representación de las posiciones de la Iglesia”, que sería “incompatible con la ciudadanía democrática” y generaría “un sentimiento de discriminación y alienación que no puede sino alimentar divisiones ulteriores, contrastes y tensiones destructivas”. *Stato e chiesa. Cittadini e cattolici...*, *op. cit.*, p. 709. Cualquier mediano conocedor de las interioridades de la Iglesia católica, sobre todo en más de un país europeo, sonreiría ante este guión de película de James Bond.

En resumen, “el problema no son los creyentes sino la Iglesia cuando pide y obtiene la alianza con el Estado, ofreciéndole aquella garantía de los valores *anteriores* que la democracia liberal presupone”, lo que llevaría a una “democracia protegida, con soberanía limitada”.⁹⁹ Su presunta disponibilidad altruista no es tal, porque sus peones “actúan no para colmar vacíos, sino para operar sustituciones”; “combaten en una batalla, por la hegemonía cultural que no es sólo *para*, sino *contra*.”¹⁰⁰

IX. *VELUTI SI DEUS DARETUR*

Esta paradoja es uno de los aspectos más “chocantes” del pensamiento actual de aquellos derechos, que habiendo heredado de la tradición cristiana las ideas de dignidad humana y de sus prerrogativas esenciales, resulta ser, a raíz de su inmanentismo de base, intrínsecamente incapaz —y cada vez en mayor medida— de justificar seriamente esa dignidad y esas prerrogativas.¹⁰¹

Hugo Grocio, en el contexto europeo de una auténtica guerra de religión, había resaltado la valencia cognitivista del derecho natural. La captación racional de esas exigencias jurídicas objetivas, absteniéndose de profundizar perturbadoramente en su última *ratio* creacionista, ofrecía un ámbito de mutuo entendimiento, sobre el que sentarán los cimientos del derecho internacional. Esas exigencias jurídicas seguirían siendo válidas también *etiamsi daremus non esse Deum aut non curari ab eo negotia humana*;¹⁰² aun en la hipótesis de que Dios no existiera o no se ocupara de los problemas humanos. Esto equivale a sentar que “también Dios, mejor dicho, Dios en primer lugar, está sometido a la justicia”; es decir, que matar no es injusto porque él lo prohíba, sino que lo prohíbe porque es objetivamente injusto. La voluntad de diálogo de nuestro interlocutor no llega a hacerle capaz de asumirlo.¹⁰³

⁹⁹ Todo esto supondría volver a la doctrina de la “potestas indirecta”, por la que la Iglesia “se autoatribuye el derecho de dirigirse a quien dispone de poder en el mundo para dictar leyes vinculantes para todos”. El catolicismo estaría “en auge quizá más como (sucedáneo de una) religión civil que como religión de las personas”. *Contra la ética de la verdad, cit.*, pp. 40 y 52.

¹⁰⁰ “No son benefactores, sino conquistadores: son, en concreto, caballos de Troya”. De ahí que describan sociedades que son “lugares de disgregación y desesperación, relativismo ético, egoísmo y falta de vigor moral”; lo que achacan al “tristemente célebre pensamiento débil”. *Ibidem*, pp. 11 y 12.

¹⁰¹ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Inmanencia, trascendencia y derechos humanos”, *Persona y Derecho*, 21, 1989, p. 183.

¹⁰² *De iure belli ac pacis*, Amsterdam, 1689, Prolegomena, 11.

¹⁰³ “No parece posible referir a Dios esta filosofía del como si («als ob»), y menos entendida en sentido negativo (como si Dios NO existiera)”; le parece a la vez “inimaginable que sean los creyentes los que apliquen tal filosofía, que para ellos es sólo una perversa ficción”.

La propuesta resucitará inopinadamente de la mano de uno de los iconos de la segunda mitad del siglo XX. Jürgen Habermas dejará descolocado a más de un progresista, al denunciar que la presunta neutralidad del laicismo puede acabar con frecuencia implicando una discriminación por razón de religión. Mientras que los creyentes han de esforzarse por traducir sus planteamientos de modo comprensible para los agnósticos, estos no sólo no tienen nada que traducir sino que, amparados en la presunta *neutralidad* laicista, gozan de primacía institucional. De ahí su propuesta de una *sociedad postsecular*, que complementa simétricamente un escenario intelectual postmetafísico.¹⁰⁴ El velo de silencio con que ha sido acogido su planteamiento ha encontrado en Italia más explícito eco crítico,¹⁰⁵ con nuestro interlocutor en primera línea de combate.

Ante la postsecularización se planteará “qué significa esto exactamente” y constatará que ha generado un “contramovimiento” determinado por “la crisis de la subjetividad racionalizante”; empuja, “no por simple nostalgia o consuelo interior, a la religión y a las prestaciones que ésta es capaz de proporcionar a la sociedad”. En el trasfondo estaría latiendo, a su juicio, un burdo oportunismo compartido. “Una cierta tradición laica, que nada tiene que ver con la fe o con el reconocimiento de valores propiamente religiosos, respecto de los cuales es perfectamente indiferente, cuando no burlesca”, se muestra “interesada en la capacidad de la religión para crear identidades y convergencias respecto a determinados valores civiles”; por su parte, la Iglesia busca una “convergencia” que “le permita extender su propia influencia y reforzar su arraigo en la sociedad”.¹⁰⁶

La idea de justicia y la experiencia de la injusticia, cit., pp. 30 y 46. Lo mismo ocurrirá cuando más tarde se invite a los agnósticos a respetar ese orden objetivo: “¿Pero cómo puede pedirse a un no creyente contradecirse tan profundamente a sí mismo, hasta el punto de confiar en lo que se le dice sobre un Dios que él mismo no conoce? El consejo de la Iglesia católica dirigido al no creyente tiene un único y contradictorio significado: sígueme, por acto de fe”. *Contra la ética de la verdad, cit.*, p. 46.

¹⁰⁴ Sobre estas y posteriores referencias me remito a las notas del ya aludido trabajo *Poder o racionalidad. La religión en el ámbito público, cit.*

¹⁰⁵ Valga como ejemplo Flores D’arcais, P., “Once tesis contra Habermas”, *Claves de Razón Práctica*, 179, 2008, pp. 56-60; publicado con anterioridad en *MicroMega* y *Die Zeit*.

¹⁰⁶ *Contra la ética de la verdad, cit.*, pp. 15 y 20. Esta equivocada propuesta no podría ocultar una situación que “se nos muestra con evidencia: por una parte, un anticlericalismo creciente, alimentado como contraste por el mismo radicalismo de las posiciones de la Iglesia; por otra, una subalternidad que se manifiesta de modo oportunista cuando del servilismo se puede esperar algún interesado retorno”. Se olvidaría así que el primer principio es “la laicidad del Estado y de la convivencia, de la que el Estado es expresión institucional”; lo que significa ante todo la “legítima autosuficiencia de la sociedad civil para bastarse a sí misma”. *Scambiarsi la veste..., op. cit.*, pp. 101 y 102.

El principal objeto de su crítica será la invitación habermasiana a que creyentes y agnósticos asuman un *doble aprendizaje*. A juicio de nuestro interlocutor, este “aprender uno del otro y la aceptación de las recíprocas limitaciones presuponen un terreno en el que las fuerzas espirituales que se confrontan se colocan simétricamente”; sin embargo, en realidad, lo que se establece así es “la premisa para sostener una presunta superioridad moral categorial de los creyentes sobre los no creyentes que estos últimos, naturalmente, no pueden aceptar”; lo contrario llevaría a “favorecer posiciones consideradas dogmáticas y prevaricadoras de la libertad”.¹⁰⁷ Resulta pues obligado descartar la propuesta de estos “ateos clericales”.¹⁰⁸

El hoy papa emérito Benedicto XVI, al dialogar con la propuesta de su compatriota, va más allá del mero aprendizaje mutuo. Anima a los agnósticos a asumir una variante de la sugerencia grociana: actuar —aun no creyendo— como si Dios existiera, previendo un positivo fruto social. Se apoya para ello en su énfasis en un Dios que es más *logos* que voluntad omnipotente. La acogida no resultará más amable.¹⁰⁹ “La relación con el mundo de

¹⁰⁷ *Stato e chiesa. Cittadini e cattolici...*, *op. cit.*, pp. 711 y 712. Se quiera o no, se trata del “reconocimiento del valor público, más bien «político» de la religión, que el proceso de secularización ha circunscrito a la esfera de la moral privada, y contemporáneamente, de la asignación a las iglesias de un cometido mundano, más allá de la administración de los sacramentos y de los sacrificios por la salvación de las almas, para «reanimar» la vida del Estado con un aliento religioso”. Se pretende con ello “consolidar los vínculos de comunidad que el secularismo individualista ha destruido”. Pero esa “reasunción de papel político por parte de la religión, para no traducirse en una contradicción con su objetivo, es decir en factor de (ulterior) descomposición de la sociedad, debe traducirse en un programa misionero de cristianización que mira a las raíces, es decir a superar el pluralismo y a introducir criterios de preferencia confesional, si no de discriminación y persecución”. “Sobre el dicho...”, *op. cit.*, p. 1327.

¹⁰⁸ Estos “no creyentes”, “perjudicándose a sí mismos, tributan reconocimientos de superioridad a los creyentes”; estos acabarían gozando de “un estatus de superioridad no sólo moral sino también civil. El ciudadano por excelencia sería el hombre de fe en Dios”. “Quien no se reconoce en las posiciones del magisterio católico parece casi deber disculparse por un defecto moral y, en efecto, muchos laicos —sorprendente, oportunista, y vilmente— no rehúyan la aceptación de dicho defecto”. *Contra la ética de la verdad, cit.*, pp. 73 y 78, 107.

¹⁰⁹ “El magisterio católico sigue abruptos caminos en el intento de proponer un Dios de naturaleza racional (logos) y defender que, en la concepción cristiano-católica actual, fe y religión coinciden. El ser humano «de razón» es tal porque es también «de fe», por lo que quien no la tiene o está contra ella, carece de razón o va contra aquélla”. “Proclamándose guardián del orden racional-natural, la Iglesia puede proponerse como guardiana de la ortodoxia de la razón”. “El interlocutor no católico es para la Iglesia alguien que tiene poco o ningún valor moral ni racional; es alguien que las circunstancias obligan a tolerar, pero del que muy gustosamente se prescindiría. Bien pensado, la amigable propuesta a los no creyentes de «vivir (al menos) como si Dios existiera» es consecuencia de este desprecio. Si la Iglesia mantiene relación con aquéllos es porque las condiciones históricas concretas no permiten

una tal auto-representación de la Iglesia difícilmente puede concebirse en términos amigables: se trata de ser conquistados o de conquistar, como parte combatiente contra otras partes hostiles”. Este *diálogo* puede ser sólo un acercamiento al otro en vista de su conversión o asimilación, es decir, de su eliminación en cuanto *otro*. Eliminación a la que se podría llegar, según una idea más bien peregrina y en el fondo ofensiva para toda conciencia que considera su primer deber ser coherente consigo misma, si los no católicos, alzando por así decir bandera blanca, rindiéndose, decidieran ser y actuar *veluti si Deus daretur*, o sea renegando de sí mismos.¹¹⁰

Queda pues de relieve que el rechazo al derecho natural no se apoya en polémicas metafísicas; ni siquiera en difusos planteamientos de pluralismo. Es un rocoso punto de partida laicista el que —no pocas veces— convierte al iusnaturalismo en académicamente incorrecto y políticamente deleznable. Nada nuevo bajo el sol. Ya en los años sesenta del pasado siglo no faltaba quien defendiera el positivismo jurídico, no por razones de teoría del derecho sino como bandera ideológica de un planteamiento cultural progresista.¹¹¹ Ante el *Bundestag*, el propio Benedicto XVI hacía balance, el 22 de septiembre de 2011, de en qué había quedado el presunto renacimiento del iusnaturalismo en la posguerra. Después de haber servido de fundamento al despliegue de los derechos fundamentales en las nacientes Constituciones, “la idea del derecho natural se considera hoy una doctrina católica más bien singular; sobre la que no vale la pena discutir fuera del ámbito católico, de modo que casi nos avergüenza hasta la sola mención del término”.¹¹² En realidad se quedó corto, no sólo porque el interés de los católicos por el derecho natural y su adecuada argumentación es perfectamente describable; sobre todo, porque su vecindad católica ha contribuido paradójicamente a rodearlo de un aurea sobrenatural, que genera un peculiar rechazo.

actuar de otro modo. El diálogo no es una cuestión de convicción sino de oportunismo dictado por la mayor fuerza o por razones tácticas, a la espera del cambio de situación”. *Ibidem*, pp. 75 y 76.

¹¹⁰ Aludirá a “alocución prevista (pero no pronunciada) para la inauguración del año académico de la Università La Sapienza de Roma”; sin que le merezca mayor comentario, quizá como síntoma de la “neutralidad” laicista. Sí apuntará sobre su texto que con “la pretensión de universalismo: la «defensa del hombre» como tal, ligada a la verdad de la razón práctica”, unida a la “identificación de la recta razón con el logos que está «junto a Dios», el mundo acaba re-invertido y re-sacralizado”. *Scambiarsi la veste...*, *op. cit.*, pp. 81 y 82, 85 y 88 y 89.

¹¹¹ Valga como muestra Scarpelli, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 1965.

¹¹² De ello me he ocupado en “Hacer entrar en razón al Estado de derecho. Benedicto XVI aborda los fundamentos del Estado”, *op. cit.*, pp. 103-111.

X. UNA ENIGMÁTICA REGLA DE RECONOCIMIENTO

“Es posible sostener que, para el realismo clásico, toda expresión o manifestación de la naturaleza humana reviste carácter cultural, con su necesario particularismo e historicidad; pero a la inversa, es también evidente que no hay expresión cultural que no tenga inexorablemente un fundamento natural”.¹¹³

Dejando aparte las peripecias del laicismo confesional, presentado en algún país incluso como nacional-laicismo,¹¹⁴ sigue sin descifrarse la incógnita: en qué puede consistir esa otra cara del derecho, cuya existencia sería absurdo cuestionar.

Nuestro interlocutor es consciente del resbaladizo terreno que pisa, al preguntarse por esos presupuestos que juegan como “Constitución (o factor constitutivo) de la Constitución”.¹¹⁵ No le dolerán prendas a la hora de reconocer que

la *Constitución* desempeña la misma función de unificación, de fundación y de estabilización de las estructuras político-sociales que en un tiempo desempeñaba el *derecho natural* y tradicional, es decir, el derecho en su lado material. Todo esto ha sido trastocado, pero de hecho no se han superado aquellas *exigencias primordiales*, porque no ha desaparecido la exigencia de sustraer el *derecho* de la pura, ciega, arbitraria voluntad de quien dispone de un poder para emplearlo en la *ley*.¹¹⁶

La clave la hará radicar en lo que llama “la *justedad* del derecho”; concepto que me recuerda el ya aludido de *corrección* al que se remitía Robert Alexy; “no agradecerá por supuesto a esos espíritus que ya aquí en la tierra buscan lo absoluto”. El término implicaría “una relación de adecuación práctica, una proporción con algo externo a la ley”, que nos recuerda la onnipresencia de lo razonable en la jurisprudencia constitucional: “Si hay un carácter del derecho de nuestros días sobre cuyo significado habría que reflexionar para alcanzar un cierto conocimiento de las implicaciones acerca de la esencia de lo *jurídico*, es precisamente la *racionabilidad*, otra manera de decir la *justedad*”.¹¹⁷ Un iusnaturalista que no ignore la historicidad

¹¹³ Massini Correas, Carlos I., “Multiculturalismo y derechos humanos. Las propuestas liberales y el iusnaturalismo realista”, *Persona y Derecho*, 48, 2003, p. 72.

¹¹⁴ Sobre el particular, *Laicismo: sociedad neutralizada*, Digital Reasons, 2014.

¹¹⁵ *Intorno alla legge...*, *op. cit.*, p. 120.

¹¹⁶ *La virtud de la duda*, *cit.*, pp. 60 y 61; énfasis nuestros.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 45. La *justedad* del derecho “no remite a conceptos carentes de historia sino a la experiencia espiritual colectiva que llamamos «cultura», es decir, a categorías de significado y valor relacionados con los hechos sociales, con raíces muy diversas (religiosas,

que acompaña a la razón práctica en la concretización del derecho natural, como en la de todo lo jurídico, no tendría por qué sentirse incómodo con el planteamiento...

La respuesta a nuestra incógnita queda simplemente aplazada, porque habrá que dilucidar en qué se apoya tal *justedad*. Entrará así en juego otro concepto como ulterior fórmula explicativa: *cultura*. Su vecindad con el derecho natural sigue pareciendo tan cercana que se hace preciso desmentirla. La *justedad* del derecho indica “una relación con una realidad de tipo cultural. No está en juego la correspondencia del derecho con la cosa en sí, con las relaciones sociales naturalmente justas”; “la lucha por el derecho se realiza ante todo participando en la vida cultural, en el ámbito social que nuestro derecho expresa y en el que el derecho opera”.¹¹⁸ Ese carácter performativo del lenguaje jurídico es poco discutible, pero no queda claro si es el derecho el que genera cultura o la cultura la que engendra derecho. El secreto se encerrará en “la cultura constitucional. Esto es lo que hace de la Constitución el otro lado del derecho, recuperando la dimensión del *ius* del único modo hoy posible, tras el ocaso de todas las otras sustancias jurídicas”.¹¹⁹

Resucita así el papel de los principios, dejando en evidencia a un positivismo normativista que sobrevive por inercia. A nadie extrañará que, mediante “los principios, se incluyan en el derecho contenidos materiales pre-positivos de los que dependen no sólo la interpretación, sino también la validez del derecho positivo”. El paisaje se irá completando: “el mundo de las reglas es, fundamentalmente, el de la legislación; el mundo de los principios, el de la Constitución; el mundo de los valores, el de la cultura”.¹²⁰

tradicionales, filosóficas, artísticas, etcétera) y contenidos muy variados desde el punto de vista histórico; categorías de significado y de valor que transforman meros aglomerados en sociedades de seres humanos”. *La ley y su justicia*, cit., p. 30.

¹¹⁸ “La Constitución, en el sentido actual, es un producto artificial, un conjunto de normas que se ha decidido escribir en un documento que lleva ese nombre. Pero solo se convierte en verdadera Constitución si se encarna en la historia viva de un pueblo y se transforma en parte constitutiva de su cultura. Solo así dejaría de ser un simple papel que, en relación con otros simples papeles, presenta la única característica de que es más difícil de tirar a la papelera”. *La virtud de la duda*, cit., pp. 45 y 46, y 67.

¹¹⁹ *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, cit., p. 45. Esto explicaría que “cuando hablamos de la Constitución, no hablamos de algo que existe en sí y por sí, sino de algo que nosotros, al trabajar para formar una cultura constitucional, contribuimos a modelar”. *Ibidem*, p. 60. La fórmula, nada novedosa, recuerda cómo J. Rawls afirma que “en un régimen constitucional con revisión judicial, la razón pública es la razón de su Tribunal Supremo”. *El liberalismo político*, cit., p. 266.

¹²⁰ *La ley y su justicia*, cit., pp. 192-193. Nuestra versión del problema en “Valores, principios, normas. Dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo”, *Doxa*, 21-II, 1998, pp. 305-319.

Todo se apoya en una circularidad hermenéutica que, falta de un punto de apoyo, difícilmente no acabará siendo viciosa. “Una vez que ha legislado, la disputa sobre el sentido no se detiene totalmente de modo definitivo, ya que vive de razones propias cuya naturaleza precede al derecho positivo y es esencialmente cultural”.¹²¹

El problema es que “en una Constitución basada en principios, la interpretación es el acto que pone en relación un pasado constitucional asumido como valor y un futuro que se nos plantea como problema a resolver con continuidad”. Este futuro “aparece a la luz de una precomprensión; de los principios constitucionales. Pero esta precomprensión no puede sino ser una postcomprensión; a la luz de nuevo de los principios, que nos permiten captar la consciencia histórico-cultural del problema constitucional”.¹²²

La incógnita sigue viva: cómo decantamos dentro de esa *cultura* unas exigencias rebosantes de *justedad*. Nuestro interlocutor no deja de evocar otros planteamientos que estima parecidos; por ejemplo, el de un Dworkin tachado de iusnaturalista. Su postura podría, a su parecer, “calificarse con un neologismo: *culturalismo*”; porque “no radica el derecho ni en la fuerza normativa de la naturaleza ni en la de la sociedad”, sino que lo funda más bien en “elementos directivos de naturaleza cultural, en los que ser y deber ser se funden de modo inextricable” dando paso a la “*Constitución material* presupuesta a la Constitución formal positiva”.¹²³

Al final nos veremos remitidos a un punto de referencia polivalente. “El valor de las normas jurídicas se mide observando desde fuera su capacidad de regular adecuadamente las *expectativas* propuestas por la dinámica de las relaciones sociales, en relación con los casos”. Llega pues el momento de preguntarse: “¿cómo podemos definir la cultura en función de nuestro objetivo?”; entrarán en juego “el conjunto de categorías de sentido y de valor imperantes en una sociedad”. De ahí que una “buena jurisprudencia” será “la que se sitúa en lo que se ha llamado *horizonte de expectativas* (Erwartungshorizont) cultural, lo que no supone una actitud meramente conformista,

¹²¹ *La ley y su justicia*, cit., p. 165. “No existe una ontología metafísica o metahistórica del derecho. En este sentido, es un «posterior». Pero, al mismo tiempo, no renuncia a una función que pretende conformar la práctica. En este sentido, es un «prior». El derecho es lo que es, sea a consecuencia de cómo es la sociedad, sea de cómo se quiere que la sociedad sea”. *Intorno alla legge...*, op. cit., p. 356; no es poca la diferencia.

¹²² *Intorno alla legge...*, op. cit., p. 238.

¹²³ “Diritto per: valori, principi o regole?”, op. cit., p. 886. Es todo un síntoma que no pueda evitar la evocación del espíritu del pueblo; se ve obligado a emparejarla con algún otro “espíritu de cualquier cosa”, ambos típicamente expresivos de “conservadurismo”. *Ibidem*, p. 208.

sino un momento esencial de comunicación y de control de los motivos de la decisión según parámetros duraderos y por ello, en cierto sentido, objetivos”.¹²⁴

Ese horizonte interrogativo —de resonancias gadamerianas— no es, a mi modo de ver, en modo alguno descriptivo sino normativo. Expectativas sociales hay muchas y no todas ellas rebosarán *justedad*. No toda opinión merece tal rango, ni todo uso social puede ser considerado derecho consuetudinario.¹²⁵ Sólo una *opinio iuris* conferirá carácter jurídico a la mera reiteración fáctica; solo una *opinio iustitiae* podrá generar *justedad*. Llegamos al núcleo del problema: qué diferencia existe entre una *opinio iustitiae* y una interesada ocurrencia.¹²⁶

No se me ocurre otra respuesta: su referencia a una justicia objetiva que no puede ser generada por la mera opinión...

¹²⁴ *La ley y su justicia, cit.*, pp. 161, 169 y 170.

¹²⁵ Nuestro interlocutor parece olvidarlo cuando nos dice: “podremos decir que el derecho como forma son las «leyes»; el derecho como sustancia, las «mores», entendiendo los dos términos en sentido genérico”. *Il giudice delle leggi artefice del diritto, cit.*, p. 22.

¹²⁶ “Este recurso a la cultura como contexto del derecho supone, en cierto modo, admitir que las expectativas sociales son un factor de la interpretación jurídica”. “Si no podemos contar con la garantía de estructuras comunes de sentido y de valor”, “¿estamos quizá condenados a depender de cualquier hallazgo «creativo» imprevisible que se oponga al contexto, incluso en el nombre de valores morales respetabilísimos pero con efectos solo polémicos? ¿O bien deberíamos resignarnos al triste conformismo de una jurisprudencia que se sirve del «sentido común» y reduce su función a una indecorosa persecución del favor del público, o del consenso del más fuerte?”. *La ley y su justicia, cit.*, p. 171.

ÉTICA EN PRIMERA PERSONA. REFLEXIONES SOBRE LOS ESCRITOS DE GIUSEPPE ABBÀ

Marta HANNA DE ROSA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El iter de Abbà*. III. *El punto de vista de la primera persona*. IV. *Virtud y vida buena*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

A finales de 2006, Carlos Ignacio Massini me sugirió estudiar el pensamiento del teólogo Giuseppe Abbà, SDB. Él había dado con *Lex et virtus*¹ y encontrando una gran coincidencia con su propia visión de la virtud. Siguiendo su consejo, dado que no era fácil hallar la obra del salesiano en Argentina, viajé a Roma y durante un mes concurrí a la Universidad Pontificia Salesiano.

Allí no sólo hallé los libros y artículos de Abbà, sino que lo conocí. La carta que había enviado informando de mi visita no llegó. Sin embargo, desde el primer día, el padre Abbà se puso a mi disposición y me proporcionó los textos (separatas de sus artículos y fotocopia de originales manuscritos). Todas las tardes, cuando él terminaba su labor docente, me buscaba en la biblioteca para charlar sobre lo que yo había leído ese día.

Tuvo la delicadeza de explicarme el *iter* de su investigación, iniciada cuando preparaba su tesis doctoral, y de indicarme cuáles eran los aportes más importantes que él consideraba haber hecho al debate contemporáneo sobre la virtud.

Fruto de esas charlas es este breve artículo.

* Abogada (UM); licenciada en Derecho canónico (UCA); profesora UCU; becaria en el Instituto Filosofía Práctica, UCA, mhanna@ucu.edu.uy.

¹ *Lex et virtus. Studi sull'evoluzione della dottrina morale di san Tommaso d'Aquino*, LAS-ROMA, Biblioteca di Scienze Religiose, 56, 1983, p. 294.

II. EL *ITER* DE ABBÀ

En 1976, Giuseppe Abbà defendió su tesis doctoral sobre *Il culto en la vida cristiana según santo Tomás de Aquino* (Facultad de Teología, Instituto de Teología Espiritual, de la Universidad Pontificia Salesiana). Durante esa investigación notó diversidades en la forma en que Tomás explica el culto y la religión en la teología de la Ley, de CG III, por un lado, y en la teología del hábito, de STh II Pars, por otro. De modo que decidió seguirle el rastro al tema en toda la obra del Aquinate, desde los *Scriptum super Sententiae* hasta la *Summa Theologiae*.

Los primeros resultados aparecieron en forma de artículo (en *Salesianum*, 1980-81), incorporados luego como capítulos I y VI de *Lex et virtus*, publicado en 1983. Su objetivo era buscar las razones y las implicancias de la modificación en la concepción del *habitus*. Para ello, realizó una lectura diacrónica de los textos relevantes, dando mucha importancia al plano sistemático de cada una de las obras examinadas. Abbà sostiene que la originalidad de la I-II sólo puede advertirse realizando este tipo de lectura, partiendo por *Scriptum super Sententiis*, luego *De veritate*, la *Summa contra Gentiles* y, finalmente, la *Summa Theologiae*.²

Continuó su investigación en dos líneas. Por un lado, desde un enfoque epistemológico, profundizó en la naturaleza teológica de la II Pars, lo que dio origen a numerosos artículos. Por otro lado, como profesor de Filosofía moral, procuró aprovechar sus lecturas para la construcción de una filosofía moral que retomara y defendiera frente a las corrientes de pensamiento moral contemporáneo aquélla del Aquinate. En este marco, entró en el debate ético contemporáneo, defendiendo la concepción tomista de la vida virtuosa como vida de felicidad imperfecta, explicando la regla moral como ordenamiento de la razón que define las virtudes y cuya práctica requiere de la formación de hábitos virtuosos, y como regla de la verdadera felicidad, concebida ésta según I-II, qq. 1-5.³ Sobre el particular son relevantes sus artículos “Virtù e felicità della condotta umana”⁴ y “Virtù e dovere: valutazione di un recente dibattito”,⁵ donde ofrece una reseña muy completa de los filósofos y teólogos, católicos y no católicos, que, a partir de 1960, propusieron integrar el concepto de virtud a la ética.

² Cfr. “L’originalità dell’etica delle virtù”, *Salesianum*, 59, 1997, p. 498.

³ Cfr. *Quale impostazione per la filosofia morale. Ricerche di filosofia morale. 1*, LAS-ROMA, 1996, p. 111.

⁴ En *Salesianum*, 47, 1985, pp. 71-127.

⁵ *Ibidem*, 49, 1987, pp. 421-484.

Esta búsqueda de los filósofos morales sobre la virtud lo llevó a preguntarse por la razón de este renacimiento del interés por la virtud, teniendo en cuenta que se trata de propuestas diferentes a la de la *II Pars*. Fue así que descubrió la diferencia en la impostación de la filosofía moral entre lo que él llama “el punto de vista de la primera persona”, o del sujeto agente, y “el punto de vista de la tercera persona”, o del legislador (juez, observador); el primero es propio de la ética antigua, especialmente aristotélica, y de la tomista (*II Pars*); el segundo es típico de la teología de la ley y de la filosofía moral moderna. Plasmó su investigación en varios artículos que finalmente recogió en *Felicità, vita buona e virtù*, de 1987.⁶

En 1995 apareció la segunda edición de *Felicità, vita buona e virtù*. Para no modificar los textos, las aclaraciones y agregados se incorporaron como nota final de algunos capítulos; la del capítulo V es capital para el tema de la virtud.

En 1996 publicó *Quale impostazione per la filosofia morale?*, que también incluye algunos artículos publicados a partir de 1990.⁷ En esta obra expone su análisis de Juan Duns Scoto, Guillermo de Ockham y Francisco Suárez, e intenta mostrar que la concepción del conocimiento práctico, de la relación entre inteligencia y voluntad en el acto humano y de la individuación del hombre en los tres teólogos provocó el olvido de la concepción tomista de la *II Pars* (incluso en la teología moral católica), el surgimiento del concepto moderno de virtud y una lectura engañosa de la misma *II Pars*, como si no se diferenciara de lo que Tomás sostiene en sus escritos anteriores.

Pensado inicialmente como artículo, *Quale impostazione* terminó siendo un libro y “el primero de una serie de volúmenes de investigación de filosofía moral, en los que estoy trabajando pero sin previsiones para el futuro ni fecha de vencimiento”.⁸

El problema epistemológico continuó siendo objeto de su investigación en los años siguientes, así como el de una educación para las virtudes. Artículos y conferencias de esos años fueron en parte reunidos, corregidos y ampliados a fin de lograr la unidad que requiere un libro, *Costituzione epistemica della filosofia morale*, publicado en 2009.⁹

⁶ *Felicità, vita buona et virtù*, 2a. ed. ampliada y corregida, LAS- ROMA, 1995, p. 356.

⁷ *Quale impostazione per la filosofia morale...*, *op. cit.*, p. 329.

⁸ Así me lo expresó Abbà, en escrito inédito que he tenido presente para redactar este *iter*.

⁹ *Costituzione epistemica della filosofia morale. Ricerche di filosofia morale 2*, LAS-ROMA, 2009, p. 367.

En 2010 salió una nueva edición de *Lex et virtus*, que no he leído.¹⁰

Ya como profesor emérito de la Facultad de Filosofía de la Universidad Salesiana de Roma, el P. Abbà continúa dictando clases de filosofía moral. También es conferencista habitual en el *Angelicum* de Roma, “el único salesiano al que los dominicos permiten hablar de Santo Tomás en sus congresos”.¹¹

III. EL PUNTO DE VISTA DE LA PRIMERA PERSONA

En la introducción de *Lex et virtus*, Abbà escribe que, mientras en *Contra Gentes*, Tomás “riduce la legge a un principio esterno de condotta e pone tutta la vita morale sotto l’esclusivo segno de la legge...”, en la *STh, II Pars*: “riduce la legge a un principio esterno de condotta e pone tutta la vita morale sotto il segno de la virtù”. La diferencia, entonces, viene dada por la noción de virtud o, más exactamente, por el papel de las virtudes en la vida moral.

Este paso de una doctrina moral centrada en la ley divina —en la que los hábitos están al servicio de la práctica de la ley— a una doctrina moral centrada en los hábitos virtuosos, en la que la ley divina está al servicio de la formación de los hábitos virtuosos, está directamente relacionado con el enfoque de la vida moral, aquel “punto de vista clásico” de la ética, que es el de la primera persona.

En efecto, destaca Abbà que —hasta la CG inclusive— la ley ocupa un lugar central en el cuadro teológico de Tomás porque es la manifestación de que el hombre es imagen de Dios no sólo por ser libre, sino porque tiene capacidad de gobierno; como el Creador, también el hombre puede legislar y así ordenar sus actos humanos a fin de completar mediante ellos lo que Dios ha iniciado en la creación.¹² En ese esquema, “La virtù è semplicemente effetto indotto dalla legge, quando essa riesce a sottomettersi gli

¹⁰ *Lex et Virtus. Studi sull’evoluzione della dottrina morale di San Tommaso d’Aquino*, Fontana di Trevi Edizioni, 2010.

¹¹ No pude constatar si sólo fue una broma que me dijo el entonces director de la biblioteca de la UPS, pero es bastante significativo.

¹² *Lex et virtus...*, *op. cit.*, p. 84: “...per la vita morale dell’uomo è escogitato un quadro teologico nuovo: il governo divino... il governo di Dio è l’azione divina in quanto, proseguendo nella comunicazione del suo bene alle creature, porta a compimento ciò che nella creazione ha iniziato.

...considerare in una nuova luce l’azione libera dell’uomo. Essa non è soltanto libera, ma in essa si rispecchia qualcosa della capacità di governo del Creatore. L’uomo cioè può essere considerato immagine del suo Creatore proprio in quanto ne condivide, a suo modo, la capacità di governo”.

individui; effetto che non manifesta nulla di nuovo in Dio”.¹³ Efecto de la ley y, por otro lado, causa del —fácil, pronto y deleitable— cumplimiento de la ley. Porque los hábitos virtuosos son pensados como reforzamiento de las potencias en orden a facilitar la vida moral.

Ciò che caratterizza lo *Scriptum*, il *De veritate* e la CG, è il fatto che in queste opere l'ordine morale è immediatamente considerato come comunicazione d'una legge divina all'uomo, legge che vien fatta conoscere all'uomo perché egli si adegui all'idea esemplare divina che sta all'origine della legge. È questo il senso ultimo delle analisi del *De Veritate* sulla comunicazione della verità divina per quanto concene la conoscenza morale: conformare e adeguare l'azione umana all'esemplare divino.¹⁴

Quien aborda la lectura de la I-II, 90-108, puede pensar que —dado el papel de la ley en la ordenación de los actos humanos hacia el bien propio— la función de las virtudes es sólo ejecutiva, nos dice Abbà. En efecto, parecería que ellas solo “inclinano a osservare volentieri, facilmente e stabilmente i precetti delle leggi”.¹⁵ Pero la propuesta tomista como una ética de la virtud (cuya originalidad es el objeto de estudio del segundo libro del salesiano, *Felicità, vita buona e virtù*) va mucho más allá. Para comprenderlo es preciso analizar la *II Pars*.

En la *II Pars*, Tomás supera la exposición de una ética de la ley —en la línea de sus anteriores obras y de los teólogos escolásticos— e inserta la virtud como tema central, elaborando una nueva ética, “che è originale anche rispetto a quella aristotelica, e in questa nuova etica inserisce le varie leggi come quelle che, ciascuno a suo modo, avviano alla vita secondo le virtù contribuendo alla generazioni di abiti virtuosi”.¹⁶ La *II Pars* es la primera obra de doctrina moral sistemáticamente elaborada y articulada, obra teológica con argumentos de razón natural.¹⁷

La originalidad que Abbà encuentra se relaciona con el *punto de vista della prima persona*, esto es, el enfoque de la ética desde el agente que ha de determinar en cada caso concreto cuál es el acto debido, cuál la elección correcta en vistas a la (su) vida verdaderamente buena. Precisamente por esto, la ética de Tomás es la más adecuada a la experiencia moral integral.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 55.

¹⁵ “L'originalità dell'etica delle virtù”, *Salesianum*, 59, p. 498.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Cfr. Quale impostazione...*, *op. cit.*, el punto 3 del capítulo IV: “L'articolazione della dottrina morale tomista”, pp. 110 y ss.

...l'articolazione della *II Pars* è più adeguata all'esperienza morale integra, di cui l'aspetto più noto e principale sono le virtù. In una *prima ripresa* ... si può notare in ogni sezione *la focalizzazione sul virtuoso e sulle virtù...* Questa tematizzazione del virtuoso e delle virtù come punto focale della considerazione morale è l'originalità della *II Pars*.¹⁸

Este enfoque no es exclusivo del doctor Angélico. Por el contrario, es común a la ética antigua, en especial la aristotélica, y a la medieval, señala Abbà. Es sí novedoso para el debate ético contemporáneo; precisamente en él radica —al decir de Abbà— la fractura entre la ética aristotélica y tomista y la ética moderna, “una frattura che introduce nel significato dei principale termini etici un'insanabile equivocità”,¹⁹ y provoca un cambio importante en los problemas centrales de cada una de las dos visiones. Porque, mientras para los primeros la ética se enfoca desde el agente (punto de vista de la primera persona), el punto de vista moderno es el de la tercera persona, “o del osservatore, del giudice, del legislatore”.²⁰

Este cambio de óptica (a tercera persona) conlleva la relegación de las virtudes a meros instrumentos en orden al cumplimiento de las leyes, y porque éstas últimas adquieren primacía, el acento se pone en la obligación y en la conducta externa, y la ética termina reduciéndose “a etica difensiva dei requisiti minimi per il funzionamento d'una società”.²¹ Toda ética cuyo enfoque sea aquél del observador (juez, legislador) y no del agente, se preocupa por determinar las conductas debidas, permitidas y prohibidas, o como dice Abbà:

L'etica della terza persona mira a creare un assetto sociale ove l'uomo come soggetto di desideri o l'uomo come soggetto autonomo possa fare ciò che vuole senza danneggiare altri, o danneggiandoli solo per un miglior risultato. Di ciò che poi ciascuno fa per soddisfare i propri desideri o dell'uso che ciascuno

¹⁸ *Ibidem*, p. 113.

¹⁹ “Virtù e dovere: valutazione di un recente dibattito”, *Salesianum*, 49, 1987, p. 444, y *Felicità, vita buona e virtù. Saggio di filosofia morale*, ROMA-LAS, Biblioteca di Scienze Religiose, 83, 1989, p. 102.

²⁰ *Ibidem*, p. 444. Este desplazamiento del enfoque, de la primera persona a la tercera, se observa también en la teología moral católica en la segunda escolástica, cuando asume preponderancia el enfoque desde Dios legislador. Abbà se refiere concretamente a Suárez y su *De legibus*, p. 446. Abbà reseña algunos autores que han notado este cambio, comenzando por Stuart Hampshire, en 1949; entre estos, Pincoffs identifica en Hobbes este desplazamiento a la óptica del observador. *Cfr. Felicità, vita buona e virtù*, pp. 102 y 103.

²¹ *Felicità, vita buona e virtù...*, *op. cit.*, p. 103.

fa dei propri spazi di libertà l'etica moderna si rifiuta di parlare; sarebbe una questione puramente privata e soggettiva.²²

Por el contrario, en la II Pars de la Suma “tutto il peso cade sull'*habitus* virtuoso, tanto che, concluso il trattato sulle virtù ci si può domandar se via sia ancora spazio disponibile per l'intervento della legge”.²³ La razón no es otra que el punto de vista. Si la vida moral se mira desde el sujeto agente, los hábitos virtuosos no son mera facilitación de la conducta debida, sino que resultan absolutamente necesarios para vivir de modo perfecto, al nivel superior de la virtud/santidad y no sólo al nivel de la práctica de la ley divina.

IV. VIRTUD Y VIDA BUENA

Bajo este título, en el capítulo V de *Felicità, vita buona et virtù*, Abbà ofrece un análisis minucioso del papel de las virtudes, las cuales no son simplemente convenientes para llevar una vida plenamente humana, sino que son necesarias, *conditio sine qua non*, para una vida verdaderamente buena. La razón de esta exigencia de la ética tomista debe buscarse en su explicación de la individuación de la naturaleza humana específica en la materia, individualización que comporta una reducción de la capacidad operativa del hombre, la cual se remedia mediante la adquisición de hábitos. Escribe Abbà:

Se l'etica tomista richiede principalmente le virtù por rettificare la condotta umana affinché in essa si realizzi il vero fine, la vita veramente buona, è perché essa dà una spiegazione originale degli atti umani: li considera come *attuazioni di potenze operative diverse* e considera le potenze operative come inadeguate a emettere attuazioni eccellenti.²⁴

Los actos humanos no son eventos clausurados en sí mismos, ni efecto determinado por las pasiones que mueven al sujeto, ni producto de una voluntad radicalmente libre que se autodetermina, ni elecciones asumidas a partir de una opción fundamental, sino algo mucho más complejo que implica la:

²² *Ibidem*, p. 105.

²³ *Lex et virtus...*, *op. cit.*, p.226.

²⁴ *Felicità, vita buona e virtù...*, *op. cit.*, p. 181. Bajo el título “Le potenze operative, che emettono gli atti umani, necessitano di *habitus* virtuosi”, Abbà amplía el capítulo IV en nota final, para la 2a. ed.

actuaciones de potencias operativas diversas: el acto interior (*actus elicitus*) es conjuntamente acto de potencias conocitivas y apetitivas o desiderativas; el acto exterior (*actus imperatus*) es actuación de potencias operativas de vario género, que no participan a la generación del acto interior, pero ejecutan el comportamiento escogido.²⁵

Evaluando la capacidad operativa del hombre a la luz de la vida verdaderamente buena y feliz, Tomás constata que el agente humano tiene tanto idoneidad natural para dicha vida como carencias naturales, porque sus potencias operativas resultan inadecuadas en relación con el fin perfecto.²⁶ Esta inadecuación se debe a la indeterminación de sus facultades operativas que si bien no es absoluta, existe. La razón puede realizar un sinnúmero de razonamientos prácticos y no necesariamente de modo recto; puede juzgar bien o mal, con verdad o erróneamente; la voluntad puede querer rectamente o no; y los apetitos e impulsos pasionales más determinados en relación con sus objetos propios son relativamente indeterminados respecto de las regulaciones racionales y pueden ofuscar a la razón.

Así, “mientras el verdadero bien humano requiere desearse ordenado según el *ordo rationis*, que es *ordo virtutis*, la naturaleza individuada en la materia proporciona al hombre potencias operativas y deseos orientados solo a bienes particulares, convenientes al individuo en cuanto particular”.²⁷ Es esta limitación natural de las potencias generadoras de las elecciones particulares la que hace indispensable la adquisición de *habitus* que, a modo de segunda naturaleza, habilitan para las buenas elecciones.

A modo de segunda naturaleza, porque la inadecuación, la indeterminación de las potencias no es absoluta; por el contrario, el agente humano encuentra en sí “*incoazioni di virtù, attitudini* (de *aptitudo*) *ad acquisire le virtù*”.²⁸

Abbà llama la atención sobre la distinción, presente en Tomás, entre lo que el hombre posee por *natura specifica* y lo que tiene por *natura individuale*, distinción que se impone en la experiencia de la casi infinita diversidad entre los seres humanos, siendo todos de la misma especie. Al tiempo que ningún individuo humano realiza en sí toda la potencialidad de la naturale-

²⁵ *Ibidem*, pp. 181 y 187.

²⁶ *Ibidem*, pp. 1187-88: “...in ordine alla vita veramente buona le capacità operative umane fornite dalla natura si rivelano scarse: l'individuo umano non è naturalmente preparato al suo compito. Pertanto la vita veramente buona richiede all'individuo una regolazione della volontà e delle passioni a cui la natura non lo prepara adeguatamente”.

²⁷ *Ibidem*, p. 185.

²⁸ *Cfr.* I-II 51, 1; 63, 1. *Felicità, vita buona e virtù...*, *op. cit.*, p. 213, y *Lex et virtus...*, *op. cit.*, pp. 184-195.

za humana, las propiedades específicas de ésta son participadas en diverso grado para cada hombre, en su naturaleza individuada.

Esto significa que ninguno está

per natura preparato a condurre la vita richiesta dalla sua natura specifica, cioè dalla ragion pratica. In ordine a la vita veramente buona la natura umana, sia specifica sia individuale, fornisce appena delle capacità che sono incoazioni di virtù e che hanno bisogno di esser sviluppate fino a diventare virtù perfette.²⁹

Cabe entonces preguntarse, con el autor, cómo debe ser concebida la virtud para que sea principio de vida buena.³⁰ Para ello analiza diversas nociones de virtud. Por la extensión de este trabajo sólo me referiré a una de ellas, la que menciona en primer lugar: la virtud es *habitus* y no *abitudine*, costumbre.

La idea de “costumbre”, de “habitualidad”, conlleva la reiteración de actos y la disminución de la conciencia. En cambio, en Tomás, la virtud es exigida no principalmente para que el hombre obre bien, sino para que elija bien; para habilitarlo a realizar buenas elecciones. El *habitus* —en la doctrina tomista— “è una qualità spirituale, che perfeziona le facultà specificamente umane, spirituali, proprio nella linea de la natura specifica, rendendolo le preparate a generare con massima coscienza e libertà buone scelte”.³¹

“Virtud” designa sobre todo una excelencia de la elección y luego designa los hábitos necesarios para actuar la excelencia de la elección. Abbà combate la idea corriente de virtud como hábito que dispone a obrar fácil, pronta y deleitablemente, no porque no sea así para el virtuoso, sino porque entiende que, en la *II Pars*, la virtud es necesaria en orden a la buena elección.³²

La virtud no sólo requiere obrar *secundum rationem rectam*, sino *cum ratione recta*. Es una buena diferencia. Se puede obedecer todas las leyes y obrar según la recta razón; pero esto no es un obrar virtuoso, sino pre-virtuoso, con muchas imperfecciones. *Agire cum ratione recta* implica usar la propia prudencia que indispensablemente requiere de otras virtudes, antes (para prepararla) y después (para seguirla) Esto es esencial para entender la nueva función del hábito en la *II Pars* y su novedad en relación con los escritos

²⁹ *Felicità, vita buona e virtù...*, *op. cit.*, p. 213.

³⁰ *Ibidem*, capítulo V, VII, 2, pp. 232-244.

³¹ *Ibidem*, pp. 233 y 234.

³² *Ibidem*, pp. 236 y 237; *Lex et virtus...*, *op. cit.*, capítulos I y VI.

anteriores del Aquinate. Y es también la razón de la preeminencia de la virtud sobre la ley.

Es este enfoque el que pone la cuestión ética bajo la mirada del sujeto agente que, en las más variadas circunstancias, debe determinarse *ad unum*, eligiendo lo mejor en vistas a su fin perfectivo. Limitar la virtud al obrar, a la facilitación del obrar, implica poner la cuestión ética bajo el punto de vista de la tercera persona y bajo la égida de las leyes.

V. CONCLUSIONES

Al final de *Quale impostazione*, tras haber presentado y defendido la doctrina de Santo Tomás en materia moral, Abbà se pregunta si se puede proponer hoy en día esta filosofía práctica de las virtudes. Y responde afirmativamente.

Sus argumentos en favor de la actualidad de la ética tomista son principalmente filosóficos, pero no sólo. Comparando las éticas modernas con aquella tomista de la *II Pars*, Abbà se detiene en el modo en que Tomás descubre en la naturaleza humana el principio de la regla moral, la cual no es una regla que le viene al hombre desde afuera (incluso si de afuera vienen las leyes), sino que es constitutiva de la razón práctica y de la voluntad, de tal modo que los principios naturales que hacen del hombre autor de su propia conducta, de sus propios actos humanos, son los mismos principios de la regla moral. Por esto, sólo en la ética tomista, tiene cabida el sujeto humano en su individualidad, con sus diferencias personales.

Frente a los problemas que presenta la vida moderna, a muchos puede parecerle inoportuna o inaplicable o extemporánea una ética de la vida buena. Y, sin embargo, sólo ella “salva i soggetti agenti nella loro dignità, li salva dalla loro manipolazione da parte degli interessi di chi nella società ha più potere”.³³

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABBÀ, Giuseppe, *Costituzione epistemica della filosofia morale. Ricerche di filosofia morale*. 2, Roma, LAS-ROMA, 2009.
- , *Felicità, vita buona e virtù. Saggio di filosofia morale*, Roma, LAS-ROMA, Biblioteca di Scienze Religiose 83, 1989 (*Felicidad, vida buena y virtud. Ensayo de filosofía moral*, trad. de Juan José García Morro, *Ética y Sociedad*, Barcelona, Eiusa, 1992).

³³ *Quale impostazione...*, *op. cit.*, p. 291.

- , *Il culto nella vita cristiana secondo San Tommaso d'Aquino*, Roma, UPS, Facultad de Filosofía, 1976.
- , *Lex et virtus. Studi sull'evoluzione della dottrina morale di san Tommaso d'Aquino*, LAS-ROMA, Biblioteca di Scienze Religiose, 56, 1983.
- , *Quale impostazione per la filosofia morale? Ricerche di filosofia morale-I*, LAS-ROMA, 1996.

Colaboraciones

- ABBÀ, Giuseppe, “Esame epistemologico della teologia morale di san Tommaso d'Aquino”, en CARLOTTI P. (ed.), *Quale filosofia in teologia morale? Problemi, prospettive e proposte*, Roma, LAS-ROMA, 2003.
- , “L'originalità dell'etica delle virtù”, en COMPAGNONI F. y LORENZETTI L. (eds.), *Virtù dell'uomo e responsabilità storica. Originalità, nodi critici e prospettive attuali della ricerca etica della virtù*, Cinisello Balsamo (MI), Edizioni San Paolo, 1998.
- , “Ordo virtutis, qui est ordo rationis”, en MELINA L. y NORIEGA J. (eds.), *Camminare nella luce. Prospettive della teologia morale a partire da “Veritatis splendor”*, Roma, Lateran University Press, 2004.

Artículos

- ABBÀ, Giuseppe, “Educare a vivere bene. L'architettura delle virtù”, *Studi Cattolici*, 35, 1991.
- , “Esame epistemologico della teologia morale di san Tommaso d'Aquino”, Seminario di studio, organizzato dall'Istituto di Teologia Dogmatica, *Quale filosofia in teologia morale?*, 14 y 15 de marzo de 2003.
- , “Figure di etica: la filosofia morale come ricerca delle regole per la collaborazione sociale”, *Salesianum*, 57, 1995.
- , “Figure di etica: la filosofia morale come scienza per la produzione d'un buon stato di cose”, *Salesianum*, 57, 1995.
- , “Figure di etica: la filosofia morale come scienza per la produzione d'un buon stato di cose (seguito)”, *Salesianum*, 58, 1996.
- , “I *Christian Moral Principles* di G. Grisez e la *Secunda Pars*” della *Summa Theologiæ*”, *Salesianum*, 48, 1986.

- , “Il culto secondo la teologia dell’habitus nella “Summa Theologiæ”, *Salesianum*, 38, 1976 (estratto della tesi di laurea, UPS, 1976).
- , “Il soggetto e la virtù. Dall’etica prudenziale di Tommaso all’etica normativa di Duns Scoto e di Ockham”, *Filosofia e Teologia*, 5, 1991.
- , “Il soggetto morale nell’etica tomista ed in alcune etiche contemporanee”, *Angelicum*, 81, 2004.
- , “Il soggetto morale nell’etica tomista ed in alcune etiche contemporanee”, Pontificia Università San Tommaso *Angelicum*. Prolusione per l’inaugurazione dell’anno accademico 2003-2004 (14 de novembre de 2003).
- , “L’apporto dell’etica tomista all’odierno dibattito sulle virtù”, *Salesianum*, 52, 1990.
- , “L’etica aristotelica e tomista della virtù a confronto con l’etica moderna”, *Per la filosofia*, 8, 1991.
- , “L’originalità dell’etica delle virtù”, *Salesianum*, 59, 1997.
- , “La funzione dell’habitus virtuoso nell’atto morale secondo lo «Scriptum super Sententiis» di san Tommaso d’Aquino”, *Salesianum*, 42, 1980.
- , “La nuova concezione dell’habitus virtuoso nella «Summa Theologiæ» di san Tommaso d’Aquino”, *Salesianum*, 43, 1981.
- , “La spiegazione tomista della legge in funzione delle virtù”, *Dio, legge ed esperienza morale in Tommaso d’Aquino*, Università Pontificia Salesiana, Tavola, 6 de marzo de 2006, visible en: www.unisal.filosofia.it/convegni.
- , “MacIntyre e l’etica tomista”, *Studi Perugini*, 2, 1997, 1.
- , “Una filosofia morale per l’educazione alla vita buona”, *Salesianum*, 53, 1991.
- , “Virtù e dovere: valutazione d’un recente dibattito”, *Salesianum*, 49, 1987.
- , “Virtù e felicità della condotta umana”, *Salesianum*, 47, 1985.

LA INDISPONIBILIDAD DEL DERECHO. UNA TESIS IUSNATURALISTA EN LA OBRA DE CARLOS MASSINI CORREAS

Fernando Adrián BERMÚDEZ*

Cada persona se orienta en su proyecto vital partiendo de formas realizadas en otros. Esta es la función de los *modelos*, la *ejemplaridad*¹

SUMARIO: I. *Introducción: de maestro y aprendices.* II. *Indisponibilidad del derecho.* III. *Objetividad del derecho.* IV. *Naturaleza humana, bienes humanos y razón práctica.* V. *La hermenéutica contemporánea y la indisponibilidad del derecho.* VI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN: DE MAESTRO Y APRENDICES

Reflexionando sobre Platón y su diálogo el *Banquete*, recuerda Josef Pieper el papel que tienen los personajes secundarios (Aristodemo, Hipócrates y Apolodoro) a través de los cuales nos explica cuál es la verdadera educación. El aprendizaje, afirma el filósofo alemán, no se da en cuanto que un espíritu neutral y crítico pone a prueba lo que le ofrece quien enseña, lo comprueba y, luego, lo acepta o no. Por el contrario, tal como ha formulado el discípulo de Platón, Aristóteles, quien quiere aprender, debe creer; quien quiere experimentar, pues, cómo están las cosas respecto de lo definitivo, lo auténtico, Dios y el mundo, debe entonces volverse confiadamente, esto es en cierto sentido acriticamente, en una silenciosa disponibilidad para escuchar, hacía una persona: *el maestro*... sin un maestro personal no se puede obtener sabiduría.²

* Universidad Nacional de Cuyo.

¹ Marías, Julián, *La estructura social*, Madrid, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1964, p. 319.

² Pieper, Josef, "Los aprendices", *Filosofía, contemplación y sabiduría*, Buenos Aires, Ágape Libros, 2008, pp. 84 y 85.

He aquí la relación de nosotros, los aprendices, con nuestro homenajeado, en particular con el que se encomia en estas páginas, quien, además de ser nuestro padrino de tesis, es un auténtico amigo y maestro con mayúscula. Esta hermosa oportunidad nos ha permitido recordar cada uno de los diálogos que tuve (y seguiré teniendo) con el homenajeado, al mejor estilo platónico, donde el aprendiz escuchaba confiadamente en silenciosa disponibilidad disfrutando de toda su sabiduría. Bienvenido sea, por lo tanto, este su homenaje.

Hemos elegido uno de los temas centrales de la filosofía del derecho, como es el de la disponibilidad o indisponibilidad del derecho, es decir, de la posibilidad de afirmar la existencia en el derecho de un núcleo último de juridicidad no meramente construido por la razón o convención humana, cuyo resguardo compete en especial a los juristas y que se funda en la dignidad humana, para cuya realización práctica existe el derecho,³ o de afirmar todo lo contrario, es decir, que todo depende de la mera convención o construcción, sin objetividad posible en el derecho. En este orden, nos detendremos brevemente en la contribución realizada por la hermenéutica, para tratar de verificar a la luz de sus principales postulados, si ella resulta idónea para dar respuesta a este núcleo de juridicidad indisponible del derecho.

Ésta será una de las tesis iusnaturalistas del autor mendocino que vamos a estudiar y poner en diálogo con la hermenéutica.

II. INDISPONIBILIDAD DEL DERECHO

Recuerda Massini Correas que hay un dato primario y difícilmente negable, que surge inmediatamente de la fenomenología de la obligación jurídica, y que consiste en que las exigencias planteadas por el derecho a la conducta humana revisten —al menos en su núcleo central— el carácter de incondicionadas e inexcusables. De modo diverso a lo que ocurre en el ámbito de la moral personal y en el de la política, en los cuales existe todo un amplio campo reservado a los consejos o exhortaciones, en el de lo jurídico reinan los preceptos, es decir, las normas que prescriben o prohíben una conducta de modo absoluto, sin condiciones y sin excepciones.⁴

Este dato primario requiere de una fundamentación lógicamente proporcionada a esa misma indisponibilidad, ya que ni el legislador, ni el juez,

³ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. T. III: El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 124.

⁴ *Ibidem*, p. 123.

ni nadie pueden disponer acerca de ella. Por esto, la fundamentación de una norma deónticamente absoluta e inexcusable ha de ser también de algún modo absoluta; la conocida regla lógica, según la cual la conclusión de un razonamiento no puede ser más “fuerte” que sus premisas, invalida cualquier pretensión de fundar relativamente preceptos absolutos, es decir, de justificar racionalmente normas inexcusables a partir de proposiciones condicionales, hipotéticas o meramente probables.

Ahora bien, esta idea de indisponibilidad del derecho siempre ha estado relacionada a la idea del derecho natural, ya que la naturaleza siempre ha sido entendida como un ente no establecido por la praxis humana. Esto lleva a Massini a afirmar que una fundamentación, completa y suficiente, de un núcleo de indisponibilidad en el derecho, ha de revestir necesariamente carácter objetivo, en el sentido de remitir a una realidad completamente “otra” o, dicho de modo más preciso, trascendente respecto del sujeto o los sujetos.⁵

Por todo esto, la indisponibilidad del derecho y su carácter objetivo no sólo aparece como un dato central del ámbito de lo jurídico, sino que se trata, además, de una propiedad que conviene que sea defendida, justificada y reafirmada; de lo contrario se desembocará en diversos reduccionismos que negarán, cada uno en su medida, los alcances de una fundamentación objetiva fuerte.

En las páginas que siguen se tratará de justificar esta tesis de la incondicionalidad propuesta por el autor, empezando por los alcances de la objetividad del derecho y los aportes que ha realizado la tradición grecorromana y cristiana, para ver luego cómo el pensamiento moderno desemboca en una serie de renunciaciones y liberalidades que dan por resultado una síntesis sistemática respecto de las principales posturas acerca de este tema central de la indisponibilidad del derecho y su fundamento objetivo.

Es decir, se tratará de discernir la posibilidad de predicar del derecho una dimensión (al menos mínima) que trascienda los avatares del tiempo y del espacio y, por tanto, que emerja como dotada de una objetividad (indisponibilidad o inmutabilidad) que, precisamente, pueda officiar de referencia o de criterio último para justificar las excepciones a las que, inevitablemente, obligan las referidas contingencias de tiempo y de lugar, en una ardua “lucha” por el derecho justo.⁶

⁵ *Ibidem*, pp. 124 y ss.

⁶ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, “La mutabilidad de lo indisponible”, en Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (coord.), *Las razones del derecho natural*, 2a. ed., Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, p. 282.

III. OBJETIVIDAD DEL DERECHO

Previo a todo, resulta conveniente precisar qué entiende el autor respecto del término “objetivo”. Con tal locución se hace referencia a la independencia óntica de las cualidades de ciertos objetos respecto de las percepciones, actitudes o valoraciones del sujeto. En el orden deóntico normativo, esto significa que el hablar de la obligatoriedad “objetiva” de las normas se hace referencia a que ellas no reciben su fuerza obligatoria o su contenido, o ambos, de la mera creación del sujeto, sino que, de algún modo, ellas provienen de una realidad independiente del sujeto mismo. De este modo, la justificación objetiva de normas y principios supone una cierta pero decisiva independencia de las fuentes de la obligatoriedad normativa respecto de las opiniones, opciones o de las meras construcciones racionales del sujeto humano, considerado genéricamente.⁷

Además, cabe consignar que, en esta objetividad deóntica, es posible distinguir al menos dos “grados” o niveles: el que se puede llamar de objetividad “fuerte” y el que se denominará como de objetividad “débil”. Distingue Massini, siguiendo a Agazzi, dos significados en el término “objetividad”. Un primer sentido es el siguiente: objeto es aquello que no depende del sujeto. Es un significado corriente, aun en el nivel del discurso ordinario. Pero aun siendo el más corriente, se trata de un sentido traslaticio porque, aunque sea atendiendo sólo a la simple etimología, debemos decir que objetivo quiere decir aquello que inhiere al objeto. Además, si se reflexiona un instante, se puede encontrar una relación de dependencia lógica entre estos dos sentidos de la objetividad. En efecto, si asumimos la objetividad en sentido fuerte, es decir, aquel que designa a la objetividad como inherencia al objeto, podemos derivar de él la objetividad en sentido débil, observando que si una característica inhiere en el objeto, luego ella será independiente del sujeto.⁸

A continuación se analizarán los aportes clásicos a la fundamentación objetiva del derecho y los desarrollos de la modernidad, para luego terminar con la fundamentación del autor y con el papel de la razón práctica y su primer principio.

1. *Aporte grecorromano*

En un libro publicado en la década de los ochenta, pero cuya vigencia resulta evidente desde la lectura de sus primeras páginas, el autor estudia la falta de fundamentación del derecho en el pensamiento actual y los alcances

⁷ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. T. I: El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, p. 254.

⁸ *Ibidem*, p. 255.

de una fundamentación objetiva y absoluta a través de los aportes grecolatinos y cristianos. Es muy importante resaltar estos aportes, porque nos permitirán comprender mucho mejor las diversas posturas que encontramos en la actualidad, respecto de la objetividad y su fundamento.

Un elemento común a las filosofías del derecho antiguas y medievales fue el fundamentarse radicalmente en una visión sacral y teleológica del mundo. Para el hombre antiguo, el universo constituía un cosmos ordenado, un todo armónico y orgánico, orientado todo él y cada una de sus partes hacia un fin perfecto y perfectivo.⁹

En este sentido, todos los entes llevan impresa su estructura propia, la ley que debía gobernar sus actos para el logro de su perfección entitativa. Esta idea ordenadora de la realidad de cada cosa, a la que Aristóteles llamó “naturaleza”, si bien implicaba un principio inmanente de operación de los seres, tenía su origen en el orden cósmico, trascendente al ser regulado y revestido de los caracteres de divinidad y objetividad.

De este orden teleológico, divino por su origen y natural por su forma de manifestarse, recibían su fundamento y fuente de validez las leyes de la polis; en las formas originarias del pensamiento griego, en virtud de la dependencia que por el origen o la nutrición tenían los legisladores respecto de los dioses; en formas posteriores, en razón de la naturalidad de la polis y de la necesaria adecuación de las leyes humanas a los dictados emergentes de la naturaleza de las cosas.¹⁰

Si pasamos al aporte romano, afirma Massini que estaba imbuido de este mismo espíritu, tal como se lee en el Digesto: derecho es el “conocimiento de las cosas divinas y humanas”, y los filósofos romanos conciben al orden de los preceptos jurídicos como emanaciones del “logos”, “ley universal, que es la recta razón, que penetra a través de todas las cosas y se identifica con Zeus, que preside el gobierno de todo lo existente”, tal como afirma Cicerón en su *Tratado de las leyes*.¹¹

2. *Aporte cristiano*

En primer lugar, aclara Massini que, no obstante su carácter profundamente sacral, la normatividad cósmica y humana de los antiguos revestía —en la gran mayoría de sus expositores— los caracteres de impersonalidad, inmanencia y monismo.

⁹ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, p. 56.

¹⁰ *Ibidem*, p. 57.

¹¹ *Ibidem*, p. 58.

El cristianismo introdujo en esta doctrina de la ordenación divina del mundo ciertos elementos que modificaron profundamente su fisonomía. En primer lugar, desaparece el panteísmo que la caracterizaba, sobre todo en su versión estoica, y la normatividad cósmica se transforma en la ley eterna, producto de “la razón y la voluntad divina, que nos manda observar el orden natural y nos prohíbe perturbarlo”. En segundo lugar, esta ley eterna, en cuanto se dirige al hombre, no es determinista como el logos estoico, sino directiva en una personalidad dotada de libre albedrío. En tercer lugar, al ser reconocido Dios por el cristianismo como creador *ex nihilo* del universo y fin del mismo, el imperativo ético-jurídico adquiere un carácter de gravedad, una *imperatividad absoluta e incondicionada*, que no podía tener en los sistemas de pensamiento anteriores.¹²

Si bien resultan las rectificaciones llevadas a cabo sobre todo en la doctrina del orden cósmico divino, fundamento y fuente de validez del orden jurídico-político, se conserva —perfeccionada— en el pensamiento cristiano la visión griega del cosmos, encontrando su expresión más acabada en la sistematización de Tomás de Aquino. El Aquinate recoge todo el aporte valioso del pensamiento pagano y de la elaboración cristiana precedente: Cicerón, el Digesto, San Isidoro, Graciano y San Pablo concurren a la formación de su doctrina. Pero sobre todo es de Aristóteles y de san Agustín de donde extrae los elementos para elaborar su grandiosa síntesis: el filósofo le provee el material metafísico y conceptual y el Santo la interpretación lúcida y fervorosa de la revelación cristiana.

A partir de aquí levanta en Aquinate su doctrina de la ley, según la cual el universo —y en especial el hombre— se halla ordenado a una cuádruple jerarquía de leyes que, a partir de la ley eterna, conducen a lo real hacia su bien perfecto y acabado. El orden de las cuatro leyes (eterna, divina, natural y humana), que constituye la perfecta síntesis de lo que habían elaborado los siglos anteriores, confiere al ordenamiento jurídico-político un fundamento absoluto, perfecto e incontrovertible. El derecho es impregnado de un sentido de sacralidad, racionalidad y verdad, que le otorga una perfecta validez y una eficacia máxima.

3. *Aporte moderno*

En la modernidad se lleva adelante un proceso que bien ha sido definido como la *desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*,¹³ donde se pro-

¹² *Ibidem*, p. 60.

¹³ Massini Correas, Carlos Ignacio, *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.

duce, siguiendo las mismas palabras de Massini, la liberación de las cuatro leyes,¹⁴ cuyo orden constituía la mejor síntesis del orden jurídico-moral.

A continuación se realizará una síntesis de la idea de las cuatro leyes y de cómo se va liberando el hombre de cada una de ellas en el pensar jurídico moderno.¹⁵ La primera liberación fue llevada a cabo en el vértice fundante del orden, la *ley eterna*, por obra del nominalismo voluntarista, comenzado por Scoto y continuado por Ockham. Si el universal no es nada más que un nombre, resulta vulnerado no sólo el orden lógico y metafísico, sino también el orden ético, pues éste se sostiene sobre los universales, o sea, sobre principios absolutos de vida práctica. Al desaparecer el orden racional del mundo, producto de la infinita sabiduría divina expresada en la ley eterna, la regulación del obrar humano queda en manos del absoluto arbitrio de Dios y de la voluntad del príncipe, manifestada en la ley humana. La ley positiva deja de ser una *ordinatio rationis*, con fundamento en el orden natural de las cosas, para convertirse en un precepto voluntario, cuyo poder vinculante no proviene de su valor intrínseco, de su objetividad, sino de la autoridad de aquel que la impone.

La segunda liberación será de la *ley divina positiva*, es decir, cuando Dios desaparece del universo para ser suplantado por la “naturaleza” o la “razón”. Las consecuencias de esta cosmovisión moderna sobre el problema del fundamento del derecho consisten principalmente en la ruptura de los últimos lazos que lo religaban con la divinidad; el orden jurídico se desvincula no sólo de la ley eterna, sino de la ley divina positiva; se “libera” de la atadura de sus preceptos, fundándose en un derecho natural secularizado y deforme, tanto en su versión racionalista, como en la variante naturalista, como pensaba H. Grocio. El resultado será un derecho con fundamento en una naturaleza entendida en sentido mecanicista, como sistema de relaciones de causalidad eficiente, sin sentido ni finalidad intrínseca, o en una razón pura, desvinculada de lo real, tal como lo sostuvo Kant.

Como se puede apreciar, las liberaciones de la ley eterna y de la ley divina positiva dieron como fruto un derecho inhumano, levantado sobre la naturaleza mutilada o una razón desencarnada que había cortado los puentes con la realidad de las cosas. Derecho ahistórico y teóricamente perfecto, rígido y estático, cuya intemporalidad lo convertía en aplicable a todo lugar y todo tiempo.

¹⁴ Sobre la norma y su analogía se puede consultar Massini Correas, Carlos Ignacio, “La analítica de la ley según Santo Tomás”, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, pp. 29 y ss. Del mismo autor, *Derecho y ley según Georges Kálinowski*, Universidad de Mendoza, Idearium, 1987.

¹⁵ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Sobre el realismo jurídico*, cit., pp. 61-70.

Pasando a la liberación de la *ley natural*, como tercer etapa de este proceso de desintegración, se puede observar que la concepción racionalista del derecho natural será atacada desde dos frentes. En primer lugar, a través de la Escuela Histórica del Derecho, que opondrá al inmovilismo ahistórico de la doctrina la realidad de la mutación del orden jurídico en el tiempo. En segundo lugar, se observa que el positivismo, con su pretensión de declarar cognoscible sólo los objetos de la experiencia sensible, medibles y cuantificables, tenía que reducir el ámbito de lo jurídico a aquellos de sus elementos susceptibles de ese tipo de saber: la ley puesta por la autoridad humana.

De esta manera somos testigos de la ruptura del orden jurídico con la naturaleza de las cosas; el derecho deja de tener su fundamento en el orden natural del mundo y del hombre; su único título de validez proviene del hecho de haber sido sancionado por el Estado conforme al procedimiento previsto legalmente. La liberación del derecho de toda norma objetiva anterior se ha producido; la voluntad del legislador es absolutamente libre para crear los contenidos del orden imperativo de convivencia.

Nos queda la última liberación, la supresión de la *ley positiva*, es decir, el derecho positivo, sin fundamento ya fuera de sí mismo, reducido a un puro hecho de fuerza, será cuestionado en cuanto tal; habrá quienes, llevando el proceso liberador hasta sus últimas consecuencias, proclamen que el mismo sistema jurídico positivo debe desaparecer con el inmanente e inexorable arribo de la paradisíaca sociedad sin clases y sin Estado. Se consuma de esta manera la ruptura con la última de las leyes del orden clásico-cristiano y se proclama un reino de la libertad absoluta, en el que el orden jurídico estará totalmente ausente. Un derecho apoyado sólo en la amenaza de la coacción y que no obliga en conciencia está condenado a la desobediencia perpetua; cuando no se vive el deber jurídico como ético o como sagrado, y se lo considera sólo un imperativo hipotético se lo obedece sólo en la presencia del gendarme y se lo viola cada vez que la impunidad se presenta como segura.¹⁶

Luego de las cuatro renunciaciones o libraciones analizadas, queda claro que el camino de reconstrucción del orden jurídico no puede ser otro que el de la religación o re-vinculación del derecho con todas aquellas realidades capaces de conferirle fundamento, justificación y vida eficaz, en particular con la naturaleza de las cosas, descubiertas por el intelecto y la razón práctica.

A continuación se llevará a cabo una síntesis de las diversas posiciones que surgen contemporáneamente respecto de la objetividad, sistematizadas en cuatro posiciones vigentes en la actualidad.

¹⁶ *Ibidem*, p. 70.

4. *Sistematización de las principales posiciones*

Las cuatro posiciones son: 1) críticas; 2) instrumental positivistas; 3) trascendental constructivistas, y 4) realistas. La primera esta emparentada con autores como Marx,¹⁷ Nietzsche, Freud. En general niegan categóricamente el valor cognoscitivo de la razón. Para estos autores la razón no tiene nada que hacer en el ámbito de las relaciones jurídicas, las que no son sino la canonización enmascarada de relaciones de mero poder, de pulsiones eróticas o de intereses económicos. La instrumental positivista es la posición que descarta la noción de razón práctico-normativa, dejando lugar sólo a una racionalidad de carácter instrumental, destinada al cálculo de los medios convenientes para el logro de unos fines establecidos irracionalmente a través de sentimientos, pasiones, meras elecciones o artificios. La posición trascendental-constructivista, heredera de la ilustración kantiana, renuncia a la posibilidad de obtener la objetividad de los juicios prácticos-normativos a partir del conocimiento de las estructuras de la realidad, en especial de las realidades humanas; de este modo, la objetividad de los principios de justicia, por ejemplo, se fundamentan en alguna forma de transubjetividad, sea ésta dialógica, procedimental, consensual o pragmático-trascendental. Por último, las posiciones realistas, siguiendo en general la matriz aristotélica, fundan las normas y principios en una objetividad fuerte a partir de la naturaleza de las cosas, donde la transubjetividad o independencia de la subjetividad es máxima y el papel de la realidad objetiva resulta ser decisiva.¹⁸

A. *Posición crítica*

Las distintas escuelas críticas consideran a la pretensión de objetividad de normas y principios y de su fundamentación como meros artificios lingüístico-ideológicos destinados a encubrir el carácter interesado de las estructuras jurídicas, encaminadas a ocultar y sacralizar relaciones de opresión o dominio; por lo tanto, el problema del valor de las pretensiones de objetividad les resulta ajeno como temática, y la única tarea que consideran dotada de sentido a ese respecto es la de criticar y desenmascarar esas pretensiones en cuanto encubridoras de relaciones de mero poder.

¹⁷ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Ensayo crítico acerca del pensamiento filosófico-jurídico de Carlos Marx*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.

¹⁸ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. T. I...*, op. cit., pp. 256-259.

B. *Posición instrumental positivista*

Desde esta perspectiva no existe la posibilidad de pensar en la objetividad de normas y principios de carácter transpositivo, que resultan imposibles de verificar empírica o analíticamente; según estos autores, si de alguna objetividad ha de tratarse, ella ha de ser la que corresponde sólo a las normas positivas, dotadas de validez objetiva en razón de su pertenencia formal a un sistema, el que, a su vez, tiene valor, en última instancia, en razón de su vigencia; en ambos casos, la objetividad que corresponde a normas y sistemas es sólo la que puede ser objeto de verificación empírica; no existen, por lo tanto, principios o normas transpositivas dotadas de algún tipo de objetividad.

C. *Posición trascendental-constructivista*

Para estos autores¹⁹ es correcto hablar de una cierta objetividad de normas o principios transpositivos y, además, todos ellos rechazan terminantemente el subjetivismo de normas y valores; ahora bien, y con las múltiples variantes que puedan encontrarse entre sus respectivas posiciones, la objetividad propuesta no es en estos casos una objetividad “fuerte”, de carácter referencialmente entitativo, sino sólo transubjetivo, trascendental o procedimental, es decir, centrada en las condiciones de posibilidad de la construcción racional de los principios jurídicos y radicalmente desligada de cualquier recurso a la experiencia, a la realidad de las cosas humanas o a la naturaleza o bienes del hombre.

D. *Posición realista*

Para los autores de esta posición, en la que se encuentra Massini Correas, los principios ético-jurídicos son formulados por la razón práctica a partir de un elemento material dado por el conocimiento experiencial de las realidades humano-sociales, y de un elemento formal provisto por los primeros principios autoevidentes de la razón práctica; pero en todos los casos, el contenido de los principios proviene del conocimiento práctico de las estructuras de la realidad, en especial, del conocimiento práctico de las di-

¹⁹ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004.

menciones de la perfección humana, llamados por algunos autores “bienes humanos básicos”. De este modo, la objetividad que se pretende para los principios jurídicos es más radical que la meramente transubjetiva, ya que depende de modo decisivo e inexcusable del modo de ser de una realidad independiente del sujeto.²⁰

Como se puede observar, estamos ante una objetividad fuerte, fundada en el ente realmente existente y en sus estructuras descubiertas cognoscitivamente por el entendimiento y constituidas prácticamente por los principios propios del intelecto práctico. A continuación se podrá observar la relación de estos principios de la razón práctica con los bienes humanos básicos.

IV. NATURALEZA HUMANA, BIENES HUMANOS Y RAZÓN PRÁCTICA

Queda explicar cuál es la relación de la razón práctica con las inclinaciones de la naturaleza y los bienes humanos básicos, ya que la indisponibilidad no surge del mero hecho de la nuda inclinación o tendencia natural, sino de la razón práctica y su primer principio operativo, lo que justifica el carácter deóntico de la proposición moral.

Para poder fundar esta afirmación se necesita empezar con la cuestión de la naturaleza humana y su relación posterior con los bienes humanos básicos. Dejando de lado las posturas reduccionistas que niegan una naturaleza humana, Massini Correas acepta el carácter analógico del término y de la noción de naturaleza, cuya caracterización está corroborada por el uso del lenguaje corriente en las siguientes acepciones: i) “naturaleza” en tanto el contenido del universo, excepción hecha del hombre, y “natural” como referido a lo concerniente a ese universo; ii) “naturaleza” en cuanto denota la totalidad de los entes dados sin intervención humana, es decir, como opuesto a lo “técnico” o a la “industria” humana; iii) “natural” o “de naturaleza” en cuanto referidos al estado del hombre anterior a su organización en sociedad, según lo sostenido, entre otros, por Hobbes y Rousseau; iv) vinculado con la con la significación ii), los términos “naturales” o “de naturaleza” son utilizados para significar las ciencias o saberes acerca del universo no humano, por oposición a las ciencias “humanas”. “sociales” o “de la cultura”, que estudian los diversos aspectos del “universo humano”; v) “naturaleza” usada con referencia a lo que es un ente en su estado terrenal, y como opuesto a “sobrenatural” o a “gracia” en el sentido de un don

²⁰ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. T. I...*, op. cit., p. 259.

divino; vi) “naturaleza” y “natural” en cuanto se refieren a todo lo que tiene origen espontáneamente en un sujeto, por oposición a lo que es fruto de una decisión deliberada, como cuando se dice que el impulso agresivo del hombre es algo “natural”; vii) vinculado al sentido anterior, se usa “natural” como opuesto a “racional”, en cuanto se refiere a todo aquello que no es fruto de la actividad inteligente del hombre, y viii) con “naturaleza” se quiere significar también, en cada ente, la respectiva índole o esencia, en calidad de principio de toda su actividad, no de una parte de ésta; dicho de otro manera, el modo propio de ser de un ente cualquiera, considerado en cuanto ese modo de ser determina el obrar que le corresponde en cuanto tal.²¹

Estas acepciones le permiten a Massini afirmar que el uso corriente del lenguaje no autoriza la reducción semántica del término y el concepto de naturaleza a la primera de las acepciones reconocidas, es decir, como contenido del universo, por el contrario, se ve claramente la analogía del término y sus diversas connotaciones.

Como surge del recorrido, interesa resaltar la última acepción y noción de naturaleza, en cuanto se relaciona con las operaciones que caracterizan al hombre como hombre y lo distinguen del resto del universo. A partir de aquí, se puede decir, junto al autor, que naturaleza humana es un modo de ser común de todos los entes humanos, y que este modo de ser comprende una serie de notas, caracteres o propiedades que corresponde a todo ente humano en cualquier mundo posible en que pueda existir. Se trata de ciertos rasgos o notas que todo hombre no puede no tener, o ha de tener necesariamente, cualesquiera sean las circunstancias en las que podamos pensarlo como existiendo. Otro rasgo importante de este modo de ser propio del hombre es que no necesita de una especial intuición para ser conocido, basta la simple abstracción intelectual para aprehender los rasgos fundamentales del modo humano de existir.²²

Una vez determinados los alcances de la naturaleza humana,²³ se pasará a ver su relación con los bienes humanos básicos, junto con las principales inclinaciones de esa misma naturaleza. Observa Massini Correas que los hombres se mueven hacia la obtención de ciertos objetivos, que desean y experimentan una cierta inclinación hacia ellos. Lo más importante de estas inclinaciones es que están intrínsecamente relacionadas con las perfecciones

²¹ *Ibidem*, pp. 165 y ss.

²² *Ibidem*, p. 167.

²³ Sobre la normatividad de la naturaleza y los absolutos morales consultar, Massini Correas, Carlos Ignacio, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Universidad Austral-Editorial de Rodolfo Depalma, 1999.

básicas de la naturaleza humana, por ello suponen una cierta aptitud para poder satisfacer esas inclinaciones. De allí reciben el nombre de *bienes*.

Ahora bien, ¿esas formas de perfeccionamiento humano, de satisfacción de las inclinaciones que arraigan en la naturaleza humana son, en sentido estrictamente ético, buenas? Acá es donde la fundamentación adquiere su máxima expresión, demostrando el papel decisivo de la razón práctica en la determinación de la bondad, éticamente considerada.

Será por lo tanto la razón práctica la que actúa como “puente” entre el hecho de la inclinación natural y la consideración de su objeto como éticamente bueno y, por lo tanto, como debido o, por lo menos, como aconsejable o estimable; la razón práctica, cuyo primer principio evidente es que el bien ha de perseguirse y el mal evitarse, al percibir a un determinado objeto como bueno, lo prescribe a la voluntad del sujeto en cuanto perseguible. Es por lo tanto la razón práctica y su primer principio operativo lo que justifica el carácter deóntico de las proposiciones morales, y nunca el mero hecho de la nuda inclinación o tendencia.²⁴

V. LA HERMENÉUTICA CONTEMPORÁNEA Y LA INDISPONIBILIDAD DEL DERECHO

Después de todo el desarrollo llevado a cabo por el autor homenajeado, resulta interesante ponerlo en diálogo con la hermenéutica contemporánea, en particular con uno de sus principales expositores, como es el caso de H. Gadamer.

Sin intenciones de profundizar la temática de la hermenéutica ni sus principales aportes ni autores,²⁵ nos detendremos en el tema de la indisponibilidad del derecho y su posible idoneidad o falta de idoneidad, para servir de instrumento nocional de una concepción del derecho respetuosa de un núcleo jurídico indisponible, eximido de cualquier tipo de manipulación por parte de los poderes humanos.²⁶

En cuatro puntos, Massini Correas trata de sintetizar las líneas fundamentales del filósofo de Marburgo, en orden a la hermenéutica y el derecho:

a) *Perspectiva situacionista*: consistente en darle prioridad al papel del sujeto y de su situación, en el conocimiento de las directivas del obrar humano.

²⁴ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. T. I...*, op. cit., p. 171.

²⁵ Entre los cuales se pueden nombrar a Arthur Kaufmann, Winfried Hassemer; Gregorio Robles, Andrés Ollero, Francesco D'Agostino, Giuseppe Zaccaria, Salvatore Amato, Francesco Viola, y en el ámbito anglosajón, Ronald Dworkin y Andrei Marmor, entre otros.

²⁶ Massini Correas, Carlos Ignacio, *Filosofía del derecho. T. III...*, op. cit., p. 129.

De esta manera el contenido de las normas morales no se determina según los alcances de la perfección humana, sino desde el caso concreto, relegando a un lugar secundario a las normas éticas y jurídicas en general. En este sentido, Gadamer realizará una absolutización de la perspectiva particular, la del sujeto en situación.

b) *Perspectiva crítica del derecho natural*: Gadamer resalta el carácter meramente crítico del derecho natural, es decir, que las doctrinas iusnaturalistas no podrían sostener legítimamente el carácter natural, es decir, objetivamente bueno para el hombre, de ninguna dimensión, concreción o vía de perfección humana. De esta manera, resultaría insostenible la defensa de la vida, la familia, el matrimonio heterosexual o la amistad como bienes humanos básicos. Esto lo lleva a incurrir en una conceptualización dogmática del derecho natural.

c) *Perspectiva disolvente del individuo*: respecto del lugar reservado a la persona en el sistema gadameriano, se ve que no sólo no tematiza expresamente la cuestión de la persona, sino que pareciera que la realidad de esta última queda difuminada en el acontecer del lenguaje. La autorreflexión del individuo no es más que una chispa en la corriente cerrada de la vida histórica, afirmaríala Gadamer en *Verdad y método*.

d) *Perspectiva reductiva del ente al lenguaje*: por último, la perspectiva situacionista ética y su preterición de toda clase de principios jurídicos absolutos, dotados de objetividad “fuerte”, no son sino una consecuencia necesaria de su visión filosófica general, en especial de su reducción del ente al lenguaje, a través de la cual el ente en general se contrae a “ente-mediado-por-el-lenguaje”, ya que “lo que es objeto del conocimiento y de sus enunciados se encuentra por el contrario abarcado siempre por el horizonte del lenguaje, que coincide con el mundo”.

A la conclusión que podríamos arribar, junto al autor mendocino, es que si bien los aportes hermenéuticos son significativos para tratar de fundar una filosofía del derecho, éstos resultan insuficientes. Está bien claro que desde esta perspectiva resulta muy difícil hablar de la objetividad fuerte de proposiciones especulativas o prácticas; en rigor, la objetividad fuerte sólo puede encontrar su fundamento en el ente, reconocido como independiente de la razón de sujeto y como tal indisponible por él, sea por medio de su razón o de su praxis. Sin el reconocimiento de ese carácter “dado” e inmanipulable del ente no puede justificarse racionalmente una normatividad del obrar humano que se imponga irrefragablemente al espíritu y esté revestida de una validez absoluta, ante la cual toda razón humana deba por principio allanarse.²⁷

²⁷ *Ibidem*, p. 132.

Si perjuicio de ello y, en orden a fundamentar objetivamente la ética, resulta muy positiva la contribución de la obra gadameriana al replanteo de toda la temática filosófica de esta disciplina tratando de buscar una justificación racional de la moralidad.

VI. CONCLUSIÓN

A partir del desarrollo propuesto a través de la obra del autor homenajeado, se ha tratado de pasar en limpio uno de los temas centrales de la filosofía del derecho, como es la indisponibilidad del derecho. Del mismo se pueden extraer tres conclusiones. En primer lugar, se ha podido verificar, a lo largo de las estas páginas, que no puede haber una fundamentación racional del derecho sin un adecuado marco de objetividad e indisponibilidad, de lo contrario se terminará en diversos reduccionismos,²⁸ ya sean subjetivos, transubjetivos o constructivistas, que desconocen en diversa medida la objetividad del derecho, restando solidez a la obligatoriedad normativa.

En segundo lugar, se pudo resaltar el papel decisivo de la razón práctica y su primer principio para poder determinar la objetividad e indisponibilidad del derecho, ya que determina el carácter de bondad respecto de los bienes humanos básicos. De esta manera, se vio que la mera nuda inclinación natural no determina la bondad o normatividad del derecho, sino el puente que realiza la razón práctica y su primer principio.

En tercer lugar, si bien el diálogo con la hermenéutica resulta significativo a los efectos de buscar una fundamentación racional de la moralidad y la indisponibilidad del derecho, ha quedado claro que la misma resulta insuficiente para poder realizarla por las razones ya apuntadas.

En este sentido, quizá hubiera sido conveniente que Massini Correas dedicara un estudio más extenso a las diferentes aportaciones de la fenomenología, en especial en su relación con la cuestión de la indisponibilidad del derecho; las pocas veces que este autor se refiere a esta corriente de pensamiento, lo hace de un modo quizá extremadamente crítico, como cuando analiza el pensamiento de Sergio Cotta y de sus seguidores italianos. Sin embargo, pareciera que en esa orientación pueden encontrarse contribuciones de interés para el desarrollo de la cuestión de la indisponibilidad del derecho.

²⁸ Massini Correas, Carlos Ignacio, “Entre el reduccionismo y analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho”, *Persona y Derecho*, Navarra, vol. 67, 2012, pp. 353-385.

Pero no obstante lo anterior, sólo nos queda en esta contribución agradecer a Carlos Ignacio Massini Correas, por todo. Como bien se afirmó al principio de estas páginas, no hay sabiduría posible sin un maestro personal. No hay formación plena sin la dedicación, tiempo y acompañamiento del maestro. Nuestra inserción en la academia, como nuestro aprendizaje en la filosofía jurídica, se lo debemos a él. Los modelos van moldeando la vida, refiere Julián Marías, bajo su atracción y su prestigio, con suave imperio, se organizan las formas todas de lo humano.²⁹ Por esto, sólo reiteramos uno de los aspectos que más nos han conmovido y marcado en nuestra amistad, su *ejemplaridad*.

²⁹ Marías, Julián, *La estructura social*, cit., p. 325.

LA RELEVANCIA DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL Y LA TESIS DE LA RESPUESTA MÁS JUSTA*

Juan B. ETCHEVERRY**

SUMARIO: I. *Planteo*. II. *La capacidad del derecho para crear razones para la acción*. III. *La relevancia de la decisión judicial y la tesis de la respuesta "más justa"*. IV. *La decisión judicial ante más de una respuesta justa*. V. *Conclusiones*.

I. PLANTEO

Una de las objeciones más comunes en la actualidad a la tesis de la vinculación o relación necesaria entre el derecho y la moral y, más específicamente, a la idea de que el derecho precisa de la moral para justificar sus decisiones advierte que si la obligatoriedad del derecho en última instancia depende de su conformidad con la moral, el contenido del derecho sería redundante al de la moral y, por lo tanto, incapaz de aportar razones propias para la acción.¹

Esta crítica ha sido expresada por el destacado profesor argentino Carlos Santiago Nino como un dilema que han de enfrentar quienes defienden que el ordenamiento jurídico se justifica por su conformidad con la moral:

* Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Técnica e Innovación Productiva y la Universidad Austral. Agradezco los comentarios y las críticas y sugerencias ofrecidas a borradores de este trabajo por Juan Cianciardo, Carlos Ignacio Massini Correas, Pedro Rivas, Pilar Zambrano y Marina Dandois.

** Investigador del Conicet y profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Austral (Argentina).

¹ Cfr. Raz, *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1978. Traducción de J. Ruiz Manero, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 242.

o bien las normas jurídicas que lo componen se basan o repiten las razones que ya ofrecía la moral, o bien resultan injustificadas.²

Existen muchas formas de enunciar este argumento. Por ejemplo, puede cuestionarse la capacidad del derecho para crear razones para la acción si en realidad se basa siempre en razones morales para justificar sus regulaciones. Otra manera de plantearlo es poner en tela de juicio la capacidad autónoma para guiar conductas que tendría el derecho si su validez depende de su corrección moral. También puede discutirse la autoridad del derecho si su capacidad de obligar en realidad depende en última instancia de otra norma, en este caso, moral. Sin embargo, lo que tienen en común estas diferentes formulaciones es que buscan criticar las teorías que vinculan la validez, obligatoriedad y capacidad justificativa del derecho con la moral.

En otros trabajos hemos buscado superar el dilema planteado por este argumento.³ El profesor Massini, homenajeado en la obra colectiva en la que se inserta este capítulo, se ha ocupado de esta cuestión en más de uno de sus trabajos. En general, coincidimos con la respuesta que ofrece al dilema que han de afrontar las teorías que defienden que el derecho precisa de la moral para justificar sus decisiones. Sin embargo, en esta oportunidad dialogaremos con su tesis de la “respuesta más justa” a nivel de la decisión judicial y con las consecuencias que pueden derivarse de ella para la tesis de la relevancia de la determinación del derecho.⁴

² Cfr. Nino, C. S., “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en Vigo, R. (coord.), *En torno a la democracia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 98. Nino ofrece algunas variantes de este argumento en la obra antes citada y en *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 130-160. En el primero de estos trabajos advierte el desafío que supone para la regla democrática de la mayoría defender que sus decisiones se justifican por su conformidad con la moral. En el segundo, advierte que las normas jurídicas sólo pueden dejar de ser radicalmente indeterminadas si se las interpreta a la luz de unos principios morales y ello supone un desafío para la relevancia de tales normas jurídicas. Cfr. Nino, Carlos, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 111-133.

³ Etcheverry, J. B., “La relevancia del derecho que remite a la moral”, *Problema*, 4, 2010, pp. 205-242. Recientemente Cianciardo y Zambrano han desarrollado las razones por las que consideran que el derecho remite a la moral. Cfr. Cianciardo, J. y Zambrano, P., *¿Para qué el derecho remite a la moral?*, pro-manuscrito, Buenos Aires, 2014.

⁴ Con respecto a esta temática, trabajaremos principalmente con dos obras del profesor Massini: i) “La «paradoja de la irrelevancia» y el poder obligante del derecho: la respuesta anticipada de Tomás de Aquino”. *Semana tomista. Potencia y poder en Tomás de Aquino*, XXXVII, Buenos Aires, Sociedad Tomista Argentina-Universidad Católica Argentina, Facultad de Filosofía y Letras, 10-14 de septiembre de 2012, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/paradoja-irrelevancia-poder-obligante-derecho.pdf> (fecha de consulta: 11 de julio de 2014), y ii) “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, en Massini Correas, C. I.,

Con esta finalidad, en primer lugar, se presentará una explicación del papel del derecho y de la moral en la regulación de la vida social que reconoce la relevancia de las determinaciones legales y *judiciales* concretas. La importancia de dichas determinaciones radicaría en su capacidad para prevenir y resolver conflictos jurídicos y coordinar la conducta de sus destinatarios de forma razonable. Luego se presentarán los argumentos específicos con los que algunos autores niegan la capacidad creativo-determinativa de las decisiones judiciales. Específicamente, se expondrá el argumento de que para toda decisión judicial siempre cabe una única respuesta más justa. Frente a esta tesis se sostendrá que pueden existir casos en los que los jueces se enfrenten a más de una opción razonable de resolución, y ello por dos razones: i) la desproporción entre la generalidad de los principios y las normas jurídico-positivas, y la particularidad de los casos a los que habría que aplicar tales normas, y ii) la apertura de la razón a muchas cosas buenas y, por tanto, la consiguiente misma apertura de la voluntad para quererlas. A su vez, se argumentará que la perplejidad que puede generarle al juez la posibilidad de tener que elegir entre más de una opción justa no lo inmoviliza porque puede: *a)* aprovechar sus inclinaciones afectivas por una de las opciones justas, o *b)* tener especialmente en cuenta un aspecto de las distintas opciones justas entre las que tiene que elegir a fin de poder decidir por ella. Reconocer estas posibilidades que tiene quien decide —para no quedar inmóvil frente a más de una opción justa por la que optar— no supone afirmar que en estos casos necesariamente existen razones que excluyan a las opciones no elegidas como menos justas o injustas. Por último, se argumentará que la explicación que se ofrece de cómo operan interdependientemente el entendimiento y la voluntad en las decisiones de este tipo no supone adherir a posturas emotivistas o voluntaristas de la decisión judicial.

II. LA CAPACIDAD DEL DERECHO PARA CREAR RAZONES PARA LA ACCIÓN

Si la moral ideal a la que recurren los ciudadanos y funcionarios que desean justificar su obrar no siempre ofrece una única respuesta correcta para cada caso posible, la relevancia del derecho para aportar razones para la acción podría estar fundada en su capacidad de proveer soluciones valiosas cuando

Objetividad jurídica e interpretación del derecho, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2008, pp. 143-166. Si bien este último trabajo ha sido publicado previamente en una revista y en las actas de un congreso, la versión utilizada es la más completa.

la moral guarda silencio u otorga muchas soluciones razonables posibles para los casos.⁵

En este sentido, cabe recordar lo que afirma Aquino sobre la imposibilidad real de derivar siempre una única respuesta moralmente correcta o razonable de los principios morales últimos (válidos por su mérito y no justificables, a su vez, por otros principios), lo que, a su juicio, “hace necesario que la razón humana proceda ulteriormente a sancionar algunas leyes particulares”.⁶

En sintonía con esto último, algunos autores, como Finnis, han ido desarrollando la tesis de la “inconmensurabilidad” de cierto tipo de bienes y razones. Con esta idea se quiere poner de manifiesto que en muchas ocasiones la conducta humana puede orientarse hacia una gran variedad de opciones igual o inconmensurablemente racionales, al menos en principio, y muchas veces también en último término. Esto sería así, en parte, porque no necesariamente todos los parámetros que definen como correcta una decisión son conmensurables. Dicho de otro modo, no parece factible obtener en todo caso una *unidad común de medida* entre todos los bienes y razones.⁷

Resta advertir que la necesidad que tiene el hombre de determinar positivamente los primeros principios del razonamiento práctico, para Aquino

⁵ Un debate de algún modo vinculado con lo que se está exponiendo es el que se desata en torno a la tesis (atribuida a Dworkin) de que el derecho siempre ofrece una única respuesta correcta. Algunos antecedentes de esta idea pueden encontrarse en Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Lonres, Duckworth, 1977. Traducción de Guastavino, M., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 396 y ss. En *El imperio de la justicia* varias referencias hacen alusión a esta idea. Un ejemplo en Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, cit., p. 191. Existe todo un debate sobre el alcance de esta tesis y su evolución. Entre otros trabajos, cfr. Bix, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, cit., pp. 77 y ss.; Coleman, J., “Truth and Objectivity in Law”, cit., pp. 48 y ss.; Endicott, T., “Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad”, trad. de J. J. Moreso y P. Navarro, *Doxa*, 19, 1996, y en *Palabras y reglas. Ensayos de filosofía del derecho*, cit., pp. 93 y ss., y Finnis, J., “On Reason and Authority in «Law’s Empire»”, *Law and Philosophy*, 6, 1987, pp. 372 y ss. Bonorino ha publicado un libro en castellano al respecto. Cfr. Bonorino, P. R., *Objetividad y verdad en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. En 2006 se ha publicado un debate entre Massini y Moreno Rodríguez Alcalá sobre el alcance de esta tesis. Cfr. Massini Correas, C. I., “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, en Legarre, S. et al., *La lucha por el derecho natural*, Santiago, Universidad de los Andes, 2006, pp. 95-117, y Moreno Rodríguez Alcalá, R., “Respuestas correctas, justas y la persistencia del encanto del legalismo. Comentario a «Dworkin, Finnis y la única respuesta correcta» del Prof. C. I. Massini C.”, en Legarre, S. et al., *La lucha por el derecho natural*, cit., pp. 119-149.

⁶ Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II q. 91, a. 3.

⁷ Cfr. Raz, J., *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, cit., pp. 46-66, y Finnis, J., “On Reason and Authority in «Law’s Empire»”, *op. cit.*, pp. 372-375, o, del mismo autor, “Concluding Reflections”, cit., p. 238; “Natural Law and Legal Reasoning”, cit., p. 9, y *LeY natural y derechos naturales*, cit., pp. 141 y ss.

no, es producto de la limitación (imperfección) de la razón humana para participar o conocer acabadamente el orden moral. Dicha participación se daría “en cuanto a algunos principios generales, mas no en cuanto a la ordenación peculiar de cada una de las cosas singulares” (por más que esta ordenación exista).⁸

Si se acepta que pueden existir muchos modos razonables de regular convencionalmente una misma situación de la vida social, cuando una norma jurídica regula dicha situación estableciendo como obligatoria una de las diferentes opciones razonables de regulación, la existencia de dicha norma será relevante y capaz de coordinar la conducta de los ciudadanos. Lo que quiere afirmarse aquí es que cuando muchas soluciones a un problema son razonables, las normas jurídicas positivas, al optar por una de todas estas opciones (indiferentemente) razonables, tendrían la capacidad de determinar autoritativamente cuál de todas las soluciones razonables es la jurídicamente obligatoria. De este modo, las normas jurídicas positivas serían capaces de crear nuevas razones para la acción y proporcionar un criterio de resistencia frente a otras opciones razonables, cerrando o limitando las posibilidades de obrar que resulten inconsistentes con ellas. Justamente esta capacidad que tendrían las normas jurídicas de crear nuevas razones y atrincherar unos criterios razonables de obrar como los obligatorios (y separarlo de un grupo más amplio de buenas razones para obrar) es lo que les permitiría guiar de un modo especial las conductas y producir efectos prácticos. Más aún, puede decirse que la fuerza vinculante (capacidad de obligar) de las normas jurídicas no surge sólo de su razonabilidad sino también de su capacidad para *añadirle* a una de las diferentes soluciones razonables la capacidad de coordinar las conductas de los miembros de una comunidad.⁹ En palabras de Aristóteles, las leyes establecidas para casos concretos, y que no tienen en todas partes la misma fuerza, hacen que “aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera” (por ejemplo, que se deba sacrificar una cabra y no dos ovejas), “ya no d[é] lo mismo” y que su cumplimiento resulte debido en justicia (por su razonabilidad). En concreto,

⁸ Cfr. Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae, cit.*, II-II q. 47 a. 2- 5, y II-II q. 181 a. 2. oportuno aclarar que con esta afirmación Aquino no pretende negar la intelectualidad de la prudencia. Si bien puede parecer que Aquino insinúa que existe una ordenación de cada una de las cosas particulares y es el hombre el que no puede participar plenamente de dicha ordenación, existen dudas acerca de si es meramente un problema epistemológico. Al respecto, por ejemplo, cfr. Etcheverry, J. B., “Entrevista a John M. Finnis”, *Doxa*, 35, 2012, pp. 866 y 867.

⁹ Aquino sostiene algo parecido al afirmar que las leyes humanas que derivan de la ley natural como una determinación de ella, le “añaden” algo a dicha ley natural que no tiene “más fuerza que la de la ley humana”. Cfr. Aquino, Tomás de, *op cit.*, I-II q. 95, a. 2.

para Aristóteles, lo que establecen estas leyes es debido por un tipo de justicia “fundada en la convención y en la utilidad”, en contraposición a lo que denomina la “justicia natural”.¹⁰

Algo parecido de lo que acaba de decirse de las normas jurídicas generales puede decirse de las decisiones judiciales particulares. Por ello, es correcto afirmar que el surgimiento del derecho (en sentido amplio) parece estar relacionado con su capacidad para coordinar razonablemente a los ciudadanos de un modo que no lo consigue solamente la moral. Más aún, dicha coordinación sería lo que permitiría a los ciudadanos desarrollarse de una manera que no lograrían si las normas jurídicas y las decisiones judiciales no existieran o si no se tomara en serio su aplicación y ejecución.¹¹ Sin embargo, no es necesario desconfiar de la objetividad de los criterios morales para sostener esto, sino que basta con advertir que la moral es capaz de guiar las conductas en muchas direcciones posibles y válidas, y que si no existieran las normas jurídicas positivas para regular la conducta de los ciudadanos, muchas de sus acciones no podrían ser coordinadas (entre otras cosas) a fin de prevenir posibles conflictos. A su vez, para sostener la capacidad de las decisiones judiciales para crear razones para la acción no es necesario negar la objetividad de las normas jurídicas positivas, sino que alcanza con advertir que en algunos casos ni la moral ni las normas jurídicas son capaces de determinar una única respuesta posible para su resolución. Por ello, si no existieran las decisiones judiciales para resolver un caso, incluso quienes están dispuestos a cumplir con lo que manda la moral y las normas jurídicas estarían sometidos a una falta de predicibilidad y de capacidad de poner punto final a los conflictos. Esto, a su vez, atentaría contra la existencia de un orden que permita un tipo de coordinación y facilite así la coexistencia pacífica. Incluso, en algunos casos las decisiones judiciales colaboran en ofrecer criterios para resolver futuros casos similares.¹²

En definitiva, gracias a las normas jurídicas y a las decisiones judiciales se logra evitar la falta de predicibilidad que atenta contra una coordinación entre los ciudadanos que promueva la coexistencia pacífica y asegure la autodeterminación y la libertad de los ciudadanos respecto de algunas formas

¹⁰ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 7, 1135a (se emplea la edición bilingüe a cargo de M. Araújo y J. Marías, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994).

¹¹ Cfr. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980. Traducción de C. Orrego, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, capítulo IX, y Cotta, S., *El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, trad. de I. Peidró Pastor, Pamplona, EUNSA, 1987, pp. 50 y ss.

¹² La intensidad con que una decisión judicial pueda cumplir esta última función dependerá en parte de cuál sea la función específica del tribunal que emita la decisión (tribunal de primera instancia, de apelación, casación, Supremo, etcétera).

de manipulación a las que puede intentar recurrir la autoridad.¹³ No obstante, queda todavía por terminar de aclarar si la tesis de que el derecho es capaz de crear razones para la acción se aplica tanto a las normas jurídicas positivas como a las decisiones judiciales. En este sentido, hay que reconocer que pueden detectarse algunas diferencias entre ellas que pueden poner en tela de juicio la función creativo-determinativa de las decisiones judiciales. A continuación abordaremos algunas de estas diferencias.

III. LA RELEVANCIA DE LA DECISIÓN JUDICIAL Y LA TESIS DE LA RESPUESTA “MÁS JUSTA”

Un primer desafío para la tesis de que las decisiones judiciales son capaces de crear razones para la acción puede surgir al ponerse en tela de juicio el margen de libertad determinativa existente en la decisión judicial que busca resolver una controversia concreta. Dicho de modo más sencillo, si el juez carece de libertad determinativa entonces es incapaz de crear razones para la acción.

En este sentido, el profesor Massini distingue, a nuestro juicio adecuadamente, entre el plano de la *corrección* de una decisión jurídica de aquél de su *justicia*. Según su opinión, en el primero de estos planos es posible encontrar varias maneras de adecuar correctamente la conducta que se juzga al material normativo disponible y diversos modos correctos de cumplir con el precepto de una norma (lo que supone admitir que existen varias respuestas “correctas” para un caso), pero otra cosa sucede, en opinión de Massini, si se adopta la perspectiva de la justicia, “de la solución justa en el caso concreto”.¹⁴ Para este autor, si bien es posible que en el plano de los principios o de las normas (que siempre tienen un mayor o menor grado de generalidad o abstracción) exista más de una respuesta correcta, esto es poco factible en el nivel *fronético* o de las conductas máximamente determinadas. Para defender esta posición, advierte que este tipo de decisiones se mueven en un ámbito de concreción en el que se daría una cumbre de determinación, “resultado de una síntesis de todas las causas” que no puede consistir sino en la “adopción de la mejor” o “más justa solución posible del caso concreto”.¹⁵ Esto sería así porque dichas decisiones se toman por medio de un proceso que concluye en una alternativa que ha “de ser única, ya que

¹³ Cf. Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 298-304.

¹⁴ Massini Correas, C. I., “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, *op. cit.*, pp. 155 y 156.

¹⁵ *Ibidem*, p. 156.

de lo contrario no sería posible alcanzar una decisión acerca del obrar... [y] si no existiera en concreto una alternativa *mejor*, *i. e.*, más adecuada a la concreta determinación del bien humano, la voluntad no podría *intender* [elegir] su puesta en la existencia y mover entonces las potencias operativas a su realización”,¹⁶ “con la resultante parálisis de toda acción humana”.¹⁷ Sin embargo, esto no supone que se le niegue un papel a la voluntad que, conjugada con la inteligencia, conducirían a la mejor alternativa para el caso en concreto. Más específicamente, a juicio de Massini

la razón delibera (*deliberatio*) ante todo acerca de cuáles son las distintas posibles alternativas de solución, analiza cada una de ellas en su naturaleza y sus circunstancias, para decidir luego, movida la razón por la voluntad ordenada al bien, cuál es la solución más justa en el caso concreto. Esta resolución es el objeto del denominado último juicio práctico (*iudicium electionis*), el cual es seguido por la elección, por parte de la voluntad (*intentio*), de esa alternativa como la mejor y por la consiguiente dirección de la razón (*imperium*) a la voluntad para la realización efectiva de la opción elegida (*usus*).¹⁸

IV. LA DECISIÓN JUDICIAL ANTE MÁS DE UNA RESPUESTA JUSTA

Este argumento no niega la relevancia de la función determinativa del derecho, aunque atribuye tal función a las normas jurídicas que buscan regular de modo general la conducta humana y se las niega a la decisiones judiciales de casos concretos.¹⁹ En esta parte del trabajo buscaremos defender la tesis de que puede existir más de una respuesta “justa” al nivel de las decisiones máximamente concretas y que, por tanto, también a nivel de las decisiones judiciales el derecho puede cumplir una función determinativa y crear razones para la acción. Para ello, ofreceremos una explicación del acto de decisión judicial concreto que dé cuenta de los desafíos advertidos por el autor homenajeado en la obra en la que se incorpora este trabajo. Específicamente, mostraremos que existen dos modos en los que, frente a varias opciones justas de decisión, la voluntad se inclina por una condición particular de una de ellas más que respecto de otras: i) porque elige seguir la opción justa hacia la que tienden las disposiciones afectivas según los hábitos de carácter de la

¹⁶ *Ibidem*, p. 158.

¹⁷ *Ibidem*, p. 159.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 157 y 158.

¹⁹ *Cfr.* Massini Correas, C. I., “La «paradoja de la irrelevancia» y el poder obligante del derecho: la respuesta anticipada de Tomás de Aquino”, *op. cit.*, *passim*.

persona que decide, o ii) porque elige juzgar una circunstancia particular de una opción y no otra u otras de las demás opciones.²⁰

1. ¿Qué entendemos por “decisión judicial más justa”?

A fin de llevar adelante esta tarea, en primer lugar, consideramos necesario precisar con claridad a qué se hace referencia cuando se defiende la tesis de que existe para cada conflicto jurídico “una decisión judicial más justa”. Claramente, con esta tesis no se defiende que “la decisión judicial justa” siempre se encuentre en el sistema jurídico positivo y que pueda ser deducida de premisas axiomáticas y evidentes. A su vez, tampoco se hace referencia a que exista una única decisión judicial justa sólo porque siempre existe para cada caso una única decisión *final*, ya que una decisión puede ser *final* e *injusta*.²¹ Sin embargo, no resulta claro de la defensa de la “tesis de la respuesta más justa” anteriormente expuesta si ella se aplica a todo el contenido de la decisión judicial o solamente a algunos aspectos de ella. Como han advertido muchos autores, determinado grado de concreción de la respuesta jurídica que han de ofrecer los jueces con sus decisiones suele presentarse como bivalente: una norma es o no constitucional, el demandado es o no responsable, la prueba es o no válida, el acusado es o no culpable, etcétera.²² No obstante, este recurso técnico al que acude el propio sistema jurídico en el marco de un proceso judicial para encontrar soluciones a problemas complejos no parece apropiado para explicar de modo completo el contenido de las decisiones judiciales.²³ Resulta bastante claro que el juicio determinativo acerca de exactamente cuánto ha de pagar de indemnización quien ha sido juzgado como responsable por un daño causado, o el que determina específicamente el *quantum* de una sanción (dentro de los parámetros legales) a quien ha sido considerado culpable no es bivalente.²⁴ En este sentido, no está claro si quienes defienden la “tesis

²⁰ Cfr. Aquino, Tomás de, *De malo*, q. 6, a. 1. Una interpretación de la respuesta de Tomás de Aquino sobre este punto puede verse en Llano, C., “La decisión humana ante bienes prácticamente iguales”, *Examen filosófico del acto de la decisión*, Pamplona, EUNSA, 2010, pp. 47 y ss.

²¹ Cfr. Aarnio, A., “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa*, 8, 1990, pp. 23 y 24.

²² Cfr. Atienza, M., “Sobre la única respuesta correcta”, *Jurídicas*, 6, 2009, p. 23. Al respecto hemos trabajado las posiciones de Dworkin y Finnis sobre este punto en Etcheverry, Juan B., *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granda, Comares, 2009, p. 76.

²³ Cfr. Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 306-308.

²⁴ Cfr. Endicott, T., *Vagueness in Law*, Oxford, University Press, 2000, pp. 72 y 73.

de la respuesta más justa” también consideran que existe *una* respuesta más justa para estos aspectos de la decisión judicial. Aclarar este primer punto sería importante porque la no bivalencia de estos aspectos de las decisiones judiciales parece dejar en evidencia la dificultad de defender que sobre ellas sólo cabe “*una* respuesta justa”.

2. *¿Cómo es posible que exista más de una respuesta justa?*

Realizada esta aclaración preliminar, abordaremos ahora la crítica anteriormente descrita a la tesis de que pueden existir más de una respuesta justa para un caso. Específicamente, buscaremos establecer si es correcto que de existir más de una respuesta justa para un caso sería imposible alcanzar una decisión acerca del obrar, porque la voluntad no podría elegir su puesta en la existencia y mover a su realización, con la resultante parálisis de toda acción humana. La respuesta que esbozaremos en esta oportunidad sólo buscará mostrar que es posible que la razón le presente a la voluntad más de una solución justa para un caso, sin que por ello se paralice la acción humana. No obstante, se le reconocerá a la tesis de la “respuesta más justa” lo siguiente: es verdad que no describe adecuadamente el acto de decisión judicial quien afirma que frente a los casos que pueden tener más de una solución justa no queda más remedio que echar a suerte su última determinación o concretización.²⁵

Lo que proponemos es que incluso en las decisiones judiciales, en las que conocemos (al menos parcialmente) las circunstancias del caso, puede suceder que buscándose decidir de modo “justo” (y no sólo de forma “correcta”) no necesariamente se llegue a una única respuesta. Esto puede suceder por varias razones. En primer lugar, por la dimensión esencialmente contingente que suelen tener todos los problemas prácticos, y que afecta consiguientemente al razonamiento práctico necesario para determinar la solución judicial para un caso. Si bien el razonamiento práctico busca adecuar la acción a unos principios en cierto modo necesarios —que van desde principios tan generales como el que establece hacer el bien y evitar el mal a

²⁵ En este sentido, advierte Carolina Pereira que “pocas veces se entiende que las opciones que se presentan en una decisión con trascendencia moral sean absolutamente indiferentes, de modo que para decidir sólo se pueda echar una moneda al aire. Debe tratarse, eso sí, de una decisión moralmente relevante, con eficacia intransitiva, que al tomarla configure el carácter de la persona que elige”. Pereira, C., “Sobre la incommensurabilidad de los bienes básicos en J. Finnis”, en Etcheverry, J. B. (ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, cit., p. 53.

otros más específicos como los que buscan evitar los resultados absurdos—, su aplicación a casos particulares está en un buen número de casos afectada por una variabilidad o contingencia que proviene precisamente de la variabilidad o contingencia de los casos.²⁶ “[N]i las normas anteriores ni ningún tipo de saber universal, alcanza ya a captar la singularidad de la situación en la que es preciso decidir”.²⁷ Dicho en otras palabras, la desproporción entre lo generales que son los principios y las normas jurídicas positivas y lo particulares que son los casos a resolver supone que no necesariamente exista sólo una acción concreta justa.²⁸

Esto es así no sólo porque las situaciones de hecho difieren mucho entre sí, sino también porque la conducta humana puede orientarse hacia una gran variedad de opciones igualmente razonables, al menos en principio y muchas veces también en último término. Esto es posible porque puede haber diferentes maneras de concebir el bien y “múltiples vías” para llegar a la felicidad.²⁹ En concreto, más allá de la posibilidad que tiene la razón de verse “obstaculizada” para juzgar adecuadamente qué debe hacerse o que la voluntad no quiera aquello que es lo único que sería razonable que quisiese,³⁰ en cada situación la razón no necesariamente está determinada a una sola cosa. En esto radicaría lo que Rhonheimer llama la “autonomía del actuar”. Según esta concepción de la autonomía, dado que “la razón misma posee una apertura a muchas cosas, puede tener diferentes concepciones del bien. Y toda vez que la voluntad es una facultad tendencial guiada por la razón, posee exactamente la misma apertura que es propia de la razón”.³¹ Por ello, esta visión de la autonomía está “basada en la dependencia de la voluntad respecto de la razón, esto es, en la autonomía cognitiva”, y así, se diferencia de la autonomía kantiana de la voluntad, caracterizada

²⁶ Cfr. Aquino, Tomás de, *op. cit.*, I-II q. 94, a. 4.

²⁷ Martínez Doral, J. M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963, p. 87.

²⁸ Cfr. Rhonheimer, M., *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, trad. de J. C. Mardomingo, Madrid, Rialp, 2000, p. 242. En palabras de Aquino, “mientras que la forma entendido es universal, bajo la que se comprenden muchas cosas; como los actos versan sobre cosas singulares, ninguno de los cuales iguala la potencia de lo universal, la inclinación de la voluntad permanece indeterminado frente a lo múltiple”. Aquino, Tomás de, *De malo*, *cit.*

²⁹ Cfr. Aquino, Tomás de, *De malo*, *cit.*, q. 6, na.1, ad. 9.

³⁰ Sobre la posibilidad de que la razón humana se vea “obstaculizada” para ver lo verdaderamente bueno para el hombre *cfr. ibidem*, pp. 171 y ss. Sobre la posibilidad de que la voluntad pueda no querer aquello que sería razonable que quisiera, *cfr. ibidem*, pp. 184 y ss.

³¹ *Ibidem*, pp. 183 y 184.

como autolegislación.³² No obstante, en muchas ocasiones, las elecciones anteriormente realizadas u otras circunstancias ayudan a determinar razonablemente cuál de dichas opciones razonables es la mejor para el caso concreto. Por ejemplo, si bien en abstracto la decisión entre salir a pasear con un amigo o descansar se enfrenta con opciones igualmente buenas, si uno se ha comprometido a lo primero, existe una razón adicional que ha de tenerse en cuenta para decidir. Igualmente, no en todos los casos se da esta situación, y en aquéllos en que existen varias opciones razonables de actuación existe el desafío de explicar cómo es el proceso de elección de una de ellas.

3. *El problema de la motivación de la decisión frente a varias respuestas justas para un caso*

¿Cómo se produce entonces la acción en casos en los que el entendimiento ofrece opciones de resolución cuyas razones son relativamente suficientes (y no absoluta o necesariamente suficientes)? ¿Cómo salimos de la indecisión e inmovilidad frente a razones insuficientes? ¿Cómo se lleva a cabo una decisión judicial frente a opciones justas prácticamente iguales? La voluntad (nuestra inclinación a decidir por una de las opciones justas de resolución) no queda necesariamente inmóvil frente a la inconmensurabilidad de los argumentos para elegir entre las opciones razonables. Una de las maneras en que se supera esa inmovilidad de la voluntad para decidir frente a opciones desde el punto de vista de los argumentos como igualmente razonables puede darse “por la disposición del hombre”, por el impulso de la persona.³³ Más específicamente, en estos casos, el querer decidir razonablemente puede, a su vez, querer aprovechar el impulso de las disposiciones afectivas según los hábitos de carácter de la persona que decide para lograr optar entre las distintas posibilidades razonables de la decisión.³⁴

Esto no supone defender una visión emotivista o irracionalista de la decisión judicial por dos razones. En primer lugar, porque quien decide lo hace dentro de un grupo de opciones previamente consideradas razonables. En

³² *Ibidem*, pp. 167 y 168. Rhonheimer realiza un desarrollo extenso de las distintas acepciones del concepto de autonomía en *Natural Law and Practical Reason, A Thomist View of Moral Autonomy*, trad. de G. Malbary, Nueva York, Fordham University Press, 2000, pp. 179-255.

³³ Cfr. Llano, C., “La decisión humana ante bienes prácticamente iguales”, *Examen filosófico del acto de la decisión*, Pamplona, EUNSA, 2010, pp. 47 y ss.

³⁴ Finnis le reconoce un papel a la afectividad en la toma de decisiones entre opciones inconmensurables. Expresamente reconoce que esto puede suceder en el ámbito político e, incluso, en el judicial. Cfr. Finnis, J., “Commensuration and Public Reason”, *Reason in Action. Collected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2011, vol. I, pp. 252-254.

segundo lugar, existen razones para que la voluntad quiera la intervención de las disposiciones afectivas según los hábitos de carácter de la persona que decide a fin de desbloquear su inmovilidad e inclinar la balanza en los casos en que hay que decidir por una opción entre varias de ellas razonables. Las teorías de la decisión judicial basada en las virtudes (*virtue jurisprudence*) han reflexionado sobre dichas razones.³⁵ Para estas teorías, las disposiciones de carácter para elegir lo que es bueno, noble o justo (virtudes), *indiscutidamente ayudan* a tomar resoluciones justas para los casos, e incluso nos ofrecen el *mejor* criterio para determinar qué decisiones son justas, al punto que puede defenderse que “lo que determina la corrección de una decisión es que un juez virtuoso podría haber tomado tal decisión”.³⁶ Así, podría decirse que, en general, las virtudes juegan un papel *constitutivo* de las decisiones judiciales justas y, en particular, de aquellas en las que parece haber más de una decisión justa posible.³⁷ Esto no supone afirmar que sólo un juez virtuoso puede tomar decisiones justas, sino que quien no lo sea también puede hacerlo aprovechando o decidiendo con los mismos criterios de otro que sí lo es.³⁸ En último término esto sería así porque la mejor acción siempre será aquella que logre integrar del mejor modo posible el complejo de facultades corpóreo-anímicas (razón, voluntad, inclinaciones sensibles) de quien decide “de manera que las tendencias mismas de los sentidos lleguen a ser un principio del actuar humano configurado por la razón”.³⁹ Esto se logra por medio del hábito de integrar estas dimensiones en el obrar, lo que genera “una especie de disposición estable o de inclinación adquirida que permite realizarlos con la corrección correspondiente a cada facultad en cuestión: con facilidad, espontaneidad y buen tino”.⁴⁰ En definitiva, la mejor decisión es aquella que está en consonancia con el particular modo de ser de quien decide.

³⁵ Cfr. Solum, L., “Virtue jurisprudence: Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes”, *Persona y Derecho*, 69, 2013, pp. 5-51.

³⁶ Cfr. Amaya Navarro, M. A., *Virtudes judiciales y argumentación. Una aproximación a la ética jurídica*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 35.

³⁷ Cfr. *ibidem*, pp. 38-46.

³⁸ De hecho, está en camino de ser virtuoso (específicamente, prudente) el juez que es consciente de que debido a que las acciones contingentes sobre las que decide son tan variadas se vuelve casi indispensable recurrir a la experiencia que se adquiere a lo largo del tiempo por medio de la memoria personal y el consejo de quienes gocen de mayor experiencia. Cfr. Etcheverry, Juan B., “Discrecionalidad judicial. Causas, naturaleza y límites”, *Teoría y Derecho*, 15, 2014, p. 162. Con esta propuesta se busca ofrecer una respuesta sobre el papel de las virtudes en las decisiones judiciales justas entre la visión que considera que sólo un juez justo puede tomar decisiones justas (Solum) y la que considera que las decisiones justas son las que hubiera tomado un juez justo (Amaya).

³⁹ Cfr. Rhonheimer, M., *La perspectiva de la moral*, *op. cit.*, pp. 204 y 205.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 203.

¿Sostener que los hábitos afectivos razonables nos ayudan a elegir una de las diferentes opciones justas y que hay razones para seguir a dichas inclinaciones no supone, en realidad, defender una versión especial de “la tesis de la respuesta más justa”? Por dos razones esto no es necesariamente así. En primer lugar, si bien existen razones para complementar los elementos racionales y argumentables de una decisión con inclinaciones afectivas razonables; puede ser que estos elementos afectivos no puedan incorporarse a la justificación de la decisión, ya que no siempre logran brindar razones públicas que hagan de la opción elegida la *más justa* y que excluya al resto de opciones como *menos justas o injustas*.⁴¹ Esto, por un lado, supone que sea razonable esperar que diferentes jueces con distintas disposiciones de carácter opten para un mismo caso por diferentes posibilidades justas de respuesta. Por el otro, no supone que las decisiones en las que se debe optar por una resolución entre varias posibles justas no puedan ser debidamente justificadas. En realidad, todas las opciones justas de resolución de estos casos pueden justificarse en las razones que hacen que esa opción justa sea razonable.

Incluso si se acepta que frente a una *decisión moral individual*, la mejor opción de decisión es aquella que integra todas las facultades de quien decide o que es conforme al particular modo de ser de quien decide: ¿puede ser que, en lo que respecta a la *decisión judicial*, poco importe la integración de las facultades de quien decide porque en este caso no está principalmente en juego el desarrollo del que toma la decisión sino el destino de los derechos y obligaciones de las personas sobre las que se resuelve la controversia? En este sentido, puede entenderse que el derecho tiene un carácter exclusivamente técnico o cultural que lo diferencia del orden moral y, entre otras cosas, hace que las decisiones judiciales deban aspirar principalmente a una correcta aplicación de los medios legales a un problema jurídico y no al desarrollo de quien resuelve una controversia en la que no es parte. Sin embargo, como bien explica Massini, el derecho es una técnica o realidad cultural instrumental que está constitutivamente al servicio de un fin moral

⁴¹ Sobre este punto, en parte, disentimos con Amaya. A su juicio, “una concepción de la justificación jurídica basada en las virtudes, no tiene por qué asumir que la sensibilidad perceptual del juez virtuoso impide que éste dé razones a favor de su decisión. Por el contrario, el juez virtuoso tiene una sensibilidad especial que, justamente, le permite discernir las razones relevantes que apoyan una determinada decisión en el caso concreto y, desde luego, expresarlas en su sentencia”. Si bien compartimos que un juez virtuoso es capaz de identificar mejor las razones a favor de una decisión, particularmente en lo que respecta a las decisiones entre más de una opción justa, la sensibilidad perceptual del juez virtuoso que puede ayudarlo a decidirse con base en razones por una de las opciones justas en parte puede no resultar comunicable en lo que se refiere a la exclusión de las otras opciones por las que no se ha optado. Cfr. Amaya Navarro, M. A., *Virtudes judiciales y argumentación*, op. cit., pp. 36 y 37.

específico (la justicia) y, por lo tanto, las conductas jurídicas se enmarcan en el contexto de un saber eminentemente práctico-moral que exige de ellas no meramente la corrección técnica de su resultado, sino también su corrección práctico-valorativa.⁴² Por ello, a diferencia de las obras exclusivamente técnicas (que pueden lograrse en pésimas condiciones morales), la decisión judicial exige de quien la toma “un conjunto de predisposiciones” favorables a su fin específico (la justicia),⁴³ que sólo se obtienen al integrarse todas las facultades de quien decide.

En segundo lugar, tener en cuenta los hábitos afectivos no elimina totalmente la posibilidad de que tenga que decidirse un caso entre opciones igualmente justas, porque pueden darse casos en que los operadores jurídicos (obligados a decidir) se encuentren perplejos frente a dos o más posibilidades justas de decisión, incluso desde la perspectiva que les proporcionan sus inclinaciones de carácter. En estos casos, por el impulso de la voluntad, quien decide puede considerar por medio de su entendimiento especialmente algo bajo determinada perspectiva y no bajo otra que le permita tomar una decisión. Esto supone aceptar que en estos casos la causa (una razón) de que la voluntad quiera algo no siempre actúa con un carácter necesario, “porque la voluntad misma puede presentar un impedimento, o bien eliminar esa consideración que la induce a querer, o bien considerando lo opuesto”.⁴⁴ Como explica Carlos Llano, al final de todas las consideraciones hay un reducto inabordable en que la voluntad de la persona es todavía dueña de su decisión y no puede ser al fin y al cabo conducida por nadie.⁴⁵

Según Tomás de Aquino, “[n]ada impide que, si se presentan dos cosas iguales según una perspectiva, se piense de cualquiera de ellas alguna condición por la cual sobresalga, y la voluntad se pliegue más hacia una que hacia la otra”.⁴⁶ En estos casos, hay algo que la voluntad aplica a una opción más que a las otras. Esta decisión

que opta por un bien con preferencia sobre otro igual, no es estrictamente irracional, ya que hay un bien adicional en el uso de su propia libertad, y

⁴² Cfr. Massini Correas, C. I., “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, *op. cit.*, pp. 163 y 164. Sobre cómo un médico puede obrar médicamente de forma correcta y, a la vez, de forma imprudente, injusta e irresponsable, cfr. Rhonheimer, M., *La perspectiva de la moral*, *op. cit.*, p. 242. Sobre este punto también puede verse, Laise, L., “El problema de la determinación de las respuestas jurídicas correctas: el debate R. Dworkin vs. J. Finnis”, *Ius*, V, 2013, pp. 1-6.

⁴³ Martínez Doral, J. M., *La estructura del conocimiento jurídico*, *cit.*, pp. 89 y 90.

⁴⁴ Aquino, Tomás de, *De malo*, *cit.*, q. 6, na.1, ad. 15.

⁴⁵ Cfr. Llano, C., “La decisión humana ante bienes prácticamente iguales”, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁶ Aquino, Tomás de, *op. cit.*, I-II, q.13, a. 6, ad. 3.

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

4. *El papel del entendimiento y la voluntad en la decisión que elige entre más de una opción justa*

Para finalizar, si bien en este trabajo no es posible explicar el modo circular en el que operan las tendencias afectivas al impulsar por atracción hacia un bien al entendimiento para que este lo proponga a voluntad y ella quiera elegirlo, sí advertiremos dos aspectos concretos de dicho modo que son especialmente importantes para comprender cómo se deciden los casos en los que se presenta más de una opción razonable de actuación concreta.

El primero de ellos es que debemos intentar evitar la tentación de explicar el acto de decisión marginando al entendimiento o a la voluntad a fin de simplificar su compleja estructura. Suelen caer en dicha tentación las posturas racionalistas deterministas y las voluntaristas que exaltan únicamente la libertad. Tanto el entendimiento como la voluntad son facultades inmateriales y, por tanto, capaces de reflexionar sobre sí mismas. Esto supone que el entendimiento puede entenderse a sí mismo y a la voluntad, y que la voluntad puede querer su propio querer, y querer que el entendimiento entienda. Así, la voluntad no puede decidir nada que el entendimiento no se lo haya propuesto y el entendimiento no puede pensar en nada si la voluntad no lo movió a pensar. Tener en cuenta esto es de especial relevancia para explicar las decisiones en las que hay más de una opción razonable por la cual optar, porque este tipo de decisiones, junto con las dilemáticas (en las que supuestamente habría que elegir irremediabilmente entre opciones irrazonables), suelen ser la arena de debate tradicional entre las posturas racionalistas que niegan la existencia de casos en los que pueda haber más de

⁴⁷ Llano, C., “La distinción entre bien y motivo y su secuela para la práctica”, *op. cit.*, p. 57.

una opción razonable, y las voluntaristas que consideran que prácticamente todas las opciones son igualmente razonables o irrazonables.

El segundo aspecto importante del modo en que se relacionan el entendimiento y la voluntad en las decisiones es que si bien en todo acto de decisión la voluntad nunca opera sin la intervención del entendimiento, el primer movimiento de las facultades inmateriales para el ejercicio del acto se da por la voluntad. Esto es así porque la voluntad no siempre se encuentra en acto de querer gracias a algo exterior bajo cuyo impulso empieza a querer. Según la tradición aristotélica, dicho impulso exterior arranca de la naturaleza individual de la persona que quiere, y con la explicación de este impulso se evita que la relación entre el entendimiento y la voluntad sea viciousamente circular.⁴⁸ Por otra parte, si bien la voluntad es una facultad tendencial que mueve por razones, ella no sólo posee dominio sobre sí misma, sino también sobre las otras facultades afectivas e intelectivas. Así, se conoce porque se quiere conocer y, por tanto, se puede dejar de conocer porque no se quiere conocer, lo que explica que en algunos casos pueda hablarse de ignorancia culposa. Incluso, la voluntad puede conocer lo que es razonable hacer y sin embargo influir sobre el entendimiento para que busque argumentos que justifiquen la mera volición y de ese modo se haga algo que en último término no se considera razonable. Este dominio de la voluntad también se da sobre las pasiones o tendencias sensibles que pueden ser queridas, en el sentido de que la voluntad puede influir sobre el juicio de la razón para que se “somete” al impulso de las pasiones y en el sentido de que la voluntad también puede desencadenar una pasión poniéndose en manos de la imaginación sensible.⁴⁹ Este tipo de preeminencia de la voluntad en la acción⁵⁰ puede servir para terminar de explicar cómo es que la voluntad logra optar frente a opciones igualmente razonables sin quedar inmóvil sea eligiendo “ser dispuesta por cosas como la simpatía (connaturalidad con las tendencias, sentimientos...)”,⁵¹ o porque elige juzgar una circunstancia particular de una opción y no otra u otras de las demás opciones razonables.

⁴⁸ Cfr. *ibidem*, pp. 64-67.

⁴⁹ Cfr. Rhonheimer, M., *La perspectiva de la moral*, *op. cit.*, pp. 188 y 190.

⁵⁰ Llano realiza una precisa explicación de cómo Tomás de Aquino considera (en la *Suma teológica*) que el entendimiento absolutamente considerado tiene preeminencia sobre la voluntad también absolutamente considerada y de cómo, en cambio, advierte (en *De Veritate*) que la voluntad tiene preeminencia sobre el entendimiento en la acción. Cfr. Llano, C., “La distinción entre bien y motivo y su secuela para la práctica”, *op. cit.*, pp. 79 y 80. Esta distinción también la hace Aquino, *De malo*, *cit.*, q. 6, a. 1.

⁵¹ Rhonheimer, M., *La perspectiva de la moral*, *op. cit.*, p. 187.

V. CONCLUSIONES

Del desafío impuesto a la tesis de que las decisiones judiciales pueden crear razones para la acción y de la respuesta esbozada en este trabajo a dicho desafío pueden obtenerse algunas conclusiones. La principal de dichas conclusiones es que de la exigencia de que las decisiones judiciales han de ser moral y legalmente correctas para poder resultar justificadas no se sigue que dichas decisiones sean completamente redundantes a la moral y a las normas positivas y que, por lo tanto, no aporten nada específicamente suyo al regular la conducta de sus destinatarios. Debido a que en algunos casos la conducta humana puede orientarse a más de una opción jurídica y moralmente justa, en algunas ocasiones las exigencias morales y jurídicas pueden admitir más de una solución justa para una misma cuestión. Esto supone que cuando una decisión judicial resuelve una de estas cuestiones eligiendo una de las opciones justas, la existencia de tales decisiones aporta una determinación de las soluciones posibles que adquiere una indudable relevancia, entre otras cosas, por su capacidad para coordinar a sus destinatarios de forma que puedan superar el conflicto planteado judicialmente. Así, cuando más de una solución a un problema es justa positiva y moralmente, la decisión judicial tendría la capacidad de crear una razón nueva para la acción que justifica seguir la solución determinada autoritativamente (que opta entre una de las opciones razonables), proporcionando un criterio de resistencia frente a otras opciones razonables, guiando, produciendo efectos prácticos para resolver el conflicto frente a sus destinatarios, e incluso puede colaborar en ofrecer criterios para resolver futuros casos similares. Frente a tales casos, quien decide no necesariamente queda perplejo, ya que su voluntad puede inclinarse por una condición particular de una de las opciones justas: i) porque puede elegir seguir la opción justa hacia la que tienden sus disposiciones afectivas según sus hábitos de carácter, o ii) porque puede elegir juzgar una circunstancia particular de una opción y no otra u otras de las demás opciones. A su vez, esta explicación supone, por un lado, reconocerle cierto tipo de preeminencia a la voluntad en la acción y, por el otro, evitar la tentación de explicar el acto de decisión marginando al entendimiento o a la voluntad a fin de simplificar su compleja estructura.

¿EXISTE UNA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA PARA CADA DECISIÓN JURÍDICA? EL JUEZ HÉRCULES ANTE LA INCONMENSURABILIDAD DE LOS BIENES BÁSICOS

Carolina PEREIRA SÁEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La propuesta de Finnis frente a Dworkin*. III. *El significado de la inconmensurabilidad de los bienes básicos*. IV. *El significado de la ausencia de una mejor respuesta*. V. *Conclusión*

Es un tópico de la filosofía del derecho actual la necesidad de contemplar su objeto de estudio: el derecho, desde el punto de vista interno o del participante. Pues bien, en el caso de quien escribe estas líneas, la aportación del profesor Massini aparece mayor desde esta perspectiva: en mi etapa doctoral estudié la obra de John Finnis, difundida en el mundo universitario latino gracias, en gran medida, a la atención que le prestó desde muy temprano el profesor Massini. Este trabajo arranca precisamente de una de sus publicaciones sobre la obra de Finnis, en la que analiza el rechazo finnisiano de la posibilidad de una “única respuesta correcta” para el derecho, defendida por Dworkin con su juez Hércules. Es, así, una muestra de cómo la buena labor universitaria de uno beneficia a muchos: la generosidad intelectual del profesor Massini para orientar, aconsejar y abrir nuevas perspectivas de estudio es de todos nosotros conocida.

I. INTRODUCCIÓN

¿Existe una única respuesta correcta en derecho para todos los casos, también para los más difíciles? Dworkin sostiene que es posible —por lo menos

* Universidad de La Coruña.

para un ideal juez hercúleo— encontrar una única respuesta acertada,¹ o una preferible entre varias adecuadas,² para cada caso jurídico, también para los casos difíciles en los que puede haber más de una solución compatible con la norma a aplicar. Dworkin expone distintos tipos de argumentos en favor de esta propuesta y admite que puede haber algún caso excepcional para el que no haya una única respuesta. Pero el objeto de este trabajo no es estudiar la tesis de Dworkin, sino la respuesta de Finnis; por tanto, nos limitaremos a recordar que Dworkin alega que en el derecho hay, además de las normas, otros criterios de decisión —sobre todo, principios— que permiten al juez discriminar y elegir entre posibles respuestas. Así pues, para discernir la respuesta correcta es necesario tener en cuenta no sólo el ajuste de las posibles soluciones al derecho sino también su solidez moral. La mejor respuesta para cada caso será la más sólida moralmente de entre todas aquéllas adecuadas a las normas y materiales jurídicos preexistentes.

Finnis critica esta tesis de Dworkin y sostiene que es imposible comparar, en sentido estricto, el grado en que las distintas respuestas posibles realizan uno y otro criterio de corrección. Para apoyarlo, alega la inconmensurabilidad de los bienes básicos. Ésta es una de las tesis más características de la *New Natural Law Theory*, en la que Finnis basa su defensa de la libertad de elección y también su explicación de la autoridad del derecho. Pues bien, lo que proponemos en este trabajo es que la inconmensurabilidad de los bienes básicos no implica que no pueda haber una única respuesta correcta para cada decisión práctica y que, por la misma razón, la justificación de la autoridad del derecho propuesta por Finnis es cuestionable. Esto permitiría preguntar si la caracterización del derecho como autoritativo es la más conveniente para estudiarlo, pero eso ha de quedar para otro trabajo.

II. LA PROPUESTA DE FINNIS FRENTE A DWORKIN

Finnis niega, frente a Dworkin, que exista una única respuesta correcta para todos los casos jurídicos, en especial los difíciles. La propuesta de Finnis, que Massini estudia con detalle en su trabajo “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”,³ implica que no existe una mejor respuesta no sólo en el

¹ Cfr. Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, pp. 119 y ss., y *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 81 y ss.

² Cfr. Dworkin, R., “Law as Interpretation”, *Texas Law Review*, 60, 1982, pp. 527-550, y *Law’s Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 247.

³ Cfr. Massini, C. I., “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, en Legarre, S. et al. (eds.), *La lucha por el derecho natural*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2006.

derecho, sino en general en el razonamiento práctico —esto es, cada vez que cada uno de nosotros considera qué debe, en verdad, hacer—,⁴ y no sólo en los casos difíciles, sino, en realidad, en todos los casos. Para Finnis el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico⁵ y el argumento de la inconmensurabilidad llega al derecho precisamente por su pertenencia al ámbito de la razonabilidad práctica.⁶ Los argumentos de Finnis sobre la única respuesta correcta son generales de la decisión práctica y se aplican al derecho precisamente en la medida en que es un caso del razonamiento práctico. Por otro lado, Finnis no define claramente los casos difíciles,⁷ y los argumentos que da implican la falta de una única respuesta correcta para todos los casos en los que haya verdadera elección,⁸ es decir, los casos relevantes para la decisión práctica. Esto no impide mantener que en los casos en los que sólo identificamos una opción aceptable exista una única respuesta correcta, pero no es éste el caso tipo de decisión práctica ni el más habitual: en la inmensa mayoría de los casos habrá varias alternativas entre las que elegir, y esta elección puede ser más o menos difícil. Como escribe Massini, en los casos jurídicos esa dificultad dependerá de “la complejidad de la situación, ...la ambigüedad o vaguedad de los textos legales *prima facie* aplicables, ...o la gravedad de las consecuencias que implica cada posibilidad de solución”.⁹ Lo que sostiene Finnis no es sólo que normalmente hay varias alternativas aceptables —necesarias para que haya verdadera elección—, sino que muchas veces no existirá una que sea la mejor o la menos mala.

A diferencia de otros críticos de Dworkin, la respuesta de Finnis no depende de su manera de entender el derecho —si incluye o no principios, además de normas, que puedan orientar el juicio sobre la mejor respuesta—, sino de la manera de entender la toma de decisiones. Como decíamos, Dworkin considera que para apreciar la corrección de una decisión jurídica en un caso hay que juzgar dos cosas: su ajuste al derecho existente y su so-

⁴ Cfr. Finnis, J., “Law and What I Truly Should Decide”, *American Journal of Jurisprudence*, 48, 2003, pp. 107-129.

⁵ Cfr. Finnis, J., “Legal Reasoning as Practical Reason”, en Finnis, J., *Collected Essays*, Oxford, Oxford University Press, 2011, vol. I, pp. 212-230.

⁶ Cfr. *idem*.

⁷ Como explica Massini, afirmar que casos difíciles son aquellos que tienen más de una respuesta correcta para después sostener que en los casos difíciles hay más de una respuesta correcta es una petición de principio. Cfr. Massini, C. I., “Dworkin, Finnis...”, *op. cit.*, p. 104.

⁸ Según Finnis, sólo puede haber elección libre propiamente dicha cuando no hay una respuesta que sea la mejor. Cfr. Finnis, J., “Legal Reasoning...”, *op. cit.*, pp. 224 y 225.

⁹ Massini, C. I., “Dworkin, Finnis...”, *op. cit.*, p. 104.

lidez moral.¹⁰ Finnis afirma que estos dos criterios de corrección de la decisión jurídica son inconmensurables,¹¹ porque pertenecen a distintos órdenes de la realidad: el ajustamiento con los materiales precedentes pertenece al orden técnico, la solidez moral, al moral.¹² Dworkin propone un orden en la aplicación de estos criterios —la mejor respuesta será la más sólida desde el punto de vista moral dentro de las que sean suficientemente ajustadas a los materiales precedentes—, pero Finnis rechaza esa propuesta porque no determina cuándo el ajustamiento es suficiente, y entiende que es difícil hacerlo sin incurrir en circularidad.¹³ De todas maneras, la tesis de Dworkin superaría la crítica de la inconmensurabilidad entre los órdenes técnico y moral; lo que ocurre es que el argumento de Finnis no es, en realidad, la necesidad de distinguir entre estos órdenes —técnico y moral— y la inconmensurabilidad entre juicios pertenecientes a uno u otro. Como expone Massini y el propio Finnis explica claramente, la dimensión técnica del derecho se justifica por un juicio moral sobre su necesidad, por lo que sería posible llevar las apreciaciones sobre el ajustamiento y la solidez moral a un único orden de la realidad.¹⁴ El argumento definitivo de Finnis es la inconmensurabilidad de los bienes básicos,¹⁵ la cual es independiente de la distinción de órdenes de la realidad, que posibilita la libre elección,¹⁶ que está presente en todo el razonamiento práctico¹⁷ y que justifica la inconmensurabilidad de

¹⁰ Finnis, J., “Legal Reasoning...”, *op. cit.*, p. 221; Finnis remite a Dworkin, R., *Law’s Empire*, *cit.*, p. 255, y *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 340 y 341.

¹¹ *Cfr.* Finnis, J., “Legal Reasoning...”, *op. cit.*, p. 221.

¹² *Cfr. idem.* Sobre los cuatro órdenes véase el mismo lugar un poco más arriba. Esta pertenencia de los criterios de corrección jurídica a distintos órdenes de la realidad coincide con una afirmación finnisiana recurrente: el derecho es un hecho y una razón para la acción. *Cfr. idem.*, nota 16, y Finnis, J., “On Hart’s Ways: Law as Reason and as Fact”, en Finnis, J., *Collected Essays*, *cit.*, vol. IV, pp. 230-356, *passim*, y “Las as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s «Ideal Dimension»”, *American Journal of Jurisprudence*, 59, 2014, pp. 1-30, *passim*.

¹³ Porque los distintos criterios posibles para considerar el ajustamiento suficiente también podrían clasificarse según criterios de solidez y de ajustamiento. A pesar de esta crítica, me parece que es posible establecer un umbral de “ajustamiento suficiente” a partir del cual aplicar el criterio de la solidez moral, más aún cuando el ajustamiento es un criterio técnico. Siguiendo el ejemplo de Finnis, es posible buscar la novela más divertida de entre todas las que sean suficientemente cortas, porque la extensión es un criterio técnico. *Cfr.* Finnis, J., “Legal Reasoning...”, *op. cit.*, pp. 221 y 223.

¹⁴ *Cfr.* Massini, C. I., “Dworkin, Finnis...”, *op. cit.*; Finnis, J., “Legal Reasoning...”, *op. cit.*, p. 222, nota 17 y “Law and What I Truly...”, *op. cit.*, p. 112.

¹⁵ *Cfr.* Finnis, J., “Legal Reasoning...”, *op. cit.*, p. 223.

¹⁶ *Ibidem*, p. 219.

¹⁷ *Ibidem*, p. 223.

las opciones no porque pertenezcan a distintos órdenes de la realidad sino en cuanto realizaciones de bienes básicos inconmensurables.

Lo que propone Finnis es, entonces, que la razón natural no puede encontrar la respuesta correcta a todas las cuestiones que se plantea un juez cuando no encuentra las fuentes claras. En la mayor parte de las situaciones personales y de la vida social hay muchas respuestas correctas, es decir, no incorrectas. Las elecciones personales previas, o las decisiones sociales autoritativas, reducen este ámbito de elección. Sin embargo, esas elecciones y decisiones, aunque racionales y razonables, no son, en la mayoría de los casos, exigidas por la razón: no están precedidas por ningún juicio racional sobre si esa opción es la respuesta correcta o la mejor solución;¹⁸ se basan más bien en las disposiciones y sentimientos de quien elige.¹⁹ Podríamos preguntarle, entonces ¿significa esto que el juez ha de elegir entre alternativas igualmente correctas sin una razón? Según Finnis, es así;²⁰ precisamente en eso se basa la específica autoridad del derecho, que de otra forma sería una mera redundancia de la autoridad de la moral. Si esto es así, podríamos entender que la autoridad del derecho vendría a ser equivalente a la de una máquina de sorteo, donde el azar es sustituido por los sentimientos o disposiciones del juez. ¿No parece contrario a la experiencia que los jueces decidan con base en sus sentimientos y disposiciones, y no porque encuentren alguna razón que les incline hacia una y no otra respuesta? ¿No es su labor jurisprudencial la de tratar de discernir cuál de las dos pretensiones tiene más razón jurídica, mejor derecho? Y ¿se llega necesariamente a esta ausencia de una mejor razón para una pretensión si se admite la inconmensurabilidad de los bienes básicos?

III. EL SIGNIFICADO DE LA INCONMENSURABILIDAD DE LOS BIENES BÁSICOS²¹

Según Finnis, para que la elección sea realmente libre es necesario que no haya una alternativa que comprendamos como la mejor absolutamente, es decir, la mejor bajo todas las perspectivas posibles o según todos los criterios

¹⁸ *Ibidem*, p. 230.

¹⁹ *Ibidem*, p. 223.

²⁰ Pero considera normal que, después de haber elegido, la respuesta elegida parezca la mejor. *Idem*.

²¹ Sobre la tesis de la inconmensurabilidad en la obra de Finnis, véase Pereira Sáez, C., "Sobre la inconmensurabilidad de los bienes básicos en J. Finnis", en Etcheverry, J. (ed.), *Ley, moral y razón. Estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley natural y derechos naturales*, México, UNAM, 2013, pp. 43-56, *passim*, y bibliografía allí citada.

de evaluación, porque si fuera así, no podríamos evitar elegirla. Por tanto, sólo puede haber libre elección entre opciones inconmensurables, de las que ninguna realiza todo el bien que realizan las otras y alguno más. Pero, a mi juicio, para esto basta con que las opciones sean suficientemente distintas, no es necesario que no haya ninguna mejor.

Para Finnis, como para otros autores de la *New Natural Law Theory*, las opciones que se presentan a la libre elección son inconmensurables porque los bienes humanos básicos son inconmensurables. Esto significa que los bienes básicos, precisamente en cuanto bienes —esto es, en cuanto fines o razones para la acción— no son medibles por una medida común. No hay una medida aplicable a todos ellos porque no comparten ningún rasgo —como pudiera ser la bondad— que pueda darse en mayor o menor grado en función del cual pueda hacerse esa medición.

Los bienes básicos son, entonces, incuantificables, es decir, no puede computarse, traducirse a una medida. Sin embargo, esto no implica, me parece, que sean iguales o que “valgan” o “pesen” lo mismo: que ni el Pórtico de la Gloria de la Catedral de Santiago de Compostela ni una puesta de sol sobre la ría de Arousa tengan valor cuantificable supone que no se puede calcular si, por ejemplo, el Pórtico de Gloria vale o no más que diez puestas de sol; pero no significa que sean iguales ni, por supuesto, que su valor sea el mismo. Si ante una catástrofe ecológica mundial tuviéramos que decidir la supervivencia de uno de los dos, es claro que su “incuantificabilidad” no nos iba a impedir llegar a una decisión razonable y no arbitraria.

Hasta aquí la afirmación de la inconmensurabilidad no deja de referirse a un nivel muy general del razonamiento práctico, porque los bienes básicos son las formas más generales del bien humano. Pero, según Finnis, no sólo los bienes básicos son inconmensurables sino también las opciones particulares entre las que elegimos, es decir, las realizaciones concretas de bienes plasmadas en los propósitos que decidimos poner por obra. ¿En qué sentido son inconmensurables? Para la *New Natural Law Theory*, las opciones son incomparables en cuanto motivo de la acción racional, es decir, en su atractivo inteligible total, y en la medida en que en las opciones permanece un rasgo en el que son inconmensurables se puede afirmar su inconmensurabilidad. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los bienes básicos, el carácter particular de las opciones hace que sea posible una comparación entre opciones que no es posible entre bienes básicos. Por tanto, mientras que la inconmensurabilidad de los bienes básicos impide que haya una jerarquía entre ellos, la inconmensurabilidad de las opciones no lo impide. Es decir, las opciones particulares entre las que elegimos son inconmensurables

en el sentido de que son todas elegibles, pero eso no implica que no pueda haber unas mejores o más respaldadas por razones que otras.

La tesis de la inconmensurabilidad es, entonces, de escasa relevancia para la función judicial. El juez para dictar sentencia no tiene que elegir entre bienes básicos, y admitir su inconmensurabilidad no implica considerar incomparables las pretensiones que tiene ante sí. Lo que excluye la tesis de la inconmensurabilidad es, por tanto, que una opción realice el mayor bien neto, pero no que una opción sea mejor, y lo excluye sencillamente porque el bien es incuantificable, no porque las distintas opciones que se presentan a la elección lo realicen igualmente. El sentido exacto de la tesis de la inconmensurabilidad se entiende confrontándolo con el planteamiento consecuencialista: lo que excluye es que el razonamiento moral sea un cálculo y que el bien moral consista en procurar la mayor cantidad de bien posible. No excluye, sin embargo,²² que pueda haber opciones mejores que otras, aunque no mejores en un sentido técnico, como cuando una opción realiza todo el bien que realizan las otras y alguno más. Una de las críticas dirigidas a la *New Natural Law Theory* por sostener la inconmensurabilidad de los bienes básicos es la de que implica una necesaria arbitrariedad en la elección, porque pretende que hay tanta razón para elegir una opción como la otra, y por tanto niega que la elección libre pueda ser razonable, apoyada en razones. Frente a esto, la *New Natural Law Theory* responde que la inconmensurabilidad de las opciones necesaria para la libertad de elección no implica que sean todas moralmente iguales. De hecho, según Finnis, la corrección moral es una cuestión de razonabilidad: la acción moralmente correcta no es simplemente racional, esto es, orientada a algún bien básico, sino plenamente razonable, porque responde a la fuerza directiva de todos los bienes básicos.²³ Por tanto, la opción moralmente correcta es *mejor* que la incorrecta, más conforme a las exigencias de la razón —aunque no sea imposible elegir racionalmente una opción distinta, mientras que sí es imposible elegir racionalmente una opción distinta a la que se entiende que realiza el mayor bien neto en sentido técnico—.

²² Según esta objeción, la tesis de la inconmensurabilidad de la *New Natural Law Theory* implicaría que las elecciones entre opciones racionalmente fundadas son necesariamente arbitrarias, cosas que parece contraria a la experiencia: *cf.*, entre otros, Wright, R., “Does Free Speech Jurisprudence Rest on a Mistake? Implications of the Commensurability Debate”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 23, 1990, pp. 763-790, *passim*, y Pannier, R., “Finnis and the Commensurability of Goods”, *The New Scholasticism*, 61, 4, 1987, pp. 440-461.

²³ *Cf.* Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 451.

El significado de la tesis de la inconmensurabilidad es, por tanto, bastante limitado: significa que no es posible medir en sentido técnico —en términos de “cantidad de bien”— el grado de bondad de las acciones; pero no excluye que haya opciones mejores y peores; es decir, según otros criterios, no técnicos, sí se puede apreciar y comparar la bondad de las acciones. De la tesis de la inconmensurabilidad no se sigue, por tanto, a pesar de lo que escribe Finnis, la ausencia de una mejor respuesta, porque ese juicio bien puede ser un juicio de moralidad. La exclusión de una única respuesta correcta implica la imposibilidad de comparación moral entre opciones, y no es consecuencia de la inconmensurabilidad de los bienes básicos. Finnis, sin embargo, parece entenderlo así cuando alega frente a Dworkin la inconmensurabilidad de los bienes básicos para excluir la única respuesta correcta, y afirma que de otra manera no sería posible elegir libremente; pero —podríamos alegar— la elección puede ser libre sin que para eso tenga que ser arbitraria o sin razones. ¿Cómo entender, entonces, la inconmensurabilidad de los bienes básicos sin que choque con la afirmación finnisiana de que la corrección moral es una cuestión de razonabilidad?

IV. EL SIGNIFICADO DE LA AUSENCIA DE UNA MEJOR RESPUESTA

¿Cómo entender esta propuesta finnisiana? Desde luego se puede excluir que signifique que no hay criterios objetivos, racionales, que orienten nuestras elecciones libres, porque libremente se elige entre, por ejemplo, la venganza y el perdón, y una alternativa es más razonable que la otra.

Carlos Ignacio Massini afirma que lo que propone Finnis es cierto en un nivel general, pero no en el nivel de la decisión concreta. Distingue entre los niveles principal, normativo y prudencial del conocimiento práctico, y entiende que en el nivel prudencial no puede darse esa situación de ausencia de mejor respuesta, ya que implicaría que la elección es llevada a cabo por los sentimientos o por una voluntad desvinculada de la razón.²⁴ La decisión concreta y particular, última fase del conocimiento práctico —cuyo objeto no es una esencia inteligible, sino un operable, que ha de ser puesto en la existencia—,²⁵ tiene por objeto la acción humana singular que, como afirma Massini, “sólo puede llevarse delante de modo determinado en la medi-

²⁴ Cfr. Massini, C. I., “Dworkin...”, *op. cit.*, p. 110.

²⁵ Cfr. Martínez Doral, J. M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963, p. 73.

da en que la razón perciba una solución práctica como la *mejor* y la voluntad la *intenda* o elija como objeto de su querer”.²⁶ Así pues, en abstracto es posible que no haya más razones para, por ejemplo, ir a la guerra a defender la patria que para quedarse en casa a cuidar de la madre enferma, pero para mí aquí y ahora, teniendo en cuenta todas las circunstancias, habrá más razones en favor de una respuesta que de otra.

Finnis, sin embargo, está afirmando la ausencia de una mejor respuesta en el nivel último del conocimiento práctico, en la decisión concreta y particular, porque está refutando a Dworkin y su juez hercúleo. En este último nivel del conocimiento práctico es la prudencia la que determina lo correcto o incorrecto; la propuesta de Finnis, por tanto, nos dice cómo entiende este autor la prudencia, que depende, a su vez, de cómo entiende la intervención de la inteligencia y la voluntad en la toma de decisiones. ¿Es que en el último estadio la voluntad actúa sin la guía de un criterio racional?

A mi modo de ver, la insistencia de Finnis en la ausencia de una única respuesta correcta tiene sentido en su respuesta al consecuencialismo y su rechazo de que el razonamiento práctico se reduzca a un razonamiento técnico, en el que la incorrección moral sería un mero error de cálculo. Efectivamente, al menos de manera intuitiva, para el hombre de la calle parece que el bien y el mal moral es más una cuestión de buena o mala voluntad que de inteligencia. La propuesta de Finnis tendría sentido como insistencia en que la razón teórica por sí sola no cierra la cuestión de qué se ha de hacer aquí y ahora. Pero si no se explica bien la confluencia de inteligencia y voluntad en el razonamiento práctico y, sobre todo, en la decisión prudencial, esta insistencia puede dar lugar a una quiebra: primero actuaría la inteligencia, esclava de la verdad; después el apetito, sin criterio racional.

Si el razonamiento práctico no es simple racionalismo, tampoco es puro voluntarismo: es necesario tener en cuenta adecuadamente el papel de la prudencia, característica del conocimiento práctico, que ni deduce de manera puramente lógica ni elige de forma irracional, y que hace de puente entre el conocimiento y la acción, lo teórico y lo pragmático. A mi juicio, la pluralidad de respuestas correctas tiene sentido si se refiere a que la razón por sí sola, la razón a la manera teórica, es incapaz de identificar la respuesta correcta. Es necesaria la decisión prudencial, que no es una mera aplicación de principios que permitan sencillamente identificar la solución correcta para cada caso. En el ámbito de la práctica, la razón no sabe a ciencia cierta, sin posibilidad de error; no se da una visión directa de lo que es el

²⁶ Massini, C. I., “Dworkin, Finnis...”, *op. cit.*, p. 110.

bien para el hombre.²⁷ La razón teórica por sí sola no sabe lo que es el bien práctico, lo que hay que hacer, lo agible.²⁸ Como explica Inciarte, “desasistida de la práctica, de querer la realización del bien, la razón se encuentra a ciegas. Querer el bien es el camino que conduce a saber algo sobre el bien, aunque saber que hay que querer el bien es, por supuesto, la primera condición para buscarlo”.²⁹ Y, desde luego, en el derecho la decisión prudencial es esencial: el conocimiento teórico de las normas no dispensa del ejercicio de la decisión, y las otras fuentes del derecho —principios jurídicos, precedentes— están directamente vinculadas con la tarea de decisión prudencial. El conocimiento del derecho es, por tanto, conocimiento prudencial.

La insuficiencia de la razón teórica no significa, sin embargo, que la decisión sea un acto arbitrario o no orientado por razones, como podría deducirse de la afirmación finnisiana de que elegimos con base en sentimientos y disposiciones subjetivas. La decisión es un acto de la prudencia donde confluyen inteligencia y voluntad.³⁰ En la decisión sobre qué hacer se refleja esta dualidad: es una apetencia razonable o una razón apetente lo que está en juego.³¹ La prudencia tiene, por tanto, un cometido de verdad o veritativo; pero no se trata de constatar un estado de cosas. En el ámbito de la práctica, la pregunta relevante no es qué sea el bien de por sí, sino más bien cómo y por medio de qué surge el bien. Con esto no se elimina la pregunta teórica sobre el bien, sino que se hace posible dar una respuesta, porque, como afirma Aristóteles, “para saber lo que tenemos que hacer hay que hacer lo que queremos saber”.³²

Para la tradición aristotélico-tomista, la razón en el ámbito de la práctica es verdadera cuando está de acuerdo con el apetito recto. Para la decisión sobre qué hacer aquí y ahora habrá una mejor respuesta, pero no al alcance de la razón por sí sola sino con el concurso de la voluntad, apetito de la parte intelectual del hombre. La dificultad del planteamiento de Finnis puede venir de su gran insistencia en la separación entre conocimiento especulativo y práctico —que le lleva a rechazar que la razón práctica sea la misma razón teórica con el concurso de la voluntad—, que se debe, a su vez, a su preocupación por no incurrir en la falacia naturalista y en su insistencia

²⁷ Cfr. Inciarte, F., *El reto del positivismo lógico*, Madrid, Rialp, 1974, pp. 205 y 206.

²⁸ Cfr. *ibidem*, p. 204.

²⁹ *Ibidem*, p. 206.

³⁰ Sobre la prudencia jurídica cfr. Martínez Doral, J. M., *La estructura...*, *op. cit.*, *passim*.

³¹ Cfr. Inciarte, F., *El reto...*, *op. cit.*, p. 207.

³² Cfr. *ibidem*, p. 173.

en el aislamiento entre ser y deber ser,³³ que puede terminar por separar el querer y el obrar del hombre del mundo del conocimiento.³⁴

V. CONCLUSIÓN

La propuesta de la única respuesta correcta es relevante para la filosofía del derecho no sólo en la crítica al positivismo jurídico y la cuestión sobre la creación judicial del derecho, donde la presenta Dworkin. A mi juicio, éstas, al fin y al cabo, no dejan de ser cuestiones teóricas sin gran influencia en la vida real del derecho. Para el práctico del derecho es evidente la insuficiencia de la norma y la necesidad de interpretarla, aunque el filósofo pueda discutir sobre la posibilidad de sostener *lógicamente* la suficiencia del sistema de normas o sobre la naturaleza de esa tarea judicial de interpretación. Sin embargo, a la tesis finnisiana de la pluralidad de respuestas igualmente correctas subyace una determinada manera de entender la decisión judicial que puede tener más trascendencia práctica que dichas cuestiones. Así, la propuesta de Finnis puede dar a entender que lo que se le pide al juez es, muchas veces, ponderar lo imponderable; que el juez, en realidad, elige entre valores, que pueden estar todos ellos suficientemente amparados por razones. Al fin y al cabo, ¿no es cierto, como dice Finnis, que la percepción de que una respuesta es la correcta aparece normalmente después de haber decidido el caso? Si es así, más que averiguar cuál de las pretensiones particulares tiene más razón según derecho, el juez ha de decidir (¿con base en disposiciones personales y sentimientos?) cuál de los valores abstractos en juego ha de ser sacrificado. De este modo, en un caso típico entre la libertad de expresión y derecho a la intimidad el juez razonará a partir de la importancia de los valores en juego —por ejemplo, de su relevancia en una sociedad democrática—, y no a partir de qué se dijo, en qué circunstancias y cuáles son las razones de las pretensiones de cada parte.

Como se adelantaba, Finnis alega la inconmensurabilidad entre opciones para justificar la autoridad específicamente jurídica. Para este autor, la autoridad del derecho —repetamos— no es una mera redundancia de la de la moral, sino que el derecho da una nueva razón para la acción: el haber sido dicho por el derecho, al margen del contenido de la decisión. Así, el

³³ Según García-Huidobro el sentido en el que Finnis emplea la noción de naturaleza está muy influenciado por sus interlocutores (analíticos): la concibe como un conjunto de hechos de donde no se pueden extraer valores y que no desempeña ningún papel en la reflexión ética. Cfr. García-Huidobro, J., *Objetividad ética*, Valparaíso, Edeval, 1995, pp. 120 y 121.

³⁴ Cfr. Martínez Doral, J. M., *La estructura...*, *op. cit.*, p. 103, nota 152.

derecho es un instrumento especialmente apto —y éste es un juicio moral— para elegir entre respuestas igualmente correctas, entre las que ninguna es exigida por la moral. La autoridad del derecho es, por tanto, la de un instrumento de coordinación entre respuestas correctas.

Es difícil desvincular el derecho de la moral si se parte de que lo que caracteriza al derecho es su autoridad, su condición de razón para la acción, que no es otra cosa que el juicio de que una determinada acción —un determinado comportamiento, o la obediencia al derecho— es entendida como necesaria para el bien. La labor del derecho, más que de coordinación entre respuestas correctas, es de *determinatio*.³⁵ Su autoridad, que nunca va a poder cortar por completo las amarras con la moral, no es la de una máquina de azar que elige entre respuestas correctas, sino la de quien trata de determinar prudencialmente las exigencias más o menos genéricas jurídicas y de justicia en el caso concreto, teniendo en cuenta todas sus circunstancias. Como escribe Martínez Doral, “en lo jurídico... la única regla inmediata de la acción concreta es la decisión prudencial. Y tampoco esa regla puede ser reconstruida por abstracción o calculada de antemano en todos sus aspectos, porque constitutivamente es resolución sobre algo a hacer aquí y ahora”.³⁶

³⁵ Cfr. Zambrano, P., “Principi, ragioni e diritti. Il diritto come differenza pratica”, *Rivista di Filosofia del Diritto*, II, 1-2013, pp. 169-190, *passim*.

³⁶ Martínez Doral, J. M., *La estructura...*, *op. cit.*, p. 97.

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

Carlos Diego MARTÍNEZ CINCA*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. DIVERSOS PLANOS Y NIVELES EN LA DELIBERACIÓN PRÁCTICA

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

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

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

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

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

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

⁵ *Ibidem*, p. 145.

⁶ *Ibidem*, p. 134.

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

⁸ *Ibidem*, p. 153.

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

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

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

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

¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²³ *Ibidem*, p. 150.

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

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

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

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

²⁴ *Ibidem*, p. 151.

²⁵ *Ibidem*, p. 152.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷ *Ibidem*, p. 660.

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

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

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

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

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

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

V. BALANCE FINAL

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

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

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

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

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

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

VI. BIBLIOGRAFÍA

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

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

LA INFLUENCIA DE H. L. A. HART EN LA NUEVA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

Santiago LEGARRE*

I

Empezaré con unas palabras acerca de la elección del tema de esta contribución al *Festschrift* de Carlos Ignacio. Mi idea inicial había sido desempolvar la relación epistolar entre Massini Correas y John Finnis. Unos meses antes de partir por primera vez a Oxford, donde conocería a Finnis, escuché por primera vez el nombre del homenajeado, de labios de un amigo suyo, el profesor Alfonso Santiago (h), que me dijo: “Conozco a un mendocino que tiene trato con el autor del libro que te ha encandilado”. Se refería a *Natural Law and Natural Rights*, que había leído en 1992, gracias al preclaro préstamo del sacerdote uruguayo José Luis Vidal, un precursor. Y aunque nunca nos habíamos siquiera visto la cara, el mismo día que Alfonso me presentó a Carlos Ignacio, a finales de 1994, éste me dio una carta con el nombre de John Finnis estampado en el sobre.

Con la epístola en mi bolso llegué a Oxford en enero de 1995. Desde la portería de University College, y sin anuncio previo, llamé al profesor Finnis por el teléfono interno. Con notable cordialidad, me dio cita para el día siguiente. No tengo duda de que la mención de la carta fue una gran ayuda en la presentación telefónica. De la epístola nunca supe el contenido, *comme il faut*, aunque delante de mis ojos Finnis rompió el sello del sobre, y leyó en silencio su contenido a la par que esbozaba una sonrisa tímida pero franca. Años después, cuando por intermedio de Ricardo Crespo y Catalina Arias

* Profesor titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, UCA; investigador independiente del Conicet; profesor visitante de Filosofía del Derecho, University of Notre Dame Law School, USA; Master of Studies in Legal Research, University College, Oxford. El autor agradece los comentarios del padre Juan José Salinas.

de Ronchietto, conocí mejor a Carlos Ignacio, aprendí que él había tenido por costumbre no sólo mantener un asiduo intercambio epistolar con el profesor de Oxford, sino también enviarle puntualmente una copia de cada publicación suya. También años después de aquel primer encuentro, Finnis me confirmó que él siempre le había reciprocado a su corresponsal argentino. Además, se ve que John aplicaba con ahínco su limitado pero eficiente manejo del castellano a leer la obra de Massini, como surge de alguna pregunta que me hizo el día que lo conocí, como: “¿En Argentina se lee mucho a Villey? Porque se ve que las teorías de Villey están muy presentes en las preocupaciones de Massini”.

El recién esbozado fue el contexto en el cual se me ocurrió desempolvar la correspondencia entre estos dos grandes de la filosofía del derecho. Así que a ambos les puse la misma pregunta, hace algunos meses: “¿Conservan acaso cartas relevantes...?” Carlos Ignacio me respondió que desde la época del correo electrónico (que yo calculo que en nuestro país se corresponde con mediados o fines de los noventa) ya no guardaba ese tipo de archivos, y que dudaba tener algo anterior a esa fecha. John pareció inicialmente más optimista, y se puso a buscar en sus carpetas (una vez me explicó que tiene la vida dividida en carpetas, una para cada año.) Pero, como pasa tantas veces, en lugar de encontrar lo que buscaba... encontró algo distinto y, desde cierto punto de vista, mejor. Y así fue que, sin querer, encontré yo un nuevo tema para mi contribución a este volumen.

Porque, mientras buscaba la correspondencia con su amigo, John Finnis desempolvó una serie de cartas que había recibido de H. L. A. Hart, todas relacionadas con la confección y el contenido del que sería su primer y más reconocido libro, el ya aludido *Natural Law and Natural Rights*, publicado en 1980. Y así fue que me decidí a escribir sobre la influencia de Hart en lo que Carlos Ignacio Massini ha dado en llamar en español “la nueva escuela de derecho natural” —influencia que, por lo ya señalado, enfocaré desde la perspectiva de estas inéditas cartas de quien fue el director de tesis doctoral de John Finnis y, unos años más tarde, la persona que le comisionó la escritura del mencionado libro—.

Pero antes de disecar las cartas y medir su importancia, juzgo conveniente refrescarle al lector sumariamente algunos aspectos más generales (algunos divulgados antes de ahora; otros, no) de la influencia de Hart en John Finnis y, en particular, en el libro que en castellano se ha intitulado *Ley natural y derechos naturales*.

II

John Finnis conoció a H. L. A. Hart al llegar a Oxford a realizar sus estudios de doctorado, en 1962. La Facultad de Derecho aceptó al estudiante proveniente de Australia y le asignó al profesor Hart como “supervisor”, término inglés que podría traducirse libremente como “director de tesis”. A su vez, uno de los colegios universitarios que integran la Universidad de Oxford, University College, lo admitió como miembro. El mismo joven Finnis había solicitado, en el formulario de su postulación, ser admitido en ese colegio universitario o *college*, pues sabía que allí se desempeñaba quien vendría a ser su primer maestro.¹

Hart era desde 1952 el *Professor of Jurisprudence* de la Faculty of Law; es decir, el único catedrático de Filosofía Jurídica de toda la Facultad de Derecho oxoniense. Ése era un cargo prestigioso entonces, pero lo fue mucho más desde que lo vistió Hart y, más aún luego, gracias al aura de su sucesor en la cátedra desde 1969,² Ronald Myles Dworkin. De acuerdo con sus estatutos fundacionales, la cátedra del *Professor of Jurisprudence* —cuya creación data de 1869— está aneja a University College, colegio universitario más conocido como “Univ”. De modo que el *Professor of Jurisprudence* es, simultáneamente e ipso iure, “fellow” de Univ, es decir, miembro del cuerpo gobernante del College.

En 1961 Hart había publicado su primer libro, *The Concept of Law*, que sería tremendamente influyente, como es bien sabido. Finnis llegó a Oxford justo a tiempo para vivir el escenario subsiguiente, *the aftermath*, como se diría en inglés, con palabra difícilmente traducible al castellano. Este desembarco no fue casual: su padre había estado de año sabático en Oxford a finales de los años cincuenta y, al volver, le había comentado a su hijo John (estudiante de derecho en Adelaida) que los dos intelectuales más interesantes del Oxford de entonces eran Elizabeth Anscombe y H. L. A. Hart. Quizá por eso todavía en Australia el joven Finnis leyó todo lo que había

¹ Así me lo relató John Finnis en un correo electrónico del 3 de junio de 2014. En correo del 4 de junio del mismo año agregó, sin embargo, que elegir University College porque allí estaba Hart “fue un error de lógica, pues los directores de tesis pueden pertenecer a cualquier *college*”.

² Hart se podría haber retirado más tarde, en 1974, de acuerdo con las normas universitarias entonces vigentes en materia de edad de jubilación. Acerca de las posibles razones de su decisión de jubilación prematura puede consultarse la obra de su principal biógrafa, quien cuenta que la comunicación de lo decidido causó gran sorpresa a sus colegas. Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 289 y ss.

disponible de Hart, incluido el flamante *The Concept of Law*. Más aún, cuando dio su examen de filosofía del derecho en la carrera de grado, se sirvió de los escritos de Hart para preparar sus respuestas.³

En la época de la llegada de Finnis a la ciudad dorada, que gracias a Evelyn Waugh pasó a ser conocida como Arcadia, las clases de Hart en la Facultad de Derecho versaban sobre Hohfeld y su teoría de los derechos.⁴ Finnis todavía conserva sus apuntes de las *lectures*, que tenían lugar en los llamados Examination Schools (conocidos ordinariamente como *Schools*). A la par, pero en un plano individual, Hart dirigía el trabajo doctoral de Finnis (y de otros), en sus *rooms* de University College. Esta oficina, que en el inglés británico de Oxford se designa en plural como *rooms*, se encontraba en una pequeña casa que Univ poseía (y posee) sobre Merton Street, y es la misma que ocuparía desde 1969, fecha del retiro de Hart, su sucesor Ronald Dworkin.⁵ Años más tarde, Hart volvería a tener una oficina en University College.

Cuando Hart dejó de ser el *Professor of Jurisprudence*, su College —deceoso de mantener el vínculo vivo— le ofreció una *Research Fellowship*, que implicaba derecho a *rooms*.⁶ Pero más tarde Hart aceptó la propuesta de un importante cargo administrativo-directivo en otro colegio universitario: fue “Principal” de Brasenose College, entre 1973 y 1978. Para la época de su retiro de Brasenose, Univ volvió a coquetear con su laureado ex *fellow* y lo tentó una vez más con una *Research Fellowship*, exitosamente. Entonces se le concedió a Hart un atractivo cuarto lindero con el hermoso Fellow’s Garden de Univ.⁷ Como resultado de un accidente de auto y, luego, de un cáncer de próstata,⁸ Hart perdió sustancial movilidad y pasó a transportarse en una silla de ruedas.⁹ Entonces —Finnis sitúa esto aproximadamente en 1988— el College decidió concederle una nueva oficina. Fue esta tercera

³ Correo electrónico de John Finnis del 4 de junio de 2014, en el cual aclara que las palabras de su patrón no son textuales y que las recuerda de memoria (como también el año del sábado).

⁴ “Yo escuché las clases de Hart [sobre Hohfeld y su análisis de los derechos] en el periodo octubre-noviembre de 1963”. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 2a. ed., OUP, 2011, p. 415.

⁵ Por cierto, el sucesor en la cátedra a partir de 1999, John Gardner, decidió no ocupar esa oficina, a diferencia de Hart y de Dworkin.

⁶ Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart...*, *op. cit.*, p. 290.

⁷ *Ibidem*, p. 323.

⁸ *Ibidem*, p. 353.

⁹ Correo electrónico de John Finnis del 16 de junio de 2014. “He moved to the Masters’s Lodgings only after he became wheelchair-bound. The room became available when Master Brewster died in November 1988, and Hart probably moved very soon after that”.

oficina de Hart, situada en la entrada de la casa del *Master* de Univ, sobre la derecha, la que ocupó John Finnis a partir de 1993 (y hasta 2010, en que se jubiló por edad),¹⁰ luego de la muerte del gran profesor, acaecida el 19 de diciembre de 1992. Y allí tuvimos reuniones tutoriales y de supervisión con Finnis ininidad de veces cientos de sus estudiantes.

Fue también en esa oficina donde, apenas tomar posesión, Finnis encontró tres o cuatro importantes cuadernos personales o diarios de Hart, que habían sido dejados, seguramente por descuido,¹¹ luego de la mudanza de las cosas.¹² John se los entregó a la viuda, Jenifer, y actualmente se encuentran en la biblioteca de New College, en Oxford.¹³ Buena parte de la biografía más importante de Hart se apoya en revelaciones contenidas en esos cuadernos encontrados por Finnis en el suelo de la oficina de los “Master’s Lodgings”.¹⁴

Durante los primeros meses del doctorado, Hart —que siempre daba rienda bastante suelta a su pupilo— animó a Finnis a profundizar en intereses propios del australiano, que no eran los de Hart y, consiguientemente, a leer a Platón, Aristóteles y Tomás de Aquino (además de leer a Bentham, Hume, Russell, Kelsen y a otros autores que Hart tenía más propiamente dentro de su radar).¹⁵ No es éste el lugar para contar la historia de la tesis

¹⁰ En cambio, en la Universidad de Notre Dame, Indiana, USA, Finnis retuvo su cargo luego de 2010 y lo tiene a la fecha en que se escriben estas líneas. En Estados Unidos no hay jubilación obligatoria en el ámbito académico, a diferencia de lo que sucede en Oxford.

¹¹ Más allá del descuido de quienes acondicionaron los *rooms post mortem*, el desorden de Hart en vida era proverbial y facilitaba las pérdidas, a tal punto que recién el año pasado se descubrió, por accidente, un ensayo suyo inédito, que habría estado perdido por años. *Cfr.* Shaw, Geoffrey C., “H. L. A. Hart’s Lost Essay: *Discretion* and the Legal Process School”, 127 *Harvard Law Review*, 666, 2013, *pássim*.

¹² Finnis también encontró, arrumbadas, copias de algunas de las últimas tesis doctorales dirigidas por Hart, y una carpeta con cartas relacionadas con el *affaire Harari*, sobre el cual, véase Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart...*, *op. cit.*, pp. 274-277. Por cierto, Lacey relata que el último dirigido doctoral de Hart fue el canadiense Wil Waluchow, quien defendió su tesis en 1980. Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart...*, *op. cit.*, p. 335.

¹³ Lo relacionado con estos hallazgos me lo contó John Finnis en una entrevista en su oficina de la Universidad de Notre Dame, el 23 de marzo de 2014. La biografía de Hart ratifica parte de lo que me relató Finnis —la parte que se refiere a la carpeta relacionada con Harari—. Lacey, Nicola, “The Path not Taken: H. L. A. Hart’s Harvard Essay on *Discretion*”, 127 *Harvard Law Review*, 636, 2013, p. 645, notas 27 y 29.

¹⁴ Véase la citada obra de Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart...*, *op. cit.*

¹⁵ En sentido parejo, Lacey cuenta que Hart “siempre animó a sus estudiantes a seguir las ideas de ellos mismos, y así fue que le dedicó tiempo a conversar con John Finnis acerca de un crítico jesuita del empirismo, respecto de quien seguramente Hart tenía serios reparos (y cuya obra, además, estaba relacionada solo tangencialmente con la investigación de Finnis)”. *Ibidem*, p. 361. Entiendo que el aludido jesuita es Lonergan, Bernard J., el autor de *Insight: A*

doctoral de John Finnis. Baste con decir que, dentro del tiempo previsto, el joven australiano se doctoró en 1965¹⁶ y se fue, por un breve tiempo, del Reino Unido.

Cuando regresó a Oxford a tomar una posición académica, en 1966, quizá una de sus primeras conversaciones relevantes fue aquella de otoño en la que Hart —ahora su colega en University College— le propuso escribir la obra que cambiaría su vida de manera radical.¹⁷ Así lo cuenta Finnis en la posdata de la segunda edición de su *magnum opus*: “Él me pidió que escribiera un libro para su serie, un libro llamado *Natural Law and Natural Rights*; Hart repitió este título, para que quedara claro lo que él quería”.¹⁸ Cristóbal Orrego ratifica que “[el] título fue elegido por Hart y nunca se discutió”.¹⁹ Gracias al profesor chileno, los lectores de lengua hispana ya sabíamos desde la publicación en castellano en 2000 de *Ley natural y derechos naturales* que “John Finnis propuso tener el libro terminado para Navidad de 1970, a lo que Hart respondió con un *don’t hurry*”.²⁰ En 2011, el propio Finnis ratificó esto en su posdata a la segunda edición de *Natural Law and Natural Rights*, y agregó que el pedido de Hart lo había complacido sobremanera.²¹

El *postscript* de 2011 también nos ilustra sobre el grado de definición que Hart le imprimió al proyecto que le había encomendado a su expupilo: “mínimo, aunque preciso”, sería una buena descripción. Preciso, porque el futuro autor estaría constreñido por el título, que le mandaba tratar de la ley natural y de los derechos naturales —una adición, esta última, especialmente interesante para Hart, según Finnis—. ²² Mínimo, porque más allá

Study of Human Understanding, Londres, 1957; libro que influyó mucho en Finnis, que lo leyó “[a] finalizar sus estudios de Derecho en Adelaida”. Orrego, Cristóbal, “Estudio preliminar”, en Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 11.

¹⁶ Finnis escribió su tesis doctoral de corrido en el segundo y tercer trimestre de su tercer año de doctorado, es decir, de enero a junio de 1965, a razón de un capítulo por mes aproximadamente. Correo electrónico de John Finnis del 23 de junio de 2014. La tesis es sobre derecho constitucional australiano, con numerosas incursiones filosóficas. Nunca se publicó, pero puede consultarse en la biblioteca de la Universidad de Oxford, en dos tomos mimeografiados.

¹⁷ Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart...*, *op. cit.*, p. 273: “en 1966 [Hart] fichó a John Finnis para que escribiera un libro sobre la ley natural...”.

¹⁸ Finnis, John, *NLNR*, 2a. ed., p. 414. La “serie” de Oxford University Press aludida en el texto es la conocida Clarendon Law Series, cuyo director era por entonces Hart: una colección de introducciones generales a los diversos campos del derecho, en la cual había un solo libro de filosofía del derecho: *The Concept of Law*, la gran obra del editor mismo de la serie.

¹⁹ Orrego, Cristóbal, “Estudio preliminar”, *op. cit.*, p. 10.

²⁰ *Idem.*

²¹ Finnis, John, *NLNR*, *cit.*, p. 414.

²² *Ibidem*, p. 415.

de esa especificación, el comitente no le dio al comisionado la más mínima pista de lo que esperaba o hubiera esperado que el libro dijera o no dijera.²³

Si bien desde 1967 el flamante profesor dio clases todos los años sobre los temas que luego conformarían el contenido del libro, recién en 1972 o 1973 empezó la verdadera escritura de *Natural Law and Natural Rights* —¡bastante después de la Navidad prevista por su autor para el punto final!—. Pero fue la preparación de aquellas clases en Oxford a partir de 1967 (y de las que dio durante un semestre en su Adelaida natal, en 1972) la que sirvió de base para desarrollar las ideas que luego redactaría; como así también la preparación de las tutorías para la materia *Jurisprudence*, que tenía a su cargo en Univ.²⁴

Sin embargo, ya en 1968 Finnis había delineado un *outline*, que seguramente presentó a Hart, pues estaba dirigido a la Clarendon Law Series.²⁵ Este croquis de lo que sería el libro difiere notablemente²⁶ (aunque no en su sustancia) de la versión final publicada. Lo incluyo aquí en un apéndice, pero no para restarle importancia, pues para el investigador interesado en la biografía intelectual de *Natural Law and Natural Rights* (y, más propiamente, de su autor) constituirá una mina de oro, especialmente teniendo en cuenta que ésta es la primera vez que ve la luz del día.

Todo pareciera indicar que para 1977 la totalidad del manuscrito había sido escrita. Y en el reciente *postscript* Finnis nos cuenta, en sentido parejo, que Hart fue leyendo los distintos capítulos, a medida que iban siendo escritos, entre 1974 y 1977.²⁷

Hasta ahora, lo único que sabíamos del *feedback* del comitente consistía, por un lado, en estas escuetas palabras del comisionado, con las que concluye la primera sección del *postscript*: “[Hart] hizo el argumento que aparece como la «objección positivista» en las pp. 236 y 237, ofreció alguna idea con relación a la ubicación dentro del libro del capítulo XIII [sobre Dios] y, más allá de eso, dejó el libro en manos de su autor”.²⁸ Y, por otro, en lo que reporta al respecto Nicola Lacey en su biografía de Hart, parafraseando al mismo Finnis:

²³ *Idem.*

²⁴ *Ibidem*, p. 414.

²⁵ El documento está fechado 14 de enero de 1968 y, en la copia que me consignó Finnis, contiene anotaciones manuscritas de Hart, apenas legibles.

²⁶ Según el propio Finnis, el *outline* es “utterly different” de la versión final publicada. Correo electrónico de John Finnis del 22 de abril de 2014.

²⁷ Finnis, John, *NLNR*, *cit.*, p. 415.

²⁸ *Idem.*

Herbert... pensó por mucho tiempo “acerca del hecho mismo de la existencia de ese capítulo” [sobre Dios] y, en última instancia, sugirió que se lo colocara en un apéndice al libro. Si bien Herbert estaba preocupado de que ese capítulo... pudiera dañar el libro en cuanto obra filosófica, hizo pocos comentarios al respecto y dejó la decisión final sobre la colocación del capítulo en manos de Finnis.²⁹

Desde hoy podremos saber más, gracias a las cartas de Hart que Finnis encontró entre sus archivos, mientras buscaba cartas de Carlos Ignacio Massini Correas...

III

La historia de las cartas que aquí disecaré guarda parcial relación con la historia de los viajes de Hart y, sobre todo, de Finnis, durante los años setenta, y, en especial, con el largo viaje de este último a África y su subsiguiente estadía en el continente negro.

Uno de aquellos días en que el proyecto del libro ya estaba muy avanzado, mientras desayunaba en Oxford con su mujer, John Finnis vio un aviso en *The Times*: el gobierno inglés buscaba un académico joven para instalarse en Malawi, en el centro de África: el país que hasta 1964 era el protectorado británico de Nyasaland. La *job description* incluía el decanato fundacional de una nueva Facultad de Derecho, el diseño de su plan de estudios y la tarea de dar clases. Le pareció una posibilidad idílica, opinión que pareciera no haber sido compartida por los demás lectores del aviso, pues, para sorpresa suya, sólo Finnis se postuló y, al poco tiempo, realizó una visita *look and see*. Las siguientes fueron razones que me ofreció el devenido momentáneamente africano cuando le pregunté qué lo había llevado a postularse.

Su colaboración desde hacía unos años con Halsbury's Laws of England lo había llevado a empaparse un poco de las realidades políticas africanas. En el colegio había escrito un ensayo —a la postre galardonado— acerca de Nyasaland; ergo, cuando vio el aviso en el *Times* de Londres, el nombre del lugar tuvo en él una resonancia especial. El atractivo inefable ligado al Continente africano: el nombre África, me dijo, tenía un cierto hechizo. Además, y aunque esto sólo puede agregarse *ex post facto*, el traslado resultó una gran experiencia personal y familiar.

²⁹ Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart...*, *op. cit.*, p. 347.

El 20 de marzo de 1976,³⁰ John Finnis llegó solo (sin su familia) a la entonces capital de Malawi, Zomba, vía Nairobi, en un DC 10 de Air Malawi. Se quedaría allí hasta el 21 de enero de 1978,³¹ al cumplirse exactamente los veintidós meses previstos por el contrato.³² Casi lo primero que hizo, a poco de llegar, fue... ¡subir una montaña!³³ acaso un paralelismo precoz con el mendocino Massini Correas, un hombre rodeado de montañas, aunque bastante más altas. Ya en junio, terminado el año escolar inglés, llegó a Malawi la mujer de Finnis con los hijos del matrimonio (es decir, con aquellos de sus seis hijos que ya habían nacido) y la familia se instaló en Zomba.

Retrocedamos un momento en el tiempo, sin embargo. Antes de partir hacia África, Hart y Finnis ya habían tenido un primer intercambio epistolar relevante. En enero de 1976, Finnis fue internado en el John Radcliffe Hospital de Oxford, donde lo operaron de una úlcera. Desde allí le escribió una extensa carta manuscrita a Hart, de la cual el remitente conserva el original, regado de anotaciones marginales de puño y letra del propio destinatario. Esta carta respondía a una serie de “observaciones y críticas” que Hart le había disparado en dos documentos previos: una carta (que Finnis no logró encontrar en sus archivos), en la cual el comitente formulaba comentarios a los primeros dos o tres capítulos de un total de capítulos que el comisionado le había remitido un tiempo antes, y las anotaciones críticas realizadas por Hart al margen de las páginas de esos dos o tres capítulos de lo que sería *Natural Law and Natural Rights*. La discusión trataba, según surge de la carta de Finnis,³⁴ de los problemas epistemológicos básicos que hoy están contenidos en el capítulo III del libro, intitulado “Una forma básica de bien: el conocimiento”.

El 14 de febrero de 1976, Hart respondió la carta que Finnis le había consignado desde el hospital. En su misiva, escrita en máquina de escribir, Hart cuenta que, ignorando la internación de su colega, había leído con intensidad los capítulos que tenía en sus manos, durante las vacaciones de Navidad de 1975, con la idea de reunirse con Finnis a comienzos de enero para charlar sobre ellos (fue entonces cuando recibió la misiva de este des-

³⁰ La última persona con la que se reunió John Finnis en Oxford, el 19 de marzo, día en que por la noche partió desde Gatwick en vuelo nocturno a África, fue Carlos Santiago Nino, a quien dirigió, hasta entonces, su tesis doctoral. Una nota interesante para los argentinos.

³¹ Del 16 al 30 de abril de 1977, Finnis pasó una temporada en Oxford adonde fue, en parte, a buscar libros para llevarse a Malawi, destinados a su trabajo en el tramo final del manuscrito de *Natural Law and Natural Rights*.

³² Correo electrónico de John Finnis del 22 de abril de 2014.

³³ Entrevista con John Finnis, Universidad de Notre Dame, 23 de marzo de 2014.

³⁴ Carta de John Finnis del 22 de enero de 1976, con anotaciones de H. L. A. Hart.

de el hospital, referida en el párrafo anterior). Hart le sugiere en esta carta que, dadas sus muchas ocupaciones durante el *Hilary Term* de 1976 —que ocupa, básicamente, el primer trimestre del año calendario—, quizá fuera mejor postergar la charla sobre los aludidos capítulos para las vacaciones de Pascua (que separan el *Hilary Term* del *Trinity Term*, último del año académico oxoniense, que ocupa, básicamente, el segundo trimestre del año calendario). Más tarde no, señala Hart, pues a mediados de abril tenía prevista una visita académica a los Estados Unidos. A continuación, el profesor realiza un señalamiento a propósito del concepto de evidencia, que Finnis usa extensamente en aquellos capítulos del manuscrito que le habían sido consignados, seguramente relacionado con los ya “aludidos problemas epistemológicos básicos”.³⁵

La carta cierra con una confesión, sumada a una expresión de deseos sumamente interesantes ambas: Hart le confía a Finnis que en su única estadía prolongada en un hospital le ocurrió que, una vez que logró acostumbrarse a la rutina, pudo aprovechar muchas horas pacíficas de reflexión y lectura: algo de lo más placentero. Otro tanto le anhela a su joven colega.

Según surge de las anotaciones en la agenda de Finnis —que conserva cuidadosamente todas sus agendas tipo Morgan *piccola*: una por año, desde quién sabe cuándo—, el 17 de marzo de 1976 cenó con Hart en Brasenose College, y allí, sin duda, tuvo la conversación sugerida por Hart. Apenas dos días después partía para Malawi, como sabemos.

Ya en África, Finnis escribió una carta a Hart fechada el 24 de julio de 1976, en ocasión del envío del borrador del capítulo sobre el derecho (“Law”). En ese entonces, éste era el capítulo VII del manuscrito, lo cual indica que ya se había operado un cambio en el croquis del libro, respecto del *outline* de 1968 incluido en el apéndice de este trabajo. Además, interesa notar que el esquema de 1976 tenía doce capítulos: uno más que el “outline” de 1968 y uno menos que la versión final de *Natural Law and Natural Rights*.

³⁵ Dice Hart en su carta del 14 de febrero de 1976, cuyas primeras líneas remiten a sus anteriores “observaciones y críticas”: “Perhaps I should just say that I meant by meeting epistemological objections mainly the question of self-evidence. Of course I know that you distinguish between psychological conviction and self-evidence, but I think you need to show how they are to be distinguished and I certainly think that you need to show in a quite detailed way that in other fields of knowledge there is also a reliance on self-evidence. I don’t quite understand in what sense the criteria of truth themselves are said to be self-evident: surely in the case of empirical statements what counts as a criterion of truth depends upon their meaning. This however is among the points that we might discuss”. Esta última observación seguramente guarda relación con la reunión proyectada, que finalmente tuvo lugar el 17 de marzo del mismo año, como se explica en el texto.

El 10 de agosto de 1976, Hart acusó recibo de la carta y del capítulo VII. Lo hizo a pedido de Finnis, que no confiaba del todo en el correo malawiano, según surge de su propia carta.³⁶

Aquí se interrumpe el contacto durante un buen rato, aunque —como se verá— resulta claro que durante este periodo Finnis produjo bastante y le envió el resultado a Hart a Inglaterra. El contacto epistolar registrado lo retoma Hart mediante carta manuscrita del 2 de abril de 1977, que comienza enfática y apológicamente, en latín: *Peccavi*.³⁷ Y termina, en la misma línea, disculpándose por su indolencia [*sloth*], en ambos casos refiriéndose a su demora en corregir lo enviado por Finnis. En el medio de la carta, Hart relata haber leído “los tres capítulos”, de lo cual deducimos que, además del VII sobre “Law” (que ya había sido consignado antes), Finnis le remitió otros dos, cuyos títulos nos provee el receptor inglés: “Obligation” y “God”. Además, también gracias a Hart sabemos que en la versión de entonces del índice del libro, “Obligation” era el capítulo número IX y “God” el X, en contraste con la distribución final en *Natural Law and Natural Rights*, según la cual “Obligation” es el XI y “God” el XIII.

Los capítulos sobre “Derecho” y “Obligación” le gustaron mucho a Hart; respecto del referido a “Dios”, en cambio, señala educada y graciosamente que su “ignorancia invencible lo previene de valorarlo”,³⁸ estas palabras, según Finnis, pueden constituir un recurso retórico: Hart, un pagano, está probablemente jugando con el término “ignorancia invencible”, tomado de la teología moral católica; aunque la expresión también puede ser una manera indirecta de indicar que, a su juicio, el capítulo está equivocado.³⁹ En todo caso, el comitente afirma expresamente que “por supuesto, no vetaría [el capítulo en cuestión]”,⁴⁰ declaración esta coherente con lo que ya sabíamos por otras fuentes.⁴¹ La expresión original es: “But of course I couldn't veto”, lo cual se presta a más de una interpretación: como me explicó Finnis, en cuanto editor de la Clarendon Law Series, en la cual el

³⁶ Carta de John Finnis a Herbert Hart del 24 de julio de 1976.

³⁷ Carta de Hart del 2 de abril de 1977. La carta está encabezada con las palabras “My dear John”, lo cual denota, a mi juicio, un tierno afecto por el destinatario. El resto de las cartas en mi haber empiezan “Dear John”, que es lo más usual, aunque también afectuoso.

³⁸ “[N]o doubt invincible ignorance blinds me to [it]”. Carta de Hart del 2 de abril de 1977.

³⁹ Entrevista con John Finnis, Morris Inn, Universidad de Notre Dame, 5 de abril de 2014.

⁴⁰ Carta de Hart del 2 de abril de 1977.

⁴¹ Cfr. Finnis, John, *NLNR*, cit., p. 415, y Lacey, Nicola, *A Life of H. L. A. Hart...*, op. cit., p. 347, ambos citados *supra*, en la parte II de este ensayo.

libro sería incluido, era claro que Hart podía [*could*] vetar cualquier cosa. El punto es, precisamente, que pudiendo hacerlo, no lo hizo.⁴²

Más adelante en la carta, Hart volvió sobre este tema de Dios, dando muestras nuevamente de un sutil sentido del humor: “¿Es Dios (quiero decir, el capítulo sobre) realmente necesario? No va a seducir a los abogados para que lean el libro...”⁴³

Esta carta del 2 de abril de 1977 contiene otros tesoros. Por un lado, Hart se declara, ahora sí, convencido del proyecto: “I see better now the general character of the book”. Por otro, expresa dudas sobre su éxito editorial: “I still think it runs a danger of being received and judged as purely a book of philosophy + [it] may not hit the lawyers jurisprudence market”.⁴⁴ No obstante, este riesgo de que el libro no fuera a lograr penetrar el mercado de los abogados es, según el comitente, uno que vale la pena correr.⁴⁵ El tiempo demostró el acierto de haber corrido el riesgo, desde la perspectiva de la taquilla, a la que aludimos aquí, pues —al igual que su predecesor filosófico en la Clarendon Law Series, *The Concept of Law* (aunque no tanto)— *Natural Law and Natural Rights* ciertamente dio en el blanco del mercado iusfilosófico abogadil [the lawyers jurisprudence market].

Más allá de aceptar el riesgo, Hart le asesta a su discípulo algunas objeciones, tan graciosas como formidables, y le aconseja implícitamente intentar superarlas con vistas a hacer el libro más legible y más vendible. Primero, le subraya que su escritura es de a ratos muy difícil —el adverbio “muy” aparece literalmente con doble subrayado en la carta manuscrita—. Para ilustrar la sensación del lector, Hart señala que de a ratos se requieren “pañuelos mojados” para avanzar, aunque reconoce, al mismo tiempo, que rara vez ocurre que los supuestos acertijos no se superan con una relectura.⁴⁶ Segundo, le reprocha (otra vez, implícitamente) algunos trucos de estilo que desconciertan al lector, como el uso excesivo de guiones, en expresiones tales como “state-of-affairs”, “is-to-do”, y otras; usó que deja al desdichado lector meditando acerca de cuál es el sentido de esos guiones cuando, especula Hart, acaso no tienen ninguno. Tercero, le hace notar que el (posiblemente excesivo) tamaño del libro podría llegar a ser un problema, y le

⁴² Entrevista con John Finnis, Morris Inn, Universidad de Notre Dame, 5 de abril de 2014.

⁴³ Carta de Hart del 2 de abril de 1977.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ It “is an acceptable risk”. *Idem*.

⁴⁶ Finnis me comentó que durante la corrección de su tesis doctoral, Hart se quejó repetidas veces de la dificultad del estilo del pupilo. Entrevista con John Finnis, Morris Inn, Universidad de Notre Dame, 5 de abril de 2014.

señala que para la Clarendon Law Series lo óptimo sería 100.000 palabras. Plantea la factibilidad de meter tijera, pero agrega que le interesaría la opinión de Finnis al respecto:⁴⁷ otra delicadeza, si se tiene en cuenta que Hart era el mismísimo director de la serie.

Seis días más tarde, el 10 de abril de 1977, Hart concretó sus comentarios a los capítulos VII, IX y X.⁴⁸ Lo hizo a mano, en el reverso de algunos folios de pruebas de ingreso, usados por candidatos a ser admitidos a Brasenose College (*entrance exams*, en inglés).⁴⁹ Al llegar a Oxford, proveniente de Malawi, en una breve visita, Finnis recogió esos folios y aún los conserva; contienen, en palabras del corrector de lujo, “comentarios bastante detallados”. Además, Hart insertó algunas anotaciones sobre el manuscrito mismo, “ojalá legibles”.⁵⁰

En esta carta, Hart reitera su carga “contra” el capítulo sobre Dios: “preferiría verlo en un apéndice”.⁵¹ En una hoja aparte, dedicada al capítulo X, agrega que este “podría disuadir a los lectores (abogados) compradores [palabra, esta última, subrayada en el original], haciéndoles temer que no podrán entender los capítulos I al IX sin el tremendamente difícil capítulo X”.⁵² De la versión publicada del libro —cuyo capítulo final (XIII) se titula “Naturaleza, razón, Dios”— surgen dos conclusiones importantes e incontrastables: Finnis no estuvo de acuerdo con la sugerencia de Hart, y éste dejó hacer otra admirable actitud del editor de la serie.

En otro orden de cosas, Hart sugiere la necesidad de un “prefacio explicativo”, que diga que el trabajo constituye una demostración de la importancia del enfoque del derecho desde el punto de vista del hombre razonable, preocupado de hacer lo que el bien común requiere. Ello explicaría, agrega el genial editor, la existencia de capítulos preliminares, aparentemente no-jurídicos, pues están allí para establecer las ideas de fines inteligibles, aprehensibles racionalmente, que constituyen —según este punto de vista— el contexto y la justificación del derecho.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ Carta de Hart del 10 de abril de 1977. En realidad, por lo que se explica en el texto, no se trata, estrictamente hablando, de una carta.

⁴⁹ Una nota pintoresca (otra más): los exámenes de ingreso están escritos en griego y los postulantes en cuestión eran egresados del prestigioso colegio pupilo benedictino Downside. Parece increíble que Hart se tomara el trabajo de corregir estos ensayos de los postulantes. Finnis lo atribuye, entre otras cosas, al hecho de que Hart seguramente era el único en Brasenose que sabía leer griego. Entrevista con John Finnis, Morris Inn, Universidad de Notre Dame, 5 de abril de 2014.

⁵⁰ Carta de Hart del 10 de abril de 1977.

⁵¹ *Idem.*

⁵² *Idem.*

Esas palabras finales son de una importancia tremenda y, paradójicamente (ya que se refieren a un prefacio), me servirán a mí de ocasión para concluir. Demuestran que Hart entendió el proyecto iusnaturalista de Finnis; que probablemente no lo compartía (de ahí que suavice la afirmación final con el “según este punto de vista”), lo cual no fue óbice para que fuera el mejor consejero, ya que se puso en los zapatos del autor, como debe hacerlo el mejor editor. Demuestran, consideradas en retrospectiva y a la luz de la obra posterior de Hart, que él no quiso llevar hasta las últimas consecuencias —ni siquiera lo tuvo alguna vez en cuenta seriamente— lo que podríamos llamar en su ambiente analítico de ellos “el descubrimiento de Finnis” (o sea, el derecho natural), quizá por temor o vaya a saber por qué, y a pesar de haberlo entendido, como ya quedó concluido. Una pena. Menos mal que, a falta de *El concepto de derecho* en clave iusnaturalista, Hart nos legó —merced a su idea original sobre el libro y al aliento respetuoso con que trató a Finnis—... *Ley natural y derechos naturales*.

Gracias Hart, por habernos donado a John Finnis.

APÉNDICE

OUTLINE OF A BOOK ON NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS

For Clarendon Law Series, by J. M. Finnis

Aim: About 80,000 words, seeking to indicate, primarily to law students, various problems of the limits of (“positive”) law and the way men have tried to answer these by linking law with (other) features of the nature of the world or society or man.

General principles: A. There must be an introductory chapter (Part I) to try to lead lawyers out from their dogmatic slumbers into the field of problems which Part III will treat in detail.

B. Part II must indicate the range of ways in which law and legal obligation have been thought to relate to nature. The treatment should not be in chronological sequence of intellectual history, because (i) interest in history as such flags, (ii) such a sequence breed simplistic notions of intellectual “influences”, and (iii) such a sequence breeds simplistic notions of intellectual “progress” hardly compatible with natural law modes of thought.

On the other hand, the treatment will be guided by the view, thoroughly developed by recent historians of political thought, that modern notions of obligation, freedom, and human rights have developed by way of “differentiation” of the primitive “compact” concepts of the order of the world and of law, justice, world, society and man. Prominence will be given to modern

critiques of the “naturalistic fallacy”, on the basis that these critiques express a modern sense of these developed differences between moral obligation and the various features of the natural order. It will be argued that a fully developed and self-conscious theory of natural law can both incorporate and surmount these critiques.

C. Part III, the longest part, should deal with the problems canvassed in Part I, in each case providing both a historical review of jurisprudential controversy about these problems and offering a substantive analysis of the author’s.

D. In Part II and III efforts will be made to hold the attention of lawyers by not infrequent reference to features and problems of modern legal systems and cases.

Tentative sketch

I

Introductory

1. Problems that bring lawyers to the limits of their dogmatic resources: E.g. interpretation, gaps (cf. *non liquet*), conflict of norms, revolution and usurpation, unjust laws, “general principles of law”, “human rights”.

II

Concepts of Law and Nature

2. The world: laws of nature (modern sense), evolutionistic theories of morality, the Naturalistic Fallacy, cosmological order and symbols in early law and thought.

3. Society: laws of society (sociologicistic sense), “laws common to all”, review of cultural relativity, history of notion of *jus gentium*.

4. Man: Calliclean “nature” (natural law of the strong), Hobbesian “nature” (natural law of the passions) (cf. classical utilitarianism), Suarezian “nature” (will-of-God and natural-faculties natural law), Naturalistic Fallacy in the foregoing.

5. Man and society: customary law, representative law, social-moral and legal rules, *stasis* and *poenae naturae*, Hart’s secondary rules and the concept of legal validity, sociability and force and classical utilitarianism.

6. Man “in the image of God”: nature as reason (Aristotle’s “divine part” and Aquinas’s “divine self-motion of man”), the common *nous*, friendship and the idea of mankind, the idea of freedom, conscience and legitimacy, moral obligation, first principles of practical reason, fundamental values, personality and natural rights.

III

Some problems and ramifications

7. Derivation of positive law and *jus gentium*
8. Paths of natural law (Is it conservative or radical? What are its foci of interest?)
9. Conflict (*lex injusta*, civil disobedience, revolution, tyrannicide, etc.)
10. Formation of international law and of conceptual structure of legal systems and analytical jurisprudence.
11. Rights (a long chapter).

14 January 68

DESAFÍOS DEL *RULE OF LAW*

Maris KÖPCKE TINTURÉ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los principios del Rule of Law*. III. *Primer tipo de desafíos del Rule of Law: los principios están en tensión entre sí*. IV. *¿Qué es el Rule of Law?* V. *La razón de ser del Rule of Law*. VI. *Tensiones entre el Rule of Law y su razón de ser*. VII. *Segundo tipo de desafíos del Rule of Law: facilita ciertas formas de injusticia*. VIII. *Tercer tipo de desafíos del Rule of Law: es incapaz de atajar ciertas formas de injusticia*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

De hondas raíces clásicas pero con el punto de mira en un vasto elenco de tradiciones filosóficas y jurídicas, más allá de la cultura y el idioma autóctonos. Sensible al pasado, como terreno del que extraer enseñanzas para el presente. Reflejo de un sólido conjunto de ideas, forjadas en diálogo constante con aportaciones de críticos y correligionarios, contemporáneos y de antaño. Así es la monumental y polifacética contribución de Carlos Massini a la filosofía del derecho. Y es por ello que, en cierto sentido, la noción que me ocupa hoy, el *Rule of Law*, epitomiza las preocupaciones centrales de la obra de Massini, a pesar de ser una noción que el propio Massini no ha tenido ocasión extensa de desarrollar. Acuñada en el mundo anglosajón pero con fuerte anclaje clásico,¹ la idea del *Rule of Law* ha trascendido idiomas y culturas, que ven en ella un referente histórico apto para guiar el presente, ya sea como ideal por el que luchar o como peligro al que desafiar. Por tanto, ha estado

* Universidad de Oxford, maris.kopcke@law.ox.ac.uk. Agradezco al doctor Carlos Massini sus comentarios a una versión anterior de este trabajo.

¹ Sobre la imposibilidad de traducir *Rule of Law* al castellano y la relación entre este concepto y conceptos afines manejados por la tradición jurídica de Europa continental, Ricardo García Manrique: *El valor de la seguridad jurídica*, México, Fontamara, 2007, pp. 169-177.

y está en boca tanto de partidarios como de detractores, y el diálogo entre ellos muchas veces está imbuido de confusión. Una confusión que nace de la falta de comprensión de una idea compleja, que en este ensayo me propongo articular con aquel espíritu analítico que tanto cultiva Massini.

Sostengo en las páginas que siguen que el *Rule of Law* es un ideal valioso pero repleto de tensiones internas. Sólo si somos conscientes de estas tensiones y, por ende, de sus *límites* seremos capaces de responder adecuadamente a los muchos desafíos que acechan al *Rule of Law* en nuestras comunidades políticas —desafíos tanto en el terreno teórico como práctico—, que Massini ha acertado en resaltar, en especial mediante la reciente organización de un *workshop* internacional sobre el tema.² Y es que las tensiones internas, mal entendidas o mal paliadas, son muchas veces las que dan alas —e incluso razón— a quienes desafían al *Rule of Law*. Dicho de otro modo: sólo si comprendemos las tensiones internas, los desafíos *por parte del Rule of Law* mismo, estaremos en disposición de frenar los desafíos. En última instancia, los límites y riesgos del *Rule of Law* circunscriben qué puede hacer la técnica jurídica (y qué no), y cómo puede hacerlo (y cómo no), en aras a promover la dignidad de las personas y, por ende, el bien común.

En este ensayo esbozaré tres tipos de desafíos *del Rule of Law*, desafíos internos de la idea misma. En primer lugar, los principios que lo conforman pueden estar en tensión entre sí (apartado III). Pero sin duda los desafíos más importantes nacen de la posible tensión entre el *Rule of Law* y su propia razón de ser: la justicia. Y este tipo de tensión puede darse tanto en el sentido de que el *Rule of Law* *facilita* ciertas injusticias (apartado VII) como en el sentido de que es *incapaz de atajar* ciertas otras injusticias (apartado VIII).

A esta comprensión del *Rule of Law* no se llega meramente mediante una enumeración de los principios que supuestamente lo componen, sino mediante un análisis de la naturaleza y fundamento de dichos principios. Para entender *qué* son sus principios debemos comprender *para qué* tiene sentido invocarlos. Ésta es la metodología propia del pensamiento jurídico clásico, por la que sabiamente aboga Massini y que seguiremos aquí, partiendo de una primera aproximación a los principios del *Rule of Law* según son comúnmente entendidos (apartado II), y adentrándonos gradualmente en su razón de ser (del apartado III en adelante).

² *Workshop* sobre “Estado de derecho, *Rule of Law* y los desafíos de la hora presente”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, 22-24 de mayo de 2014.

II. LOS PRINCIPIOS DEL *RULE OF LAW*

En efecto, la idea del *Rule of Law* suele explicarse por referencia a una serie de principios que son considerados sus ingredientes o componentes. Pues en sí misma, la expresión *Rule of Law* dice relativamente poco. Literalmente designa el gobierno del derecho: el estado de cosas en que una comunidad humana está gobernada por un sistema jurídico en lugar de estarlo, podríamos decir, por el mero arbitrio o capricho humanos. ¿Pero exactamente en qué consiste este estado de cosas? ¿Cómo determinar si en una comunidad gobierna el derecho?

A lo largo de los últimos siglos, diversos autores anglosajones han desglosado el *Rule of Law* en sendas listas de principios, con cierto solapamiento pero también diferencias importantes. La filosofía del derecho y la doctrina jurídica actuales predominantemente manejan una concepción que cabe sintetizar en los siguientes principios:

1. Que las normas sean generales (aplicables a más de una persona en más de una ocasión).
2. Que las normas sean promulgadas.
3. Que las normas sean prospectivas (no retroactivas).
4. Que las normas sean claras y determinadas (no vagas).
5. Que las normas sean coherentes entre sí (ausencia de conflictos normativos).
6. Que las normas sean de posible cumplimiento.
7. Que las normas sean estables (en el tiempo).
8. Que haya congruencia entre las normas promulgadas y su aplicación oficial.

Esta concepción del *Rule of Law*, desarrollada entre otros por Fuller, Raz y Finnis,³ es frecuentemente denominada “formal” o “procedimental” (por oposición a una concepción “sustantiva” o “material” que incluiría entre los principios la garantía de ciertos bienes o derechos humanos).⁴ Dice Gardner que es más propio hablar de una concepción “modal”. Tiene ra-

³ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1969; Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 210 y ss.; Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011 (1980), pp. 270-274.

⁴ Craig, Paul, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework”, *Public Law*, 1997, pp. 467 y ss. Una concepción “sustantiva” del *Rule of Law* tiene poca utilidad ya que se confunde con una concepción de la justicia o el bien común (en este sentido, Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *op. cit.*, p. 211).

zón este autor cuando apunta que la mayoría de los ocho principios hacen referencia al contenido de las normas y a cuestiones sustantivas, no solamente a cuestiones formales o procedimentales.⁵ A su vez, considera, sin embargo, que estos principios en su conjunto configuran el *modo o método* característico que emplea un sistema jurídico para perseguir cualesquiera que sean los fines que persigue.⁶ Hay mucha verdad en esta afirmación, aunque tendremos ocasión de matizarla más adelante (en el apartado V).

III. PRIMER TIPO DE DESAFÍOS DEL *RULE OF LAW*: LOS PRINCIPIOS ESTÁN EN TENSIÓN ENTRE SÍ

Expuestos así los ingredientes del *Rule of Law*, no resulta difícil apreciar que entre ellos pueden darse tensiones, como el mismo Fuller en su día ya apuntó.⁷ Por ejemplo, cuanto más generales las normas de un ordenamiento, seguramente menos posible resultará su cumplimiento para algunas personas, pues no todos tenemos las mismas capacidades (por ejemplo, un recién nacido no puede cumplir las obligaciones que podemos cumplir los adultos). Además, la existencia misma de órganos oficiales —que, entre otras cosas, crean y aplican las normas— presupone la existencia de normas que los constituyen y que regulan la actividad de quienes ocupan sus cargos y no la del resto de la población: otro límite necesario a una generalidad extrema. Por otro lado, la formulación de normas tan claras que sean comprensibles sin más por el ciudadano, sin ser interpretadas a la luz de otras normas y doctrinas del sistema, puede engendrar conflictos normativos, y la facilidad de comprensión puede estar reñida con la determinación (ausencia de vaguedad) de la norma. Más allá, un ordenamiento absolutamente estable —estático— no tardaría en contener normas de difícil cumplimiento, dada la inevitable fluctuación de las circunstancias sociales. Y en cuanto introducimos cambios en el sistema, sobre todo por vía judicial, sacrificaremos en alguna medida la prospectividad de las normas y la congruencia entre su versión promulgada y su aplicación.

Se desprende de estas observaciones que el cumplimiento de los principios del *Rule of Law* es necesariamente una *cuestión de grado*. Es decir: no cabe cumplir cada uno de estos principios a la perfección. Y es que no solamente se darán conflictos entre principios, sino que en el caso de algunos

⁵ Gardner, John, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 198-204.

⁶ *Ibidem*, pp. 205-211 y 293.

⁷ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, *cit.*, p. 45.

principios un cumplimiento perfecto —aun en ausencia de conflictos— sería indeseable: es el caso, sin duda, de la generalidad y la estabilidad. Fuller recurrentemente insiste en que los principios no deben ser cumplidos a la perfección. Nos dice que la “perfección” en el *Rule of Law* es algo más “complejo” que una realización total de todos los principios.⁸ Estamos, por tanto, ante una serie de principios que ni pueden ni —parece— deben seguirse más allá de un límite. Pero que pueden y —se nos dice— deben seguirse hasta cierto punto. Su cumplimiento sólo puede y —aparentemente— debe ser una cuestión de grado.

Todo ello pone de relieve la necesidad de entender los *criterios* en función de los cuales debe *gradarse* el cumplimiento de los principios del *Rule of Law*. Estos criterios de alguna manera están implícitos en la idea del *Rule of Law*. Se trata de una suerte de meta-principios que gobiernan las ocasiones y la intensidad con que deben implementarse los principios. Entender este concepto, por ende, requiere conocer estos meta-principios, así como el para qué del *Rule of Law*. ¿En qué consiste la normatividad de lo que hasta ahora vengo llamando sus “principios”? Si son mandatos o requisitos, ¿quién o qué los exige?

IV. ¿QUÉ ES EL *RULE OF LAW*?

Estas preguntas básicas con frecuencia quedan relegadas a un segundo plano en los debates acerca del contenido de sus principios. Pero teóricos como Fuller, Raz o Gardner son, hasta cierto punto, conscientes de la importancia de estas preguntas. Existe consenso entre estos autores y muchos otros en que un cumplimiento mínimo de cada uno de los principios del *Rule of Law* es una condición necesaria para siquiera poder hablar de la *existencia* de un ordenamiento jurídico. No cabe duda de que sin un mínimo de generalidad, promulgación, prospectividad, claridad, coherencia, congruencia (y por tanto eficacia), etcétera, simplemente no estaremos ante un sistema jurídico propiamente dicho.⁹

Más allá de este cumplimiento mínimo, sin embargo, cuanto mayor sea el cumplimiento de los principios, mejor. Eso entienden estos autores y con ellos todos los defensores del *Rule of Law*. Es por eso que a sus principios se los califica de “desiderata”. El “cuanto más, mejor”, claro está, tiene su límite en los puntos de saturación referidos en la sección anterior: el cum-

⁸ *Ibidem*, p. 41 y, general, todo el capítulo 2.

⁹ *Ibidem*, p. 39.

plimiento exagerado no es deseable. Pero antes de llegar a estos puntos de saturación, y pasado el punto mínimo necesario para la existencia del sistema, el sistema que sea más conforme con el *Rule of Law* será *mejor* que el que lo sea menos.

¿Mejor en qué sentido? Mejor *en tanto que sistema jurídico*, responden estos autores. Un sistema jurídico es más jurídico cuanto más cumple con el *Rule of Law* (hasta llegar a la saturación): es “más verdaderamente derecho”¹⁰ o *law at its most legal*.¹¹ Raz califica al *Rule of Law* como la “virtud específica” del derecho,¹² Green habla de “excelencia interna”¹³ y Fuller de “excelencia legal”¹⁴ o “moral interna del derecho”.¹⁵ Gardner, a su vez, afirma que el caso central del derecho es el derecho que cumple con el *Rule of Law*.¹⁶ Es parte de nuestro concepto de derecho, entiende este autor, que el *Rule of Law* es un ideal para el derecho, un ideal que lo constituye como género.¹⁷ Estas lecturas tienen su reflejo en la denominación misma del concepto: gobierno (*Rule*) del derecho (*of Law*), es decir, el derecho puesto en práctica o implementado. Por eso al *Rule of Law* también se le suele llamar legalidad (*legality*).

Pero es importante no contentarse con una explicación *meramente* “conceptual” de su naturaleza. Decir que el derecho que satisface el *Rule of Law* es *más derecho* (mejor en tanto que derecho) no nos ofrece ningún *criterio* con base en el cual decidir cuándo la conformidad con el *Rule of Law* es deseable y cuándo deja de serlo. Y, lo que es más importante, es una afirmación difícil de sostener sin una explicación de por qué el ideal del *Rule of Law* —y no, por ejemplo, el ideal de rima— es un ideal interno del derecho. ¿Por qué el derecho que cumple el *Rule of Law* es más derecho, pero el derecho que rima no lo es? No valdrá apelar a la práctica lingüística de quienes utilizan en término “derecho”, que no tiene ni la regularidad, ni la precisión ni, en cualquier caso, la relevancia teórica necesaria para fundamentar una afirmación sobre lo que hace al derecho más propiamente derecho.

¹⁰ *Ibidem*, p. 200; también dice este autor que “tanto las reglas como los sistemas jurídicos pueden existir a la mitad, y de hecho así lo hacen” (122).

¹¹ Green, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, núm. 83, 2008, p. 1051; en este sentido, Gardner dice “there is law and then there is legal law”. Gardner, John, *Law as a Leap of Faith*, *cit.*, p. 194.

¹² Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *op. cit.*, p. 226.

¹³ Green, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *op. cit.*, p. 1051.

¹⁴ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, *cit.*, pp. 41 y 42.

¹⁵ Una expresión recurrente a lo largo del libro. *Idem*.

¹⁶ Gardner, John, *Law as a Leap of Faith*, *cit.*, p. 228.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 190-194.

V. LA RAZÓN DE SER DEL *RULE OF LAW*

A las concepciones de Gardner y Fuller (y otras), propiamente entendidas,¹⁸ subyace un argumento acerca de la razón de ser moral del *Rule of Law*, un argumento que a su vez forma parte de un argumento más general acerca de la razón de ser moral del derecho. Según este sensato argumento, de origen clásico, el derecho es un instrumento especialmente apto para realizar la justicia en una comunidad,¹⁹ y parte de lo que contribuye a su capacidad son las características que, debidamente desarrolladas, denominamos *Rule of Law*. Este argumento clásico, que aquí sólo cabe esbozar, puede desglosarse en dos ideas. La primera idea es un juicio sobre la adecuación de un medio a un fin: (i) el derecho es *capaz* de servir a la promoción de la justicia. Y la segunda idea consiste en un juicio comparativo entre varios medios potencialmente adecuados al mismo fin: (ii) la capacidad del derecho es *mayor* que la de formas de organización social alternativas.

(i) Nos enseña la teoría del derecho natural que para realizar la justicia en una comunidad política es preciso transformar las normas de justicia (que son normas morales) en directrices específicas que puedan guiar la conducta de un gran número de personas de forma predecible y que sean efectivamente cumplidas. Las normas morales deben ser concretadas (lo que Aquino llama *determinatio*) porque son vagas: lo que significa que tienen lagunas o que son infradeterminadas.²⁰ Por ejemplo, toda persona está moralmente obligada a contribuir de modo equitativo a los gastos de su comunidad, pero las normas morales de equidad no especifican exactamente de qué modo debe contribuir, con qué regularidad y mediante qué procedimiento. También está moralmente prohibido lesionar a otra persona de modo negligente, pero las normas morales guardan silencio sobre cómo exactamente debe regularse el tráfico de una ciudad, por qué lado debe conducirse, y cuál es el límite de velocidad en cada tramo. De entre estas op-

¹⁸ Como explico en Köpcke Tinturé, Maris, “Concept and Purpose in Legal Theory: How to «Reclaim» Fuller”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1, 2013, pp. 75 y ss.

¹⁹ Entendida la justicia como aquellos aspectos del bien común que conciernen los actos externos entre personas sobre los que legítimamente se extiende la jurisdicción coercitiva del derecho. Finnis, John, “Aquinas’ Moral, Political, and Legal Philosophy”, *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*, 2014 (versión corregida), visible en: <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/> (fecha de consulta: 12 de julio de 2014), sección 6.1.

²⁰ Influyentes desarrollos de la idea de infradeterminación moral: Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, pp. 111-118; Finnis, John, *Fundamentals of Ethics*, Washington, Georgetown, 1983, pp. 86-94; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986, capítulo 13. Sobre *determinatio*: Finnis, *op. cit.*, 281-290.

ciones debe escogerse *una*, descartando las demás, y debe hacerse cumplir, si es preciso coercitivamente. Pues de otro modo las obligaciones morales en cuestión no serán cumplidas, y por tanto los correspondientes derechos morales de nuestros conciudadanos resultarán vulnerados.

El argumento expuesto en el párrafo anterior puede resumirse diciendo que la promoción de la justicia da lugar a problemas de coordinación.²¹ Un problema de coordinación, en el sentido que nos interesa aquí, es una situación en la que la consecución de un fin moralmente necesario requiere una conducta colectiva convergente, y hay más de un patrón de conducta colectiva que en principio podría razonablemente servir a ese fin si fuera generalmente adoptado —por lo que es necesario seleccionar (*concretar*)— públicamente uno de los patrones de conducta disponibles y hacerlo *cumplir*.

Como afirma la tesis (i): un sistema jurídico tiene la capacidad de hacer ambas cosas —concretar y hacer cumplir— y por tanto de contribuir a la solución de problemas de coordinación en aras a la justicia. Entre las características de un sistema jurídico que le otorgan esta capacidad destacan las que constituyen el *Rule of Law*. Éste supone (aunque no afirme expresamente) que las normas jurídicas son positivas, es decir, son creadas por actos humanos. La positividad del derecho permite que éste concrete —rellene— las normas morales, cuyo contenido por hipótesis se ha agotado, y por lo tanto que personas de convicciones morales muy diversas puedan coincidir en identificar las directrices resultantes. La claridad y la promulgación, asimismo, contribuyen a la identificación pública y a gran escala de las directrices, y la congruencia entre la versión promulgada y la aplicada supone que los órganos del sistema las hacen cumplir. Para atajar los muy diversos problemas de justicia que surgen en múltiples áreas de la vida social, relacionando para ello cargas y beneficios a través del tiempo y el territorio, será necesario un sistema altamente coherente y que haga manejable la inevitable complejidad de su contenido mediante normas debidamente generales. La creación de directivas prospectivas y estables, que por sus características permitan al ciudadano planificar su vida en función del comportamiento esperado de los conciudadanos y órganos del sistema, es esencial para el respeto a la autonomía humana y el cultivo del tipo de reciprocidad entre

²¹ Esta jerga es utilizada, por ejemplo, en Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, cit., capítulo 9; Finnis, John, *Collected Essays, vol. IV: Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, capítulo 2; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, cit., pp. 30, 49 y ss. Como se indica en esta literatura, no debe confundirse esta concepción de un problema de coordinación con la concepción homónima desarrollada en la teoría de juegos: por ejemplo, Schelling, Thomas, *The Strategy of Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1963, pp. 81 y ss.; Lewis, David, *Convention: A Philosophical Study*, Oxford, Blackwell, 2002 (1969), pp. 8 y ss.; Ullmann-Margalit, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1977, pp. 78 y ss.

gobernantes y gobernados que sólo un sistema jurídico, mediante el *Rule of Law*, puede proporcionar.

Por ende, el derecho no solamente es *capaz* de contribuir a la solución de problemas de coordinación, como afirma (i), sino que lo es *especialmente*, como afirma (ii). Ello es así porque su capacidad es *mayor* que la de cualquier otro método de regulación social como la costumbre, la propaganda, o las exhortaciones *ad hoc*. El derecho, por tanto, es especialmente apto para promover la justicia en una comunidad política, y lo es gracias, notablemente, al *Rule of Law*. En este sentido puede decirse que la *razón de ser* del derecho, y del *Rule of Law*, es la promoción de la justicia mediante la coordinación. Lo que no significa, claro está, que el *Rule of Law* o el derecho *por sí solos* puedan realizar la justicia, y menos el bien común, pero sí que son instrumentos necesarios a tal efecto. Si deseamos expresar estas ideas en lenguaje “conceptual” diremos que el derecho justo, que por tanto cumple el *Rule of Law*, es “más derecho” o es el “caso central” del derecho, y que la justicia y (como elemento suyo) el *Rule of Law* son ideales constitutivos del concepto de derecho.

Hemos localizado, de este modo, aquellos criterios o meta-principios implícitos en el *Rule of Law* que determinan por qué y cuándo debemos realizar los principios. Los criterios en cuestión son criterios (morales) de justicia. Los principios, más que requisitos conceptuales, son exigencias de justicia (por encima del cumplimiento mínimo necesario para existencia del sistema). Ésa es su naturaleza y la fuente de su normatividad: lo que los hace deseables, *desiderata*.²² Debemos cumplir con ellos en tanto en cuanto sirvan al fin que les es propio, el fin moralmente necesario al que son especialmente capaces de servir: la justicia. Y en tanto no lo hagan, debemos quebrantarlos o ignorarlos.

VI. TENSIONES ENTRE EL *RULE OF LAW* Y SU RAZÓN DE SER

Decir esto, claro está, no es decir mucho desde el punto de vista práctico. Debe cumplirse el *Rule of Law* sólo cuando produce justicia. ¿Pero cómo determinar cuándo ello es así? ¿Cómo saber en qué circunstancias cada elemento contribuye a la justicia y en qué circunstancias la obstaculiza, a fin de adecuar el diseño de nuestras normas y políticas jurídicas? La respuesta

²² Fuller no articula claramente la idea de que la justicia es la razón de ser del *Rule of Law*. Ello es, creo, porque Fuller centra su atención en las *diferencias* entre el *Rule of Law* (al que llama “moral interna” del derecho) y la justicia (a la que llama “moral externa” o “fines sustantivos” del derecho): Fuller, Lon, *The Morality of Law*, *cit.*, especialmente capítulo 4.

es compleja y no puede formularse de manera general. Mi cometido en estas páginas es el de explicar por qué la respuesta es compleja, y sentar algunas de las bases para realizar el tipo de investigación detallada que es necesaria con respecto a todo (posible) ámbito de regulación jurídica.

La respuesta a estas preguntas es compleja porque así lo es la relación entre el *Rule of Law* y su razón de ser. De hecho, es una relación tumultuosa.

Para empezar, la relación entre *Rule of Law* y justicia es algo más que la relación entre un medio y un fin. El *Rule of Law* no es solamente el *modus operandi* característico de los sistemas jurídicos (como dice Gardner), y que servirá de *método* para alcanzar el *fin* de la justicia. Asimismo, es método pero, contrariamente a lo que sugiere Gardner,²³ es también parte del fin. Pues el respeto a la autonomía humana, la imparcialidad en la resolución de conflictos y la reciprocidad en la cooperación entre ciudadanos y gobernantes son en sí mismos aspectos esenciales de la justicia en una comunidad política.²⁴

Sin embargo, también pueden darse marcadas *tensiones* entre el *Rule of Law* y la justicia —y llegamos así a la preocupación que da título a este ensayo—. Algunas tensiones han ocupado especialmente a la literatura. Es concebible, nos dicen algunos autores, que un sistema jurídico cumpla con el *Rule of Law* y, a pesar de ello, sea fundamentalmente injusto. Después de todo, el *Rule of Law* es condición necesaria pero no suficiente de la justicia. Cumplir con él no garantiza un sistema justo en todos los aspectos. Puede darse, al menos en teoría, un respeto riguroso del *Rule of Law* en la creación y aplicación de normas de contenido perverso. ¿Pero es probable que ello ocurra? ¿Históricamente los regímenes injustos lo han respetado? ¿Tiene un régimen injusto razones coherentes para respetarlo? Y si un régimen injusto de hecho lo respeta, ¿esto último mitiga su injusticia, aunque sea muy poco? ¿O, por el contrario, el *Rule of Law* no hace más que aumentar la injusticia resultante, al dotar de eficacia a los malvados propósitos —del mismo modo que un cuchillo afilado incrementa la eficacia del asesino—? Son estas las cuestiones principales sobre las que giró el famoso debate entre Hart y Fuller, y a las que otros muchos han realizado aportaciones.²⁵

²³ Como indicábamos al final del apartado II.

²⁴ Son reflexiones implícitas en Fuller, que Finnis (*Natural Law and Natural Rights*, *cit.*, p. 274) desarrolla con mucha mayor claridad.

²⁵ Fuller, Lon, *The Morality of Law*, *cit.*; Hart, Herbert, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1963, capítulo 16; Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *op. cit.*; Kramer, Matthew, *In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999, capítulo 3; Simmonds, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007, capítulo 3.

Pero, en el fondo, estas cuestiones no centran nuestra atención en el verdadero epicentro de la tensión entre el *Rule of Law* y la justicia. Se contentan estos autores con preguntar si puede darse injusticia *a pesar del Rule of Law*. Pero deberían preguntarse si puede darse injusticia *a causa de él*: es decir, si hay algo en el *Rule of Law* mismo que hace que un sistema jurídico que lo cumple sea especialmente proclive o propenso a determinados tipos de injusticia. Si ello fuera así, estaríamos ante riesgos inherentes al *Rule of Law*, riesgos que serían la otra cara de la moneda de las muchas virtudes que tantos autores se han esforzado en destacar.²⁶

En las secciones que siguen sostengo que, efectivamente, existen riesgos de injusticia inherentes al *Rule of Law*. Al igual que una potente medicina, tiene grandes virtudes, pero es preciso saber en qué dosis y en qué ocasiones lo debemos aplicar, pues de otro modo su uso dejará de responder a su razón de ser y puede llegar a traicionarla. No disponemos de un prospecto de instrucciones para su uso. Nos incumbe, por tanto, desarrollarlo, y la forma de comenzar es reconocer sus distintos tipos de riesgos inherentes. Hemos hecho hincapié, más arriba (apartado III), en un primer tipo de riesgo: la tensión entre principios (un exceso de un principio puede llegar a frustrar otro principio y con ello el *Rule of Law*). Estamos ahora en disposición de articular el segundo y tercer tipo de riesgos, que nacen de la tensión entre el y su razón de ser, la justicia. Me ocuparé de estos riesgos en los apartados VII y VIII, respectivamente. Son los riesgos —los desafíos— más importantes, y los más olvidados: por un lado, el riesgo de que el *Rule of Law* facilite ciertas formas de injusticia y, por otro lado, el riesgo de que sea *incapaz de atajar* injusticias de determinada clase.

VII. SEGUNDO TIPO DE DESAFÍOS DEL *RULE OF LAW*: FACILITA CIERTAS FORMAS DE INJUSTICIA

Ya hemos apuntado antes, de paso, un modo obvio en que el cumplirlo puede generar injusticia: la realización exagerada de alguno de sus principios (apartados III y IV). Nos hemos hecho eco de la recurrente observación de Fuller, pacífica en la literatura, de que no es deseable implementar los principios más allá de un límite, una suerte de punto de saturación.

²⁶ Esto no equivale a la afirmación raziana de que el *Rule of Law* es una “virtud negativa”, lo que significa para este autor que la conformidad con el *Rule of Law* no produce un bien sino que evita un mal, un mal que sólo puede ser causado por el derecho mismo (Raz, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *op. cit.*, p. 224). Mi interés reside en los posibles males que causa el propio *Rule of Law*, y cuya prevención o reducción puede requerir dejar de lado el *Rule of Law* en lugar de utilizarlo.

Pero es conveniente no centrar nuestra atención en escenarios extremos y por ello muchas veces sobresimplificados. Es importante percatarnos de que el cumplimiento del *Rule of Law* en circunstancias cotidianas, y en grado aparentemente debido, puede también ser fuente de injusticia, en los sentidos que explicaré. A tal efecto, desglosaré algunos de sus elementos (aunque están estrechamente relacionados) e indicaré algunos de sus respectivos riesgos inherentes, cuya materialización fácilmente abundará en un sistema jurídico. Me concentraré en los elementos de positividad (1), generalidad (2), promulgación (3) y congruencia (4), y complementaré el análisis con una reflexión acerca de los mecanismos con que el derecho mismo puede paliar o minimizar estos riesgos (5).

1. *Desafíos de la positividad*

El *Rule of Law* presupone que el derecho es un producto de actos humanos: que es positivo.²⁷ La positividad del derecho, y concretamente el hecho de que las normas jurídicas predominantemente sean creadas por actos deliberados (ejercicios de autoridad) es una de las claves de la capacidad de todo sistema jurídico de solucionar problemas de coordinación. Pues las normas morales, por sí mismas, son demasiado vagas y controvertidas para proporcionar las concretas pautas de conducta colectiva que requerimos. El derecho es un artefacto, y ello es una de sus virtudes. Es moralmente necesario que la validez jurídica de una norma no dependa (necesariamente)²⁸ de consideraciones morales.²⁹

Pero los riesgos de la positividad son evidentes. El bien común requiere virtud moral, incluso más allá de la justicia, pero el ser humano es moralmente falible. Y así lo es toda creación suya, comprendidas las normas jurídicas. Que la validez jurídica de una norma no dependa de su corrección moral implica que normas inmorales pueden ser válidas. Es una posibilidad en la que Hart, Fuller y muchos otros han hecho hincapié, generalmente para demostrar que el *Rule of Law* no es garantía *suficiente* de la justicia. Pero

²⁷ Como apuntábamos en el apartado V.

²⁸ El paréntesis da cabida a la posición teórica (a veces llamada, confusamente, “positivismo jurídico incluyente”) según la cual es posible que una norma jurídica que confiere poderes, creada por un acto humano, establezca que una consideración moral es criterio de validez jurídica de otra norma o acto. Con todo, en un sistema capaz de coordinar este escenario será la excepción, no la regla.

²⁹ Desarrollo esta idea en Köpcke Tinturé, Maris, “Finnis on Legal and Moral Obligation”, en George, Robert y Keown, John (eds.), *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford University Press, 2013, secciones II y III.

cabe expresarlo más contundentemente. La posibilidad de normas inmorales válidas es *facilitada* precisamente por el *Rule of Law* —en concreto por la positividad, una característica que en el fondo es una virtud pero que puede acarrear este precio—. Y lo acarreará muchas veces: pues un sistema capaz de coordinar a gran escala de modo eficaz debe gozar de supremacía en un amplio territorio; cuanta más supremacía, más cuestiones importantes en juego y por tanto en manos de quienes gobiernan, lo que incrementará la tentación de muchos de corromper o abusar del poder.

2. *Desafíos de la generalidad*

No hay derecho sin normas generales: normas aplicables a más de una persona en más de una ocasión, normas que no llevan nombres propios y que dispensan un mismo trato a *categorías* de personas y de situaciones. Como bien explica Schauer, una norma general —una regla— supone una generalización que ha sido diseñada para servir a una justificación de fondo, pero que en tanto que regla opera independientemente de esa justificación y puede no servirla.³⁰ La regla no sirve a la justificación en la medida en que es supra e infraincluyente, y por tanto incluye y excluye situaciones que no debiera (a la luz de la justificación). Por ejemplo, la prohibición de hablar por el teléfono móvil mientras se conduce, cuya justificación es evitar distracciones, es sobreincluyente con respecto al experto conductor capaz de controlar el volante mientras habla por teléfono en una calle vacía, y es infraincluyente con respecto al conductor que se distrae al escuchar música fuerte. La generalidad implica supra e infrainclusión: un riesgo latente de injusticia, en tanto que supone dispensar un trato equivalente a lo que moralmente no lo es, o viceversa.³¹

Mientras que el riesgo de la positividad se materializa a causa de la fallibilidad humana, y por tanto es teóricamente evitable, el riesgo de la generalidad es inherente a la estructura lógica del gobierno mediante reglas. Es un riesgo que puede reducirse pero no eliminarse. Schauer y Alexander, entre otros, han insistido correctamente en que la supra e infrainclusión no son defectos de las reglas sino características que hasta las mejores reglas jurídicas están condenadas a exhibir.³² Y es que la razón de ser del derecho es tra-

³⁰ Schauer, Fred, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge, Harvard University Press, 2009, capítulo 2 (especialmente p. 16); Schauer, Fred, “Rules and the Rule of Law”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991, especialmente p. 349.

³¹ Suponiendo que la justificación de la regla responda a las normas de justicia.

³² Schauer, Fred, “Rules and the Rule of Law”, *op. cit.*; Alexander, Larry, “The Gap”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991, pp. 695 y ss.

zar líneas más allá de donde las traza la moral: tramos impositivos, edades mínimas de consentimiento, límites de velocidad, formalidades registrales, etcétera. En ello, justamente, consiste la coordinación (apartado V).

3. *Desafíos de la promulgación*

La promulgación supone la articulación de una norma en forma pública. Aunque en teoría podría distinguirse entre la creación (válida) de una norma y su promulgación (pública), en todo sistema jurídico desarrollado ambas cuestiones tenderán a solaparse. Pues un sistema jurídico no puede existir, y mucho menos coordinar adecuadamente, sin que haya un consenso en la comunidad respecto a cuáles son los criterios de validez de las normas y negocios jurídicos del sistema. Y dicho consenso sólo puede darse si los criterios de validez predominantemente hacen referencia a características relativamente destacadas y fáciles de identificar por individuos distintos a través del tiempo, es decir, públicas: por ejemplo, la publicación en el diario oficial, la inscripción, la escritura, la declaración ante testigos, u otros modos de expresión —promulgación— de la voluntad originante.

Dicho de otro modo, es moralmente necesario que un sistema jurídico cuente con un método relativamente público y, por tanto fiable, de *identificar* el significado jurídico de los actos humanos: de distinguir lo que es un ejercicio de poder jurídico y lo que no. La identificación del derecho da lugar a un problema de coordinación de segundo orden. Es un problema que responde a la necesidad de tener certeza sobre cuál es la “voz” del derecho, lo que a su vez es necesario para que el derecho pueda *concretar* y comunicar eficazmente una solución a los muchos y entrelazados problemas de coordinación de la vida social.

Pero el hecho de que el significado jurídico de un acto dependa de su expresión o registro por un método determinado —en definitiva, de su forma— implica que no siempre el significado jurídico de nuestros actos será aquel que le queríamos dar, sobre todo en la esfera de los negocios jurídicos. Un simple error puede hacer que la forma no coincida con la voluntad originante. Expectativas legítimas pueden verse frustradas injustamente por un defecto de forma, por un retraso en la inscripción, o por un *lapsus lingue* que los presentes comprendieron pero la seguridad jurídica no permite al derecho pasar por alto. A la inversa, la forma puede dotar de significado jurídico a actos que no pretendían tenerlo, incluso actos involuntarios. Uno puede adquirir un producto en *ebay* como consecuencia de hacer, sin culpa,

un “clic” en un lugar equivocado, y quedar obligado por el contrato. Y un diputado puede acabar votando por una proposición de ley al cruzar equivocadamente el umbral del “sí”.

En circunstancias en que la certeza es vital, un sistema jurídico puede llegar a otorgar prioridad jurídica a la forma —a la apariencia— por encima del contenido, aun cuando éste sea contrario a derecho. Es el caso de ciertas inscripciones registrales o resoluciones *ultra vires* o incursas en error de derecho una vez que alcanzan el estatus de cosa juzgada.

4. *Desafíos de la congruencia*

El derecho promulgado debe ser el que efectivamente se aplique por los tribunales y demás órganos de aplicación. Ello requiere que estos órganos correctamente identifiquen y den efecto a aquellas normas jurídicas que se corresponden con los hechos que deben juzgar, y para ello es preciso (entre otras cosas) que adquieran conocimiento de estos hechos. Esta última tarea, sin embargo, no es fácil. Los hechos jurídicamente relevantes normalmente se hallan en el pasado y muchas veces consisten en estados mentales pretéritos: intención, advertencia, consentimiento, etcétera. De hecho, cuanto más grave es la potencial consecuencia jurídica, más relevancia jurídica suelen tener los estados mentales pretéritos, empezando por los delitos graves —y es de justicia que sea así—. Oliver Wendell Holmes llegó a decir que el estado mental pretérito de un sujeto nunca tiene relevancia jurídica, por más que las normas así lo declaren: porque en realidad se nos juzga siempre, en mayor o menor medida, mediante la comparación entre nuestro comportamiento y el de un individuo medio o tipo, realizando inferencias sobre lo que *probablemente* fue nuestro estado mental —al que ya nadie tiene acceso, ni nosotros mismos—.³³ Aunque quizá algo exagerada, la observación de Holmes pone de relieve algunas de las dificultades con que se topa la empresa de averiguar la verdad en el contexto probatorio.

Los sistemas jurídicos deben y suelen tener mecanismos encaminados a facilitar la averiguación de la verdad. Paradójicamente, sin embargo, la utilización de algunos de estos mecanismos puede apartarnos de la verdad en lugar de acercarnos a ella, y así desembocar en decisiones erróneas y por tanto injustas. Es el caso, por ejemplo, de ciertas garantías procesales y presunciones. Muchas garantías procesales están encaminadas (entre otras cosas) al descubrimiento de la verdad; pertenecen a esta categoría el derecho

³³ Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2009 (1881), especialmente Lecture II.

a ser oído, el principio contradictorio, la representación legal, la restricción de métodos interrogatorios o incluso el derecho a no autoinculparse (en tanto que reduce la incidencia de falsas confesiones inducidas por presión policial). Pero no hay duda de que el disfrute de estas (y otras) garantías procesales puede convertirse en abuso si se utiliza por las partes para bloquear el acceso a pruebas u ocasiones de interrogación decisivas.

Las presunciones, a su vez, son uno de los mecanismos con que los sistemas jurídicos gestionan la incerteza en el ámbito de la prueba. Existen varios tipos de presunciones, y la razón de ser de algunas de ellas es facilitar el acceso a la verdad (otras responden al principio *in dubio pro reo*). Este tipo de presunciones nos dirigen a aquella conclusión que es más probable, siempre en función de una generalización: piénsese en las presunciones que regulan la prueba indiciaria, o las que identifican ciertos tipos de prueba como poco fiable. En tal que generalizaciones, sin embargo, son susceptibles de error, y cuando no admiten prueba en contrario (*iuris et de iure*) eliminan todo cauce para corregirlo.

En suma, la positividad, la generalidad, la promulgación y la congruencia, todos ellos elementos del *Rule of Law*, tienden, por su propia naturaleza, a facilitar ciertos tipos de injusticia. En algunos casos la facilitan, en tanto que crean un contexto propicio para que actos injustos sean refrendados por el derecho: ello sucede con la positividad, y con congruencia en la medida en que posibilita, por ejemplo, el abuso de garantías procesales. En otros casos, estos elementos facilitan la injusticia generándola propiamente, es decir, dando lugar a ella como efecto colateral de su operación: toda norma general (incluidas las presunciones) es supra e infraincluyente, y toda exigencia de forma jurídica (exigida por la promulgación) puede desembocar en injusticia cuando por error no se corresponde con la voluntad originante.

5. *Mecanismos de prevención y curación*

¿Pueden paliarse estos riesgos o desafíos? Massini ha incidido recientemente en la importancia de la *prudentia* (virtud cardinal) por parte de creadores, aplicadores y sujetos del derecho como complemento esencial al *Rule of Law* en aras a la realización de la justicia y el bien común.³⁴ Si todos exhibiéramos *prudentia*, no habría actos injustos que el derecho estuviera en riesgo de refrendar, y los aplicadores mitigarían toda injusticia generada colate-

³⁴ Massini, Carlos, “Nota sobre el *Rule of Law* y la ética de la virtud”, *Philosophia*, núm. 71, 2011, pp. 147 y ss.; 152 y 153; Massini, Carlos, “Nota sobre gobierno de derecho y ética de la virtud”, de próxima publicación, y en correspondencia con la autora.

ralmente por el sistema (en la medida permitida por éste). Estas pertinentes reflexiones nos recuerdan que el derecho por sí mismo no es un instrumento suficiente para lograr la justicia (y bien común). Pero sí es necesario, y lo es, entre otras cosas, precisamente porque tiene mecanismos capaces, hasta cierto punto, de preservar o restaurar la justicia aun cuando quienes operan en el sistema no siempre exhiban esta virtud. Se trata de mecanismos que todo sistema jurídico puede instaurar para prevenir, o al menos curar, injusticias varias derivadas del *Rule of Law*, como las que vengo enumerando. Estos mecanismos son un ejemplo paradigmático de la reflexividad del derecho: su capacidad de regularse a sí mismo.³⁵

Sin embargo, la posibilidad de mitigar los riesgos del *Rule of Law* mediante mecanismos de prevención y curación jurídicos está sujeta a un doble límite, como veremos en este apartado. En primer lugar, estos mecanismos serán ellos mismos hijos del derecho, y por tanto estarán potencialmente sujetos a los mismos riesgos que buscan paliar. Y en segundo lugar, un uso indiscriminado de estos mecanismos comprometería la eficacia, y con ello la autoridad, del sistema jurídico. La conclusión a que esto lleva es que, por mucho que se intente, no es posible erradicar el potencial de injusticia del seno de un sistema jurídico, especialmente dada la falibilidad moral humana pero incluso sin ella. El derecho es un instrumento valioso, pero que no puede realizar su cometido moral sin que exista una posibilidad permanente de que decisiones injustas en los sentidos apuntados adquieran validez y firmeza dentro el sistema. Justamente por ello es esencial que el derecho mismo minimice su propio potencial de injusticia, cosa que es capaz de hacer. De ahí la importancia (aunque también los límites) de los mecanismos jurídicos de prevención y curación.

De entre las injusticias facilitadas por el *Rule of Law*, son susceptibles de prevención aquellas que tienen su origen en actos humanos perversos que el sistema se arriesga a refrendar (dada, especialmente, la positividad de derecho). En cambio, las injusticias generadas como efecto colateral de la operación del sistema, derivadas de la generalidad, promulgación o congruencia, se darán incluso cuando las normas en cuestión sean moralmente impecables. En este sentido no son susceptibles de prevención, sólo de curación.

Para *prevenir* que los órganos creadores y aplicadores del derecho abusen de su poder en beneficio de intereses sectarios, o simplemente lo utilicen de forma equivocada, el recurso clásico es la división de este poder. Aristóteles se refería al *Rule of Law* como el gobierno de la ley y no de un

³⁵ Hart, por ejemplo, hablaba de normas secundarias o normas sobre normas: Hart, Herbert, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 (1961), capítulo 5.

[solo] hombre,³⁶ resaltando las virtudes del reparto de responsabilidades entre muchos sobre su concentración en pocos.³⁷

Un sistema jurídico puede dividir la responsabilidad en la creación y aplicación del derecho de modo vertical y horizontal. La división vertical es aquella que tiene lugar a lo largo de la jerarquía normativa. Una norma superior (por ejemplo, la Constitución) sienta las bases de la regulación de una materia (por ejemplo, derechos fundamentales), pero deja que sean normas inferiores las que —con sujeción a lo dispuesto en la superior— desarrollen los detalles de esta regulación (normas, por ejemplo, creadas por legislador ordinario, que a su vez podrá encomendar el desarrollo ulterior a un órgano administrativo). El último eslabón (posible) de esta cadena de desarrollo —de *determinatio*— es la decisión del juez, que será más o menos creadora de derecho en función del grado de discreción que le otorguen las normas a aplicar.

Los eslabones en la jerarquía normativa casi siempre van acompañados de discreción, y ésta es (simplificadamente) el margen de decisión que el órgano superior otorga al inferior para que éste desarrolle la norma superior del modo más oportuno, dentro de los límites trazados por ésta. Muchas veces está indicado encomendar la concreción progresiva de una norma a las decisiones de una serie de órganos distintos a través del tiempo, otorgándoles a tal efecto discreción. De lo contrario deberíamos incluir todo el posible detalle de la norma en su formulación original —por ejemplo, en la Constitución—. Sea o no ello técnicamente factible, hay buenas razones para evitarlo. Estas razones van más allá del peligro de acumular poder en pocas manos, e incluyen la especialización (un órgano administrativo técnico resolverá mejor sobre materias especializadas que el constituyente), la proximidad (un juez está más cerca de los hechos que el legislador), y la adaptación temporal (la coyuntura económica actual era desconocida por el constituyente). En tanto que estas razones gobiernan la estructura de la jerarquía normativa, se confiere poder creador del derecho a quien está en mejor disposición de usarlo correctamente —de tomar decisiones justas—.

Por supuesto, esto no *garantiza* que las vaya a tomar. Y no hay que olvidar, además, el precio que pagamos por fragmentar la jerarquía normativa en sendos escalones, cada uno con su ámbito de discreción. La discreción supone vaguedad de las normas autorizantes, y la vaguedad es lo contrario a la determinación. Aunque el uso de normas vagas puede ser un valio-

³⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. de José Luís Calvo Martínez, Madrid, Alianza Editorial, 2001, V.6, 1134b, p. 168; Aristóteles: *The Politics of Aristotle*, trad. de Benjamin Jowett, Oxford, Clarendon Press, 1885, III.15, 1287a (p. 101) y III. 15, 1286a (pp. 98 y 99).

³⁷ *Ibidem*, 1286a (p. 99) y 1287b (p. 103).

so mecanismo para asignar responsabilidades dentro un sistema,³⁸ también conlleva sus propios problemas, que además son mermas del *Rule of Law*: en especial, la falta de predictibilidad (de la decisión inferior), la retroactividad en la aplicación, y la inconsistencia entre decisiones discrecionales de distintos órganos respecto a la misma norma (donde un juez condena, el otro absuelve).

La división horizontal de competencias va en función de la materia. Solemos encontrar este tipo de división tanto entre órganos administrativos como judiciales. No hay duda de que este tipo de división conviene por razones de especialización y proximidad, entre otras. Pero al mismo tiempo supone una compartimentación —un trazado de líneas— mediante reglas de jurisdicción y competencia supra e infraincluyentes, reglas que pueden, por ese y otros motivos, poner trabas a la consecución de fines legítimos.

Queda por considerar si aquellas injusticias facilitadas por el *Rule of Law* que no se pueden prevenir, o que de hecho no se han prevenido, pueden ser objeto de curación o rectificación por parte de mecanismos del propio sistema. Es bien sabido que todo sistema jurídico desarrollado tiene mecanismos de autoevaluación: es decir, mecanismos jurídicos de evaluación de decisiones jurídicas. Los mecanismos de autoevaluación son normalmente judiciales: por ejemplo, el recurso contra resoluciones administrativas, la apelación de resoluciones judiciales frente a tribunales superiores, la impugnación de negocios jurídicos o la demanda de responsabilidad a un órgano estatal. Cuanto más amplio el abanico de motivos de impugnación admisibles en cada procedimiento, y más laxos los demás requisitos, más injusticias podrán en principio ser rectificadas.

El problema, sin embargo, es que una posibilidad indiscriminada de impugnación es incompatible con el cometido moral del sistema, y su existencia misma. Para empezar, un sistema jurídico no puede aceptar de forma rutinaria la impugnación de actos que cumplen con los criterios de validez establecidos por el propio sistema, pues estaría incurriendo en una fundamental incoherencia y así disolviendo su autoridad (ello no quita que puedan instaurarse mecanismos excepcionales para la revisión de decisiones válidas pero injustas, acaso por un tribunal supremo, o sobre la base de doctrinas residuales como el abuso de derecho). Pero incluso las decisiones contrarias a criterios de validez, o que incurren en error de hecho, deben poder adquirir firmeza. Sin esa estabilidad el ordenamiento no podrá pro-

³⁸ Endicott, Timothy, “The Value of Vagueness”, en Marmor, Andrei y Soames, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 14 y ss.

porcionar a las personas ese mínimo de certeza acerca de sus relaciones con los demás que demanda el respeto a la autonomía individual. Es de justicia poner fin a las disputas, incluso a costa de finalizarlas (a veces) injustamente.

VIII. TERCER TIPO DE DESAFÍOS DEL *RULE OF LAW*: ES INCAPAZ DE ATAJAR CIERTAS FORMAS DE INJUSTICIA

Hemos visto en el apartado VII que elementos centrales del *Rule of Law* tienden a facilitar ciertas formas de injusticia, que podemos minimizar —aunque no evitar completamente— si desplegamos sus herramientas de forma adecuada y con plena consciencia de sus límites. Precisamente porque tiene límites, y a veces puede hacer más mal que bien, el *Rule of Law* es un instrumento apropiado para regular sólo determinados problemas de la vida social. Existen determinados problemas sociales —injusticias, de hecho— que es preferible solventar al margen del *Rule of Law*, y por tanto al margen del derecho. Y ello no porque no sean lo suficientemente graves, sino porque al regularlas jurídicamente las convertiríamos en injusticias mayores. El derecho es una “herramienta tosca e incompleta del bien humano”, como dice Massini,³⁹ y por ello hay que utilizarla sólo cuando sus beneficios compensen sus riesgos. He aquí, entonces, el tercer tipo de desafío: su impotencia a la hora de atajar algunas graves injusticias sociales.

No cabe realizar un catálogo *general* de injusticias que deben permanecer fuera de la jurisdicción coercitiva del derecho. La relación entre las virtudes y los riesgos del *Rule of Law* está en función de la materia que pretendemos regular y de cómo pretendemos regularla, por lo que la ponderación de virtudes y riesgos, incluidos los mecanismos de prevención y curación, incumbe a todo aquel que reflexiona críticamente sobre toda rama del ordenamiento jurídico existente.

A modo de ilustración, ofreceré unas breves observaciones referidas al derecho penal, ámbito en que los límites del *Rule of Law* se manifiestan de forma acuciante. Se han escrito muchas páginas sobre si deben criminalizarse conductas inmorales que no causan daño a nadie, o que sólo dañan al propio actor.⁴⁰ Pero hay conductas inmorales que sí dañan a otros —que son propiamente injusticias—, pero que *a pesar de ello* no se prestan a ser criminalizadas, o a serlo completamente. Consideremos, por ejemplo, la pro-

³⁹ Massini, Carlos, “Nota sobre el *Rule of Law* y la ética de la virtud”, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁰ Por ejemplo, Feinberg, Joel, *Offense to Others*, Nueva York, Oxford University Press, 1985, y del mismo autor, *Harm to Self*, Nueva York, Oxford University Press, 1986; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, *cit.*, especialmente capítulos 14 y 15.

ducción injustificada y culpable de daño psicológico a otro, por un método puramente psicológico (es decir, sin tocarle). El daño puede ser devastador y la culpa grave. El método causatorio muchas veces será el habla. Sin embargo, la regulación penal de esta conducta deberá lidiar con una importante dificultad: la de aislar las instancias verdaderamente injustas de conducta psicológicamente dañina de las muchas instancias en que es perfectamente razonable, incluso moralmente debido, arriesgarse a dañar a otro psicológicamente al interactuar con él, por ejemplo, en un contexto educativo, terapéutico, de difusión de información o de defensa de ideas —un riesgo especialmente presente en sociedades multiculturales—.

El dilema que se presenta es el siguiente: si la norma penal en cuestión se formula de modo vago, apelando a ideas de “razonabilidad” o “justificación” con el fin de excluir las instancias de conducta razonable, ofrecerá tan poca previsibilidad que terminará por mermar el disfrute de la libertad de expresión y con ello el desarrollo y la crítica de ideas, además de estar sujeta su aplicación en cada caso al arbitrio del aplicador, con el consiguiente riesgo de decisiones inconsistentes —sin hablar de posibles errores en la apreciación de las pruebas, especialmente susceptibles de manipulación en este ámbito—. Si, por el contrario, el ámbito de la norma se restringe a determinado tipo de víctimas (¿menores?), o de actores (¿personas en posición de autoridad? ¿familiares?), o de contextos (¿laboral?), o de métodos (¿gritar?), para así cumplir mejor con el *Rule of Law*, posiblemente sea muy supra e infraincluyente desde el punto de vista moral, además de rezumar prejuicio.

De estas reflexiones no se sigue que el daño psicológico o injusticias afines como el *bullying*, el *harassment*, el *stalking* o la violencia doméstica deban quedar al margen del derecho penal. Lo que se sigue de estas reflexiones es que deben analizarse cuidadosamente los límites del *Rule of Law* antes de decidir si —y cómo y cuándo— estas injusticias deben ser objeto de prohibición penal.⁴¹ Es posible que una comunidad justa sólo pueda aspirar a criminalización parte de estas conductas: por ejemplo, la producción de daño psicológico grave (menos veces razonable y previsible), o mediante contacto físico (menos cotidiano), o mediante conducta repetitiva y extendida en el tiempo (más ocasión para reconsiderar), o de modo intencionado (no meramente previsto). Afirmar que determinadas injusticias no deben atacarse

⁴¹ El debate en torno al proceso de reforma de los principales tipos penales de lesiones en el derecho inglés (*Offences Against the Person Act* 1861), que se ha extendido a lo largo de décadas y desdoblado en sendas propuestas legislativas, es una buena ilustración de la confusión a que puede llevar la falta de atención explícita a los límites del *Rule of Law* en relación con la criminalización del daño psicológico y sus medios causativos (como muestro en Köpcke Tinturé, Maris, “Criminalising Psychological Forms and Causes of Harm”, de próxima publicación.

mediante el *Rule of Law*, al menos en su versión penal, no es dudar de la gravedad de las mismas, ni tampoco del valor del *Rule of Law*. Al contrario, es entender que tiene valor en tanto que sirve a su razón de ser, y que no siempre lo hace; es entender que es un ideal más complejo de lo que lo ha pintado la literatura, y que algunos de sus elementos más valiosos son también susceptibles de perversión; es aceptar sus desafíos y centrarse en potenciar sus capacidades, indispensables —como explica la tradición clásica— para hacer frente a los muchos desafíos que la vida social depara al bien común, a la justicia y al *Rule of Law* mismo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, Larry, “The Gap”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. de José Luis Calvo Martínez, Madrid, Alianza Editorial, 2001.
- , *The Politics of Aristotle*, trad. de Benjamin Jowett, Oxford, Clarendon Press, 1885.
- CRAIG, Paul, “Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: an Analytical Framework”, *Public Law*, 1997.
- ENDICOTT, Timothy, “The Value of Vagueness”, en MARMOR, Andrei y SOAMES, Scott (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- FEINBERG, Joel, *Offense to Others*, Nueva York, Oxford University Press, 1985.
- , *Harm to Self*, Nueva York, Oxford University Press, 1986.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011 (1980).
- , *Fundamentals of Ethics*, Washington, Georgetown, 1983.
- , *Collected Essays. Vol. IV: Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- , “Aquinas’ Moral, Political, and Legal Philosophy”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014 (versión corregida), visible en: <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/> (fecha de consulta: 12 de julio de 2014).
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, New Haven-Londres, Yale University Press, 1969.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, *El valor de la seguridad jurídica*, México, Fontamara, 2007.

- GARDNER, John, *Law as a Leap of Faith*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- GREEN, Leslie, “Positivism and the Inseparability of Law and Morals”, *New York University Law Review*, núm. 83, 2008.
- HART, Herbert, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994 (1961).
———, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1963.
- HOLMES, Oliver Wendell, *The Common Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2009 (1881).
- KÖPCKE TINTURÉ, Maris, “Concept and Purpose in Legal Theory: How to «Reclaim» Fuller”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1, 2013.
- , “Finnis on Legal and Moral Obligation”, en GEORGE, Robert y KEOWN, John (eds.), *Reason, Morality and Law: The Philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford University Press, 2013.
- , “Criminalising Psychological Forms and Causes of Harm”, de próxima publicación.
- KRAMER, Matthew, *In Defence of Legal Positivism: Law Without Trimmings*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- LEWIS, David, *Convention: A Philosophical Study*, Oxford, Blackwell, 2002 (1969).
- MASSINI, Carlos, “Nota sobre el *Rule of Law* y la ética de la virtud”, *Philosophia*, núm. 71, 2011.
- , “Nota sobre gobierno de derecho y ética de la virtud”, de próxima publicación.
- RAZ, Joseph, “The Rule of Law and its Virtue”, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979.
- , *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1986.
- SCHAUER, Fred, “Rules and the Rule of Law”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, núm. 14, 1991.
- , *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- SCHELLING, Thomas, *The Strategy of Conflict*, Nueva York, Oxford University Press, 1963
- SIMMONDS, Nigel, *Law as a Moral Idea*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- ULLMANN-MARGALIT, Edna, *The Emergence of Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1977.

CUARTA SECCIÓN

ESTUDIOS SOBRE ÉTICA
Y FILOSOFÍA POLÍTICA

ÉTICA Y POLÍTICA: CONSECUENCIAS DE UNA RUPTURA

Jorge MARTÍNEZ BARRERA*

La pregunta esencial del saber político ha sido formulada de una vez y probablemente para siempre por Aristóteles al comienzo del Libro IV (VII) de *Política*: “El que se proponga hacer un estudio adecuado del régimen mejor tendrá que definir primero necesariamente cuál es la vida más preferible, pues mientras esto no esté en claro tampoco podrá estarlo, forzosamente, el régimen mejor”.

Lo que aquí está en juego es nada menos que la identificación del sentido de la propia vida. Es este también el punto de partida y el de llegada de toda la *Ética nicomáquea*, por ejemplo, donde precisamente el tema central es la investigación acerca de la plenitud humana.

Dicho esto, quisiera esbozar la lenta transformación de una de esas maneras de entender lo humano con su correspondiente noción de lo político, hacia su actual configuración, nacida de lo que podría llamarse una ruptura.

Recordemos entonces la grave pregunta aristotélica: ¿por qué y para qué vivimos? ¿Cuál es, en último análisis, el sentido de nuestra vida? Notemos aquí que ni por un momento Aristóteles se detiene a examinar si existe realmente un sentido del vivir; ése es un punto de partida, un principio sobre el cual no se discute. La pregunta que un contemporáneo se siente obligado a hacer es, por el contrario, si la vida tiene un sentido. Convengamos con Aristóteles en que el solo hecho de vivir, incluso sin hacerse demasiadas preguntas filosóficas, ya tiene una “cierta dulzura natural”,¹ y que esa dulzura natural no está dada solamente por el goce puntual de esta o aquella

* Instituto de Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Chile.

¹ “...quizás en el solo vivir existe cierta dosis de bondad si no hay en la vida un predominio excesivo de penalidades. Es evidente que la mayoría de los hombres soporta muchos padecimientos por afán de vivir, y parecen encontrar en la vida misma cierta felicidad y dulzura natural” *Política*, 1278b 28-30. Edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970. También *Ética nicomáquea*, 1170b, pp. 1-3.

circunstancia, o por el hecho de no tener un número excesivo de problemas, sino también por el disfrute de nuestros recuerdos y nuestras esperanzas, es decir, de aquellos dos puntos cardinales entre los cuales se va desplegando nuestra historia personal.² Para Aristóteles la vida tiene un objetivo último, el cual, sin embargo, como la naturaleza de la que habla Heráclito, ama ocultarse. Esa meta final no está dada de una sola vez y para siempre, y tampoco es una sumatoria de momentos agradables. Por el contrario, se trata de algo bastante arduo que exige toda una serie de ejercicios prácticos sobre uno mismo a lo largo de años y años.³

Lo sorprendente de esta filosofía aristotélica es que a pesar de la importancia de semejante quehacer sobre uno mismo, no se sigue necesariamente que uno deba ser lo más importante para uno mismo. Esto es así porque, según el filósofo, el hombre no es lo mejor que existe en el universo, y si hemos de vivir de un modo auténticamente humano, parece más bien que deberemos hacerlo de una manera no totalmente humana.⁴ Una vida perfecta es aquella que se ocupa de cosas no humanas. La opinión aristotélica acerca del verdadero puesto del hombre en el cosmos no es, ciertamente, antropocéntrica.⁵ Y si esto es así, resulta claro que el conocimiento exhaustivo de las cosas humanas, en especial de la principal de las cosas humanas, al menos respecto de *lo que hacemos*, no es el mejor ni el más elevado de los conocimientos.⁶ Aristóteles estaba persuadido de que “también hay otras cosas de naturaleza mucho más divina que la del hombre, como es evidéntísimo (*phanerótata*) por las que constituyen el mundo”, nos dice.⁷

Hay aquí algunos puntos muy importantes, y el primero de ellos, creo, es la necesidad de rastrear aquel sentido de la existencia con un método que podría llamarse el del *descentramiento*, y que consiste en la búsqueda de

² Véase *Ética...*, *op. cit.*, 1166a, pp. 24 y 25.

³ Sería muy conveniente rescatar el concepto de “ejercicio espiritual” en sede filosófica, tal como lo ha propuesto magníficamente Hadot, Pierre, *Philosophy as a Way of Life. Spiritual Exercises from Socrates to Foucault*, introducción de Arnold I. Davidson, Blackwell Publishers, 1995. Véase, también, de Hadot, *La philosophie comme manière de vivre. Entretiens avec Jeannie Carlier et Arnold I. Davidson*, París, Albin Michel, 2001. Este último libro, a pesar de su título, no es la traducción del primero.

⁴ *Ética...*, *op. cit.*, 1141a, pp. 21 y 22.

⁵ Es por lo menos llamativo que a una cosmología geocéntrica corresponda una antropología no antropocéntrica y que, en la modernidad, una cosmología no geocéntrica se lleve tan bien con una antropología antropocéntrica.

⁶ “Sería absurdo considerar la política, o la prudencia, como la más excelente «ciencia» si el hombre no es lo mejor del mundo”. *Ética...*, *op. cit.*, 1141a 19-22. El fin buscado por la política, en realidad, es algo “superficial” (*epipolaíos*) respecto del verdadero sentido de la vida: *Ética...*, *op. cit.*, 1095b, p. 24.

⁷ *Ibidem*, 1141a, p. 34-1141b, p. 1.

un vestigio divino en las cosas, especialmente en las humanas, aun cuando, según el estagirita, no pueda hablarse de una verdadera *participación* en la naturaleza divina. Pero para Aristóteles hay en el hombre algo divino, y aunque es pequeño en tamaño, excede con mucho a lo demás en potencia y dignidad.⁸ Vivir de acuerdo a lo mejor que hay en nosotros es vivir una vida, en cierto sentido, no humana. Y sólo en segundo lugar⁹ está la vida conforme a la virtud moral, la cual es una vida humana desde el comienzo al fin, pero inferior en dignidad a la primera.

Si hay un sentido principal de la vida, y sobre esto no hay duda, parece entonces que no se trata de un autosentido, como si dijéramos que el hombre, para Aristóteles, no puede ser nunca un fin en sí mismo. Por eso me parece que el *descentramiento* teleológico es la clave hermenéutica de la teoría de la finalidad en Aristóteles.¹⁰ En rigor de verdad, desde una perspectiva clásica, la dignidad humana no podría fundarse jamás sobre una supuesta condición del hombre como fin en sí mismo.

A la luz de todo esto podemos decir que el fin de la política no son, estrictamente hablando entonces, las cosas políticas, sino la promoción de la vida contemplativa con todos sus prólogos éticos. La *Ética nicomáquea* y la *Política* son así, para emplear la expresión de Leo Strauss, un canto a la vida contemplativa. Pero como esa vida no puede sino darse en el seno de la ciudad, es preciso que ésta esté bien ordenada. Y aquí interviene el platónico Aristóteles: el orden de la ciudad depende de la promoción de la justicia, pero de una justicia entendida como virtud antes que como una instancia jurídica o judicial. Ahora bien, el sistema normativo político es para Aristóteles el puente entre ética y política. El contenido de la ley es para el estagirita lo suficientemente claro. ¿De qué habla la ley? De hacer buenos a los ciudadanos:

La ley ordena hacer lo que es propio del *valiente*, por ejemplo, no abandonar la formación, ni huir ni arrojar las armas; y lo que es propio del hombre *morigerado*, como no cometer adulterio, ni comportarse con insolencia; y lo que es propio del hombre de carácter *apacible*, como no dar golpes, ni hablar mal

⁸ *Ibidem*, 1178a, p. 1.

⁹ *Deuteros: ibidem*, 1178a, p. 9.

¹⁰ Alejandro Vigo ha señalado una tensión no resuelta en la teoría finalística aristotélica. Por una parte, parece que el fin de una cosa no es exterior a ella misma. Pero por otra, esa cosa se inscribe y tiene su sentido en un vasto sistema teleológico cuyo punto final no es interior a esas cosas. Véase Vigo, A., "Naturaleza y finalidad. Algunas consideraciones a partir del modelo aristotélico", en García Marqués, A. y García Huidobro, J. (eds.), *Razón y Práxis*, Valparaíso, Universidad de Valparaíso, 1994, pp. 41-54. Sobre este asunto también ha escrito páginas muy luminosas Federico Sciacca, Michele, *L'uomo, questo squilibrato*.

de otros; e igualmente *lo que es propio de las demás virtudes* y formas de maldad, mandando lo uno y prohibiendo lo otro, rectamente cuando la ley está bien establecida y peor cuando ha sido establecida arbitrariamente.¹¹

...por lo general, la mayoría de las disposiciones legales están constituidas por prescripciones de la virtud total, porque la ley manda vivir de acuerdo con todas las virtudes y prohíbe que se viva en conformidad con todos los vicios. Y de las disposiciones legales, sirven para producir la virtud total todas aquellas establecidas acerca de la educación para la vida en comunidad.¹²

Vivimos pues, en comunidades políticas, fundamentalmente, para crecer en la virtud, la cual sólo es posible comunitariamente si es asumida como la más importante de las tareas políticas.

“Es claro, pues, que la ciudad no es una comunidad de lugar y cuyo fin sea evitar la injusticia mutua y facilitar el intercambio... Hay que concluir, por tanto, que el fin de la comunidad política son las *buenas acciones* y no la convivencia”.¹³

En todo esto se advierte que para Aristóteles es imposible trazar una línea divisoria muy marcada entre los terrenos de la política y de la ética. La eticidad de la política y la politicidad de la ética aparecen con manifiesta evidencia al interior de esos dos textos, unidos en una trabazón temática que las hace inseparables. Ante el grave paisaje de corrupción de la Atenas del siglo IV a. C., la respuesta de Aristóteles no es simplemente una exhortación bienintencionada a la moralización de la política, sino la búsqueda argumentalmente defendible de una politización de la ética. ¿Y cómo politizar la ética? Hay sólo una manera eficaz: la ley. Pero como esa ley, y poco importa aquí su fundamento, no nace milagrosamente de la encina seca, como decía Platón, sino de la tarea de los legisladores, entonces, adonde todo proyecto educativo debe apuntar prioritariamente es, justamente, a esos legisladores. Sin embargo, se trata de una educación dirigida no sólo a la razón, sino especialmente a la facultad de querer: no solamente hay que *saber* lo que se debe querer, sino además *querer* lo que debe ser querido. En una palabra, una educación eficaz enseñará, al ideólogo, que hay que saber lo que debe ser querido, y al timorato, que hay que querer lo que se sabe que hay que querer. Así entonces, el tipo de saber requerido para la elaboración de un orden jurídico justo y bueno no es, ante todo, un conocimiento jurídico teórico, sino un saber experiencial de lo justo y lo bueno, el cual se obtiene de una sola manera: mediante la ejecución habitual y voluntaria de actos justos y buenos. Y no importa aquí el hallazgo de una fórmula muy precisa

¹¹ *Ética nicomáquea*, cit., 1129b, pp. 19 y ss.

¹² *Ibidem*, 1130b, pp. 22 y ss.

¹³ *Política*, III, 9, 1280b, pp. 30 y ss.

que permita definir cuáles son esos actos, sino la inspiración en un proyecto ético cuyo eje es el auto-silenciamiento, el olvido de sí, el dejar de ponerse uno mismo en el centro de la escena. En una palabra: el *descentramiento*. Ése es el ecosistema de la justicia verdadera, prolegómeno de la amistad, la cual, cuando es una realidad política, alivia la presión sobre los dispositivos jurídico-judiciales.

Ahora bien, tenemos que hacernos cargo de las razones por las cuales la ética aristotélica aparece como inevitablemente limitada. Señalaré las que me parecen las más importantes:

a) En un mundo como el griego, donde no se ha desencadenado el modo de vida técnico, una mente entrenada en el cultivo del sentido común y la razonabilidad práctica casi no conoce la perplejidad moral, tal como se la padece hoy en los medios de alta densidad tecnológica, reacios, con alguna razón, a la ética clásica. Hans Jonas se ha encargado de recordar las limitaciones de la ética clásica en ese sentido. Las consecuencias de las acciones humanas jamás podían ir más allá del alcance de una vida humana. La acción humana hoy, por el contrario, tiene alcances insospechados debido a la técnica: podemos afectar la vida misma sobre la tierra o la naturaleza biológica misma del hombre, y *esto nos pone ante situaciones inimaginables para la ética clásica*. Los nuevos imperativos morales habrán de formularse como sigue, según Jonas: “Obra de tal modo que los efectos de tus acciones no sean destructivos para la futura posibilidad de la vida”, o bien: “No pongas en peligro las condiciones de la continuidad indefinida de la humanidad en la Tierra”.¹⁴

b) Relacionado con esto último, el sistema de la moralidad ya no es único, sino que parece haber estallado y haberse fragmentado en tantas porciones como “proyectos de vida” existen. Incluso la *pólis* aristotélica, que es un extraordinario experimento imaginativo, está compuesta por “amigos morales”, para usar la expresión de H. T. Engelhardt.¹⁵ Vivimos en la era del “politeísmo moral”, para usar nuevamente una expresión de Engelhardt. El ideal de la virtud ya no es monocromático, e incluso ya no se piensa que la virtud pueda ser objeto de políticas públicas. Y esto por no mencionar qué debemos entender por virtud.

c) Y la tercera razón por la cual la ética aristotélica no parece dar respuestas apropiadas a las exigencias contemporáneas es que toda la vida

¹⁴ Hans Jonas ha señalado nítidamente los desafíos éticos y políticos planteados por la vida en un medio tecnológico de alta densidad. Véase *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995 (publicada en alemán por primera vez en 1979 en la casa Insel Verlag), especialmente capítulo 1.

¹⁵ *Ética nicomáquea*, cit., 1167a, pp. 26-28: “...se dice de una ciudad que hay en ella concordia cuando los ciudadanos piensan de la misma manera sobre lo que les conviene, eligen las mismas cosas, y hacen juntos lo que en común han acordado...”.

política pasa hoy por la mediación del Estado, una institución desconocida en la antigüedad y en la Edad Media. El Estado ha monopolizado la vida política e incluso ha reconfigurado la significación de lo político. La “politicidad” de una acción tiene bien poco que ver con su “eticidad”, y la ética no es pensada como una dimensión de la vida cuyo acabamiento es la política.

Y ahora, en la segunda parte, quisiera sugerir el momento histórico del punto de inflexión, esto es, del momento a partir del cual la ética de matriz aristotélica parece haber quedado obsoleta. En ese sentido, quise identificar en el punto *c*) el papel capital del Estado en la reconfiguración de la política como ciencia y como práctica.

Con Marsilio de Padua entramos decididamente en la modernidad político-estatal. El trabajo de este médico patavino, publicado anónimamente en 1324, es el más importante en la configuración teórica definitiva de lo que habrá de ser el sistema político bajo el cual vivimos hoy. Me refiero a su escrito *El defensor de la paz*, surgido en el fragor de su lucha contra el papa Juan XXII.

La enemistad de Marsilio con la Iglesia es muy evidente. Este autor ha sido llamado “el primer teórico del Estado laico”.¹⁶ *El defensor de la paz*, a pesar de su inspiración circunstancial, constituye todo un proyecto político llamado a tener unas consecuencias enormes. Insisto en esto: la teoría del Estado tiene un trasfondo de combate contra la Iglesia de Roma. Marsilio no está solo en este combate con la historia.

En su ayuda acude Maquiavelo, con quien la ruptura con la idea tradicional acerca de la virtud es ya muy manifiesta. Un breve pasaje del capítulo XV de *El príncipe* expone con toda la claridad deseable las coordenadas del problema:

Muchos concibieron repúblicas y principados jamás vistos y que nunca existieron. Hay tanto trecho de cómo se vive a cómo debiera vivirse, que quien renuncia a lo que se hace por lo que se debería hacer, aprende más bien lo que le arruinará que lo que le preservará. El hombre que quiera hacer en todo profesión de bueno, cuando le rodean tantos malos, correrá a su perdición. Por ello es necesario que el príncipe, si desea mantenerse en su Estado, aprenda a poder no ser bueno y a servirse o no de esa facultad a tenor de las circunstancias.

Adonde Maquiavelo apunta, a sabiendas o no, es a la ética clásica representada por Aristóteles. Este texto está en perfecta consonancia con el pensamiento de Hobbes, el verdadero padre fundador del Estado, quien se

¹⁶ Lagarde, Georges de, *De La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen Âge*, Louvain-París, 1956-1958, vol. II.

muestra deudor intelectual de Marsilio y Maquiavelo en dos asuntos esenciales: el odio contra la Iglesia y la percepción de la necesidad de una lucha institucional contra ella, lucha en la cual la reformulación de los sistemas jurídicos es capital.

El acabamiento de esta lenta e incesante edificación de una nueva institucionalidad política corre por cuenta de Thomas Hobbes, quien, en su *Leviatán*, no ahorra diatribas contra la Iglesia y todo cuanto a su juicio la sustenta. Desde la filosofía aristotélica hasta la teología sacramental, no debe quedar nada en pie: "...creo que pocas cosas pueden decirse más absurdamente en filosofía natural que lo actualmente llamado *metafísica aristotélica*, ni cosa más repugnante al gobierno que lo dicho por Aristóteles en su *Política*, ni más ignorantemente que una gran parte de sus *Éticas*".¹⁷

La ruptura moderna consiste en buena medida en la neutralización del carácter arquitectónico del objetivo final de la vida tal como era percibido por la sabiduría cristiana. Por lo general, los padres fundadores del Estado están muy lejos de ser unos ateos irrecuperables y en ningún momento ponen en duda la existencia de un fin ultraterreno de la vida. Lo que ellos niegan terminantemente es que ese fin pueda tener algo que ver en la configuración del tiempo histórico.¹⁸ Es la idea misma del carácter arquitectónico de la finalidad ultrahistórica respecto de los fines mundanos, lo que es puesto en discusión. Así entonces, la *secularización* no debe entenderse como una negación de lo trascendente, sino más bien como una neutralización de los fines ultrahistóricos en su función configuradora de la historia. El argumento principal para esta actitud es el de la absoluta incompatibilidad entre un orden de cosas al cual puede accederse desde la sola razón, es decir, el relativo a los asuntos políticos, y un orden de cosas imposible de aprehenderse como no sea por la fe. La línea de separación entre razón y fe es considerada como una valla infranqueable y como una fuente de serios errores epistemológicos. Algo así como una teología moral constituiría para los padres fundadores del Estado un inaceptable oxímoron. Esta actitud tuvo como efecto inevitable un antropocentrismo incompatible con la idea del *descentramiento*. El antropocentrismo moderno,

¹⁷ C. XLVI.

¹⁸ Véase el siguiente texto de Marsilio de Padua: "...el vivir mismo y el bien vivir es conveniente al hombre de dos modos, uno temporal o intramundano, otro eterno, o como se acostumbra a decir, celeste. Y porque este segundo modo de vivir, a saber, el eterno, no lo pudieron persuadir por demostración la universalidad de los filósofos, ni es de las cosas manifiestas por sí mismas, por eso no se cuidaron de legarnos aquellas cosas que se hacen en fuerza de ese modo. Pero del vivir y del bien vivir o de la vida buena según el primer modo, el terrestre, y de las cosas que son necesarias para él, los filósofos ilustres tuvieron conocimiento por demostración de modo casi perfecto". *El defensor de la paz*, I parte, capítulo IV, 3 (p. 15 de la edición citada).

el que está en la base de la teoría del Estado, ya no es un antropocentrismo atento a la justicia sino a los *derechos*. Éstos, a su vez, comenzarán a ser comprendidos, no ya como las cosas justas, sino más bien enfatizando la prelación del derechohabiente, tal como con toda la claridad deseable escribe Thomas Hobbes, al proclamar que los sistemas jurídicos anteriores han estado muy confundidos.¹⁹ Es la era de los llamados “derechos subjetivos”, es decir, los derechos del *sujeto*.

El mismo Hobbes había señalado que una de las características principales del Estado es la de ser una institución *representativa*. Esto significa que el origen del poder ya no es más vertical; ya no emana más desde lo alto, sino desde lo bajo, y su función debe hallarse en perfecta subordinación con los requerimientos de su fuente. Aun cuando la teoría de la *soberanía* en Hobbes parece seguir un modelo arriba-abajo, en realidad, el origen del poder es desde abajo hacia arriba. El soberano lo es por una libre decisión contractual.

Debemos advertir la aparición de la figura hermenéutica clave de la antropología filosófica moderna: el *sujeto*. Éste difiere del concepto cristiano de *persona* en la medida en que ya no es el *descentramiento* lo importante, sino más bien el *autocentramiento*, la vuelta en plenitud al sí mismo, a una casi completa autonomía del yo. Ahora el problema político ya no es la politización de la ética, sino la coordinación política de las preferencias morales, de tal modo que la inevitable colisión de las mismas no acabe con el tejido social, como expone Kant muy claramente en su Opúsculo *Sobre la paz perpetua*:

El asunto, pues, no es el de saber cómo se puede mejorar moralmente a los hombres, sino cómo podemos servirnos del mecanismo de la naturaleza para dirigir de tal forma el antagonismo de sus disposiciones hostiles, de tal modo que todos los individuos de un mismo pueblo se obliguen entre sí a someterse a leyes coercitivas y establezcan en consecuencia un estado de paz donde las leyes estén en vigor.²⁰

¹⁹ “...los que hablan de este tema «sc. el derecho» confunden a menudo *jus* y *lex*, *derecho* y *ley*, éstos debieran sin embargo, distinguirse, porque el *derecho* consiste en la libertad de hacer o no hacer, mientras que la *ley* determina y ata a uno de los dos, con lo que la ley y el derecho difieren tanto como la obligación y la libertad, que en una y la misma materia son incompatibles”. Y a su vez, la libertad es “la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que a menudo pueden arrebatarse a un hombre parte de su poder para hacer lo que le plazca...”. Ambos pasajes pertenecen al *Leviatán*, capítulo XIV.

²⁰ Kant, Immanuel, *Un ensayo filosófico sobre la paz perpetua*, 1795. Primer suplemento: Sobre la garantía de la paz perpetua, núm. 1. Sin temor a exagerar podría decirse que la figura constitucional del *sujeto* es el Estado. Por eso no es casual que las críticas contra el sujeto propias de la postmodernidad, sean paralelas a la recurrente pregunta sobre el final del Estado como figura constitucional.

Por lo que se ve, está claro que la insistencia en sistemas políticos para los cuales la tarea política es asunto exclusivo de una nueva clase de profesionales, los políticos, quienes hacen de su actividad un medio de vida,²¹ esté acompañada de una resignificación del “trabajo” político como una actividad destinada a satisfacer “los deseos de la gente”. La política profesional es la modalidad propia de la actividad política bajo la forma del Estado, y una modalidad en la cual el bien común ya no tiene una función arquitectónica. La vida política bajo la forma estatal plantea un problema ético de primera magnitud lúcidamente señalado por Max Weber. El Estado es incompatible con la ética cristiana toda vez que el Estado ha nacido como una institución *soberana*, es decir, una institución que no admite supervisiones supraestatales de ninguna naturaleza. Es una institución, además, de carácter *empresarial*, cuyos funcionarios viven del sufragio popular. El objetivo prioritario del gerente del Estado y de sus subordinados, es permanecer en sus puestos de trabajo, y para ello es preciso dar satisfacción a sus clientes o representados, a saber, los votantes. Los políticos profesionales han logrado una reinterpretación muy interesante de Maquiavelo: ya no se trata solamente de conservar el Estado, sino, ante todo, de conservar sus puestos en la megaempresa del Estado. De ahí que a esa lógica empresarial del Estado le resulte incongruente politizar una comprensión de la vida en la cual lo difícil, lo duro o la negación de sí, aparezca como algo deseable. Un excesivo celo puesto en sistemas educativos más atentos a las obligaciones, los deberes, el sufrimiento pedagógico controlado, en relativo detrimento de los derechos y los “proyectos de vida” individuales, es contrario a la lógica interna de funcionamiento del Estado.

Finalmente, respecto de la dramática orfandad de criterios de acción en los grandes asuntos morales, diría que la vida cotidiana, felizmente, no nos enfrenta a dilemas tan devastadores. La vida de todos los días exige decisiones cuya bondad o maldad es perfectamente asequible a un espíritu sensato. Temo que la confiscación de la ética por parte de los grandes dilemas (debemos en gran medida a la *bioética* la jibarización de la ética) termine justificando una cierta pasividad moral ciudadana en el enorme territorio de las cosas más sencillas. Muchas veces, no se trata tampoco de grandes dilemas, sino de asuntos relativamente insignificantes, pero muy rentables para la profesión periodística, que son exaltados a una dimensión macros-

²¹ Weber, Max, “La política como profesión”, *El político y el científico*, introducción de Raymond Aron, trad. de Francisco Rubio Llorente, Madrid, Alianza Editorial, 1986.

cópica y logran instalarse en la atmósfera de la vida cotidiana.²² No obstante, hay toda una dimensión de la ética en la cual existe mucho espacio para la amistad, la decencia, la moderación, la responsabilidad, la nobleza de carácter ante la adversidad, por ejemplo, cuya plausibilidad no podría ser puesta en tela de juicio y que pueden aprenderse directamente practicándolas o indirectamente en la buena literatura. También se la puede aprender en algunas formas controladas y razonables de mortificación corporal, como el deporte, por ejemplo, o las actividades que impliquen la puesta a prueba de la resistencia física. No es malo que los jóvenes tengan conciencia de cosas como el frío, el calor, el cansancio y el sufrimiento. Existe, diría, toda una microfísica de la moral con un sorprendente y contagioso poder de irradiación. Es precisamente esta magnitud celular de la ética la que es preciso cuidar. La desatención hacia ese continente moral más modesto es probablemente uno de los factores de formación de los grandes huracanes morales que hoy nos dejan perplejos. En una palabra, tenemos la obligación de reapropiarnos de las experiencias espirituales que posibilitaron la aparición de conceptos tales como persona y bien común, los cuales hoy son sólo una abstracción.

Así pues, para concluir, podríamos ver a la política como un *saber de lo que debe ser hecho aquí y ahora para que cada uno de los miembros y las asociaciones que integran un tejido comunitario determinado, adquieran hábitos de vida acordes con lo que es bueno y dable esperar de un hombre maduro cuyas facultades superiores son espirituales, en el marco de instituciones justas guiadas por el bien común*. Ese fin es el que debe ser el subordinante de los fines intermedios, el que debe dictar la racionalidad de todas las actividades humanas, incluidas las alianzas políticas y la economía. Y el no saber qué debe hacerse para la consecución de ese fin es casi tan grave como saberlo y no obrar o hacer lo contrario. En suma, si la política como ciencia y como práctica ha de reconstruirse, será preciso recorrer el camino sapiencial hacia y desde el bien común en el ámbito de instituciones superadoras de la lógica autorreferencial del Estado. Así como señalé más arriba que el *sujeto* es la figura antropológica propia de la vida estatalmente configurada, no sabemos aún qué institucionalidad política se corresponde con la figura antropológica de la *persona*. Y esto es una grave responsabilidad de los filósofos políticos. Así lo ha entendido a lo largo de su vida, ofreciendo ejemplo y testimonio, nuestro querido maestro y amigo, Carlos Ignacio Massini Correas.

²² También Max Weber había señalado, en *Politik als Beruf*, que no es casual la aparición y consolidación de la profesión de periodista en un mundo donde prima la institucionalidad estatal.

FILOSOFÍA Y DIALÉCTICA EN ARISTÓTELES. UN ENFOQUE SINÓPTICO

Alejandro G. VIGO*

SUMARIO: I. *El debate en torno al método del pensamiento aristotélico.*
II. *Los usos de la dialéctica y la filosofía.* III. *Plausibilidad, coherencia, verdad.* IV. *Los principios de la dialéctica.* V. *Bibliografía.*

I. EL DEBATE EN TORNO AL MÉTODO DEL PENSAMIENTO ARISTOTÉLICO

Como se sabe, el problema relativo al papel y la incidencia de la dialéctica en la concepción aristotélica del método propio de la filosofía ha jugado un papel protagónico en la investigación especializada en los últimos cuarenta o cincuenta años. Con intermitencias y cambios de intensidad más o menos perceptibles, el debate se ha prolongado hasta el presente y ha adquirido proporciones poco menos que abrumadoras, si se considera la cantidad de literatura especializada producida sobre el asunto. De un modo estilizado y meramente aproximativo, se pueden distinguir tres momentos en el desarrollo del debate moderno en torno al método de la filosofía aristotélica.

El primer momento corresponde a la visión de la epistemología y la metodología aristotélica heredada del siglo XIX y dominante todavía en la primera mitad del siglo XX, que tendía a presentar la filosofía de Aristóteles, en términos fuertemente idealizados, como ejemplo de un pensamiento filosófico sistemático, que, en el plano epistemológico, encarnaría una visión estrictamente fundacionista e incluso deductivista del edificio del conocimiento (por ejemplo, autores tan diversos entre sí como E. Zeller, O. Hamelin y diferentes representantes del neotomismo y el neokantismo).¹

* Universidad de Navarra (Pamplona, España).

¹ Como indica Wieland, *Die aristotelische Physik, Göttingen*, 1970, p. 22 y nota 4, el caso del neokantismo es peculiar, ya que la lectura de Aristóteles en clave estrictamente sistemática

Cabe destacar que, contra lo que pudiera parecer a primera vista, la irrupción del enfoque genético en los estudios aristotélicos, a partir de los trabajos pioneros de W. Jaeger,² no hace una verdadera diferencia, en lo que concierne específicamente a la concepción aristotélica del método filosófico. En efecto, el enfoque genético, al menos, tal como lo practicó Jaeger, lejos de poner en cuestión el ideal metódico y epistemológico subyacente a la interpretación sistemática, más bien, lo presupone: la idea rectora de un sistema aristotélico todavía determina el abordaje de Jaeger, quien elimina las supuestas contradicciones presentes en los textos aristotélicos por medio del recurso a una asignación a diferentes etapas en la evolución filosófica de Aristóteles, en cada una de las cuales, sin embargo, lo que se tendría es, al menos, el intento por esbozar un sistema de pensamiento de carácter integral y cerrado.

En el plano metódico y epistemológico, la alternativa al enfoque sistemático no viene dada, pues, por el enfoque genético, sino, más bien, por el enfoque dialéctico, cuya aparición da lugar al segundo momento en el desarrollo de la cuestión.³ Este tipo de enfoque hace eclosión a comienzos

conduce aquí a una crítica devastadora de su pensamiento, precisamente, por no poder satisfacer las exigencias de rigor y consistencia interna que plantea una concepción estrictamente sistemática. Véase, en este sentido, las severas críticas dirigidas contra Aristóteles por Paul Natorp (cfr. Natorp, P., *Platons Ideenlehre. Eine Einführung in den Idealismus*, 1921, pp. 384-456, citado también por Wieland). En opinión de Natorp, Aristóteles encarna, de modo ejemplar, la incapacidad propia de todo dogmatismo de adoptar el punto de vista de la filosofía crítica (cfr. pp. 384 y ss.). Aristóteles compartiría completamente el ideal platónico del conocimiento estrictamente deductivo, al que, sin embargo, no habría logrado hacer justicia, al imprimirle un carácter dogmático, que no satisface las genuinas exigencias sistemáticas del pensamiento crítico (cfr. pp. 390 y ss.). La influencia de la visión sistemática, en general, y de la neokantiana, en particular, se hace sentir, también sobre los representantes del pensamiento neotomista, especialmente, en Alemania, en un contexto en el cual intérpretes como Albert Görland, Severin Aicher y Charles Sentroul, que llevaron a cabo comparaciones sistemáticas de Aristóteles y Kant, jugaron un importante papel mediador. Para este aspecto de la cuestión, bastante poco explorado, véase la discusión en Poggi “Aristote, le neo-kantisme et la philosophie catholique allemande au début du XXe siècle”, en Thouard, D., *Aristote au XIXe siècle*, Villeneuve d’Ascq Cédex, 2004, que considera el caso de filósofos neotomistas como Bronislaw W. Switalski, Marin Grabmann y Joseph Geysler.

² Véase Jaeger Jaeger, W., *Studien zur Entstehungsgeschichte der Metaphysik des Aristoteles*, Berlín, 1912, y *Aristoteles. Grundlegung einer Geschichte seiner Entwicklung*, Berlín, 1955 (1923).

³ Para la evaluación crítica de la línea de interpretación inaugurada por Jaeger, en conexión con el trasfondo provisto por la interpretación sistemática, véase, por ejemplo, Wieland, *Die aristotelische Physik*, Göttingen, 1962 (1970), p. 23 ss.; Aubenque, *Le problème de l'être chez Aristote*, París, 1962, pp. 8 y ss. Véase también la crítica a la concepción sistemática y deductivista del método aristotélico en Aubenque (1970). Para una crítica a los aspectos más generales de la reconstrucción genética de Jaeger, desde el punto de vista estrictamente filológico, véase la presentación sucinta en Flashar (ed.), *Grundriss der Geschichte der Philosophie, begründet von F. Ueberweg, vol. 3: Ältere Akademie, Aristoteles, Peripatos*, Basel-Stuttgart, 1983,

de los años sesenta, justamente cuando el vigor del impulso originado en la obra de Jaeger comenzaba a decaer, y se presenta, al menos, en los casos más representativos, como una reacción consciente frente al paradigma encarnado de modo conjunto por el enfoque sistemático y el genético. Así ocurre, de diversos modos, en autores tales como G. E. L. Owen, W. Wieland, E. Berti y otros. Estos autores profundizan en una línea, anticipada ya de algún modo por J. M. Le Blond,⁴ la cual enfatiza, de diversos modos, la importancia de los puntos de partida probables (édoxa), así como de la argumentación destinada a ponerlos a prueba, dentro de la concepción aristotélica del método filosófico, del conocimiento científico y de la racionalidad, en general.⁵ Esta constatación va asociada al énfasis puesto sobre el hecho de que, en contraste con lo que pretende una importante tradición de comentario, de carácter fuertemente sistematizador, que remonta hasta la Antigüedad (Alejandro de Afrodisia), el proceder de Aristóteles en el contexto de sus tratados filosóficos no se orienta primariamente a partir del modelo provisto por el método silogístico de justificación. Obviamente, no se trata de que Aristóteles no lleve a cabo, siquiera ocasionalmente, silogismos, sino, más bien, del hecho, por lo demás evidente, de que no lleva a cabo sus

pp. 177 y ss., basada, en lo esencial, en el estado de la cuestión presentado por Düring, *Aristoteles. Darstellung und Interpretation seines Denkens*, Heidelberg, 2005 (1966), pp. 1-52. Flashar pone de relieve el hecho de que, en un primer momento, el nuevo estilo de abordaje practicado por Jaeger adquirió una influencia tal, que incluso intérpretes de orientación fuertemente sistemática y provenientes del tomismo como A. Mansion se declararon de acuerdo con la nueva metodología propuesta por Jaeger, *op. cit.*, p. 178. Sin embargo, si se atiende al momento de continuidad que vincula al enfoque genético con la interpretación sistemática tradicional, la acogida positiva de la interpretación jaegeriana por parte de importantes representantes del pensamiento neoescolástico no puede resultar excesivamente sorprendente.

⁴ Véase Le Blond, *Eulogos et l'argument de convenance chez Aristote*, París, 1938, y especialmente *Logique et méthode chez Aristote*, París, 1973 (1939).

En el caso de la filosofía práctica, el giro dialéctico en la interpretación del método aristotélico había sido anticipado ya por J. Burnet, quien definió una concepción radicalmente dialéctica del método aristotélico en la ética (véase Burnet, *The Ethics of Aristotle*, Londres, 1900, pp. V, XXXIX y ss.). Como enfatiza Irwin, *Aristotle's First Principles*, Oxford, 1988, p. 601, nota 6 a capítulo 16), Burnet concede, a la vez, un fuerte papel a la intuición en el ámbito de la ética, justamente, en la medida en que le concede, desde el punto de vista metódico, un alcance meramente dialéctico. La crítica de Irwin apunta al no reconocimiento por parte de Burnet de la diferencia entre lo que sería, por un lado, la mera dialéctica y, por otro, la forma propiamente filosófica de dialéctica, la cual iría asociada, según Irwin, a pretensiones explicativas de carácter fuerte o sustantivo. Para este punto, véase abajo.

⁵ Véase especialmente Owen (1961); Wieland, *Die aristotelische Physik*, Göttingen, 1970, pp. 52-140, 173-230; Berti, especialmente, *La ragion di Aristotele*, Bari, 1989 y 2004 Parte III, especialmente capítulos 3 (= 1980), 4 (= 1986), 8 (= 1996), 9 (= 1995), 10 (= 1997), 11 (= 2001-2002).

investigaciones filosóficas al modo en que lo exigiría un modelo metódico orientado a partir de una concepción deductivista del conocimiento. Muy pronto, como ocurre con un intérprete tan reputado y en muchos aspectos tan influyente como P. Aubenque, este modo de aproximación al pensamiento de Aristóteles adquiere una radicalidad tal que conduce a la asunción lisa y llana del carácter meramente dialéctico de la filosofía aristotélica, con la consecuencia de que la reivindicación del papel de la dialéctica termina entonces por confluir con una interpretación radicalmente aporética del pensamiento aristotélico, particularmente en el área de la metafísica.⁶ Se alcanza así el extremo opuesto a todo género de interpretación sistemática. En otros casos, la reivindicación del papel de la dialéctica se asoció a interpretaciones de la filosofía de Aristóteles que adquieren un sesgo funcionalista, como ocurre en el caso de W. Wieland, o bien coherentista, como en el de M. Nussbaum.⁷

⁶ Así, Aubenque, *Le problème de l'être chez Aristote*, cit. La interpretación radicalmente aporética del pensamiento Aristóteles había sido defendida ya por Hartmann (1957) capítulos 1, 3-5 y 8. Para una discusión de la interpretación de Hartmann, véase Wieland, *Die aristotelische Physik*, Göttingen, cit., pp. 29 y ss.

⁷ Wieland vinculó su defensa del papel protagónico del componente dialéctico en el método aristotélico con una interpretación (cuasi) funcionalista de la concepción aristotélica de los principios, que asigna a éstos el carácter de “conceptos funcionales”, cuyo estatuto corresponde al que Aristóteles mismo concede a los *tópoi* (véase Wieland *Die aristotelische Physik*, cit., pp. 173-187 y 202-230). Esta interpretación tiene el enorme mérito de poder dar cuenta de rasgos definitorios del modo en el que Aristóteles se vale efectivamente de esquemas conceptuales básicos de su filosofía, como, por ejemplo, el esquema “materia/forma”, aplicado iterativamente en diferentes niveles de análisis, en la medida en que libera a tales esquemas del sesgo cosificador que adquieren en muchas interpretaciones tradicionales. Sin embargo, incurre, en ocasiones, en el riesgo de sugerir una interpretación (cuasi) instrumentalista de la justificación de los principios aristotélicos, que los privaría de genuina valencia ontológica. Por su parte, Nussbaum desarrollo una interpretación relativa al papel de la dialéctica de la justificación de los principios que enfatiza fuertemente el papel que desempeña el esquema conceptual que comprende todas nuestras creencias (cfr. Nussbaum, “Saving Aristotle’s Appearances”, en Schofield y Nussbaum, *Language and Logos. Studies in Ancient Greek Philosophy Presented to G. E. L. Owen*, Cambridge, 1982, y *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge, 1986, especialmente capítulo 8). No pocos intérpretes han criticado dicho énfasis como excesivo, en la medida en que minusvaloraría de modo indebido el papel que desempeña la observación y la experiencia en la justificación de nuestras creencias. En este sentido, véase las críticas a Nussbaum en Wians (1992); Cooper (1999) y Mié, “Dialéctica y ciencia en Aristóteles”, *Signos Filosóficos* XI/21, 2009, pp. 16 y ss. Es dudoso, sin embargo, que la posición de Nussbaum entrañe necesariamente el tipo de consecuencias extremas que, a veces, se le adjudican. Como se argumentará más abajo, no hay lugar dentro de la concepción aristotélica para un contraste tajante entre coherencia y verdad, no porque la verdad sea entendida en términos de coherencia, sino, inversamente, en la medida en que la coherencia presupone, de modo inmediato o mediato, la verdad.

Como quiera que sea, las variantes más radicalizadas del enfoque dialéctico no tuvieron influencia tan decisiva en la posterior investigación como su presencia protagónica en el debate podría sugerir, ya que en muchas ocasiones fueron severamente criticadas. Lo que trajo consigo la aparición y el desarrollo del enfoque dialéctico fue, más bien, una difusión cada vez más amplia de la idea general según la cual la dialéctica juega un papel importante o incluso decisivo en el método filosófico de Aristóteles. Dicha idea no quedó, como tal, indisolublemente asociada ni a la tesis del carácter meramente dialéctico del pensamiento aristotélico, ni menos aún a la defensa de una interpretación radicalmente aporética de su alcance, pero tampoco a una interpretación de inflexión marcadamente funcionalista o coherentista, en la línea las mencionadas más arriba. Paradójicamente, esta desvinculación de posiciones más radicalizadas, que hizo posible la aceptación cada vez más amplia de dicha idea general, fue también lo que condujo, de uno u otro modo, a su progresivo desperfilamiento. Con frecuencia, la reiterada referencia al carácter dialéctico del método aristotélico se convirtió poco menos que en un simple lugar común, tendencialmente vaciado de contenido, en la medida en que dicha referencia se orientó a partir de una noción excesivamente amplia y poco precisa de lo que debería entenderse aquí bajo “dialéctica”, y en una representación, a menudo, igualmente vaga del aporte que la dialéctica debería proporcionar al genuino conocimiento.

La reacción frente a este estado de cosas no se hizo esperar demasiado: una vez que se hubo extendido la idea según la cual el método aristotélico sería dialéctico, surgieron fuertes cuestionamientos que atacaban dicha suposición desde ángulos diferentes. En particular, se colocaron en el centro de la mira los dos aspectos mencionados antes, a saber: la noción misma de dialéctica, por un lado, y el problema relativo al posible aporte de la dialéctica al conocimiento, por el otro.⁸ Respecto de la noción de dialéctica,

⁸ Para un conjunto de acertadas observaciones sobre los problemas que plantea un empleo extendido de la noción de dialéctica, véase Rossi, “Desanudando argumentos. Las aplicaciones filosóficas de la dialéctica según las refutaciones sofísticas”, *Méthexis*, 2006, pp. 80 y ss. Rossi rechaza que pueda hablarse de una aplicación filosófica inmediata o directa de la dialéctica, tomada esta noción en el sentido técnico estricto que corresponde al peculiar juego dialógico descrito en *Tópicos*, pero admite, con Primavesi, que las técnicas de dicho juego poseen una utilidad indirecta también para la filosofía, y reconoce también la existencia de un conjunto de elementos de carácter dialéctico en los tratados filosóficos de Aristóteles. El trabajo de Rossi tiene, además, el importante mérito de haber identificado elementos específicos presentes en el tratado *Refutaciones Sofísticas*, cuya aplicación en el ámbito de la discusión filosófica reviste una importancia innegable, en particular, el tipo específico de examen crítico-refutatorio de argumentos que Aristóteles designa con el nombre de “disolución” o “resolución” (*lysis*), el cual corresponde a una habilidad específica que debe desarrollar quien responde la pregunta que le plantea un oponente. También E. Berti había dado buenas

O. Primavesi, por ejemplo, ha rechazado la posibilidad de una extensión legítima de su empleo al ámbito de la filosofía, por cuanto la técnica que Aristóteles concibe y expone en Tópicos estaría restringida en su aplicación al contexto del diálogo real, y no meramente ficcional o imaginario, entre dos interlocutores de carne y hueso.⁹ Intérpretes como E. Berti y T. Irwin habían intentado, cada uno a su modo, hacer plausible la aplicación filosófica de la dialéctica a través de la distinción ya sea de sentidos diferentes de la noción (por ejemplo, la mera dialéctica y la dialéctica fuerte o sustantiva, en el caso de Irwin), ya sea de diferentes aspectos o habilidades propias del ejercicio dialéctico (por ejemplo, la dialéctica meramente peirástica y la dialéctica resolutive, en el caso de Berti).¹⁰

En otros casos, los cuestionamientos se dirigen no tanto al empleo de la propia noción de dialéctica, sino más bien a la tesis que admite que un tipo de procedimiento de prueba o argumentación que parte de premisas sólo plausibles pueda tener una función genuinamente cognoscitiva. El foco central de estos cuestionamientos está puesto en lo que sería la insuficiencia epistemológica de toda prueba que partiera de meras opiniones o creencias, allí donde se trata de obtener conocimiento genuinamente fundado, en el sentido fuerte que reclama la propia noción aristotélica de ciencia. Al menos, dos tipos de ataque, que pueden aparecer combinados, han jugado aquí un papel protagónico, a saber: por un lado, los que se basan en marcar el contraste entre meras opiniones y experiencia, entre mera creencia y co-

razones, aunque de carácter más general, para conceder una especial relevancia filosófica al procedimiento de la resolución (véase especialmente Berti, 1997 pp. 293 y ss.).

⁹ Véase Primavesi, *Die Aristotelische Topik. Ein Interpretationsmodell und seine Erprobung am Beispiel von Topik B*, Múnich, 1996, pp. 17 y ss. De este modo, Primavesi retoma y elabora una idea sugerida ya por E. Kapp (cfr. Kapp, *Greek Foundations of Traditional Logic*, 1942, pp. 12 y ss., y también *Die Kategorienlehre in der aristotelischen Topik*, 1920, p. 215, nota I, citados por Primavesi, *op. cit.*, p. 20, nota 11).

¹⁰ Para la distinción entre “mera dialéctica” y “dialéctica fuerte (o sustantiva)”, véase Irwin, *Aristotle’s First Principles*, *op. cit.* Irwin conecta la distinción con una interpretación evolutiva del pensamiento de Aristóteles (véase la, en mi opinión, contundente refutación de la tesis evolutiva de Irwin en Berti [1996]). Por su parte, Berti (1980) p. 358 nota 45 distingue un uso no-científico y un uso científico de la dialéctica, y reconstruye la distinción por medio del recurso a la diferencia entre dos operaciones dialécticas diversas, a saber: a) la mera operación de razonar dialécticamente a partir de puntos de partida plausibles, interrogando y refutando al interlocutor; al modo socrático-platónico, y b) la que añade la habilidad de “resolver” (*lýein*) las falsas refutaciones, por medio de diversos recursos dotados de valor cognoscitivo, como lo es, por ejemplo, la capacidad de distinguir diferentes significados de los términos, para evitar así las falacias derivadas de tomar por sinónimo lo homónimo, etcétera. Véase, por ejemplo, Berti (1997) pp. 290 y ss. También Detel, *Aristoteles, “Analytika Posteriora”*, Berlín, vol. 1, 1993, p. 152, distingue dos tipos o usos de la dialéctica, uno no científico-filosófico y uno científico-filosófico.

nocimiento; por otro, los que enfatizan lo que, al menos, en el caso de Aristóteles sería la diferencia irreductible entre (mera) coherencia y verdad. Así, por ejemplo, en su interpretación del método de la indagación que Aristóteles desarrolla en los libros introductorios de Física, en particular el libro I, rechaza la línea de interpretación procedente de Owen, que enfatiza fuertemente el papel que cumple el punto de partida en las opiniones en la investigación desarrollada por Aristóteles en Física y, además, su conexión con las aporías presentadas por Platón en la segunda parte del Parménides.¹¹ Bolton sostiene, en cambio, que, en el caso de Aristóteles, se trataría de un método estrictamente científico en su espíritu, y no meramente dialéctico-filosófico.¹² Como he señalado en otro lugar,¹³ la interpretación de Bolton se ve perjudicada, a mi juicio, por el hecho de que se apoya en un contraste excesivamente marcado entre ciencia y experiencia, así como entre dialéctica y argumentación a priori. Por lo mismo, no toma suficientemente en cuenta el hecho de que los éndoxa suelen ser de naturaleza empírica en su origen, aunque se trate aquí de una experiencia mediatizada y elaborada, a través de su articulación y comunicación a través de esquemas lingüísticos y conceptuales.¹⁴ En cuanto al contraste entre coherencia y verdad, se suele

¹¹ Como es sabido, Owen había llamado la atención, en un influyente artículo (véase Owen, 1961), sobre el fuerte componente dialéctico presente en el método seguido por Aristóteles en *Física*, enfatizando el hecho de que contra la opinión de Ross, lejos de pretender desarrollar una ciencia basada en meras premisas observacionales, Aristóteles parte en cada una de sus investigaciones, más bien, de un determinado conjunto de opiniones o puntos de vista plausibles, que gozan de cierta aceptación común o, al menos, de cierta confiabilidad *prima facie*, derivada de la reputación de quienes los expresan y defienden. Los éndoxa y los *phainómena* de los que parte Aristóteles en *Física* serían, pues, básicamente los “datos” o “puntos de partida familiares” de la dialéctica, de modo que Aristóteles estaría ejecutando aquí en concreto su convicción, expresada en *Tópicos* I 2, 101a36-b4, de que es posible establecer las premisas primeras de la argumentación científica por medio de métodos que parten de los éndoxa. Con gran agudeza, Owen muestra en concreto, además, que una buena parte de las cuestiones que proveen el punto de partida de las indagaciones desarrolladas por Aristóteles en *Física* están tomadas, por así decir, del reservorio de argumentos dialécticos que le pone a disposición Platón en la segunda parte del Parménides, lo cual parece especialmente claro en el caso de las discusiones acerca del lugar, de la continuidad (*tò synechés*) y de la sucesión (*tò ephexés*), de la relación entre el instante y el cambio, etcétera. Véase Owen, “Tithénaí tà phainómena”, en Mansion, S., *Aristote et les problèmes de méthode*, 1961.

¹² Véase Bolton, “Aristotle’s Method in Natural Science: Physics I”, en Judson (ed.), *Aristotle’s Physics: A Collection of Essays*, Oxford, 1991.

¹³ Véase Vigo, “Homonimia, explicación y reducción en la Física de Aristóteles”, *Thémata*, Sevilla, 21, 1999, p. 215, nota 7.

¹⁴ En este punto, aunque sigue parcialmente a Bolton, Mié “Dialéctica y ciencia en Aristóteles”, *op. cit.*, especialmente pp. 27 y ss., busca un balance más delicado entre el aspecto de creencia y el aspecto empírico, a la hora de caracterizar el modo en el que Aristóteles concibe los puntos de partida plausibles de los que se vale la dialéctica. Sin embargo, lo que echa de

acudir a él cuando se quiere poner de relieve lo que sería la insuficiencia epistemológica del punto de partida en opiniones plausibles o creencias reputadas, cuando de lo que se trata es de obtener genuino conocimiento, a veces marcando el contraste entre la discusión dialéctica y la intuición de los principios, al modo en que se consideraría en el famoso texto de *Analytica posteriora* II 19, a veces señalando que el mero consenso no puede constituir para Aristóteles un genuino criterio de verdad, a veces ambas cosas.¹⁵

De la visión panorámica ofrecida en el apartado anterior surge ya, con toda claridad, la gran cantidad de elementos que involucra el estado actual del debate en torno al papel de la dialéctica en el pensamiento aristotélico. Sería completamente ilusorio pretender ofrecer aquí una discusión detallada de todos esos elementos, de los cuales, por lo demás, sólo se han mencionado algunos. Lo que ofreceré a continuación es, más bien, una reconstrucción de conjunto de carácter sinóptico, al igual que el propio panorama antes delineado, del modo en el que, a mi modo de ver, conviene presentar la concepción aristotélica de la relación entre filosofía y dialéctica. Para ello, voy a articular la discusión en torno a tres núcleos temáticos, a saber: en primer lugar, el relativo al modo en que Aristóteles caracteriza la dialéctica, sus usos y su vinculación con la filosofía (apartado II); en segundo lugar, el relativo al papel cognoscitivo de los éndoxxa, en conexión con la cuestión de las relaciones entre coherencia y verdad (apartado III), y, finalmente, el relativo a los principios que dan cuenta de la posibilidad de la dialéctica, como tal, y, en particular, de su uso cognoscitivo (apartado IV). No discutiré de modo circunstanciado cada una de las dificultades e interpretaciones a las que he aludido, pero intentaré fijar posición de un modo tal, que, al menos, de modo indirecto pueda reconocerse mi modo de afrontarlas. Lo que ofreceré es, el menos, en su espíritu general, una interpretación de corte compatibilista, que defiende la utilidad filosófica de la dialéctica, sin proceder a eliminar la distinción básica entre dialéctica y filosofía. Más bien, si

menos en todos estos enfoques es una más clara precisión de los diferentes tipos de “creencias” que Aristóteles distingue y contrasta, a la hora de circunscribir el alcance de lo que él mismo entiende por éndoxxa, más concretamente: se echa de menos una más clara distinción entre “meras opiniones o pareceres” (*dóxxai, phainόμενα*), que incluyen no sólo creencias falsas sino también contraintuitivas o implausibles (*parádoxxa*), y los genuinos éndoxxa, que no sólo son plausibles, sino, además, en su mayor parte también verdaderos, aunque pueden ser ocasionalmente falsos. Para estas distinciones, véase Berté, “Il valore epistemologico degli éndoxxa secondo Aristotele”, *Dialéctica y ontología. Coloquio internacional sobre Aristóteles, Seminarios de Filosofía*, Santiago de Chile, 2001-2002. Para las razones que avalan la suposición de Aristóteles, según la cual la mayoría de los éndoxxa tienen que ser verdaderos, y no sólo plausibles, véase lo dicho más abajo.

¹⁵ Véase, por caso, las críticas a la interpretación coherentista de Nussbaum mencionadas arriba.

mi interpretación es convincente, lo más adecuado sería hablar, en el caso de Aristóteles, de la presencia y la importancia del componente dialéctico, en su concepción general del método científico y filosófico.

II. LOS USOS DE LA DIALÉCTICA Y LA FILOSOFÍA

Como es sabido, el debate sobre la caracterización aristotélica y sus usos se centra en dos textos fundamentales, a saber: por un lado, el texto de *Tópicos* I 2 y, por otro, el pasaje de *Metafísica* VI 2, 1004b17-26.

En el texto de *Tópicos* I 2, Aristóteles describe la utilidad de la dialéctica, a la cual asigna tres tipos diferentes de posibles empleos, a saber: 1) su empleo meramente ejercitativo, esto es, su empleo como modo de gimnasia intelectual (*gymnasia*); 2) su empleo en marco de los encuentros casuales con otras personas que abren la posibilidad de la discusión (*enteúxeis*), y 3) su empleo en el ámbito de las ciencias filosóficas (*hai katà philosophían epistêmái*).¹⁶ De modo más preciso, la última de las mencionadas utilidades concierne al conocimiento de los principios (*archai*) de cada ciencia, de los cuales no puede haber propiamente demostración al interior de cada ciencia: la tarea de abrir camino hacia los principios pertenece, si no exclusiva, al menos, principalmente (*tdion è málista oikeíon*) a la dialéctica, en virtud de su capacidad de examinación (*exetastikè gàr oúsa*) (cfr. 101a36-b4). En efecto, es su capacidad de desarrollar las aporías en ambas direcciones (*pròs amphótera diaporêsai*) lo que facilita la posibilidad de discernir lo verdadero y lo falso (cfr. 101a34-36; véase también *Ética a Eudemo* I 3, 1214b28-1215a6).

En el texto de *Metafísica* IV 2 se presenta, en cambio, una situación, a primera vista, divergente. En el marco de una argumentación destinada a resolver la cuarta dificultad planteada en el libro III: si la ciencia que se ocupa de la sustancia debe ocuparse también de sus atributos o no (cfr. III 1, 995b18-27; III 2, 997a25-34), Aristóteles establece una clara diferenciación entre filosofía, dialéctica y sofística. Los dialécticos y los sofistas se parecen a los filósofos, pues la dialéctica discurre sobre todas las cosas, al igual que la filosofía, en la medida en que ésta se ocupa del ser, y la sofística tiene la apariencia del tipo de sabiduría que la filosofía encarna o debe encarnar. Sin embargo, aunque se ocupan del mismo “género” (*perì tò autò génos*) de cosas que la filosofía, vale decir que, de todo lo existente, ambas difieren de ella: la dialéctica por el modo de empleo de la correspondiente capacidad (*ho trópos*

¹⁶ Como indica Berti, “L’uso «scientifico» della dialettica in Aristotele”, *Giornale di metafisica*, n. s. 17, 1995, p. 266, se trata, en rigor, de todas las ciencias, pues Aristóteles no distingue propiamente las ciencias de la filosofía.

dynámeos), la sofística por la elección del correspondiente modo de vida (*he proáresis tou bíou*). Más precisamente: la sofística es sólo sabiduría aparente, que no apunta realmente al conocimiento y la verdad, como sí debe hacerlo toda genuina filosofía, y la dialéctica posee un carácter puramente tentativo (*peirastiké*), mientras que la filosofía se ve animada por una genuina pretensión cognoscitiva (*gnoristiké*). Previamente, en el planteo de la dificultad, Aristóteles había señalado que los dialécticos llevan a cabo su examinación basándose *exclusivamente* en las opiniones plausibles (*ek tón endóxon mónon*) (cfr. III 1, 995b22-25).

Buena parte de las dificultades que plantea el problema de la relación entre filosofía y dialéctica tiene su punto de arranque en la tensión en la que, al menos, *prima facie*, se encuentran estos dos textos. El primero de ellos enfatiza la utilidad filosófica de la dialéctica, mientras que el segundo subraya, más bien, la diferencia irreductible entre filosofía y dialéctica. Este último texto plantea, además, una serie de dificultades vinculadas con el uso de la propia noción de dialéctica, con su eventual correspondencia o falta de correspondencia con el tipo peculiar de disciplina que Aristóteles presenta en *Tópicos*, y con la identificación precisa de aquéllos a quienes Aristóteles denomina aquí con el nombre de “los dialécticos”.¹⁷ Como quiera que sea, no me internaré por el camino de esta discusión, sino que me limito a un par de constataciones más generales, pero también más básicas, referidas a ambos textos.

En primer lugar, hay que notar que el texto de *Metafísica* IV 2 distingue claramente el caso de la dialéctica y la sofística, y ello en un punto que es clave: la sofística presupone una elección de vida que excluye la orientación hacia el conocimiento y la verdad, mientras que la dialéctica no la excluye necesariamente, vale decir, puede involucrarla o, cuando menos, puede ser compatibilizada con ella. En un sentido comparable, en *Refutaciones sofísticas* 11, 171b3-9, Aristóteles contrasta el tipo de crítica de las opiniones o tesis que es propio de la dialéctica, con el tipo de (pseudo) refutación del que se vale la erística: la dialéctica considera los principios o elementos comunes (*tà koiná*) de acuerdo con el asunto en cuestión (*katà tò prágma*), mientras que el erístico sólo aparenta hacerlo. Más aún: en su función eminentemente crítica, la dialéctica examina no tanto a quien sabe, sino, más bien, a quien

¹⁷ Así, por ejemplo, Evans, *Aristotle's Concept of Dialectic*, Cambridge, 1977, pp. 13 y ss., piensa en una referencia más bien genérica a los pensadores precedentes que no poseían una adecuada concepción del ser, como un equívoco no accidental, entre los cuales se contaría también Platón, con su concepción de la dialéctica como ciencia suprema. Por su parte, Berté, 1977, pp. 285 y ss. defiende la tesis de que se trata exclusivamente de Platón y sus discípulos.

pretende saber, siendo ignorante, de modo tal que va directamente dirigida contra el saber aparente. Si excluye el saber aparente y, por lo mismo, el recurso consciente al argumento aparente, la dialéctica, como señala el texto de *Tópicos* I 2, no sólo no es incompatible con la orientación hacia el conocimiento y la verdad, incluso allí donde se la practique de modo puramente ejercitativo, sino que, más bien, ayuda a discernir con más claridad entre lo verdadero y lo falso. En efecto, es justamente la exclusión de toda intención dolosa en el diálogo crítico-refutatorio lo que permite que el repertorio de dispositivos de examinación que pone a disposición la dialéctica, incluso allí donde se los emplee de modo puramente ejercitativo, adquiera un potencial en modo alguno despreciable para la adquisición de conocimiento y la búsqueda de la verdad.

En segundo lugar, el texto de *Metafísica* IV 2 marca una clara deficiencia de la dialéctica respecto de las pretensiones cognoscitivas de la filosofía, y explica la diferencia por referencia al “modo de empleo de la correspondiente facultad”. Desde Alejandro de Afrodisia (*cf.* In *Met.* 259, 24-260, 29), la expresión se ha entendido en términos del contraste entre la demostración estricta, que parte de premisas verdaderas, y la argumentación dialéctica, cuyo punto de partida son las opiniones plausibles. Queda en pie, por tanto, la dificultad de explicar cómo, a pesar de esta diferencia fundamental, la dialéctica podría tener una genuina utilidad para la ciencia y la filosofía. Pero, como a nadie escapa, la primera indicación en la dirección correcta se encuentra en el propio texto de *Tópicos* I 2: la utilidad de la dialéctica para la ciencia y la filosofía no concierne a aquello de lo que puede haber demostración científica, sino que guarda relación, más bien, con los principios de la demostración, pues, como se dijo ya, la tarea que más propiamente pertenece a la dialéctica, allí donde se la emplea en sede científica o filosófica, es la de abrir camino hacia los principios. Por lo tanto, la utilidad científica y filosófica de la dialéctica no se explica por una supuesta capacidad de sustituir a la demostración científica, allí donde ésta resulta posible, sino que remite, por el contrario, a los límites estructurales que están trazados de antemano al conocimiento demostrativo, en la medida en que éste debe partir, de modo mediato o inmediato, de principios indemostrables. Pero, si esto es así, se explica también por qué razón Aristóteles rechaza, al mismo tiempo, todo posible recurso a la dialéctica, en sede científica o filosófica, allí donde la posibilidad de la demostración no queda, como tal, excluida: el legítimo uso filosófico de la dialéctica, en sede científica o filosófica, queda restringido exclusivamente a las cuestiones relativas a los principios.¹⁸ En tal

¹⁸ Así, en *Refutaciones sofísticas* 9, 170a34-39 se establece una nítida diferencia entre las refutaciones dialécticas basadas en los diferentes lugares comunes, que valen para todas

sentido, la filosofía presupone el recurso a la dialéctica, acotado dentro de los límites que demarca la referencia a la discusión relativa a los principios, pero nunca puede convertirse ella misma en “mera” dialéctica.

Desde esta perspectiva, se comprende la intransigencia de Aristóteles en el rechazo de todo intento por convertir en cuestiones meramente dialécticas aquellas que, en sede científica o filosófica, pueden y deben ser abordadas por medio del instrumental conceptual y argumentativo específico de la correspondiente disciplina. El modo en el cual Aristóteles concibe el modo de proceder de la investigación física provee ejemplos que permiten precisar el alcance de lo señalado. Por una parte, como se ha dicho ya, Aristóteles concede un importante papel al punto de partida en las opiniones plausibles, cuando se trata de elaborar discusiones relativas a los principios de la ciencia de la naturaleza. La discusión de los principios del cambio en los capítulos 4-9 del libro I de *Física* provee una excelente ilustración del modo en el que Aristóteles combina el tratamiento diaporemático, la revisión de las opiniones plausibles, en particular, la de los filósofos precedentes y el análisis del lenguaje corriente, en la elaboración de una teoría de conjunto relativa a los principios constitutivos del ente sujeto a movimiento, que permite dar cuenta de las dificultades que proveen su punto de partida. Previamente, sin embargo, en los capítulos 2-3, Aristóteles se confronta con la posición de los eléatas. La confrontación posee aquí un alcance completamente diferente, pues en el caso de las tesis de Parménides y sus discípulos no se trata ya de puntos de partida plausibles, que el filósofo de la naturaleza pudiera tomar en serio, a la hora de elaborar sus propias explicaciones. La discusión de carácter puramente conceptual acerca de si puede existir o no el movimiento no cumple ningún papel productivo, en el ámbito de la ciencia de la naturaleza, pues la existencia del movimiento puede ser establecida, sin más, por experiencia (*epagogé*). La discusión de la concepción univocista del ser que Aristóteles atribuye a Parménides y sus discípulos juega aquí tan sólo un papel secundario, pues apunta a poner de manifiesto el conjunto de contradicciones y problemas insolubles a los que necesariamente conduce, ya en el plano puramente conceptual, dicha posición, cuya falsedad resulta evidente mucho antes de cualquier argumentación. La dialéctica no resulta aquí necesaria para distinguir lo verdadero de lo falso. Ello es así ya por el simple hecho de que los argumentos de Parménides y Meliso en contra del movimiento y la multiplicidad poseen un carácter puramente erístico (*lógos*

las disciplinas, y las refutaciones que se fundan en argumentos específicos propios de una determinada ciencia. Sólo las primeras son competencia del dialéctico, y conciernen a aquellos principios comunes que no caen bajo ninguna disciplina.

eristikós), en la medida en que parten de asunciones claramente falsas (*pseudé lambánousi*) y proceden de modo no conclusivo (*asyllógistoi eisin*) (cfr. I 2, 185a8 s.). Por tanto, la “resolución” (I 2, 185a8 y 185a14: *lúein*; véase también I 3, 186a23: *lýsis*) de estos argumentos tampoco provee aquí un aporte sustantivo, desde el punto de vista propio de la ciencia física.¹⁹ En un sentido comparable, Aristóteles remite, en diversos contextos, a la insuficiencia de un tratamiento meramente conceptual (*logikós*) o dialéctico (*dialektikós*), allí donde se puede y debe practicar un abordaje específico propio de la ciencia en cuestión, en particular, un abordaje propiamente físico (cfr., por ejemplo, *De generatione et corruptione* I 2, 316a8-13, I 8, 325a13; *De anima* I 1, 403a2; *De generatione animalium* II 8, 747b28-30 y 748a13-14). Se trata siempre, sin embargo, de discusiones referidas a problemas específicos, para cuya investigación se cuenta con vías diferentes, y de la crítica a posiciones que no hacen justicia al testimonio de la experiencia, y no de discusiones referidas a principios: es este tipo de recurso a la discusión “meramente” dialéctica o conceptual, fuera del ámbito delimitado por la referencia a los principios indemostrables, el que queda expuesto normalmente al reproche de excesiva generalidad y falta de especificidad, que hace incluso correr el riesgo de entrar en abierta colisión con el testimonio de la experiencia. Quien argumenta de ese modo, y contra toda evidencia, tampoco parece sujetarse ya propiamente a las restricciones que impone la orientación hacia el conocimiento y la verdad. Por lo mismo, ni siquiera está en genuinas condiciones de ejercitar la dialéctica, pues ésta debe partir de lo que cuenta, al menos, como plausible.

Por último, el texto antes citado de *Metafísica* III 1 presenta un caso diferente, que, en principio, parece también más difícil de encuadrar. En efecto, la crítica a “los dialécticos” apunta aquí al hecho de valerse exclusivamente de opiniones plausibles, para intentar dar cuenta de una dificultad cuya resolución puede obtenerse a partir de la doctrina de los diferentes significados de ser y de la doctrina complementaria de la prioridad de la sustancia, como significado focal de ser, frente a las categorías de accidente.

¹⁹ Algo análogo puede decirse de la resolución de las dificultades planteadas por Zenón en torno a la posibilidad del movimiento, ya que se trata de argumentos inválidos (*paralogízetai*), que parten de asunciones evidentemente falsas (*pseudós*) (cfr. *Física* VI 9, 239b5-33). Como hace notar Rossi, “Desanudando argumentos. Las aplicaciones filosóficas de la dialéctica según las refutaciones sofísticas”, *op. cit.*, pp. 94 y ss., estos y otros pasajes ponen de relieve que la noción aristotélica de “resolución” (*lýsis*) tiene un significado técnico preciso, presente también en los lugares relevantes del tratamiento de *Refutaciones sofísticas*, que alude no a cualquier tipo de “refutación” (élenchos), por caso, de la una simple tesis, sino, más bien, a la de un argumento falaz o aparente.

Es cierto, como señala Berti, que el procedimiento de distinguir significados de los términos multívocos forma parte esencial del arsenal de recursos para desbaratar argumentos aparentes que Aristóteles considera en *Refutaciones sofísticas*.²⁰ Pero el reproche de Aristóteles sugiere aquí que la sola apelación a puntos de partida plausibles carece aquí de la debida legitimidad, por el simple hecho de haber puntos de partida que pueden establecerse de un modo diferente, más precisamente, por medio de argumentos de carácter estrictamente demostrativo: ni la distinción de significados de ser, ni la doctrina de la prioridad de la sustancia como significado focal de ser, que permiten resolver la aporía referida a la ciencia de la sustancia y sus atributos, quedan establecidos por recurso a opiniones plausibles, sino por recurso a argumentos específicos, de carácter estrictamente filosófico, tales como los que Aristóteles desarrolla en *Metafísica* IV 2 y VII 1, respectivamente.

III. PLAUSIBILIDAD, COHERENCIA, VERDAD

El segundo núcleo temático mencionado más arriba está vinculado a la cuestión del papel cognoscitivo de los éndoxa, en conexión con la cuestión de las relaciones entre plausibilidad, coherencia y verdad. Se trata, en definitiva, del problema relativo a lo que se ha denominado “la base epistemológica de la dialéctica”.²¹ Una vez más, sin entrar en todos los detalles de este complejo debate, puede decirse que, a la hora de dar cuenta de la posibilidad de un uso de la dialéctica que sea genuinamente productivo, desde el punto de vista epistemológico, se plantean dudas concernientes al modo en el que Aristóteles piensa las relaciones entre plausibilidad, coherencia y verdad. Como sugerí ya al comienzo, a mi modo de ver, muchas de estas dudas surgen de la proyección al caso de Aristóteles de esquemas interpretativos y alternativas excluyentes que resultan ajenos a su propio horizonte de pensamiento. Esto ocurre, sobre todo, allí donde se contraponen tajantemente nociones como verdad, coherencia, consenso, justificación, etcétera. Unas pocas observaciones generales pueden ayudar a ver el alcance de esto.

²⁰ Véase Berti, “Philosophie, dialectique et sophistique dans *Metaph. G 2*”, *Revue Internationale de Philosophie*, 51, 1997, pp. 293 y ss.

²¹ Véase Bolton, “The Epistemological Basis of the Aristotelian Dialectic”, en Devereux y Pellegrin (eds.), *Biologie, logique et métaphysique chez Aristote. Actes du séminaire du CNRS*, París, 1990, y las réplicas a su escrito en Brunschwig, “Remarques sur la communication de Robert Bolton”, en Devereux y Pellegrin (eds.), *Biologie, logique et métaphysique...*, *op. cit.*, y Devereux “Comments on Robert Bolton’s The Epistemological Basis of the Aristotelian Dialectic”, en Devereux y Pellegrin, *Biologie, logique et métaphysique...*, *op. cit.*

En primer lugar, importa recapitular el modo en el cual el propio Aristóteles caracteriza a los *éndoxxa*: se trata de aquellas opiniones o creencias (*tà dokouúnta*) que son admitidas o bien por todos los hombres, o bien por la mayor parte de ellos, o bien por los sabios, ya sea por la mayor parte de ellos o bien por los más reputados (*cf.* Tópicos I 1, 100b21-23). Como se ha hecho notar con frecuencia, Aristóteles establece aquí un orden decreciente de plausibilidad o credibilidad. Por otra parte, es cierto que la oposición entre lo “plausible” y lo “no plausible” debe tomarse, sobre esta base, en un sentido que, al menos, en principio, no prejuzga respecto de la alternativa entre lo verdadero y lo falso, ya que, para considerar como “plausible” a un determinado punto de partida, basta, cuando menos, en principio, con atender al grado de aceptación del que goza de hecho. Esto explica que premisas falsas puedan ser empleadas, en determinados casos, como puntos de partida de argumentos dialécticos (*cf.* VIII 12, 162b27-30). Aceptado esto, no menos cierto es, sin embargo, que Aristóteles debe asumir que en su mayoría o incluso en su gran mayoría los *éndoxxa* tienen que ser verdaderos. Como acertadamente enfatiza E. Berti, así lo muestra el hecho de que el propio Aristóteles distinga claramente entre *éndoxxa* genuinos y meramente aparentes, tales como los que se emplean en los razonamientos erísticos: éstos sólo parecen plausibles ante una mirada superficial, pero revelan de inmediato su falsedad en un análisis algo más detenido (*cf.* I 1, 100b26-101a1).²² Los *éndoxxa* aparentes siempre pueden ser, por tanto, desenmascarados, despojados de su falsa apariencia de plausibilidad.

Siguiendo esta misma línea de razonamiento, J. Brunschwig y el propio E. Berti refuerzan las razones para justificar esta asunción de verdad, en la mayoría o gran mayoría de los casos, acudiendo a razones de carácter material, como, por ejemplo, el hecho de que todas las creencias que están en conformidad con las diferentes artes o técnicas (*hósai dóxxai katà téchnas eistí*) están en condiciones de funcionar como premisas dialécticas (*dialektikàí prótáseis*) (*cf.* I 10, 104a33-37).²³ Sin embargo, parece claro que las razones más poderosas para dar cuenta de la legitimidad de dicha asunción son las que subyacen a los aspectos extensionales presentes en la caracterización oficial de los *éndoxxa*, en la medida en que dichos aspectos remiten, al menos, de modo implícito a exigencias de coherencia. En efecto, la referencia a la totalidad de los hombres o bien de los sabios e incluso la referencia a los sabios

²² Véase Berti, “Il valore epistemologico degli *éndoxxa* secondo Aristotele”, *op. cit.*, pp. 318 y ss.

²³ *Ibidem*, p. 318, quien en nota 4 cita a Brunschwig “Dialectique et philosophie chez Aristote à nouveau”, en Cordero, N. L. (ed.), *Ontologie et dialogue. Hommage à Pierre Aubenque*, París, 2000, p. 116.

más reputados apuntan claramente en esta dirección, en la medida en que hacen depender la pretensión de plausibilidad propia de los éndoxa de la referencia a todo el entramado de creencias de aquellos que poseen tales creencias y, por ende, dan por verdadero su contenido: si dichas creencias no pudieran quedar insertas tal entramado de modo coherente, y no manifestamente contradictorio, las personas en cuestión tampoco podrían considerarlas, sin más, como verdaderas. La referencia al caso de los sabios añade, además, el elemento adicional de que se trata de personas que no sólo poseen amplios conocimientos, sino también una consciencia agudizada del estatuto que poseen sus propios conocimientos y sus propias creencias. El hecho de que Aristóteles no privilegie el mero consenso mayoritario, sino que exija el *consensus (omnium) hominum* o, en su defecto, al menos, alguna de las posibles formas del consenso calificado, vale decir, del *consensus sapientium*, habla del modo más claro, a mi modo de ver, en favor de la importancia que asigna al criterio de coherencia en su caracterización de la plausibilidad.²⁴

Como se señaló al comienzo,²⁵ interpretaciones coherentistas de la posición de Aristóteles, tales como la de M. Nussbaum, han sido objeto de fuerte crítica. Y, por cierto, si la noción de coherencia se toma aquí en el sentido que adquiere en las actuales formas de coherentismo, que se presentan habitualmente como una alternativa al fundacionismo o bien a la concepción adecuacionista de la verdad, parece obvio que dicha no podría aplicarse adecuadamente para caracterizar la posición de Aristóteles. Desde luego, Aristóteles no piensa la relación entre plausibilidad, coherencia y verdad en términos de tales oposiciones, ni mucho menos pretende reducir la noción de verdad, sin más, a la noción de coherencia. Por el contrario, lejos de definir a la verdad en términos de la noción de coherencia, más bien, apela a la coherencia como un signo de reconocimiento de la presencia de la verdad. Y al hacerlo así, no adopta una posición meramente dogmática, pues

²⁴ Mi sugerencia va en la dirección opuesta a la interpretación ofrecida por Bolton, "The Epistemological Basis of the Aristotelian Dialectic", *op. cit.*, pp. 73 y ss., quien deriva del orden decreciente de plausibilidad la, a mi juicio, errónea suposición de la existencia de un conjunto de éndoxa, correspondientes a lo que todo el mundo sabe, que poseerían un estatuto epistemológico privilegiado. Es cierto que tales éndoxa gozan de una mayor plausibilidad, justamente por ser aceptados por todos. Pero de ahí no se sigue que sean los únicos que hacen posible un uso científicamente productivo de la dialéctica, ya que la posibilidad de consenso entre legos y sabios, en muchos casos, depende del tipo específico de asunto de que se trate. Cuando dicho consenso no está dado, pero hay en su lugar un consenso de los sabios, se está en presencia, a juicio de Aristóteles, de genuinos éndoxa, que pueden ser empleados productivamente también en sede científica o filosófica. Pues, en definitiva, el propio *consensus (omnium) hominum* refuerza su carácter de aval de la plausibilidad, justamente por el hecho de que los que verdaderamente saben no quedan excluidos de él.

²⁵ Véase nota 7.

el propio Aristóteles tematizó las condiciones que, desde el punto de vista lógico, permiten tal recurso a la coherencia, al estudiar detalladamente las aplicaciones del principio tradicional *ex falso sequitur quodlibet* (cfr. *Analytica Priora* II 2-4). Estas condiciones son altamente relevantes también para el caso particular de la argumentación dialéctica. Y ello, por la sencilla razón de que, dado un entramado coherente de creencias, siempre será posible derivar, sobre la base de asunciones falsas, conclusiones contradictorias con elementos que forman parte de dicho entramado. Por el contrario, Aristóteles rechaza expresamente que entre éndoxa genuinos, y no meramente aparentes, pueda haber conflictos insolubles: el contradictorio de un éndoxon no será nunca otro éndoxon, sino siempre un ádoxon, vale decir, una opinión implausible (cfr. *Tópicos* VIII 5, 159b4-6).²⁶

Finalmente, y aunque no lo considero realmente necesario, quisiera recalcar que este peculiar tipo de apelación a la coherencia como signo de reconocimiento de la verdad, en el ámbito propio de la argumentación dialéctica, en nada resulta incompatible con el fundacionismo, al menos, con un fundacionismo del tipo del que Aristóteles defiende en su teoría de la ciencia. Por el contrario, queda inmediatamente puesto a su servicio, como lo muestra el simple hecho, ya enfatizado, de que el recurso a la dialéctica en sede científica y filosófica queda restringido restringido en los límites de la discusión relativa a los principios. No infrecuentemente, se ha sugerido que este tipo de recurso a la argumentación dialéctica, incluso si estuviera realmente en condiciones de proveer el tipo de camino a los principios que Aristóteles espera obtener de él, entraría en colisión con el intuicionismo que el propio Aristóteles parece querer defender en su famoso tratamiento del *noûs* en *Analytica Posteriora* II 19. Pero aquí hay que replicar, una vez más, que este tipo de objeción se basa en un contraste entre dialéctica e intuición que, en esa forma, resulta completamente extraño al pensamiento aristotélico. En efecto, Aristóteles asocia estrechamente el procedimiento dialéctico a determinadas formas de *epagogé*, y concibe a ésta, como se sabe, como una vía hacia lo universal: en su sentido más amplio y característico, la noción aristotélica de *epagogé todos* aquellos procesos, de tipo informal y no directamente deductivo, que permiten el ascenso (*éphodos*) desde lo particular a lo universal, por oposición a la inferencia deductiva del tipo del silogismo

²⁶ Sobre la decisiva importancia de este texto ha llamado la atención Burnschwig, citado por Bertí "Il valore epistemologico degli éndoxa secondo Aristotele", *op. cit.*, pp. 319 y ss. Para algunas atinadas observaciones sobre el papel de la coherencia en la concepción aristotélica de la dialéctica, en conexión con la presuposición de verdad de la mayor parte de los éndoxa, véase Bertí, "L'uso «scientifico» della dialettica in Aristotele", *Giornale di metafisica*, n. s. 17, 1995, pp. 273 y ss.

(*cf.* *Tópicos* I 12). Además, Aristóteles reconoce expresamente la existencia de formas específicamente dialécticas de *epagogé* que, como el *parádeigma*, cuyo ámbito específico de empleo es el del discurso retórico. Inversamente, la concepción del *noús* desarrollada en *Analytica Posteriora* II 19 no apunta a avalar la idea de la existencia de una suerte de captación temática inmediata de los principios comunes, que no estuviera, como tal, necesitada de ningún tipo de mediación previa. Por el contrario, los actos de captación noética, vale decir, no-discursiva, pueden, e incluso suelen, venir mediados por procesos preparatorios de carácter inductivo-epagógico.²⁷ Aquí el proceso inductivo-epagógico de consideración de lo particular tiene un carácter meramente preparatorio y posibilitante para el acto de captación o comprensión inmediata del principio universal que los casos considerados revelan.²⁸ Y nada impide, hasta donde yo puedo ver, que el examen dialéctico pueda desempeñar también este tipo de función preparatoria.

IV. LOS PRINCIPIOS DE LA DIALÉCTICA

Por último, deseo hacer referencia, siquiera brevemente, al último de los núcleos temáticos mencionados, el relativo a los principios que dan cuenta de la posibilidad de la dialéctica y, en particular, de su uso cognoscitivo. Se trata de un aspecto largamente descuidado en la investigación especializada, que ha adquirido el debido protagonismo sólo muy recientemente. Una manera relativamente simple de plantear el problema consiste en llamar la atención sobre una aparente circularidad que encubriría el modo en el cual Aristóteles piensa la relación de la dialéctica con los principios, en particular, aquellos principios comunes a los que ella misma debería conducir: por una parte, la dialéctica sería la encargada de abrir el camino hacia esos principios; pero, por otra, el ejercicio mismo de la dialéctica, al menos, en algunas de sus formas más características, tendría que basarse necesariamente en ellos.

En efecto, como han señalado diversos intérpretes, la refutación dialéctica, en particular, sólo puede operar sobre la base de los dos principios comunes más importantes que Aristóteles tematiza en *Metafísica* IV, esto es, el Principio de No Contradicción y el Principio de Tercero Excluido (*cf.* IV 3-4 y 7-8, respectivamente). Así, mientras que el PNC permite mostrar, por vía de refutación (uso crítico-examinativo de la dialéctica), la falsedad de una tesis, el PTE permite derivar a partir de la falsedad de dicha tesis la ver-

²⁷ Véase, Le Blond, *Logique et méthode chez Aristote*, 1939, pp. 121-145.

²⁸ Véase Höffe, *Aristoteles*, Múnich, 1996, pp. 87-90.

dad de la tesis opuesta. En atención a este hecho, W. Mensch ha defendido una interpretación de la concepción aristotélica de la dialéctica que enfatiza el hecho de que esta disciplina, cuyo carácter inicial es no científico, en y a través de la ontología se supera a sí misma, en la medida en que ingresa en el terreno en el cual se hace posible tematizar sus propias condiciones de posibilidad.²⁹ La tematización del PNC y la defensa de su validez constituye, desde esta óptica, el lugar en el cual tiene lugar tal sobrepasamiento de la dialéctica, más allá de sí misma.³⁰ Esto explica por qué precisamente dicha defensa constituye un caso singularismo, en el cual la argumentación, de clara inspiración dialéctica, en cuanto se basa en la examinación crítica de la tesis que niega tal validez, debe tomar un camino diferente del habitual, que desplaza la consideración desde el plano de la contradicción puramente lógica entre diferentes tesis o creencias hacia el plano de consideración que atiende a la forzosa congruencia de una actividad con las condiciones que la hacen posible, vale decir: hacia el plano trascendental-pragmático.

Una situación parecida afecta a la constitución misma de la propia dialéctica como aquella técnica particular que es, y no sólo a su empleo. Sobre este punto ha llamado la atención recientemente M. Schramm, al poner de relieve la analogía existente entre la función que cumplen los axiomas y los principios respecto de las diferentes ciencias, por un lado, y la función que cumplen los *tópoi*, concebidos como esquemas formales que hacen posible la derivación de argumentos dialécticos, respecto de la propia dialéctica: los *tópoi* no serían, pues, sino los principios de los silogismos dialécticos.³¹ ¿Cómo resulta posible, entonces, obtener el conocimiento de dichos principios? ¿Juega la propia dialéctica también aquí un papel análogo al que debe jugar respecto de los principios de las disciplinas científicas? ¿Constituye, en tal caso, la dialéctica ella misma un tipo peculiar de ciencia, que debe poder hacer cognitivamente accesibles también sus propios principios, cuya aplicación ella misma debe explicar?

Se trata, como puede verse, de un conjunto de circularidades relativamente incómodas, pero no que deberían ser apresuradamente estilizadas bajo la figura de aporías insolubles. La distinción entre el mero empleo y

²⁹ Véase Mesch, 1994, especialmente capítulo IV.

³⁰ Existen diversas variantes de defensa de este esquema de interpretación que busca en la defensa del PNC y en su conexión ulterior con la defensa de la sustancia una suerte de núcleo trascendental de justificación, que estaría en la base de todo posible discurso significativo sobre los entes (así, de diversos modos, F. Inciarte, B. Hafemann y también T. Irwin).

³¹ Véase Schramm, *Die Prinzipien der Aristotelischen Topik*, Múnich-Lepzig, 2004, especialmente capítulo 3.

el conocimiento temático de reglas, tal como la avistó ya el propio Platón con su concepción de la reminiscencia, podría abrir aquí un camino transitable para dar cuenta de la estructura de estas circularidades, sin tener que sucumbir a la tentación de querer eliminarlas ni a la de declararlas fatales. Pues nada resulta menos asombroso que toparse justamente con este tipo de circularidades, allí donde se trata de dar razón, a través de la reflexión, de aquellas condiciones últimas que sustentan nuestras prácticas lingüísticas, argumentativas y cognoscitivas más elementales.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ANTON, J. P. y PREUSS, A. (eds.), *Essays in Ancient Greek Philosophy, vol. V: Aristotle's Ontology*, Albany, Nueva York, 1982.
- AUBENQUE, P., *Le problème de l'être chez Aristote*, París, 1962.
- , “La dialectique chez Aristote”, en AUBENQUE, *Problèmes Aristotéliennes, vol. I: Philosophie Théorique*, París, 2009.
- , *Problèmes Aristotéliennes. Vol. I: Philosophie Théorique*, París, 2009.
- BERTI, E., “Aristote et la méthode dialectique du Parménide de Platon”, *La méthodologie d'Aristote, Revue Internationale de Philosophie*, 133-134, 1980, reproducido en BERTI, *Nuovi studi aristotelici. Vol. I: Epistemologia, logica e dialettica*, Brescia, 2004.
- , “Sul carattere «dialettico» della storiografia filosofica di Aristotele”, en CAMBIANO, 1986, reproducido en BERTI, *Nuovi studi aristotelici. Vol. I: Epistemologia, logica e dialettica*, Brescia, 2004.
- , *La ragioni di Aristotele*, Bari, 1989.
- , “L'uso «científico» della dialettica in Aristotele”, *Giornale di metafisica*, n. s. 17, 1995, reproducido en BERTI, *Nuovi studi aristotelici. Vol. I: Epistemologia, logica e dialettica*, Brescia, 2004.
- , “Does Aristotle's Conception of Dialectic Develop?”, en WIANS (ed.), *Aristotle's Philosophical Development. Problems and Prospects*, Lanham (Maryland), 1996, reproducido en BERTI, *Nuovi studi aristotelici. Vol. I: Epistemologia, logica e dialettica*, Brescia, 2004.
- , “Philosophie, dialectique et sophistique dans *Metaph. G 2*”, *Revue Internationale de Philosophie*, 51, 1997, reproducido en BERTI, *Nuovi studi aristotelici. Vol. I: Epistemologia, logica e dialettica*, Brescia, 2004.
- , “Il valore epistemologico degli éndoxa secondo Aristotele”, *Dialéctica y ontología. Coloquio internacional sobre Aristóteles, Seminarios de Filosofía*, Santiago

- de Chile, 2001-2002, reproducido en BERTI, *Nuovi studi aristotelici. Vol. I: Epistemologia, logica e dialettica*, Brescia, 2004.
- , *Nuovi studi aristotelici. Vol. I: Epistemologia, logica e dialettica*, Brescia, 2004.
- BOLTON, R., “The Epistemological Basis of the Aristotelian Dialectic”, en DEVEREUX y PELLEGRIN (eds.), *Biologie, logique et métaphysique chez Aristote. Actes du séminaire du CNRS*, París, 1990.
- , “Aristotle’s Method in Natural Science: Physics I”, en JUDSON (ed.), *Aristotle’s Physics: A Collection of Essays*, Oxford, 1991.
- BRUNSCHWIG, J., “Remarques sur la communication de Robert Bolton”, en DEVEREUX y PELLEGRIN (eds.), *Biologie, logique et métaphysique chez Aristote. Actes du séminaire du CNRS*, París, 1990.
- , “Dialectique et philosophie chez Aristote à nouveau”, en CORDERO, N. L. (ed.), *Ontologie et dialogue. Hommage à Pierre Aubenque*, París, 2000.
- BURNET, J., *The Ethics of Aristotle*, New Hampshire, 1988, Londres, 1900.
- CAMBIANO, G. (ed.), *Storiografia e dossografia nella filosofia antica*, Turín, 1986.
- CORDERO, N. L. (ed.), *Ontologie et dialogue. Hommage à Pierre Aubenque*, París, 2000.
- DETEL, W., *Aristoteles, “Analytika Posteriora”*, Berlín, vol. 1, 1993.
- DEVEREUX, D., “Comments on Robert Bolton’s The Epistemological Basis of the Aristotelian Dialectic”, en DEVEREUX y PELLEGRIN, *Biologie, logique et métaphysique chez Aristote. Actes du séminaire du CNRS*, París, 1990.
- y PELLEGRIN, P. (eds.), *Biologie, logique et métaphysique chez Aristote. Actes du séminaire du CNRS*, París, 1990.
- DÜRING, I., *Aristoteles. Darstellung und Interpretation seines Denkens*, Heidelberg, 2005 (1966).
- EVANS, J. D. G., *Aristotle’s Concept of Dialectic*, Cambridge, 1977.
- FLASHAR, H. (ed.), *Grundriss der Geschichte der Philosophie, begründet von F. Ueberweg, vol. 3: Ältere Akademie, Aristoteles, Peripatos*, Basel-Stuttgart, 1983.
- HARDIE, W. F. R., *Aristotle’s Ethical Theory*, Oxford, 1968.
- HARTMANN, N., *Kleinere Schriften. Vol. II: Abhandlungen zur Philosophiegeschichte*, Berlín, 1957.
- HÖFFE, O., *Aristoteles*, Múnich, 1996.
- IRWIN, T. *Aristotle’s First Principles*, Oxford, 1990 (1988).
- JAEGER, W., *Studien zur Entstehungsgeschichte der Metaphysik des Aristoteles*, Berlín, 1912.
- , *Aristoteles. Grundlegung einer Geschichte seiner Entwicklung*, Berlín, 1955 (1923).

- JUDSON, L. (ed.), *Aristotle's Physics: A Collection of Essays*, Oxford, 1991.
- KAPP, E., *Die Kategorienlehre in der aristotelischen Topik*, 1920, en KAPP, *Ausgewählte Schriften*, Berlín, 1968.
- , *Greek Foundations of Traditional Logic*, Nueva York, 1967 (1942).
- , *Ausgewählte Schriften*, Berlín, 1968.
- LE BLOND, J. M., *Eulogos et l'argument de convenance chez Aristote*, París, 1938.
- , *Logique et méthode chez Aristote*, París, 1973 (1939).
- MIÉ, F., “Dialéctica y ciencia en Aristóteles”, *Signos Filosóficos* XI/21, 2009.
- NATORP, P., *Platons Ideenlehre. Eine Einführung in den Idealismus*, Darmstadt-Hamburg, 1961, Leipzig, 1921.
- NUSSBAUM, M. C., “Saving Aristotle's Appearances”, en SCHOFIELD y NUSSBAUM, *Language and Logos. Studies in Ancient Greek Philosophy Presented to G. E. L. Owen*, Cambridge, 1982.
- , *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge, 1986.
- MANSION, S. (ed.), *Aristote et les problèmes de méthode*, Louvain, 1980 (1961).
- OWEN, G. E. L., “Tithénai tà phainómena”, en MANSION, S., *Aristote et les problèmes de méthode*, 1961, reproducido en OWEN, *Logic, Science and Dialectic. Collected Papers in Greek Philosophy*, Ithaca, ed. M. Nussbaum, 1986.
- , *Logic, Science and Dialectic. Collected Papers in Greek Philosophy*, Ithaca, ed. M. Nussbaum, 1986.
- POGGI, S., “Aristote, le neo-kantisme et la philosophie catholique allemande au début du XXe siècle”, en THOUARD, D., *Aristote au XIXe siècle*, Villeneuve d'Ascq Cédex, 2004.
- PRIMAVESI, O., *Die Aristotelische Topik. Ein Interpretationsmodell und seine Erprobung am Beispiel von Topik B*, Múnich, 1996.
- ROSSI, G., “Desanudando argumentos. Las aplicaciones filosóficas de la dialéctica según las Refutaciones Sofísticas”, *Méthexis*, 2006.
- SCHOFIELD, M. y NUSSBAUM, M. C. (eds.), *Language and Logos. Studies in Ancient Greek Philosophy Presented to G. E. L. Owen*, Cambridge, 1982.
- SCHRAMM, M., *Die Prinzipien der Aristotelischen Topik*, Múnich-Lepzig, 2004.
- SIM, M. (ed.), *From Puzzles to Principles? Essays on Aristotle's Dialectic*, Lanhan-Boulder-Nueva York-Oxford, 1999.
- THOUARD, D. (ed.), *Aristote au XIXe siècle*, Villeneuve d'Ascq Cédex, 2004.
- VIGO, A. G. (1997), “Homonimia, explicación y reducción en la Física de Aristóteles”, *Thémata*, Sevilla, 21, 1999; citado por la reproducción en VIGO, *Estudios aristotélicos*, Pamplona, 2006.

———, *Estudios aristotélicos*, Pamplona, 2006.

WIANS, W. (1992), “Saving Aristotle from Nussbaum’s Phainomena”, en ANTON y PREUSS (eds.), *Essays in Ancient Greek Philosophy, vol. V: Aristotle’s Ontology*, Albany, Nueva York, 1982.

——— (ed.), *Aristotle’s Philosophical Development. Problems and Prospects*, Lanham, Maryland, 1996.

WIELAND, W., *Die aristotelische Physik*, Göttingen 1962 (1970), con un nuevo “Nachwort”.

CUATRO ETAPAS EN LAS RELACIONES ENTRE ECONOMÍA, POLÍTICA Y CIENCIAS SOCIALES

Ricardo F. CRESPO*

SUMARIO: I. *La economía subordinada a la política*. II. *La emancipación de la economía*. III. *La economía dominante*. IV. *La cuarta etapa: un “imperialismo inverso”*. V. *Conclusión*.

La historia de las relaciones entre estas disciplinas se remonta a los tiempos de la Antigua Grecia. Ése fue el momento histórico y el lugar geográfico en los que el hombre comenzó a usar la razón, el *logos*, para explicar la realidad.¹ Alfred Whitehead en su *Introducción a las matemáticas* destaca el “instinto casi infalible [de los griegos] para dar con las cosas en las que vale la pena reflexionar”.² Por su parte, Charles de Koninck dice de los filósofos griegos que “ponderando las cosas más simples y buscando en éstas la base para todo lo que requiere una explicación, mostraron poseer una verdadera sabiduría”.³ Los filósofos presocráticos aplicaron el *logos* especialmente a la *Physis*. Desde Sócrates en adelante, los filósofos buscaron también descubrir la racionalidad de la acción humana. Advirtieron que, en el orden de los actos humanos, esa racionalidad no estaba necesariamente dada, sino encomendada. Por tanto, esa racionalidad no era sólo descriptiva o explicativa, sino también y principalmente normativa.

Dentro de las posibles clasificaciones de “racionalidad” aplicada al campo humano, en este trabajo distingo la racionalidad instrumental o técnica, que es el orden adecuado para adaptar medios a fines dados (que pue-

* Universidad Austral-Conicet.

¹ Cfr., por ejemplo, Durant, Will, *The Story of Philosophy*, Nueva York, Garden City, 1943, p. 6.

² *Introducción a las matemáticas*, trad. Abel Ceci, Buenos Aires, Emecé, 1944, p. 136 (*An Introduction to Mathematics*, Home University Library, 1911).

³ De Koninck, Charles, *The Hollow Universe*, Québec, Les Presses Universitaires Laval, 1964, p. 3.

de ser maximizadora o no), y la racionalidad práctica, que es la lógica de la elección de los fines de las acciones. Tanto la política como la economía son actividades humanas.⁴ Por ello, es de suponer que sus racionalidades deberían tener cierta compatibilidad o convergencia. Pero, justamente debido al carácter libre de la acción, de hecho, esta convergencia puede no producirse. Las racionalidades de la economía y la política han pasado en diversas etapas históricas por momentos de encuentro o desencuentro. Sin embargo, los encuentros no significan sin más que dichas racionalidades convergentes hayan correspondido a la racionalidad adecuada a la naturaleza y función del hombre.

En este trabajo me propongo mostrar cuatro etapas de convergencia o no. En la primera etapa, que es convergente, predomina la racionalidad práctica. En las dos siguientes predomina, en cambio, la “racionalidad instrumental” (concretamente una forma de ésta, la maximizadora, considerada como única forma de racionalidad de lo humano). En el primer periodo la economía estaba subordinada a la política; en el segundo, la economía fue independiente (por lo que no se da convergencia), y en el tercero, la economía subordinada a la política. Finalmente, en el cuarto periodo —que es el actual—, la economía tiende a agregar a su racionalidad instrumental maximizadora otras formas de racionalidad importadas de las restantes ciencias sociales.

Se debe aclarar que, como la mayoría de las periodizaciones, ésta también es imperfecta. Junto a las nuevas ideas, suelen subsistir las antiguas. El trabajo tendrá cuatro partes, correspondientes a las etapas de historia de las ideas mencionadas y una conclusión.

I. LA ECONOMÍA SUBORDINADA A LA POLÍTICA

Si pasamos por alto las referencias sólo históricas o algo desordenadas de Jenofonte y Platón a lo económico, encontramos las primeras líneas sistemáticas escritas sobre esta realidad humana en las obras de Aristóteles. A pesar de ello, la mayoría de los historiadores de la economía desechan el aporte del estagirita a su ciencia o lo consideran sumamente elemental, centrado en la administración de la casa, en el marco de una economía muy primitiva.⁵

⁴ En este trabajo entiendo a la política como la ciencia de los modos de alcanzar la perfección humana en la sociedad, no como una estrategia para mantener el poder.

⁵ Cfr. Schumpeter, Joseph A., *Historia del análisis económico*, trad. de M. Sacristán Barcelona, Ariel, 1971, p. 99, para quien no hay en él más que “un mediocre sentido común” (*History of Economic Analysis*, Londres, George Allen & Unwin, 1954). También entre los historiadores

Sin embargo, al leer cuidadosamente los textos correspondientes, se pueden descubrir enseñanzas perennes acerca de la economía.

Ante todo, se debe señalar que el lugar para el tratamiento de este tema en la obra del estagirita resulta sumamente sugestivo: el libro I de la *Política* y el libro V, sobre la justicia, de la *Ética nicomáquea*. De donde se infiere que el ámbito propio de la economía es el moral y el político.⁶ Aristóteles señala que el fin de la economía es el *eu zen*, la vida buena del hombre, cuyo ámbito es la *polis*. Por ello, está subordinada a la ciencia directiva de la comunidad civil, la política.⁷ Son muchos los autores que señalan esta sumisión de lo económico a los criterios políticos aristotélicos.⁸ Entre ellos, Karl Polanyi señala de modo enfático la inmersión social de la economía aristotélica.⁹

Aristóteles habla habitualmente de *oikonomiké, económica*, que es un adjetivo.¹⁰ Para él, es en primera instancia la administración doméstica, el gobierno de la casa.¹¹ El estagirita sostiene que hay una prioridad temporal de la casa respecto a la *polis*, de la que es parte;¹² esa prioridad no es de naturaleza: esta última corresponde precisamente a la *polis*. Ya al inicio de la *Ética nicomáquea* había señalado la subordinación de la *económica* a la política.¹³ Los capítulos 3 a 11 del libro I de la *Política* contienen su concepción de la *económi-*

esta opinión es generalizada: *cfr.*, por ejemplo, Finley, Moses I., “Aristóteles y el análisis económico”, *Estudios sobre historia antigua*, trad. de R. López, Madrid, Akal, 1981, pp. 37-64 (“Aristotle and Economic Analysis”, *Studies in Ancient Society*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1974.). Finley sostiene claramente que en Aristóteles no hay análisis económico: *cfr.* pp. 49 y ss.

⁶ Para un análisis más extenso de esta cuestión, *cfr.* mi trabajo “«The Economic» According to Aristotle: Ethical, Political and Epistemological Implications”, *Foundations of Science*, 13, 2008, pp. 281-294.

⁷ *Cfr. Política* I, 8, 1256b 30-3 y I, 9, 1257b 40-1, 1258a 1. Traducción según la versión de Julián Marías y María Araujo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951.

⁸ *Cfr.*, por ejemplo, Barker, Ernest (en su comentario a la traducción de la *Política*, Oxford, Clarendon Press, 1952, iv); Sen, Amartya, *On Ethics and Economics*, Oxford, Basil Blackwell, 1987, pp. 3 y 4, 10; Koslowski, Peter (ed.), *Economics and Philosophy*, Tübinga, JCB Mohr (Paul Siebeck), 1985, pp. 1 y ss., y *The Ethics of Capitalism*, Berlín-Nueva York-Tokio, Springer Verlag, 1996, pp. 22 y ss.

⁹ *Cfr.* Polanyi, Karl, “Aristotle Discovers Economy”, en Dalton, G., *Primitive, Archaic and Modern Economics*, Boston, 1971, pp. 67 y ss.

¹⁰ Para un análisis más detallado de las acepciones analógicas de este adjetivo, *cfr.* mi trabajo “The Ontology of the «Economic»: an Aristotelian Analysis”, *Cambridge Journal of Economics*, 30/5, 2006, pp. 767-781.

¹¹ *Política*, I, 3, 1253b 1-3.

¹² *Cfr. Ibidem*, I, 2, 1253a 19-20 y I, 3, 1253b 1-3.

¹³ *Cfr. Ética nicomáquea*, I, 1, 1094a 1-18. Para la traducción al castellano uso la edición bilingüe: trad. de María Araujo y Julián Marías, 6a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ca. La casa griega se compone de personas y posesiones. Entre las primeras están el dueño de casa, su mujer y sus hijos; entre las segundas, los esclavos —“posesiones animadas”— y las riquezas. Estas partes dan origen a tres relaciones reguladas por la *económica*: “la heril [*despotike*, donde hay que incluir también la que llama crematística], la conyugal... y la procreadora”;¹⁴ “el gobierno de los hijos, de la mujer y de toda la casa, que llamamos administración doméstica [*oikonomiken*]”.¹⁵

Sin embargo, hay otro sentido de la *económica* más dilatado. Ésta no es sólo administración de la casa, sino también de la *polis*. Pero en este ámbito, la *económica* se ciñe, dentro de sus elementos antes mencionados, a su relación con las riquezas. Posee una parte por la que “tiene a mano, afirma Aristóteles, o se procura para tener a mano, los recursos almacenables necesarios para la vida y útiles para la comunidad civil [*koinonian poleos*] o doméstica”.¹⁶ “Ambos —dice el estagirita— [el administrador de la casa y el político] tienen que contar con recursos”.¹⁷ Agrega: “el conocimiento de estas cosas [las gestiones económicas] es útil también para los políticos, pues muchas ciudades están tan necesitadas de recursos y de negociar para procurárselos como una casa o más todavía”.¹⁸

Es en el marco de la distinción entre *económica* y crematística, donde quedan mejor aclarados los significados de uno y otro término. La *económica* es el uso de lo necesario para la vida y la vida buena en la casa y la ciudad, mientras que la crematística es la adquisición de esas cosas,¹⁹ “ya que sin las cosas necesarias son imposibles la vida y el bienestar [*eu zen*]”.²⁰ La *económica* sólo puede estar orientada al bien: no es *económica* si no es moral. En cambio, la crematística tanto puede ser parte de la *económica* —una crematística limitada—, como buscar como fin las mismas riquezas de modo ilimitado, sin referencia alguna a la vida buena. La primera es “aquella en virtud de la cual la economía tiene a mano, o se procura para tener a mano, según citaba antes, los recursos almacenables necesarios para la vida y útiles para la comunidad civil o doméstica”,²¹ y la segunda es aquella “para la cual no

¹⁴ *Política, cit.*, I, 3, 1253b 9-10.

¹⁵ *Ibidem*, III, 6, 1278b 37-8.

¹⁶ *Ibidem*, I, 8, 1256b 12-4.

¹⁷ *Ibidem*, I, 10, 1258a 19-21.

¹⁸ *Ibidem*, I, 11, 1259 a 33-6.

¹⁹ *Ibidem*, I, 8, 1256a 11-12.

²⁰ *Ibidem*, I, 4, 1253b 24-25. La traducción de *eu zen* por bienestar es claramente defectuosa.

²¹ *Ibidem*, I, 8, 1256b 27-30.

parece haber límite alguno de la riqueza y la propiedad”.²² De lo dicho surge que la *económica* está comprendida en el campo de la *práxis* aristotélica, mientras que la crematística en el de la *poiesis*. Consecuentemente, el hábito de los actos propios de la *económica* es una virtud,²³ mientras que el de la crematística una *techne*;²⁴ a su vez, el saber acerca de la *económica* es ciencia práctica,²⁵ y el de la crematística, en cambio, poética.

La *techne*, dice Aristóteles, tiene un número limitado de instrumentos o medios;²⁶ en cambio, es ilimitada respecto a su fin: “se proponen conseguirlo en el más alto grado posible”.²⁷ Cuando el fin, en vez de ser la vida buena de la persona y de la *polis*, es el dinero y los recursos, el arte crematístico se independiza de la *económica* y se convierte en “censurado”.²⁸ La crematística subordinada es natural, limitada y necesaria;²⁹ la censurada, en cambio, es fruto de cierta experiencia y técnica, ilimitada e innecesaria.³⁰ La primera persigue su fin a través de los recursos o riquezas, mientras que la segunda sólo busca el aumento de esos instrumentos.³¹ Como ambas usan el mismo medio (el dinero), advierte Aristóteles, es muy fácil confundirse y transformar ese medio en fin. La búsqueda de lo necesario, un criterio de necesidad, queda superado por un criterio de maximización, que será típico de la economía neoclásica. Sin embargo, sigue el filósofo, los bienes externos tienen un límite, como todo instrumento, y “todas las cosas son de tal índole que su exceso perjudica necesariamente”.³²

²² *Ibidem*, I, 9, 1257a 1.

²³ Aristóteles habla de la prudencia económica en la *Ética nicomáquea*, cit., VI, 8, 1141b 31. Allí tiene el sentido de virtud de la prudencia —“disposición racional verdadera y práctica respecto de lo que es bueno para el hombre” (*Ética nicomáquea*, VI, 5, 1140b 20-21)— aplicada al ámbito doméstico.

²⁴ Así lo ven Barker, Ernest, *op. cit.*, p. 18, nota E) y Newman, W. L., *The Politics of Aristotle*, Oxford, Clarendon Press, 1951, t. I, p. 126, nota 3.

²⁵ Son de esta opinión el mismo Newman, *op. cit.*, p. 133; Natali, Carlo, “Aristotele e l’origine della filosofia pratica”, en Pacchiani, Claudio, *Filosofia pratica e Scienza Politica*, Padova, Francisci Editore, 1980, pp. 115 y ss.), y Koslowski, Peter, *op. cit.*, pp. 1-3.

²⁶ *Cfr. Política*, cit., I, 8, 1256b 34-7.

²⁷ *Ibidem*, I, 9, 1257b 26-7.

²⁸ *Ibidem*, I, 10, 1258b 1.

²⁹ Es natural en un doble sentido: en cuanto que se surte de productos naturales, y en cuanto que su naturaleza consiste en la adquisición de lo necesario.

³⁰ *Cfr. Política*, cit., I, 9, 1257a 4-5.

³¹ *Ibidem*, 1257 b 36-8.

³² *Ibidem*, IV, 1, 1323b 7-10.

¿Cuál es la causa de esta confusión? La ilimitación [*apeiron*] del apetito en la búsqueda de los medios, responde el estagirita.³³ La insubordinación de la crematística respecto a la *económica* responde a la del apetito respecto a la razón. Los que no buscan vivir bien, sino sólo vivir, se dejan guiar por el deseo de los placeres corporales, que parecen depender de la posesión de bienes, y se dedican por completo a los negocios.³⁴ Se confunde la búsqueda de la mayor felicidad, con la de las mayores riquezas. Esto conduce, como señala Polanyi, a una escisión entre un principio de uso (el económico en sentido clásico) y uno de ganancia (económico en sentido moderno y crematístico en sentido clásico), que ocasiona un divorcio entre los móviles económicos y los fines sociales.³⁵ “Aristóteles”, afirma Polanyi, “intuyó en el germen el espécimen completamente desarrollado”.³⁶ Agrega: “la famosa distinción, que [Aristóteles] observa en el capítulo introductorio de *La política* entre la economía propiamente dicha y la adquisición de dinero o crematística es probablemente la indicación más profética que se haya hecho nunca en el campo de las ciencias sociales”.³⁷ En realidad, Aristóteles tenía motivos para esta intuición, pues fue lo que pudo observar en su época. En efecto, después de la guerra del Peloponeso sobrevino una crisis política y económica en Grecia en la que pudo ver a la crematística censurada en acción. Sin esa experiencia no pudo haber hecho la siguiente afirmación en *La política*:

Así ha surgido la segunda forma de crematística porque al perseguir el placer excesivo procuran también lo que pueda proporcionar ese placer y si no pueden procurárselo por medio de la crematística, es decir por medio del dinero, lo intentan por otro medio usando todas sus facultades de un modo antinatural; lo propio de la valentía no es producir dinero sino confianza ni tampoco es lo propio de la estrategia ni de la medicina cuyos fines respectivos son la victoria y la salud. No obstante algunos convierten en crematística todas las facultades como si el producir dinero fuera el fin de todas ellas y todo tuviera que encaminarse a ese fin.³⁸

³³ *Ibidem*, I, 9, 1258a 2 y ss.

³⁴ *Ibidem*, I, 9, *in fine*.

³⁵ Cfr. Polanyi, *La Grande Transformation*, trad. C. Malamoud, M. Angeno, París, Gallimard, 1983, p. 85 (*The Great Transformation*, Nueva York, 1944).

³⁶ Polanyi, *op. cit.*, “Aristotle discovers...”, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

³⁷ Polanyi, *La Grande...*, *op. cit.*, p. 84.

³⁸ *Política, cit.*, I, 9, 1258a 6-14.

Es decir, a pesar de que lo propio de la medicina es la salud, la medicina se convierte también en una forma de crematística; a pesar de que lo propio de la estrategia sea la victoria, también la guerra se convierte en un instrumento. Es decir, todo se tiñe de la intención de “producir dinero”.

Como en otros campos, la perspectiva del estagirita ha perdurado muchos siglos. Durante toda la Edad Media, las escasas referencias a lo económico acuden con frecuencia a estos textos de Aristóteles. En cualquier caso, la economía sigue estando subordinada a la política. Ya entrada la Edad Moderna, Adam Smith, considerado el fundador de la economía, la trata como ciencia práctica: “una rama de la ciencia del político o del legislador”.³⁹

Incluso, cuando ya tiempo antes la economía comenzó a delimitar más claramente su ámbito, recibió el nombre de “economía política”, lo que denota la esencial inmersión de lo económico en el ámbito de lo político, tal como fue concebida en aquellos comienzos. Según afirman los historiadores, quien primero usó el término “economía política” fue el francés Antoine de Montchrétien, en su *Traité de l'Économie Politique* de 1615. De allí en más y hasta el siglo XIX, la economía política fue la disciplina que estudiaba la economía de una nación, formando parte aún de ese conjunto más amplio de ciencias de la sociedad y el gobierno antecesoras de las modernas ciencias sociales y políticas. Éste fue, en efecto, el sentido habitual de la “economía política” en la mayoría de los economistas clásicos ingleses. En esta etapa, entonces, las racionalidades política y económica convergen. Se da un predominio de la racionalidad práctica sobre la racionalidad técnica: mandan los fines sobre los medios. Sin embargo, ya se estaba gestando desde hacía mucho tiempo un proceso más profundo que terminaría por llegar a la economía. Es materia de la próxima sección.

II. LA EMANCIPACIÓN DE LA ECONOMÍA

Con la expresión “un proceso más profundo” me refiero a la reducción de la razón práctica o moral a razón técnica operada a partir del siglo XVII. Para David Hume, la razón no puede ser razón práctica sino sólo técnica. La virtud y el vicio son objetos del sentimiento (*feeling*), no de la razón. Según él, la razón no puede producir acción alguna; es la pasión la que mueve a actuar. Por tanto: “La razón es y sólo debe ser la esclava de las pasiones, y

³⁹ *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Encyclopaedia Britannica Inc., 1952, p. 182 (Book 4, Introduction).

no puede pretender otro oficio que el de servir las y obedecerlas”.⁴⁰ La pasión determina los fines y la actividad racional consiste en acomodar los medios a esos fines; es decir, la razón es sólo razón instrumental.

La tradición inglesa registra antecedentes previos a Hume en este sentido. Por ejemplo, para Francis Hutcheson (1694-1746), los fines de nuestros actos nacen de una serie de inclinaciones. La razón sólo interviene luego; es la “sagacidad” para seguir un fin.⁴¹ Dice Hutcheson:

Todo aquello que es deseable en última instancia o bien es propuesto por algún sentido inmediato, o por algún instinto o impulso natural, anterior a todo razonamiento. Es tarea de la razón hallar los medios para obtener lo que deseamos... Esta facultad (el intelecto) juzga acerca de los medios o fines subordinados: pero acerca de los fines últimos no hay razonamiento, pues ninguna opinión o juicio puede mover a la acción, allí donde no hay un deseo anterior de algún fin.⁴²

Para Adam Smith, amigo de Hume, el contenido del bien o el mal se conoce por un sentimiento moral. Escribe Smith: “La razón sólo puede mostrar que este objeto es el medio para obtener algo que es naturalmente placentero o desagradable”, pero “si la virtud, pues, es deseable por sí misma, y si, del mismo modo, el vicio es objeto de aversión, no puede ser la razón la que originalmente distinga esas diferentes cualidades, sino el sentido inmediato y el sentimiento”.⁴³ Es decir, a pesar de que en Smith la economía siga siendo parte de la política, se trata de una política cuyos fines ya no son descubiertos y argumentados por una razón práctica.

El primer economista en sostener claramente la necesidad de separación entre la economía y lo político fue Nassau William Senior, primer profesor de Economía Política de Oxford, desde 1825. Senior pronuncia en 1860 su conferencia presidencial de la Sección F (“Ciencia Económica y Estadística”) de la British Association for the Advancement of Science. Como explica Terence W. Hutchison, “la Sección F tenía que confirmar su respetabilidad científica, y sus merecimientos para formar parte de las mate-

⁴⁰ Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, ed. L. A. Selby-Bigge, Oxford University Press (reprinted), [1888] 1968, p. 415 (II, iii, 3).

⁴¹ De *Inquiry*, II, III, XV, citado por Mauri, Margarita, *El conocimiento moral*, Madrid, Rialp, 2005, p. 28.

⁴² De *A Short Introduction to Moral Philosophy*, 1747, y *The System of Moral Philosophy*, 1755, citados por González, Ana Marta, “El *faktum* de la razón”, *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Pamplona, núm. 75, 1999, pp. 20 y 21.

⁴³ Smith, Adam, *The Theory of Moral Sentiments*, Indianapolis, Glasgow Edition, Liberty Fund, 1984, VII, III, II, 7 y 8, p. 320.

rias establecidas como ciencias naturales”.⁴⁴ Así, Hutchison dice que Senior “brindó una breve reformulación de su visión ultra-estrecha de la «Ciencia Económica» y de las funciones del economista, según las cuales su materia quedaba confinada dentro de los límites de la ciencia estrictamente «positiva», con un estrecho objeto de estudio económico [la riqueza]”.⁴⁵ Es decir, presionada por la ciencia natural, y siguiendo la tendencia de la reducción de la razón práctica a razón técnica, la economía no es más ciencia práctica y, de este modo, se desvincula de la política y deja de lado características humanas esenciales presentes en el campo económico. Esta escisión de ambas disciplinas y la pérdida del carácter práctico de la economía se consolida en las obras de John Stuart Mill y John E. Cairnes. La economía política, para Cairnes, sólo es explicativa o expositiva de las leyes de los fenómenos relacionados con la riqueza, y es neutra respecto a los sistemas políticos y sus fines: aporta sólo herramientas para valorar dichos sistemas y fines desde un punto de vista limitado.⁴⁶

Con Cairnes estamos en los albores de la de la revolución marginalista en economía y de la teoría económica neoclásica. Al llegar esta última, ya se ha configurado un tipo de razonamiento económico que corresponde a este modelo. En 1875, el hoy casi olvidado economista H. D. MacLeod sugirió bautizar a la economía con el nombre de *economics*.⁴⁷ Los economistas neoclásicos Stanley W. Jevons y Alfred Marshall consolidaron su uso. Los principales motivos de este cambio fueron imitar los métodos exactos y precisos de la Física (*Physics*) y dejar clara la neutralidad valorativa de la ciencia económica. *Economics*, este nuevo nombre la de la ciencia económica, es un término que queda ligado al nacimiento de la teoría neoclásica. Así llegamos a una ciencia económica emancipada de la política que mira como ideal de método y exactitud a las ciencias naturales y que se ocupa sólo de la asignación de medios a fines dados. Considera que sobre los fines lo único que los hombres pueden hacer, al decir de Milton Friedman, es pelear.⁴⁸ No obstante, sigue siendo la ciencia de lo económico el ámbito de lo material,

⁴⁴ Hutchison, Terence W., “Introduction”, en Smyth, R. L. (ed.), *Essays in Economic Method*, Londres, Gerald Duckworth & Co. Ltd., 1962, pp. 9-18.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁶ Cfr. Cairnes, John E., *Le caractère et méthode logique de l'économie politique*, París, Giard et Briere, 1912, pp. 29, 31 y 32 (*The Character and Logical Method of Political Economy*) [1875].

⁴⁷ Cfr. Collison Black, R. D., “The Present Position and Prospects of Political Economy”, en Coats, A. W. (ed.), *Methodological Controversy in Economics*, Greenwich-Londres, JAI Press, 1983, pp. 55-70.

⁴⁸ Friedman, Milton, “The Methodology of Positive Economics”, *Essays in Positive Economics*, Chicago-Londres, University of Chicago Press, 1953, p. 5.

de la riqueza, del intercambio. La economía es aún la ciencia que estudia el conjunto de las decisiones y acciones dirigidas a la satisfacción de las necesidades humanas mediadas por medios materiales. Es decir, es independiente, pero se ocupa sólo de su campo. Se ha de dar un paso más para llegar a las pretensiones “imperialistas” de una economía dominante. En esta segunda etapa, entonces, se produce una divergencia e independencia entre la racionalidad política, que continúa siendo al menos parcialmente práctica, y la racionalidad económica que es más claramente técnica.

III. LA ECONOMÍA DOMINANTE

Como subraya Sir Ernest Phelps Brown en su discurso presidencial a la Royal Economic Society (Gran Bretaña), el problema de la concepción de la economía concentrada en su campo es doble: debe analizar comportamientos tanto racionales como irracionales, y se ocupa tanto de la asignación de los medios como de la valoración de los fines o preferencias elegidas.⁴⁹ Todas las realidades que caen bajo la rúbrica ordinaria de “económicas”, sin importar que sean racionales o no, inestables, impredecibles, inciertas, relacionadas con los medios o con los fines, con hechos o con valores, deberían considerarse como parte de la ciencia económica, adoptando, en consecuencia, una noción de ciencia diversa de la de ciencia positiva. Para acercarse a esta última, la ciencia económica precisa crear un objeto determinado, objetivo, preferiblemente observable porque la ciencia positiva es un estudio exacto acerca de este tipo de objetos. Requiere evitar el subjetivismo, la introspección, los juicios de valor, y aunque cambiante, necesita fijar el sujeto en un punto determinado. Es decir, la ciencia económica, siendo tensionada por las condiciones propias de las ciencias naturales, tiene que modificar su objeto de estudio para ajustarse a esta visión científica particular.

La clave para “encajar” la acción humana en un marco exacto es considerar los fines (llamados “preferencias” por los economistas) como dados. La estabilidad y el carácter exógeno de las preferencias preparan el terreno para edificar un objeto científico determinado. Como sostiene Lionel Robbins, “a la economía no le interesa en modo alguno ningún fin *como tal*. Se ocupa de los fines en la medida en que afectan la disposición de medios, los toma como proyectados en una escala de valoraciones relativas e investiga qué consecuencias se producen respecto de ciertos aspectos de la

⁴⁹ Phelps Brown, Ernest Henry, “The Underdevelopment of Economics,” *The Economic Journal*, 82, 325, 1972, pp. 1-10.

conducta”.⁵⁰ La economía entonces se desprende del problema de la determinación de los fines. Éstos se hallan en una “caja negra”.

Es cuando aparece una nueva definición de economía que, aunque se transformará en la predominante, aún convive con la antigua. Como ha señalado Ronald Coase, hay dos tipos de definiciones de ciencia económica;⁵¹ las primeras son las definiciones que enfatizan el estudio de ciertos tipos de actividades humanas, y las segundas hacen de la ciencia económica el estudio de una cierta perspectiva de todas las elecciones humanas. Phelps Brown las llama definiciones de economía “determinadas por el campo” y “determinadas por la disciplina”.⁵² El ejemplo paradigmático de esta última es la formulada por Robbins, que se ha transformado en canónica: “La economía es la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios limitados que tienen diversa aplicación”.⁵³ Es decir, la economía es la ciencia de una visión particular de la elección supuestamente humana. De este modo, la ciencia económica se transforma en una ciencia “determinada por la disciplina”. Es “determinada por la disciplina” porque su objeto de estudio ya no es un campo relacionado con las necesidades humanas materiales, con la producción y la distribución. Pasa a ser la elección, cualquier elección, en cuanto requiere una adaptación de medios a fines dados, un aspecto, punto de vista o perspectiva de aproximación a cualquier acción humana. Así toma un lugar primordial entre el resto de las ciencias sociales. Resultan proféticas las agudas reflexiones de Robert Scoon, ya en 1943, acerca de la definición de Robbins:

Sostengo que si se definiera la ciencia económica de este modo, incluiría lo político, lo militar, lo legal, lo médico y todo lo moral apoyado en bases utilitaristas; y entonces desaparecería la utilidad de la definición en cuanto a distinguir la ciencia económica de otras disciplinas. Elegir no es una actividad específicamente económica, y la introducción de la escasez no altera la situación.⁵⁴

⁵⁰ Robbins, Lionel, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, Londres, Macmillan, 1935 (3a. ed., 1984). *Ensayo sobre la naturaleza y significación de la ciencia económica*, trad. de Daniel Cosío Villegas, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1955; *cf.* [1935] 1984, p. 30 y 1951, p. 55.

⁵¹ Coase, Ronald H., “Economics and Contiguous Disciplines”, *The Journal of Legal Studies*, 7/2, 1978, pp. 201-211.

⁵² *Ibidem*, p. 7.

⁵³ *Ibidem* [1935] 1984, p. 16; 1955, p. 39.

⁵⁴ Scoon, Robert, “Professor Robbins’ Definition of Economics”, *Journal of Political Economy*, 51/4, 1943, pp. 310-320.

Con la línea conceptual iniciada en Robbins, la economía se constituye en la lógica propia de toda realidad social. Este enfoque reductivista se asemeja a la descripción que hiciera Eric Voegelin de la perduración contemporánea del gnosticismo:

El cientif[ci]smo ha permanecido hasta hoy como uno de los movimientos gnósticos más pujantes dentro de la sociedad occidental y el orgullo inmanentista de la ciencia es tan fuerte que incluso las ciencias especializadas nos han dejado cada una un sedimento específico en sus diversas versiones de la salvación por medio de la Física, la Economía, la Sociología, la Biología y la Psicología.⁵⁵

La expresión que han acuñado los economistas para designar este supuesto poder explicativo de toda acción humana es “imperialismo económico”. El primero en usarla fue el economista institucionalista Kenneth Boulding, quien afirma: “Ciertamente, la teoría económica de la democracia, tal como ha sido desarrollada por Anthony Downs y otros, es muy buen ejemplo de lo que algunas veces he llamado «imperialismo económico», que es un intento, por parte de la economía, de invadir el resto de las ciencias sociales”⁵⁶.

Este programa de investigación tiene su mayor desarrollo en la Universidad de Chicago, pero se ha expandido a los restantes círculos académicos. El economista Jack Hirshleifer afirma: “Existe una sola ciencia social. Lo que brinda a la economía su poder imperialista invasor es que nuestras categorías analíticas —escasez, costo, preferencias, oportunidades, etc.— son verdaderamente universales en su aplicabilidad... Por eso la economía constituye realmente la gramática universal de las ciencias sociales”.⁵⁷ Hirshleifer no hace más que definir la tarea concreta que han encarado premios Nobel de economía como James Buchanan y Gary Becker, y otros tantos economistas prestigiosos como Gordon Tullock, Robert Tollison y Richard Posner.

¿Cuáles son los rasgos y herramientas de esta gramática universal? La concepción del hombre como auto-interesado y provisto de racionalidad

⁵⁵ *Nueva ciencia de la política*, Madrid, Rialp, 1968, p. 199 (*The New Science of Politics: an Introduction*, Chicago, The University of Chicago Press, 1952). La traducción que consta en el texto es “cientifismo”.

⁵⁶ “Economics as a Moral Science”, *American Economic Review*, LIX/1, 1969, pp. 1-12.

⁵⁷ “The Expanding Domain of Economics”, *American Economic Review*, LXXV, 1985, pp. 53-68.

económica (racionalidad instrumental maximizadora).⁵⁸ Ante la realidad de conductas que no obedecen a estos patrones, los economistas han adoptado dos respuestas alternativas. La primera es la demostración de la reductibilidad de todo fin al auto-interés y de toda racionalidad a la racionalidad instrumental. A su vez, los economistas identifican racionalidad instrumental con un tipo de ésta, la maximizadora. Es el camino seguido, por ejemplo, por Ludwig von Mises. Cuando Max Weber propone cuatro formas de racionalidad, una sola de las cuales es la instrumental —la racionalidad de acuerdo a fines—,⁵⁹ von Mises reacciona afirmando que esto es un error, y que las otras tres formas de racionalidad —de acuerdo a valores, afectiva y tradicional— son reducibles a la instrumental.⁶⁰ Por otra parte, además, sostiene que toda racionalidad es maximizadora, ya que todas las personas siempre prefieren y actúan según la mejor situación. Ésta es la postura que posibilita de mejor modo la consideración de la economía con su lógica instrumental maximizadora como lógica universal. Pero es fácilmente criticable puesto que se apoya y no expresa más que una tautología: todo acto intencional es intencional. Por otra parte, los términos economía y maximización adquieren así un significado diverso —más amplio— que el que tienen en el lenguaje ordinario. De este modo, la economía no haría más que reemplazar a la antropología filosófica con el costo de dejar de ser economía y la maximización por la racionalidad con el costo de dejar de ser verdadera maximización.

El segundo camino ha sido reconocer que hay fines que no son económicos y un tipo de racionalidad que tampoco es la económica. Sin embargo, afirman, aunque con sus limitaciones, la lógica económica restringida explica la mayor parte del comportamiento humano. Es el viejo argumento de John Stuart Mill que da origen al *homo oeconomicus*. Pero el mismo Mill señala, con mucha sensatez, que esta lógica es sólo un instrumento analítico para detectar unas causas y que de ningún modo puede aplicarse a la realidad sin reinsertar las perturbaciones reales de esas causas que fueron dejadas de lado por la ciencia abstracta.⁶¹ Es decir, en la segunda etapa, aunque se

⁵⁸ “La racionalidad es un concepto *instrumental*”, afirma Hirshleifer, *op. cit.*, p. 59 (cursivas en el original).

⁵⁹ Weber, Max, en Roth, G. y Wittich, C. (eds.), *Economy and Society*, Berkeley-Los Ángeles, University of California Press, 1978.

⁶⁰ Von Mises, Ludwig, *Epistemological Problems of Economics*, Princeton, D. van Nostrand, 1960, p. 82 (*Grundprobleme der Nationalökonomie*, Jena, Gustav Fisher, 1933).

⁶¹ Cfr. Stuart Mill, John, “On the Definition of Political Economy; and on the Method of Investigation Proper to it”, *Essays on Some Unsettled Questions of Political Economy*, 5th Essay, Clifton, A. M. Kelley (1844), 1974.

adopta la racionalidad instrumental y se tiende a la idea de maximización, por una parte, se aplica sólo al campo económico y, por otra, se reconoce que hay otras formas de racionalidad que hay que tener en cuenta a la hora de la aplicación concreta (Mill). En la tercera etapa se da un paso más: se considera que toda racionalidad humana es instrumental y que toda racionalidad instrumental maximiza; por eso se aplica a toda realidad humana.

El programa “aislacionista” de Mill puede ser inicialmente exitoso. Pero luego aparecen conductas como la benevolencia, el amor, la cooperación, el voluntariado, el regalo, el hábito, el gusto, como motivos de acciones económicas. ¿Cuál es la solución? La más rápida es reducir esos factores al auto-interés como se hacía directamente en la primera respuesta: por medio de la auto-satisfacción, del signo de status, del deseo de una retribución futura. A su vez, por medio de los hábitos, las rutinas, o la *racionalización* como concepto psicológico, reducimos los comportamientos aparentemente irracionales a la racionalidad económica. Pero aún puede quedar un saldo de bondad desinteresada o de irracionalidad. Abandonar este saldo, dice Hirshleifer, sería una “evasión del desafío de la ciencia”.⁶² Por eso debe seguir trabajando para completar los modelos. Éstos pueden servir además para explicar otras actividades en las que incide el, también en expresión de Hirshleifer, “carácter contagioso de la benevolencia”.⁶³

¿Cuáles son los campos de aplicación de la economía imperialista? Gary Becker hace un rápido repaso de algunos de estos en su *Nobel Lecture* de 1992.⁶⁴ Concretamente se detiene en los siguientes: la discriminación contra las minorías, el delito, el denominado “capital humano” (educación, habilidades y conocimientos) y la familia. A estos temas hay que agregar tres importantes, la política, el derecho y la religión. Son estos últimos cinco los análisis que han tenido más influencia.

En suma, en esta tercera etapa, la economía, ya independiente de la política, considera que su lógica es universalmente aplicable a la acción humana, incluida, por supuesto, la misma política. Volvemos a una convergencia de racionalidades, pero obrada mediante una absorción reductivista de la racionalidad práctica y política por la racionalidad técnica o instrumental, un concepto unívoco y limitado. La única racionalidad que de hecho rige es una racionalidad encomendada respecto a los medios, agnóstica respecto a los fines.

⁶² Hirshleifer, *op. cit.*, p. 59.

⁶³ *Ibidem*, p. 57.

⁶⁴ Becker, Gary “Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior”, *Journal of Political Economy*, 101/31, 1993, pp. 385-409.

IV. LA CUARTA ETAPA: UN “IMPERIALISMO INVERSO”

En la fase previa, la economía “exporta” su racionalidad para el análisis de diversas realidades o actividades humanas. En cambio, en esta cuarta fase estamos siendo testigos de un creciente, tal como lo llama John Davis (2008 y 2011), “pluralismo de la corriente principal” o “imperialismo inverso”, consistente en un conjunto de corrientes heterodoxas que importan lógicas de fuera de la ciencia económica. No podemos analizar una a una todas estas corrientes, sólo las mencionaremos.

George Akerlof y Rachel Kranton han establecido conexiones estrechas con la sociología a través de su propuesta de una *identity economics*. Mark Granovetter, Neil Smelser y Richard Swedberg también han de ser mencionados en este contacto con la sociología. En cuanto a la psicología, *behavioral economics* ha explotado y casi es parte de la enseñanza regular en las facultades de economía. También debe nombrarse a Bruno Frey, Alois Stutzer, Ernst Fehr, Armin Falk y Simon Gächter. La neuroeconomía se basa en las neurociencias. Hay una antigua tradición de antropología económica —por ejemplo, en Karl Polanyi— que no ha perdido su vigencia y que hoy se mira con atención. También ha revivido el interés por la historia y por el papel de las instituciones. El auge de la economía experimental es otro fenómeno reciente. También ha renacido el interés por la ética en autores como Amartya Sen.

Sin embargo, dado que los paradigmas de las ciencias sociales no son fácilmente refutables de modo absoluto, siguen conviviendo diversas visiones. Como señaló Hutchinson (1976, pp. 199 y 200) las teorías económicas y sus líneas de investigación tienden a vivir por largo tiempo, de modo que a menudo coexisten teorías divergentes. No obstante, cada vez hay más y más economistas, también ortodoxos, que se toman muy en serio las contribuciones de otras ciencias. El peligro que persiste es que la economía termine “domesticando” estas racionalidades reduciéndolas nuevamente a racionalidad instrumental. Qué sucederá, aún no se sabe. Pero la tendencia es promisoría.

V. CONCLUSIÓN

El proceso de transformación de la ciencia económica determinada por el campo a una determinada por la disciplina es muy bien descrito por Ronald Coase. Para él se pueden observar dos tendencias en operación:

La primera consiste en un ensanchamiento de los límites de los intereses de los economistas en relación al objeto de estudio. La segunda es un estrechamiento del interés profesional hacia un análisis más formal, técnico, comúnmente matemático. Este análisis más formal tiende a poseer una mayor generalidad. Puede decir menos, o dejar mucho por decir, acerca del sistema económico, pero, a causa de su generalidad, resulta aplicable a todos los sistemas sociales... la ciencia económica se transforma en el estudio de toda conducta humana intencional y su ámbito es, por tanto, coincidente con el de todas las ciencias sociales.⁶⁵

Dada esta situación podemos preguntarnos si esta tendencia mejora realmente a la ciencia económica. Coase piensa que esta doble tendencia es errónea; sostiene que la ciencia económica debería estudiar las otras ciencias sociales para entender mejor el funcionamiento del sistema económico, en vez de tratar de imponer su lógica a esas ciencias sociales.⁶⁶ Es la idea de Phelps Brown: “Los estudios de los economistas deberían estar determinados por el campo no por la disciplina”.⁶⁷ Paradójicamente, las imposiciones epistemológicas a veces confunden a las ciencias.

Mi visión coincide con la de Coase y Phelps Brown. Pienso que se debe abogar por una dilatación del interés de la economía, pero no en el sentido de una dilatación del campo y de la focalización de la perspectiva, sino de una concentración en el campo propiamente económico y una ampliación de la perspectiva que lleve a considerar racionalidades diversas de la económica estándar que inciden en el hecho económico. De algún modo, se está dando recientemente algo de este cambio, que convive con una profundización de las dos tendencias señaladas. Me refiero a la cuarta etapa reseñada con, por ejemplo, la atención a la psicología por parte de la corriente de *behavioral economics* y a la neurología por parte de la *neuroeconomics*.

No basta con una vuelta de la racionalidad instrumental maximizadora a la racionalidad instrumental “a secas”. Esta racionalidad ya ha sido adaptada por el resto de las ciencias sociales y resulta insuficiente para explicar los hechos humanos. Como dice Boudon,

de modo general, la ecuación que asimila racionalidad con racionalidad instrumental es tan influyente que la inmensa literatura sobre la racionalidad producida por las ciencias sociales trata casi exclusivamente de la racionalidad

⁶⁵ Coase, Ronald H., *op. cit.* p. 207.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 211.

⁶⁷ Phelps Brown, *op. cit.*, p. 7.

dad *instrumental*. Dicho de otro modo, las ciencias sociales tienden a admitir que la noción de racionalidad se aplica a la adecuación entre medios y fines, acciones y objetivos o entre acciones y preferencias. A todo lo más que se contentan es a reconocer que la racionalidad puede tomar también la forma de exigencia de coherencia o transitividad de los objetivos o de las preferencias. Pero se niegan a aplicar la categoría de racionalidad a los contenidos de las preferencias y objetivos.⁶⁸

Ahora bien, este procedimiento no es adecuado al objeto de estudio de las ciencias sociales. Como dice Milan Zafirovski,

una forma particular de racionalidad, *videlicet* instrumental, utilitaria, egotista o hedonista es fundida con el comportamiento racional como un todo... El procedimiento de disolución comete la que puede denominarse falacia de abstracción o generalidad inapropiada, porque iguala ilegítimamente la particularidad de un componente, la racionalidad instrumental, con la universalidad del todo, el comportamiento racional.⁶⁹ Es decir, esto no es apropiado ni para la economía, ni para ninguna de las ciencias sociales.

La economía, como la política, es una ciencia prudencial que ha de tener en cuenta factores institucionales, culturales y morales aparte de los técnicos. Debe incorporar racionalidades diversas de la instrumental. En cambio, la aplicación universal del punto de vista económico para la explicación de toda conducta humana no responde a la realidad del hombre y conduce a un rebajamiento de su condición. En este sentido, parece deseable una vuelta a la égida de la política, entendida en el sentido de ciencia del bien humano.

Una objeción que se podría hacer es que bastaría con que la economía fuera una buena técnica, que hiciera un buen trabajo de adaptación de medios a los fines que le señale la política. Pero este razonamiento supone una concepción incompleta del acto humano. En efecto, un acto que no considera los fines es un acto truncado. Más aún, sin fin no hay acto.⁷⁰ Como señala agudamente el viejo economista Frank Knight, los fines dados no son fines; los fines se redefinen en el curso de la misma acción.⁷¹ Es decir,

⁶⁸ Boudon, Raymond, "Théorie du choix rationnel, théorie de la rationalité limitée ou individualisme méthodologique: que choisir?", *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, 14/1, 2004, pp. 45-62.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

⁷⁰ Profundizo esta cuestión en mi trabajo "'Practical Comparability' and Ends in Economics", *Journal of Economic Methodology*, 14/3, 2007, pp. 371-93.

⁷¹ Knight, Frank H., *On the History and Method of Economics*, University of Chicago Press, 1956, pp. 128 y 129.

en el acto económico no sólo se da una adaptación de medios a fines, sino, y más a menudo, una adaptación de fines a medios. Como bien ve Hannah Arendt, el *homo economicus* es más “actuante” que productor, y el intercambio pertenece más al campo de la acción que al instrumental.⁷² Ergo, el economista no puede ser sólo un técnico. Debe tener la capacidad de entender y discriminar entre fines, así como los criterios políticos acerca de los fines firmemente incorporados.

Lionel Robbins, el mismo que definió tan estrecha (en cuanto a la racionalidad) y ampliamente (en cuanto al campo) a la economía, advirtió esto muchos años después y recomendó:⁷³

debemos estar preparados para estudiar no sólo los principios económicos y la economía aplicada; debemos estar preparados para estudiar también muchas otras disciplinas. Debemos estudiar filosofía política. Debemos estudiar administración pública. Debemos estudiar derecho. Debemos estudiar historia, la cual, aunque no da reglas para la acción, dilata nuestro espectro de posibilidades. Debería afirmar, además, que también debemos estudiar las obras clásicas de la literatura, preciosa herencia en la que se expresan las mejores experiencias y aspiraciones de la raza; un hombre puede aprender más cosas relevantes al estudio de la sociedad de los grandes dramaturgos y novelistas que de cien libros de psicología, por más valiosos que ellos sean a veces.⁷⁴

En su discurso presidencial a la Royal Economic Society también se refirió a este tema.⁷⁵ Allí señaló la necesidad de estudiar, además de los principios y la historia económica, “complemento esencial —ésta última— de la ciencia económica en todos los niveles”, la política —organización política e historia del pensamiento político—, y la historia como marco de la historia económica y de la política.⁷⁶ Se queja del excesivo especialismo, y opina que sólo se debería estudiar economía en una segunda etapa, luego de una cierta experiencia de la vida: “hay una marcada diferencia entre la enseñanza de

⁷² Cfr. Hannah, Arendt, *La condición humana*, trad. Ramón Gil Novales, Barcelona-Buenos Aires, Paidós, 1993, pp. 209 y 232 (*The Human Condition*, Chicago, The University of Chicago Press, 1958).

⁷³ Robbins tuvo a cargo, en su carácter de *Chairman* del Board of Studies in Economics de la London School of Economics and Political Science, el estudio de la reforma de los planes de la carrera de economía.

⁷⁴ Robbins, Lionel, “The Economist in the Twentieth Century”, *Economica*, 1949, p. 17 (recogido en el libro homónimo, Londres, Macmillan, 1956).

⁷⁵ Robbins, Lionel, “The Teaching of Economics in Schools and Universities”, *The Economic Journal*, LXV, 1955, pp. 579-593.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 586 y 587.

estudios sociales a jóvenes recién egresados del colegio y aquellos que han tenido dos años de servicio en las Fuerzas Armadas; tanto como la que hay entre los estudiantes diurnos, sin conocimiento de mundo, y los del turno noche, que vienen de la calle”.⁷⁷

Esto no significa que el economista se independice del político, sino al contrario, que trabaje en estrecha relación con él. El economista debe volver a considerar que su ciencia es más que una técnica, una ciencia moral y política. A su vez, el político debe entender que los medios son limitados y que no todo es posible. Necesitamos, en suma, un político con formación económica y un economista con formación política, que manejen lenguajes y criterios comunicables y que acuerden objetivos. Parece un ideal utópico; quizá lo sea. Pero a la luz de la evolución de las ideas, no puedo dejar de proponerlo.

⁷⁷ *Ibidem*, pp. 582 y 583.

DERECHO, POLÍTICA Y PODER. LOS PRESUPUESTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS DEL *RULE OF LAW* Y EL *ESTADO DE DERECHO*

Pedro RIVAS*

SUMARIO: I. *Dos concepciones diferentes del derecho.* II. *Dos concepciones diferentes de lo político.*

I. DOS CONCEPCIONES DIFERENTES DEL DERECHO

Hablar de *Rule of Law* no es lo mismo que hablar de Estado de derecho, aunque sólo sea por la obviedad de que en un caso el Estado no comparece textualmente y en el otro sí. Pero, en primer lugar, cabe preguntarse por qué es relevante analizar las diferencias, comparar uno y otro. A mi juicio, la comparación ayuda precisamente a comprender cada uno de ellos. Es en las diferencias donde tal vez podamos encontrar buena parte del sentido; porque tales diferencias nos obligan a acudir al origen histórico, al imaginario que sostiene cada una, a la comprensión de lo jurídico que las sostiene. Tales diferencias pueden ser muchas, pero trataremos de ir de las diferencias más manifiestas a las más profundas.

Lo más manifiesto es que la primera aparece en un contexto donde no se hace mención del Estado. La primera pregunta a resolver es cuáles son los elementos que definen el Estado y lo convierten en una forma de organizarse políticamente diferente de las precedentes. Puede ocurrir que la falta de alguno o varios de esos elementos en el ámbito de la expresión *Rule of Law* sea la explicación que buscamos. Lo que define al Estado es principalmente la idea de soberanía: las comunidades políticas previas a la aparición del Estado no eran soberanas. Quedan por ver qué otros elementos novedosos y diferentes y en qué modo se articulan con éste. Incluso es posible ver la relación de la soberanía con otros rasgos. En todo caso, para

* Universidad de La Coruña.

lo que nos importa no podemos dejar de mirar esta realidad. La soberanía, aunque fuera enunciada previamente por Bodin, es teorizada y defendida por Hobbes. De los conocidos textos hobbesianos¹ parece claro que se trata de supremacía. La condición suprema del poder pasa a definir al Estado moderno. Que sea suprema no quiere decir lo mismo que absoluta. La supremacía significa el último peldaño, la cúspide: no hay nada por encima. Que pretenda hacerse presente en todos los órdenes de la vida humana es una cuestión distinta: el problema de la condición absoluta del poder político. Cuando hablamos de soberanía queremos expresar simplemente que no hay otro poder superior, que el poder al que se adjetiva como soberano es supremo. La expresión “dios mortal”² que emplea Hobbes en el *Leviatán* para caracterizar al Estado pone de manifiesto esta índole, pues lo característico de la divinidad es que no hay nadie por encima de ella. Todo otro poder está sometido al poder supremo. De la misma forma que no pueden existir varios dioses porque sólo uno de ellos puede ser supremo y es el único del que se puede predicar verdaderamente la divinidad.

Ahora bien, hay que preguntarse qué poderes son los quedarían subordinados al soberano. O dicho de otra forma, nos preguntamos qué tenía el poder político antes de Hobbes que no lo hacía supremo, es decir, soberano. En el momento de escribirse el *Leviatán*, ni el papado ni el emperador eran rivales del poder político de un reino detentado por una persona o por una asamblea. En lo que Hobbes estaba pensando era más bien en el derecho. La descripción del Leviatán se hace fundamentalmente en relación al derecho.

Nadie duda que el carácter supremo que define la soberanía se establece en relación a poderes externos como el papado o el emperador. Sin embargo, la supremacía que va a suponer un cambio realmente fundamental es la que se refiere al derecho. Las referencias al derecho en sus obras ya mencionadas y, sobre todo, la lectura de su *Diálogo*, dejan la impresión en ocasiones de que lo que realmente preocupa a Hobbes es el derecho.³ En

¹ Hobbes, T., *Leviathan* II, pp. 18 y 26. La edición crítica más reciente, Hobbes, T., *Leviathan*, Oxford, Clarendon, The English and Latin Texts edited by Noel Malcolm, 2014.

² *Cfr. ibidem*, p. 17. A este respecto, Goldsmith señala que la expresión “dios mortal” muestra los dos componentes de la lógica inherente al concepto hobbesiano de soberanía: el cierre (*closure*) y la jerarquía. Es decir, que la jerarquía entre las autoridades del sistema tiene un tope, un cierre: finalmente hay una autoridad no subordinada a otra. *Cfr.* Goldsmith, M. M., “Hobbes’s Mortal God”, *History of Political Thought* 1, 1980, pp. 38 y ss.

³ Hobbes, T., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*. La edición crítica más reciente puede consultarse en Hobbes, T., *Writings on Common Law and Hereditary Rights*, Oxford, Clarendon, Alan Cromartie and Quentin Skinner, 2005.

realidad da la impresión de que el enemigo de Hobbes es el derecho inglés. Y, en efecto, “entre los demonios de Hobbes los juristas del *Common Law* estaban sólo por debajo de los clérigos presbiterianos”.⁴

En este punto, no puede dejar de señalarse el carácter contrafáctico de la explicación que Hobbes da de la relación entre derecho y poder. Para eso se hace necesario mencionar algunas de las explicaciones canónicas del sentido del *Common Law*, de sus fuentes, de la comprensión del derecho que generan en jueces y ciudadanos. Las caracterizaciones que se pueden encontrar del derecho inglés son coincidentes en sus rasgos. Como explica Cromartie, para la gente, la expresión *Common Law* servía para distinguir el derecho inglés del derecho romano. También diferenciaba los procedimientos de dos tribunales reales de la época frente al resto de tribunales. Pero, para lo que nos interesa, diferenciaba el derecho no escrito frente a las posteriores alteraciones legislativas. Este derecho no escrito era razón y sus reglas tenían un estatus diferente de las creadas por un parlamento. Algunos rasgos de la práctica jurídica enfatizaban la racionalidad del *Common Law*. Por ejemplo, el que un *statute* que revocara el *Common Law* debía interpretarse de modo restrictivo pues en realidad coexistían ambos.⁵ Y en este sentido, al ser interpretados con el espíritu del *Common Law*, quedan muy pronto transformados por una espesa capa de precedentes normativos y, de este modo, entretejidos inseparablemente en el tejido unitario del *Common Law*.⁶ Era, por tanto, *ratio scripta*, es decir, no razón abstracta sino históricamente implementada a través de una técnica consolidada que pasaba de una generación a otra de juristas y jueces. Una razón artificial, técnica y consolidada.⁷ Los principios de derecho natural y las costumbres nacionales eran el punto de partida del razonamiento jurídico. Este cristalizó en las máximas o leyes generales: por eso, la razón era la causa eficiente de las máximas. El derecho era el efecto de aplicar tales máximas, las cuales son entonces conclusiones de la razón y fundamentos del derecho. Por eso parece un punto donde convergen esas costumbres y el derecho natural. Resultan extraídas de los casos, mejor dicho de la armonía y congruencia de los casos, de los juristas más sabios y profundos, aunque ellos no formularan tales máximas. Este derecho no escrito no es por tanto definitivo porque varía por el recur-

⁴ Cromartie, A., “Introducción”, Hobbes, T., *A dialogue between a philosopher...*, *op. cit.*, p. XXXV.

⁵ *Cfr. ibidem*, pp. XXVI-XXVIII.

⁶ *Cfr.* Radbruch, G., *The Spirit of Common Law*. Cito la traducción de Vela, Fernando, *El espíritu del derecho inglés*, Madrid, Revista de Occidente, 1958, p. 48.

⁷ *Cfr.* Costa, P., “The Rule of Law: a Historical Introduction”, en Costa, P. y Zolo, D. (eds.), *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, Dordrecht, 2007, p. 82.

so a esos principios naturales.⁸ Otra manera de describirlo es partir de que las costumbres nacionales son en realidad pura racionalidad porque son el producto de lo conveniente para las personas y así incorporan los resultados de las experiencias humanas concretas. Dicho de otra manera, estamos ante una sabiduría colectiva.⁹ En efecto, una razón colectiva, expresión de una comunidad de sabios, que mejoraba a través de generaciones, refinando y adaptando a las circunstancias cambiantes: Coke, Hale y Blackstone definieron y describieron así el derecho inglés.¹⁰ Lo característico de éste es que no es legislado. Eso significa que el derecho no tiene dueño. Se ha caracterizado al derecho inglés de *judicialista* por el papel central de los jueces. Ahora bien, éstos tienen la conciencia de que, a pesar de su labor creativa, el derecho no les pertenece sino que consiste más bien en un conjunto de costumbres normativas que se remontan a un tiempo pasado y que responden en realidad a la aplicación de la racionalidad común a las situaciones de la vida. Por eso se puede decir que el derecho no tiene dueño, porque es incontrolable, escapa de todo poder político desde su misma raíz. Se trata de un derecho no determinado por un soberano sino independiente de cualquier voluntad centralizada.¹¹ Por eso, Radbruch afirmaba que más que en cualquier otro país, es en Inglaterra donde está realizada y garantizada la autonomía del derecho, más aún, la subordinación del poder al derecho.¹² En realidad, es el crítico por antonomasia del *Common Law*, quien mejor nos lo explica. Como dice Bentham, “no tiene persona alguna por autor”.¹³ Y se pregunta retóricamente con todo énfasis, “¿dónde está prescrito?... ¿Quién lo hizo? ¿Quién lo expresó? ¿De quién es la voluntad?”.¹⁴

Lo anterior explica, entre otras cosas, el éxito de Hobbes incluso en quienes critican ferozmente su discutida tendencia al absolutismo. En realidad el problema del supuesto absolutismo hobbesiano sería sólo una anécdota. Lo importante es la concepción monista de las fuentes del derecho.¹⁵

⁸ Cfr. Cromartie, A., *op. cit.*, p. XXIX.

⁹ Cfr. *ibidem*, pp. XXX Y XXXI.

¹⁰ Cfr. Costa, P., *op. cit.*, p. 82.

¹¹ *Ibidem*, pp. 82 y 83.

¹² Cfr. Radbruch, G., *op. cit.*, pp. 41-43.

¹³ Bentham, J., en Hart, H. L. A. *et al.* (eds.), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 8.

¹⁴ Bentham, J., “A Comment on the Commentaries”, en Hart, H. L. A. *et al.* (eds.), *A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government*, Londres, Athlone Press, 1977, p. 43.

¹⁵ Cfr. Domínguez González, D. J., “Hobbes y el problema de la soberanía. Algunas notas referentes a la pre-comprensión teórica del poder en la filosofía política moderna”, *Endoxa*, 23, 2009, pp. 165 y 166.

En el ámbito del *Common Law*, en cambio, la potestad política no monopoliza la producción del derecho, y por eso las limitaciones al poder son extrínsecas, de un derecho superior y anterior, del que el poder político no puede disponer.¹⁶ Nuestro espacio conceptual es el de Hobbes por mucho que hablemos de reglas constitucionales y demás. Ahora, soberano es el que dispone de las fuentes del derecho, y el derecho es capaz de regular su producción interna de acuerdo a operaciones inherentes al sistema jurídico.¹⁷ En realidad, todo el pensamiento político posterior le compra a Hobbes la idea de soberanía porque transforma el poder en un monopolio desde el momento en el que el derecho no se le escapa sino que queda reducido a la voluntad de dicho poder. Esto es así por mucho que luego hayamos inventado mil sistemas de pesos y contrapesos, de repartos y vigilancias del poder. Al hacerse con el monopolio de la creación del derecho se ha terminado el único y verdadero freno al poder político. Por eso, su filosofía política consiste en una justificación del Estado, en un relato racional de la *construcción* de lo político. Luego hemos llevado el sujeto de la soberanía desde el monarca al pueblo y hemos creado una ficción como la de la representación: pero ahora el derecho tiene dueño.

Después se ha hablado de la domesticación o racionalización del Estado, de que desaparece la huella del soberano hobbesiano.¹⁸ Como se ha dicho con agudeza, el límite del poder político moderno es puesto por el propio poder. Estamos ante el carácter autorreferencial de la limitación del poder, que nos presenta el límite en forma de concesión o gracia.¹⁹ Ahora bien, ¿cómo es posible tal cosa si el Estado tiene su origen en un acto no racional? Aún más, ¿en qué sentido llamamos orden a lo creado por el derecho si ha tenido su origen en un mero acto de voluntad? Si todo orden, para Hobbes y para el pensamiento político posterior, es artificial, entonces ¿por qué lo llamamos orden? Parece entonces que la carga valorativa de la palabra *orden* está de más. No se introduce orden alguno con un mero acto de voluntad. No es que se precise un modelo o paradigma al que el orden político deba imitar para ser racional. En efecto, la construcción de un orden político es siempre praxis y no mera técnica, por tanto la racionalidad debe acompañar a todo el proceso. Pero también la praxis necesita cuan-

¹⁶ Cf. Pereira Menaut, A. C., *Rule of Law o Estado de derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 52 y 53.

¹⁷ Cf. Domínguez González, D. J., *op. cit.*, p. 166.

¹⁸ Cf. Hobbes, T., *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, estudio preliminar, traducción y notas de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecnos, 1992, p. XXXII.

¹⁹ Cf. Domínguez González, D. J., *op. cit.*, pp. 161 y 162.

do menos alguna finalidad, algún sentido, en definitiva. Al mismo tiempo, también parece raro imaginar un derecho previo a lo político en la medida en que solamente se da en el seno de una realidad política. Ahora bien, la teorización del orden político previo a Hobbes parte de un reconocimiento o de una anticipación del derecho respecto al poder político. Esto supone comprender lo político como algo más que la construcción de un poder político. Lo central de lo político no es ya la generación de un poder y su desarrollo cuanto algo distinto. O al menos, es algo más complejo que el poder, entendido además como uso de la fuerza o si se prefiere como un elemento formal necesario para la construcción de un orden y por tanto previo, esencial y central a la realidad política. Por eso, a Hobbes, que pretende reducir lo político a la conformación y explicación del poder, le interesa la desaparición del derecho del espectro político, o mejor dicho su reducción a un epifenómeno del poder. Con la aceptación de la idea hobbesiana de soberanía, lo que estamos comprando es también que el poder se constituya en el elemento nuclear de lo político. No es que antes no se teorice sobre el poder, sino que el lugar de éste no era el eje y el centro, al menos en la medida en que existían otros elementos sociales y políticos, como es el caso manifiesto del derecho, que no se reducían a él. La noción de soberanía supone un estrechamiento del ámbito de lo político que se ha constituido en habitual, usual, dado por supuesto, punto de partida. Obsérvese que no se trata de reivindicar la existencia de una especie de derecho previo a lo político, como un derecho en el estado de naturaleza, sino de señalar simplemente que la articulación del poder en el espectro de lo político es más compleja de lo que queremos creer. O al menos era más compleja, porque desde Hobbes ha dejado de serlo.

Se ve entonces con claridad que lo que está haciendo Hobbes es invertir la relación entre derecho y poder político. Soberano es principalmente el que tiene supremacía sobre el derecho. Ahora el poder es el origen y la fuente del derecho, lo que explica que en el fondo nunca está atado a él, subordinado a él. Ahora bien, tal situación teórica no puede darse verdaderamente en un orden jurídico como el del *Common Law*. Es más, propiamente tampoco puede darse en un orden jurídico como el continental previo a la codificación. En este sentido, la codificación sólo se comprende en el marco de la idea de soberanía. En un universo jurídico donde el poder político no ejerce apenas tareas creadoras de derecho, no se puede hablar de soberanía. El mundo medieval en su conjunto y la mayoría de las comunidades políticas modernas no concebían al poder político como productor de derecho.

En este sentido, el derecho común europeo coincidía con el *Common Law* en que su origen y fuente no era el poder político. Más allá de sus diferencias en este aspecto, la continuidad moderna con la concepción del derecho era similar. Porque la ausencia o al menos el carácter menor de la producción jurídica del poder político hunde sus raíces en la concepción medieval del derecho. La similitud en este punto, el paralelismo entre el derecho anglosajón y el derecho continental se puede percibir cuando se lee la comprensión que Savigny tenía del derecho común. Los rasgos que predica de éste nos llevan a un imaginario parejo al del jurista del *Common Law*. En especial, en lo que venimos diciendo: el derecho no es en ningún caso la expresión de la voluntad del que detenta el poder político.²⁰ En este sentido, considero que el Estado propiamente hablando aparece con la codificación y que es ésta la que produce de manera efectiva un cambio de mentalidad jurídica acorde con la idea política de soberanía, es decir con la idea de Estado.

Por lo anterior se entiende que la soberanía del Parlamento inglés que se expresa fundamentalmente en pugna con la soberanía del rey, supone un problema conceptual para el *Common Law*. Dicho problema no tiene mayores consecuencias cuando la labor legislativa es casi nula. Pero cuando ésta comienza a aumentar ya a finales del siglo XIX, entonces se hace necesario resolver el dilema entre la soberanía del Parlamento y el *Common Law*. Ahora bien, obsérvese con todo que en su origen la idea política de la soberanía parlamentaria se defiende no frente al *Common Law* sino frente a la idea de la soberanía del monarca. El enemigo no es el *Common Law*, por tanto.²¹

II. DOS CONCEPCIONES DIFERENTES DE LO POLÍTICO

Hasta acá, habríamos mostrado la importancia de la idea de soberanía para entender la diferencia entre ambos conceptos. Uno aparece en una mentalidad jurídica donde no existe tal soberanía ni casi poder político legislador. La otra aparece en el marco de un poder soberano que mediante la codificación ha sometido todo el derecho. Ahora bien, podemos profundizar un poco más todavía. Si el *Common Law* y el derecho común continental son de origen

²⁰ Von Savigny, F. C., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Mohr und Zimmer, 1814, *passim*. Hay traducción de Díaz, J., *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, Madrid, Aguilar, 1970.

²¹ Sobre el particular, puede verse el detallado estudio de Varela Suanzes, J., “La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)”, *Fundamentos: cuadernos monográficos de teoría del Estado, derecho público e historia constitucional*, 1, 1998, pp. 87-166.

medieval, mientras el derecho codificado es producto de las ideas políticas modernas plasmadas en el Estado contemporáneo, tal vez podamos rastrear, en las distintas comprensiones de lo político (medieval y moderna), las diferencias más radicales y profundas entre *Rule of Law* y Estado de derecho.²² Parece claro que responden a dos concepciones diferentes del derecho, ya que en la base de la diferencia está la idea de soberanía. Pero, tratemos de ir desde la idea de soberanía hasta el sentido de lo político: vayamos al fondo por ver si hay algo más profundo, si el sometimiento del derecho al poder es producto de una visión distinta de lo político en general y del poder en particular.²³

El planteamiento moderno del sentido y origen de la comunidad política es ajeno al imaginario anterior. La comprensión del derecho es diferente porque es diferente la comprensión del poder. Y es que para tratar de comprender lo político, el pensamiento moderno necesita pensar en una realidad previa a la politicidad en la que ésta se da. Esta realidad puede ser individual o colectiva. Es fácil advertir que en las teorías del contrato social la realidad es el individuo singular. Lo que modifican las ideologías totalitarias o no liberales modernas es el quién de esa realidad previa: ahora es una colectividad. Pero, en todo caso, lo político es un momento posterior. Se inaugura así un modo binario de pensar que opone el sujeto político (individual o colectivo) a la propia politicidad del mismo. En el momento presente de la historia parece haber triunfado el ideal de las primitivas teorías políticas de la modernidad: tal realidad previa es el sujeto humano individual y singular. Cuál sea la causa de la decisión de pensar así al sujeto humano escapa al propósito de estas páginas. Si tal planteamiento encuentra eco es porque probablemente responde cada vez más al imaginario del lector contemporáneo ya desde el momento en que se formula. Los propósitos particulares, algunos contingentes y epocales, otros no, apuntan a una forma diferente de explicar la comunidad política. Más en concreto, a través de su origen se trata de dar con su sentido, su condición de posibilidad para existir. La causa que genera dicho cambio pudiera ser el afán de descomposición de las realidades hasta sus partes más simples e indivisibles. O puede que se trate del empeño por dar explicaciones según un orden temporal y preguntarse entonces simplemente qué había antes, qué realidad es previa a la comunidad política. Incluso puede reproducir la búsqueda de causas propia de toda

²² En este punto, la intuición es de nuevo de Radbruch, G., *op. cit.*, p. 13.

²³ En las páginas que siguen soy deudor de la inspiración de la lectura de Cruz Prados, A., *Filosofía política*, Pamplona, EUNSA, 2009.

ciencia. Y entender que la causa es necesariamente anterior al efecto y por tanto debe existir antes que él. Pareciera en cualquier caso que encontramos alguna huella del método característico de las ciencias experimentales en la modernidad. Tales operaciones mentales conducen a un mismo resultado y todas son extrañas a la concepción clásica de la comunidad política.²⁴

Como puede observarse, el pensar binariamente es también el producto de considerar que la comunidad política aparece como una creación de las voluntades de quienes pactan. Pero ha sido creado precisamente como lo otro, porque de un modo u otro nos hemos despojado de algunos de nuestros bienes o al menos porque aparece como el producto de una cesión del uso irrestricto de nuestra voluntad. Si precisamente nos comprendemos como pura autonomía, es difícil reconocerse en aquello que es producto de la pérdida de lo que nos constituye como humanos: la autonomía de nuestra voluntad. La comunidad política es solamente el producto de nuestra voluntad, pero no sólo de la mía o no completamente. No pudiendo entonces reconocernos en ella, la comunidad política adquiere entonces caracteres de sujeto diferente y distinto al propio yo. Es decir, la polis (ahora Estado) se ha hipostasiado, y con ello se ha convertido, como se decía, en un peligro. Tal vez responda a que su ausencia supone un peligro mayor, pero en todo caso es un peligro. Caben entonces dos opciones: ser instrumentalizado por ella o tratar de instrumentalizarla. Habida cuenta de su formidable poder y del resultado de las experiencias de los dos siglos anteriores (y de otras en lo que llevamos de éste), parece claro que en este siglo no nos cabe duda alguna de qué opción preferimos. Otra cosa es que estemos logrando llevarla a la práctica. Pero, más allá de las luchas ideológicas pasadas, lo que permanece inamovible es la misma comprensión hipostasiada de la comunidad política. Si ésta es nada más que la creación de un acto de voluntad (o de una suma de voluntades), puede entenderse que aparezca también con voluntad propia. Y entonces está servido el conflicto de voluntades.

Y es que como toda realidad compuesta de seres vivos, el Estado pareciera tener también vida propia. Ahí es, como ya se ha visto, donde reside el problema. Al pensarse a sí mismo como una realidad previa, el individuo singular tiene la consideración de lo otro (en este caso el Estado) como peligro, o incluso enemigo, por el simple motivo de que no parece posible reconocerse en él sino sólo en mí mismo. Para la mentalidad moderna que tiene por centro el valor de la autonomía de la voluntad, la propia realidad, la propia identidad, donde uno se reconoce, es apenas en sí mismo y con di-

²⁴ Al respecto puede verse mi libro *Justicia, comunidad, obediencia. El pensamiento de Sócrates ante la ley*, Pamplona, EUNSA, 1996, pp. 296-310.

ficultad en algunos de sus semejantes. De modo que si tengo dificultad para reconocermé en el otro, mucho menos voy a reconocermé en una realidad posterior que viene a pretender ser la suma de todos. Esa realidad otra, que llamamos comunidad política, es si cabe peor porque es más grande y más fuerte que uno. Y está, eso sí, tan viva como uno, porque está formada por seres humanos. Así, ese otro es una realidad viva, que opera con mayor fuerza que un ser humano y que carece precisamente de aquello que puede hacer que uno se reconozca en él. Por eso, el afán cada vez mayor del ser humano ha sido no sólo evitar ser dominado por el Estado, sino también tratar de dominarlo a él para emplear precisamente toda su fuerza.

La comunidad política en forma de Estado se presenta entonces como una estructura artificial que consiste fundamentalmente en poder. Y un poder que entra en inevitable conflicto con la realidad previa que, como mencionamos, es el individuo y sus derechos. Porque la verdad sobre el ser humano sólo se encontraría en ese conjunto de derechos previos a la politicidad, precedentes incluso a su dimensión comunitaria. Lo político es algo a lo que nos vemos abocados a regañadientes, y en este repliegue del individuo sobre sí mismo, lo comunitario se ve siempre como peligroso, no identitario, ajeno. No es que se haya alejado del sujeto singular, sino que estaba lejos desde el principio. El impulso lleva a alejarse de esa construcción peligrosa donde uno no puede reconocerse porque no sirve a sino que más bien conspira contra el propio proyecto vital. En el fondo, parece latir una ilusión de una especie de cielo en la tierra compuesto por el individuo solo, pleno de derechos frente a ningún otro, rodeado de todos los bienes de la tierra, a los que tal vez añadir otros individuos en la medida en que se comporten como bienes.

Desde la perspectiva recién descrita, carece de sentido pretender que exista un bien común político. El bien es siempre particular. Lo más parecido a un bien común es la maximización de los bienes particulares coincidentes. Pero esos bienes no son propiamente comunes sino singulares y coincidentes, es decir, tenemos por bienes particulares realidades similares, o apreciamos como buenos los mismos bienes particulares. Pero el carácter de bondad de una realidad es siempre individual, singular, particular. El sentido de nuestras comunidades políticas es la protección de los bienes particulares y nada más. En este sentido se entiende el carácter meramente instrumental de la comunidad política para la mentalidad moderna. La comunidad política, ahora el Estado, no añade nada al individuo singular en cuanto a sus fines: se pretende que no sea más que un simple medio eficiente. Pero, al mismo tiempo, se trata de un medio con vida propia y que

es capaz de invertir la relación, es decir, de convertir al individuo en medio para sus fines.

Por lo anterior, se entiende que dicho conflicto no tenga otra solución que no sea la victoria de una voluntad (la del individuo o la de la comunidad) sobre la otra. Pero, en todo caso, ninguna de las dos voluntades están dispuestas a reconocer un tercero que se imponga sobre ellas y mucho menos cuando ese tercero se presenta como razón y carece en definitiva de una voluntad o de un sujeto con voluntad que lo sostenga o donde tenga su sede. Ese tercero, tal y como lo perciben los actores del drama, es el derecho. Precisamente, el derecho va a convertirse más bien en el instrumento adecuado para someter y controlar la voluntad del otro, sea quien sea el que gane en el conflicto de voluntades. Pero para eso primero es necesario someter el derecho a la voluntad triunfante, superior, suprema. Eso y no otra cosa es la idea de soberanía. Lo que se acaba de describir no es el producto de ningún diseño previo, ni es el resultado de ningún proyecto político expresado de esta forma en un momento dado. Simplemente se trata de la explicación de los orígenes de la idea de soberanía como sometimiento del derecho al poder, como comprensión del poder como monopolio de las fuentes del derecho. La tesis que se defiende es que la concepción política de la modernidad presupone un conflicto, una tensión entre voluntades ajenas. Para ello ha sido necesaria la aparición de una dualidad de voluntades que es producto de la conversión de la comunidad política en sujeto distinto, es decir, de su conversión en hipóstasis. Y es esta concepción política de la modernidad, con dicho conflicto de voluntades, lo que explica la lucha de tales voluntades por el derecho: es decir, el sometimiento de éste, su conversión en un epifenómeno de la voluntad triunfante.

El derecho se convierte así en el agente institucionalizador por excelencia. Lo primero que se hace es crear o modificar el derecho para crear o modificar una realidad. ¿Es éste el sentido del derecho? La expresión, algo en desuso, ingeniería social parece responder a este esquema. El derecho se convierte en el modo de convertir una conducta (corriente o no) en hábito y patrón. En ocasiones, puede ser producto de la velocidad de los cambios sociales o de la presión de los agentes de dichos cambios. Pero la soberanía, el sometimiento del derecho, no nace como resultado de los agentes de cambios más veloces y más requirientes de cambio. Es el poder quien percibe que el derecho es un freno para su voluntad y quien decide someterlo. Y entonces sí, cuando el poder puede desplegarse y hacerse omnipresente (gracias al desarrollo de la propia ciencia y de la técnica) ocupa todos los espacios y emplea el derecho como instrumento preferido para colonizarlo todo. ¿Por qué hasta ese momento el poder no ha puesto sus ojos sobre el

derecho? En gran medida porque de poco hubiera servido legislar mucho si no hay medios reales para hacer efectivo lo que se legisla.

Lo anterior explica también que el contenido del pensamiento político a partir de la modernidad ha sido precisamente el poder. Porque ahora en el origen de lo político no hay sino un acto de voluntad, y a lo que da lugar es a una comunidad que se caracteriza precisamente por la soberanía. Es decir, por una voluntad que detenta la supremacía, es decir, que se impone. De hecho, la conversión del derecho en parte de esa voluntad supone su identificación con un acto de poder. De esta manera, se reduce la participación en lo político a ejercer de alguna forma un acto de poder. Todo el objeto de la reflexión política consiste en la conquista, preservación y ejercicio del poder, en el diseño de sus límites y en cómo superar esos límites. Esto último no sólo ocurre si se piensa en los partidos políticos o en los representantes como sujeto de todas esas operaciones (conquista, ejercicio, preservación, etcétera). También si se piensa en el individuo concreto como sujeto frente a sus propios representantes (o frente a los partidos políticos que intermedian entre ambos): en este caso, los contrapesos al poder, la división de poderes, los derechos individuales, etcétera, son también vistos como conquista, ejercicio y preservación del poder. En último término, si no hay más que un conflicto más o menos complejo de voluntades, se comprende que no se hable más que de poder. Todo lo cual muestra la imposibilidad de pensar en términos de verdadera comunidad porque no hay bienes que compartir. El poder, por su propia naturaleza, refleja el alcance de cada voluntad, y en este sentido toda voluntad ajena es límite de la propia. Cuando los demás son límites es porque constituyen de nuevo una realidad distinta, ajena a mí, con quien sólo puede haber, en el mejor de los casos, coincidencia o compatibilidad, pero nunca verdadera comunidad.

Las dificultades de salir de este modo binario de pensar son numerosas. Nuestra pasada experiencia de los últimos siglos ha construido un imaginario que hace sospechar de toda explicación de lo político que no comience por afirmar los puros derechos individuales, entendidos como defensas irrestrictas del sujeto frente a una estructura anónima que busca fundamentalmente instrumentalizarlo. Como consecuencia de lo anterior, existe un miedo a pensar los derechos humanos como políticos porque se interpreta tal afirmación como identificarlos con positivos, convencionales, productos del hacer de la voluntad en último término. Pero son radicalmente políticos en la medida en que, como todo lo jurídico, se dan en la comunidad política. Porque lo político no es un momento segundo (ni temporal ni en el sentido de secundario) en lo humano. El error parte de pensar que nos perfeccio-

namos como si fuéramos adquiriendo capas (el lenguaje, la afectividad, el conocimiento, los vínculos familiares, etcétera) que se superponen a nuestra desnuda condición original. En este sentido, cabe intentar superar el esquema moderno que nos hace pensar lo humano en antítesis (individuo-comunidad, cuerpo-alma, naturaleza-espíritu) y en sucesiones temporales (estado de naturaleza-estado social, posición original-consenso superpuesto, etcétera).

También se comprende mejor el afán presente por buscar en otras formas de comunidad (el caso típico es la empresa) el paradigma desde el cual construir lo político. Pareciera que se pretende evitar precisamente que el poder sea el único eje de la reflexión. Porque la empresa parece una construcción común que se explica por otros fines y que busca siempre una situación donde todos ganan, donde no hay fuerza y que tiene por clave la cooperación. Aunque otras veces parece simplemente el traslado de los modos de gestión empresarial a la gestión pública como consecuencia de la búsqueda de la simple eficiencia. Pero cabe pensar también que la fuerza actual de las relaciones humanas en el mundo de la empresa sea signo de la búsqueda permanente del ser humano de encontrar lugares donde reconocerse, es decir, donde puedan existir fines y por tanto bienes verdaderamente comunes. Con todo (y al margen de las limitaciones y aun errores de comparar empresa y comunidad política), tal operación supone reconocer que en el momento presente el ser humano sólo se reconoce a sí mismo en el ámbito de la privacidad. Este ámbito en muchas ocasiones es el de la familia o en otros casos no se acude a la familia sino únicamente al solipsismo del yo incomunicado. Pero esta reflexión debe ser objeto de otro trabajo distinto.

ACTUALIDAD DE LA IDEOLOGÍA. PERVIVENCIA, MUTACIÓN, IMPREGNACIÓN

Héctor GHIRETTI*

SUMARIO: I. *Un asunto aparentemente olvidado.* II. *Conceptos de ideología.* III. *El concepto propuesto por Massini.* IV. *La ideología hoy.* V. *Una definición mínima de ideología.* VI. *La ideología como fragmento autonomizado.* VII. *¿Es posible un restablecimiento de la razón práctica?* VIII. *Conclusión.*

I. UN ASUNTO APARENTEMENTE OLVIDADO

La ideología es un tema que no parece recibir mucha atención por parte de las ciencias humanas y sociales de hoy. La tuvo un día, pero se ha desplazado a otros objetos.

Si se mira al escenario político se advierte que conforme a la célebre tesis del fin de las ideologías, los actores políticos (al menos la mayoría de ellos, los más relevantes: hacia los extremos y los márgenes, las ideologías florecen) parecen haberse desembarazado definitivamente de esos molestos corsés de la razón especulativa y presumen llevar a cabo una acción sobre problemas concretos, para aportar soluciones concretas.

En consecuencia, no se preguntan demasiado si existen varias formas para resolver esos problemas, O si éstos tienen relación con visiones más amplias de la realidad, o si la comprensión de ese aspecto de la vida política o social, en términos de *problema*, tiene un origen no totalmente determinado por la realidad misma.

Si se atiende, en cambio, a las ciencias sociales, se advierte que desde que se generalizó la perspectiva del *giro lingüístico* de la filosofía, en el que el discurso pasó a ser el objeto de estudio prioritario, desplazando en consecuencia del foco de análisis a la realidad a la que se refieren, la ideología es una presencia absoluta, total, respecto de la cual no parece existir un *afuera*,

* Conicet-Universidad Nacional de Cuyo.

un campo externo que permita observarla en su conjunto. Para las ciencias sociales toda estructura de ideas, creencias, juicios y preceptos que corresponde a una época, a un lugar, a una sociedad, una cultura o una institución determinada constituye una ideología: eso parece fuera de cuestión.

Desde esta perspectiva, todo juicio o discurso que se pretenda externo a una ideología determinada no es más que una relación de interacción entre ideologías. En este sentido, la distinción entre “ciencia” e “ideología” no es más que un recurso propio de la sociología del conocimiento destinado a evitar impugnaciones derivadas del ya mencionado giro lingüístico, cayendo en definitiva bajo la sospecha de que quienes identifican y analizan las construcciones ideológicas como objetos de estudio que no los comprenden como parte integrante, lo hacen en virtud de una limitación ideológica que no pueden trascender.

La política ignora la ideología, se presenta (engañosamente) liberada de ella. La ciencia social, por su parte, está apresada dentro de sus laberintos, no puede salir de ellos, ni siguiendo sus vericuetos ni —como recomendaba Leopoldo Marechal— por arriba. Otra razón más para estudiar el fatal divorcio entre la ciencia y la política, que no hace sino ensancharse cada día.

Eppur si muove: la ideología existe. No es todo, pero tampoco nada es algo. En la actualidad constituye un elemento de comprensión y acción, transformación y consolidación social y política de primer orden. Pero sólo es posible comprenderla, analizarla, aprehenderla como objeto diferenciado si conseguimos situarnos en un terreno que le sea externo, fuera de su alcance y su estructura, desde el cual sea posible observarlo en conjunto, apreciar su contorno y su dintorno. Y no es un dato precisamente auspicioso el hecho de que ni en la política ni en las ciencias sociales se pregunten en profundidad por ella.

Reinhart Koselleck explicó que una de las características de la presencia del tiempo en el lenguaje político revolucionario es el sustancial incremento de la diferencia entre *esperienza* y *expectativa*. Esta diferencia se verificó en el surgimiento y la consolidación de nuevos conceptos de uso político: esos usos se articulaban a partir de una noción de cambio de las condiciones imperantes, fundada en la anticipación de un futuro del cual no se poseía experiencia. Entre esos usos, el autor señala la posibilidad de criticar/impugnar/descalificar al oponente político en términos de “ideólogo”.¹

¹ Koselleck, Reinhart, “Time and Revolutionary Language”, en Schürman, Reiner, *The Public Realm. Essays on Discursive Types in Political Philosophy*, Albany, State University of New York Press, 1989, pp. 304 y 305.

El autor señala con acierto esta particularidad de la lucha política en la época contemporánea. Lo que no dice es si en las condiciones imperantes, esa característica es suprimible o puede ignorarse. En un universo en el que la contienda por el poder no es un estricto enfrentamiento entre personas o grupos de poder (como sucedía usualmente en los tiempos del Antiguo Régimen) sino (al menos en el plano del discurso) entre diversas formas de concebir el orden político, económico o social, la crítica de la ideología deviene imprescindible.

La distinción entre discursos verdaderos o falsos, adecuados o inadecuados, buenos o malos sigue siendo imprescindible para la acción política, tanto en su aspecto práctico como en su fase técnica.

Por esta razón los trabajos de esclarecimiento en torno al concepto de ideología de Carlos Ignacio Massini siguen teniendo total vigencia. Publicados hacia fines de la década de los setenta y principios de los años ochenta, reflejan una preocupación propia de su tiempo, que va desde los primeros diagnósticos en torno al *fin o la muerte de las ideologías*² hacia finales de la década de los cincuenta y primeros años de los sesenta, hasta el último episodio de la guerra fría y la formulación de una nueva tesis sobre la desaparición de la ideología, esta vez trasuntada en *El fin de la historia*.³ El periodo definido, no obstante, coincidió en muchos países de Occidente con el recrudecimiento de la confrontación ideológica, al punto de transformarse frecuentemente en lucha armada y en guerra civil.⁴

² Esta tesis se halla desperdigada en varios libros y autores, pero puede encontrarse una temprana y completa síntesis crítica en Gómez de Aranda, Luis, *El tema de las ideologías*, Madrid, Europa, 1966, pp. 19-28.

³ Fukuyama, Francis, *El fin de la historia y el último hombre*, Barcelona, Paneta, 1992.

⁴ La literatura sobre la ideología que se produjo en esa época parece haber respondido masivamente y desde diversas perspectivas a la refutación de las tesis de la muerte o la declinación de las ideologías. Entre fines de la década de 1970 y la mitad de la siguiente se produjeron textos realmente interesantes, que desarrollaron el concepto de ideología en diversos sentidos. Pueden contarse varios textos contemporáneos al de Massini. Desde el punto de vista de la psicología social, puede mencionarse a Pastor Ramos, Gerardo, *Ideologías. Su medición psicosocial*, Barcelona, Herder, 1986. Un texto clave es el de Ricoeur, Paul, *Lectures on Ideology and Utopia*, Nueva York, Columbia University Press, 1986. En el campo marxista se encuentra la obra de Abercrombie, Nicholas et al., *The Dominant Ideology Thesis*, Londres, George Allen and Unwin, 1980. También en el marxismo puede mencionarse la obra Mészáros, István, *Philosophy, Ideology and Social Science*, Nueva York, St Martin's Press, 1986. Desde una perspectiva tributaria de la filosofía política clásica y la historia del pensamiento político, Bracher, Karl Dietrich, *Zeit der Ideologien: Eine Geschichte politischen Denkens im 20. Jahrhundert*, Darmstadt, DVA, 1982. También Maguire, Kenneth, *Alien Powers. The Pure Theory of Ideology*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1985. Desde la ciencia política, Eccleshall, Robert et al., *Political Ideologies. An Introduction*, Londres, Unwin Hyman, 1984. La mayoría de estas obras posee su traducción al español, lo que revela el interés por la discusión en torno a la ideolo-

El título del libro publicado en 1984 debe comprenderse en el marco de su época: se anunciaba la idea del “renacer de las ideologías” en virtud de la difundida idea de su muerte o declinación.⁵ Pero en realidad, la tesis central del texto es la continuidad o pervivencia del elemento ideológico en la política contemporánea, no de una reaparición o un nuevo surgimiento.⁶

Los textos de Massini dedicados a la filosofía política podrían calificarse de juveniles, concebidos al calor del compromiso político y también de las confrontaciones en el plano teórico que se vivían a mediados de los años ochenta. En este sentido, se advierte, asimismo, que su perspectiva se encuentra, a nuestro juicio, totalmente alineada con la tradición filosófica a la que pertenece.

Para su adecuada comprensión resultan imprescindibles las notas de contexto. A mediados de la década de 1980, el escenario internacional la confrontación bipolar transitaba por su último clímax, inmediatamente anterior a su remisión (para sorpresa y desconcierto de muchos analistas) con la crisis desencadenada en Europa oriental, que dio lugar a los fenómenos de la *glasnost* y la *perestroika*, y que terminaron con el colapso de la URSS y la desarticulación del bloque soviético.

Contemporáneamente, en algunos países de la periferia, como la Argentina, se iniciaba un proceso de restitución del régimen democrático en circunstancias muy particulares, creadas a partir de la dura confrontación ideológica de las dos décadas anteriores, que reconoció sus extremos en la lucha armada y el terrorismo revolucionario, por un lado, y la represión ilegal y el terrorismo de Estado, por el otro.

No es usual que los contrincantes revisen sus posiciones, motivaciones y creencias en medio del fragor de la lucha. Concluida la lucha armada derivada de la confrontación ideológica, es posible que se dieran finalmente las condiciones para analizar con detenimiento los factores causantes del conflicto.

Pero además, se dio la particularidad histórica de que en la Argentina de la transición democrática, la confrontación ideológica prosiguió, aun-

gía (las ideologías) en el ámbito de discusión hispanoamericano. Sería interesante investigar hasta qué punto la recepción en la periferia de estas obras —más las que se produjeron en ese contexto— estuvo signada por la violencia persistente de la confrontación ideológica.

⁵ Massini, Carlos Ignacio, *El renacer de las ideologías*, Mendoza, Idearium, 1984.

⁶ “En el presente libro vamos a sostener todo lo contrario: que el “fin” o la “muerte” sólo puede predicarse, hoy en día de ciertas ideologías concretas y no de la mentalidad ideológica en cuanto tal; que esta última responde a una tentación permanente en el espíritu del hombre occidental, que adquiere a partir de la Edad Moderna un perfil particular y característico: el de las “ideologías” en sentido estricto”. *Ibidem*, pp. 14 y 15.

que transmutada de signo y de modalidades, adaptándose a la “guerra de posiciones”,⁷ esa brillante metáfora con la que Antonio Gramsci ilustrara su idea de lucha por el poder en el ámbito del marxismo occidental. En un contexto de vigencia de las instituciones y el Estado de derecho, la pugna por la hegemonía política, económica y cultural adoptó las tendencias y las formulaciones de los países centrales.

Resulta necesario plantearse la revisión de los textos de Massini concebidos en esas circunstancias. Sus tesis principales se sostienen sin mayores objeciones, pero resulta imprescindible analizar algunos elementos que parecen haber remitido o mutado en las ideologías contemporáneas, estudiar una redefinición del concepto en virtud de los elementos desplegados por el autor y reconsiderar finalmente si resulta posible, en las actuales condiciones, una rehabilitación de la razón práctica o, para decirlo directamente, de la razón política en su concepción clásica.

En este sentido, el presente texto quisiera ser no solamente una entusiasta invitación a la lectura (o relectura) de los textos de Carlos Massini sobre filosofía política, sino también un diálogo con sus postulados y, eventualmente, un complemento de actualización y cuestionamiento de esa obra.

II. CONCEPTOS DE IDEOLOGÍA

Lo primero que se advierte en *El renacer de las ideologías* es que, no obstante su formalidad académica, su solidez teórica y el abundante apoyo bibliográfico sobre el que se sustenta, se trata de un texto combativo, polemizante, en el que se impugna deliberadamente la ideología como construcción teórica inadecuada o improcedente en el plano del pensamiento y la acción política. Tal impugnación se realiza desde la perspectiva de la filosofía política clásica.

En esta línea, el autor realiza una sucinta pero eficaz taxonomía de conceptos de ideología, comprensible si se atiende al carácter general antes señalado del texto, pero que resulta imprescindible matizar, poniendo las clases o tipos distinguidos en una nueva relación.

Dentro de la clasificación de los intentos por definir el concepto de ideología, se descarta casi en el acto y sin discusión la acepción original o *histórica* del término, propuesto por Destutt de Tracy, como un falso inicio o proyec-

⁷ El concepto de *guerra de posiciones* es desarrollado en varios pasajes de la obra de Gramsci. Una buena síntesis, con las referencias bibliográficas correspondientes, puede encontrarse en Cerroni, Umberto, *Lessico gramsciano*, Roma, Editori Riuniti, 1979, p. 40.

to frustrado: la ciencia de la ideología se proponía explicar y describir el origen de las ideas.⁸ Lo cierto es que, a pesar de la descalificación de plano de Massini y sin perder de vista que el fundamento filosófico del proyecto originario —de matriz sensualista y empírica— se ha modificado sustancialmente, parece ser el concepto dominante en las ciencias sociales de la actualidad.

Este concepto ha tenido su continuidad —mediada por la acepción marxista del término— en las definiciones que el autor denomina *sociológicas*.⁹ De hecho, en las últimas décadas han proliferado los estudios sobre la ideología de determinados actores y grupos sociales o políticos, instituciones o épocas históricas. Los aportes que esta concepción ha hecho a la comprensión del fenómeno ideológico no pueden ponerse en duda.

Existe un concepto difuso y lábil de ideología, que definiría a todo sistema de ideas, razonamientos y creencias, propios de entornos o grupos sociales. Aún asumiendo las limitaciones de la acepción sociológica que señala acertadamente Massini,¹⁰ tiene bien ganado su derecho a definir determinados fenómenos sociales, aún cuando se aleje del concepto propuesto por el autor. La ideología, en este sentido, no es un sistema exclusivo de pequeños grupos sociales radicalizados, como podría desprenderse de la definición de Massini, sino de una realidad sociocultural más extensa y difundida.

En un arco polisémico del término “ideología” puede decirse que las acepciones sociológicas ocupan el extremo *descriptivo*, mientras que en el otro se encontrarían en el *impugnatorio*, que es donde se sitúan las acepciones que Massini, siguiendo a otros autores, define como *cesarista* y *marxista*, aportando una tercera: *conservadora*. Tanto la tesis cesarista (planteada originariamente por Bonaparte) como la conservadora, a las que Massini define como *realistas*, entienden la ideología como una “especulación puramente ideal, como esquemas racionalistas y utópicamente optimistas de organi-

⁸ Massini, *El renacer de las ideologías*, cit., p. 18.

⁹ *Ibidem*, p. 23.

¹⁰ “Los “sociólogos del conocimiento” adoptan un concepto “total” de ideología: todo conocimiento es “ideológico”, aun el pretendidamente “científico” y por lo tanto se encuentra dominado socialmente. La tarea de la “sociología del conocimiento” es estudiar los modos y estructuras de esta determinación, develando el carácter dependiente o derivado de cada sistema de ideas. Por supuesto que, como sucede con todo relativismo, la idea central de la “sociología del conocimiento” es indefendible; en efecto, de ser verdadera, tal como sucede con todas las ideas, resultaría determinada por una cierta situación social, y si esto es así, no puede ser ni verdadera ni falsa, ya que es sólo un elemento funcional de una estructura de la sociedad”. *Ibidem*, p. 25.

zación social”.¹¹ Ambas coinciden en su “falsedad radical, toda vez que la realidad discurre por cauces distintos a aquellos de las ideologías”.¹²

La acepción marxista, en cambio, parece más cercana a la tesis sociológica, al establecer relaciones de causalidad e implicación entre ideología y realidad. Pero es en razón de que en su acepción marxista la ideología es un sistema de ideas y creencias que cumple el propósito de enmascarar, reforzar y legitimar las formas de dominación y de explotación que cae bajo la impugnación de *falsa conciencia*, y puede por tanto vincularse a las acepciones conservadoras o cesaristas.¹³

Podría decirse, entonces, que existe una continuidad en las definiciones identificadas por Massini, que van de cierto tipo genérico sistema de ideas y creencias —que será preciso acotar— a la compleja estructura definida por el autor, y que más adelante analizaremos: un concepto *mínimo* y otro *máximo* de ideología. Esta continuidad y coimplicación de las diferentes acepciones del término sirven para situar adecuadamente la propuesta de redefinición de Massini, así como también para comprender mejor la evolución de las ideologías en las últimas décadas.

III. EL CONCEPTO PROPUESTO POR MASSINI

La definición de ideología del autor es explícitamente tributaria de las acepciones que califica de *realistas*. Su caracterización se funda en “las notas más características y acusadas de cada sistema ideológico”.¹⁴

“En otras palabras, cada ideología será observada en su formulación originaria o más extrema, sin tomar en cuenta, sino ocasionalmente, la inevitable mixtura de los elementos ideológicos con datos de la concreta realidad política o con elementos de otra ideología”.¹⁵

Massini describe un *tipo extremo*, construido a partir de elementos más característicos de los sistemas ideológicos, adoptando así una metodología tradicional en las ciencias sociales y la filosofía política. Este tipo extremo, que es una forma de componer tipos ideales, se define a partir de los elementos que la componen: *racionalismo*, *monismo*, *maniqueísmo*, *optimismo antro-*

¹¹ *Ibidem*, p. 29.

¹² *Idem*. Entendemos sobre este punto que, si se ciñe a lo expuesto por el autor, la distinción entre tesis cesarista y conservadora es mayormente artificiosa.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Ibidem*, p. 31.

¹⁵ *Idem*.

pológico y milenarismo.¹⁶ Se combinan en este concepto de ideología componentes que provienen de la concepción moderna y patrones de pensamiento que tienen raíces antiguas y medievales. Esto le permite formular un concepto bien delimitado.

“Se llama ideología a un conjunto de ideas acerca de la vida social de los hombres, estructurado sistemáticamente en un esfuerzo exclusivamente racional, simplista y maniqueo, que propone a los hombres un proyecto de salvación colectiva y absoluta, a realizarse íntegramente en esta tierra, aqueude la muerte”.¹⁷

Como podrá verse más adelante, el autor completa esta definición con precisiones adicionales: “ideologías son sistemas pretendidamente científicos de ideas políticas, que expresan una soteriología puramente inmanente”.¹⁸ El registro científico presente en el pensamiento ideológico es fundamental para caracterizar las modalidades clásicas o canónicas de ideología, puesto que lo vincula estrechamente con la concepción moderna de la técnica.

Pero el concepto de ideología propuesto por Massini se torna problemático si se lo somete a un doble análisis: el de la *ideología legitimante* y el de la *secularización*.

1. *La ideología como formulación prescriptiva o legitimante*

Limitar la ideología a una modalidad de pensamiento estrictamente prescriptiva, como mero proyecto de reforma social, irremediablemente constreñido a una condición *in nuce*, no encarnado en la realidad, sin considerar las consecuencias de su aplicación equivale a desactivarlo como factor (problemático) de transformación social y hace superfluo tanto su análisis crítico como su impugnación.

Uno de los aportes del marxismo al concepto de ideología es explicarlo en términos de una superestructura de ideas y creencias que reafirma/oculta /legitima la estructura de dominación. La ideología puede o no ser, desde este punto de vista, un *proyecto*, puede tener una función prescriptiva, pero esencialmente lo que hace es consolidar un estado de las cosas, explicándolo y justificándolo.¹⁹

¹⁶ *Ibidem*, pp. 32-48.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

¹⁸ *Ibidem*, p. 77.

¹⁹ En este punto disentimos con el autor, quien afirma categóricamente que “el carácter de «simulador» o «encubridor» que se atribuye, desde Marx, al pensamiento ideológico, no es esencial a él; puede decirse que es una consecuencia del choque racionalista con las rea-

En este sentido, puede decirse que el liberalismo, en sus formulaciones iniciales, no tiene su origen en un proyecto de orden social salvífico secularizado, sino en la legitimación de un orden social y político en el que el poder tendía a concentrarse exclusivamente en los nuevos propietarios de los medios de producción. Tal modalidad de la ideología —en tanto que sistema de ideas y creencias legitimante de un orden social y político determinado— no ha hecho más que crecer y desarrollarse.

Otro buen ejemplo es el del sistema democrático, cuya legitimidad descansa en un cúmulo de principios que usualmente tienen un fundamento más que discutible en el orden político y la práctica real del poder. Se trata esencialmente de una construcción ideológica legitimante. Tal como intuiera agudamente Juan Jacobo Rousseau, la legitimidad democrática no depende tanto de las formas reales de organización y ejercicio del poder como de las creencias compartidas y aceptadas en torno a la soberanía popular.

Revisar el confinamiento de la ideología a su momento prescriptivo, como estamos haciendo aquí, implica revisar también el *optimismo antropológico* que Massini señala como nota característica de la ideología. Con ciertas reservas (puesto que en el caso del nacionalismo y la democracia el sujeto central dominante es un colectivo) puede concederse que, en la medida en que el despliegue de la ideología es fruto de un ideal de emancipación individual en diversas formas y expresiones, existe una concepción de fondo que afirma la bondad natural del hombre.

Pero esta tesis se torna problemática en la medida en que las ideologías se ponen en práctica. Es frecuente que éstas, en virtud de sus propósitos de reforma moral, social y económica, se encarnen en regímenes totalitarios, los cuales al experimentar la resistencia de la realidad y el consiguiente fracaso, prolongan e intensifican los métodos de disciplinamiento, control y represión, en función de un temor y una desconfianza de la libertad individual.

Del optimismo se pasa al pesimismo antropológico. Es interesante observar de qué forma los regímenes revolucionarios que confían en imponer el reino de la virtud en la nueva sociedad terminan desarrollando aparatos represivos sin márgenes para la libertad individual, en el que el único agente que actúa virtuosamente es el Estado: de la virtud se pasa al miedo.²⁰ Y no

lidades de la política, en las que los intereses económicos, sociales o estrictamente políticos, juegan un papel principal". Massini, *op. cit.*, p. 49. No es esencial, efectivamente, del mismo modo que la *modalidad prescriptiva* a la que Massini constriñe el pensamiento ideológico tampoco lo es. Prescriptividad y legitimación son las dos configuraciones posibles de la ideología.

²⁰ Hilb, Claudia, *Silencio, Cuba. La izquierda democrática frente al régimen de la Revolución cubana*, Buenos Aires, Edhasa, 2010, pp. 106-110.

es en absoluto porque estos regímenes han dejado de ser ideológicos, sino porque el optimismo antropológico es propio de ciertas formas de ideología y/o de ciertos estadios de desarrollo del pensamiento ideológico. La definición de la ideología en su forma extrema se torna teóricamente inestable, vulnerable a la crítica.

2. *El proceso de secularización occidental*

Por otra parte, los componentes de la ideología que provienen de una matriz espiritualista-religiosa —el *milenarismo* y sus núcleos asociados, como el *gnosticismo*, el *mesianismo* y la tendencia a la *soteriología*— parecen haber seguido el proceso de profundización de la secularización occidental.

En su versión contemporánea, la ideología se presenta casi totalmente despojada de esos elementos, que respondían a un proceso de secularización en un menor grado de avance. Es probable que la última expresión del carácter salvífico de las ideologías en su apogeo hayan sido las tesis, continuadoras del proyecto ilustrado, de la superación definitiva del conflicto social a través del diálogo y la formación de consensos. Persiste en ellas un soplo de utopía que cree en la emancipación del individuo.

Esas tesis, que tuvieron su auge en el periodo que coincidió con los últimos estertores de la guerra fría y el colapso del bloque soviético y que constituían una reelaboración fuertemente académica, intelectualizante y progresista del liberalismo como horizonte de convergencia y conciliación de un mundo globalizado, sufrieron la radical contestación de los nuevos conflictos surgidos en el orden mundial unipolar.

En la actualidad más reciente, las ideologías se expresan en dos formas diversas: como construcciones teóricas que tienden a la estabilización y la legitimación del orden vigente o como teorías que comprenden el cambio social en términos de conflicto. En un contexto social que se concibe como constitutivamente conflictivo parece haber poco lugar para proyecciones salvíficas o soteriológicas. Dentro de las ideologías conflictivistas cabe mencionar las *ideologías de la crítica*, que afirman contribuir a la emancipación de los pueblos, los individuos y las sociedades a través de un discurso analítico deconstruccionista.

En sus formas contemporáneas, la ideología se presenta fuertemente secularizada, desprovista de sus antiguos arrestos mesiánicos o soteriológicos. No son solamente las creencias en un mundo sobrenatural, en una voluntad divina las que sucumben bajo el proceso de secularización, sino también las creencias que subsisten despojadas de su sentido y fundamento original,

pero dentro de una filosofía de la historia inmanente, una esperanza de salvación en este mundo. Una cultura o civilización desprovista de un sentido propio de trascendencia pero confiada en una redención del género humano aquí en la tierra es, en definitiva, una cultura o civilización secularizada a medias.

IV. LA IDEOLOGÍA HOY

1. *Declinación y marginalidad actual del marxismo*

El analogado principal a partir del cual Massini define su concepto de ideología es el marxismo.²¹ En su perspectiva, éste constituye la manifestación más perfecta del pensamiento ideológico, la expresión máxima de su sofisticación, el *non plus ultra*. No obstante, en el marxismo coexistieron históricamente diversas tendencias, cuyas diferencias respondían en muchas ocasiones a las diferentes interpretaciones, las propias contradicciones, las evoluciones de perspectiva y también los hiatos teóricos en la obra de su fundador.

Esta comprobación sitúa al marxismo como tradición de pensamiento en un horizonte esencialmente problemático, en una *crisis permanente*, de imposible estabilización o normalización. La *crisis permanente* del marxismo se profundizaría en cuanto muchos de sus pensadores estuvieron en condiciones de someter a una crítica marxista al denominado *socialismo realmente existente*. Esto sucedió a partir de las primeras medidas de estabilización de la revolución bolchevique, pero recién tomó fuerza en todo Occidente avanzada la segunda posguerra, cuando quedó en evidencia la naturaleza totalitaria y burocrática del estalinismo y empezó a resquebrajarse la unidad del bloque socialista, así como el vínculo disciplinario de los partidos comunistas occidentales.

El potencial de generación ideológica de la tradición del pensamiento marxista se agota definitivamente hacia la década de los setenta. Los movimientos revolucionarios que inspiró en esos tiempos carecen ya del impulso milenarista y palingenético de otros tiempos. El colapso del socialismo en Europa, acontecido a finales de la década de 1980 confirma en el plano de los hechos la bancarrota teórica. El texto de Massini precede en unos pocos años a la crisis terminal del socialismo real.

²¹ *Ibidem*, p. 84.

Residualmente, el marxismo subsiste como crítica, cada vez más encasillado en su carácter de *teoría de la sospecha*, y su fecundidad ideológica se limita a producir formas derivadas de ideología, como la *teoría de la comunicación libre de dominio*, que propusiera Jürgen Habermas,²² pensador y sociólogo formado en la escuela de Frankfurt y que inspirara a no pocos científicos sociales, educadores y políticos de todo el mundo, que creyeron encontrar en esas teorías las respuestas a los problemas planteados por el sistema democrático y el proyecto ilustrado de emancipación individual. En realidad, se trata de modelos teóricos producidos en contextos socioculturales muy concretos que son comprendidos y aplicados *ideológicamente* en otras latitudes.

La crisis del pensamiento marxista y su potencial ideológico dejó como herencia, por un lado, una modalidad general en los ambientes académicos centrada en la *crítica*, la *deconstrucción* y el procesamiento desenmascarador de una realidad que invariablemente se presenta como engañosa y alienante. En ciertos ambientes se ha generalizado, en la actualidad, una verdadera *ideología de la crítica*, que se presenta como una herramienta insuperable e insustituible al servicio de la emancipación de los individuos y las sociedades.

Los restos propiamente ideológicos del marxismo que subsisten en el universo de las identidades políticas aparecen igualmente desprovistos del rígido *corpus* materialista, dialéctico y revolucionario de la doctrina originaria y permanecen como matriz de conflictos políticos o sociales, combinados con elementos identitarios diversos, tradicionales o no, como religiones, etnias, culturas y subculturas, género o medio ambiente.

2. *Regeneración del liberalismo*

Concluir que en razón de la decadencia teórica del marxismo la ideología sufre un proceso paralelo de debilitamiento supone un grave error. La desaparición de la capacidad creadora del marxismo, de formalización de nuevos modos de organización social, no ha hecho sino producir una regresión a las formas de la ideología liberal, remozadas con nuevos aportes. Ésta, por su parte, ha tenido sus propios desarrollos y actualizaciones, como por ejemplo la ideología de mercado, cuya presencia académica y creciente dominio en la opinión pública advirtiera John Kenneth Galbraith a fines de la década de 1940, pero que recién adquirió fuerza a principios de la década

²² Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Buenos Aires, Taurus, 1981.

de 1980,²³ y, estrechamente relacionadas con las ideologías de mercado, las formas empresariales de gobierno y administración aplicadas a la política y el Estado.²⁴

Puede decirse que al perder vigencia el marxismo —la forma con que adquirió su máxima articulación, caracterización y desarrollo— la ideología fue retirándose y reintegrándose a la matriz de la que salió, al molde que le dio origen. Los presupuestos teóricos del marxismo quedaron así en evidencia: dialéctica individuo-Estado, centralidad de las relaciones materiales, economicismo, contractualismo.

El liberalismo tuvo, asimismo, sus intelectuales que trabajaron sobre modelos teóricos que fueron recibidos y aplicados como esquemas adecuados de organización social y toma de decisiones. Es el caso de John Rawls,²⁵ quien desarrolló un modelo de condiciones ideales para impartir justicia. El potencial ideológico ha sido relativamente marginal, pero ha tenido una enorme repercusión en el mundo académico.

Las tesis de Habermas y de Rawls, que tuvieron una enorme difusión y tratamiento durante las décadas de 1980 y 1990, y que probablemente hayan sido tributarias implícitas de las tesis del fin de las ideologías, hoy parecen haber perdido sustancialmente el poder de atracción e inspiración, junto con las teorías del consenso en general, para dar lugar a una reconsideración y rehabilitación teórica del *conflicto*, en especial después del resurgimiento de una nueva época de confrontaciones políticas, económicas, sociales e internacionales en los albores del siglo XXI.²⁶

V. UNA DEFINICIÓN MÍNIMA DE IDEOLOGÍA

Como se ha intentado mostrar, la definición de Massini se ubica en un extremo de máxima especificidad y diferenciación. En el extremo opuesto del

²³ Galbraith, John Kenneth, *The Affluent Society*, 3a. ed., Harmondsworth, Penguin Books, 1979, p. 10.

²⁴ Osborne, David y Gaebler, Ted, *La reinención del gobierno. La influencia del espíritu empresarial en el sector público*, Barcelona, Paidós, 1994.

²⁵ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

²⁶ La teoría política y social occidental de los últimos cincuenta años es, en su mayoría, parte de lo que hemos denominado en otro trabajo el *pensamiento de la opulencia*, y ha sido desarrollado en contextos políticos y económicos de superación de la escasez, como puede verse en los países centrales. En países la periferia, es decir, en *sociedades de la escasez*, la recepción de estas teorías se ha dado mayormente en términos de ideologías. Ghiretti, Héctor, “Pensamiento de la escasez y pensamiento opulento. O los intelectuales en las sociedades de la precariedad”, *Nostramo. Revista crítica latinoamericana*, México, UNAM, 2014, en prensa.

espectro se concibe a la ideología como todo sistema de ideas y creencias, de forma indiscriminada. El autor citado ha señalado con acierto los inconvenientes para ampliar el concepto de ideología hasta esos límites, así como también los primeros intentos para definirlo.

Pero resulta claro que el tipo extremo de ideología, tal como lo define Massini, necesita un ajuste o reconceptualización. La alternativa sería dictaminar la muerte o declinación de las ideologías, algo respecto de lo que el propio autor seguramente estaría en desacuerdo, tres décadas después de la publicación de su obra. A fin de cuentas, las ideologías “seguirán vivas y actuantes mientras perduren las condiciones que hicieron posible su aparición histórica y mientras prevalezca la actitud espiritual que responde a esa tentación permanente de la inteligencia: la de poseer un conocimiento absoluto y salvador”.²⁷

Si bien es cierto que el “conocimiento absoluto o salvador” es hoy un carácter recesivo en la conformación de la ideología, nada invita a pensar que éstas estén en trance de desaparición. Massini parece anticiparse a la objeción que aquí planteamos, al afirmar que las ideologías se presentan en “inevitable mixtura” con elementos de la realidad o con otras ideologías.²⁸ Ahora bien: si el tipo puro, tal como lo define, aparece incompleto o atenuado ¿qué criterio nos permite afirmar que subsiste la ideología o que se puede señalar una *mezcla* entre ideología y realidad? Si el marco conceptual para identificar la ideología es el tipo extremo de Massini, en la realidad casi nada se ajusta a él.

En este sentido, nuestra intención es definir un concepto *mínimo* de ideología, que permita clasificar determinados sistemas de ideas y creencias. Para conseguirlo resulta preciso reelaborarlo a partir de los elementos aportados por las diferentes concepciones, reconocer su fondo común y sus variaciones.

En primer lugar, el fundamento es la distinción entre *realidad profunda* y *realidad objetivada*, tal como lo explica Fernando Vallespín:

¿Qué ha quedado entonces del concepto tradicional de ideología? Como es conocido, el presupuesto básico sobre el que se sustentaba —al menos en su versión marxista— era la existencia de una “realidad” más profunda que la que en cada caso era objetivada. Ello se deriva de la previa distinción entre conciencia y base material, que permitía valerse de un rasero frente al cual

²⁷ Massini, Carlos Ignacio, *El renacer de las ideologías*, cit., p. 15.

²⁸ *Ibidem*, p. 31.

medir las distorsiones introducidas por los distintos “lenguajes” y, en último término, desvelar los intereses que a través de ellos se encubrían. Conseguida satisfacer así dos funciones distintas: una explicativa y otra crítica.²⁹

En segundo lugar, esta *conciencia* que articula un discurso como expresión de un interés tiene dos finalidades posibles: una de ella es legitimar un estado de cosas en función de ese interés, y la otra es movilizar una transformación de un estado de cosas en el sentido propuesto por ese interés. La ideología puede ser descriptiva o prescriptiva. Resulta claro que no es sencillo separar o delinear entre sí estas dos modalidades del pensamiento ideológico.

En tercer lugar, esta conciencia se revela como esencialmente inadecuada tanto para explicar satisfactoriamente el estado real de las cosas como para plantearse transformaciones en el sentido que enuncia. Así, la ideología responde a una representación *impropia* y una lógica *alienada* respecto de la realidad a la que se aplica o pretende aplicarse.

Esa falta de adecuación puede ser de diversos tipos:

- Un planteamiento utópico/ucrónico que no es capaz de dar cuenta de una realidad problemática, no plantea un cambio razonable de esa realidad ni puede conseguir el cambio que propone;
- Una lógica de sistema subordinado aplicada a una realidad mayor o viceversa;
- Un sistema de ideas demasiado rígido en un contexto dinámico o viceversa;
- Todo sistema concebido para una realidad social o institucional determinada, aplicado directa y acriticamente a otra;
- Un planteamiento exclusivamente crítico/deconstructivo de la realidad, con el que se pretende transformarla.

La lista no es exhaustiva: es en este tercer elemento donde comparecen tanto la componente *racionalista*, impermeable a los datos de la experiencia y recostada sobre las expectativas,³⁰ y también la componente *técnica*, en tanto que el sistema de ideas responde a una lógica instrumental a la que se le atribuye eficacia, independientemente del ámbito o condiciones de aplicación.³¹

²⁹ Vallespín, Fernando, “El pensamiento en la historia: aspectos metodológicos”, en Riezu Martínez, Jorge y Robles Egea, Antonio (eds.), *Historia y pensamiento político. Identidad y perspectivas de la historia de las ideas políticas*, Granada, Universidad de Granada, 1993, p. 187.

³⁰ Massini, Carlos Ignacio, *El renacer de las ideologías*, cit., pp. 32-37.

³¹ *Ibidem*, pp. 38-41.

Una formulación sucinta de nuestra propuesta sería la siguiente: “la ideología es un sistema de ideas y creencias de carácter legitimante o prescriptivo que presenta una inadecuación sustancial respecto de la realidad política o social que explica o a la que se aplica”.

Este concepto mínimo de ideología tiene la virtud de no incurrir en las insolencias de las definiciones sociológicas —la ideología es un sistema de ideas y creencias diverso de otros, más amplios, como cultura, religión o concepción del mundo; así como también de otros propiamente políticos, como filosofía política, teoría política, ciencia política, plan de gobierno, plataforma política— y permite incluir las formas más extremas, como la que define Massini. Este concepto mínimo que aquí proponemos tiende a identificarse con el *liberalismo* como forma originaria y matriz común de las ideologías.³²

VI. LA IDEOLOGÍA COMO FRAGMENTO AUTONOMIZADO

Uno de los aportes del texto de Massini es la reconstrucción sucinta de la génesis histórico-filosófica de la ideología. Es propio del contexto de la tradición de la filosofía católica hacer derivar el fenómeno ideológico de la crisis de la

³² En este sentido, no hacemos sino reconducir y desplegar teóricamente un argumento ofrecido por el propio Massini, sobre el liberalismo como ideología originaria. “La selección que hemos efectuado del marxismo como ideología arquetípica, no significa negarle al liberalismo su primacía temporal; indudablemente, la primer ideología que registra la historia de las ideas es la liberal, sobre todo en la versión democratista que reconoce su fuente en el pensamiento de Rousseau y que tuvo un eficaz divulgador en Thomas Paine. El problema que se plantea al presentar al liberalismo como una ideología política radica en que, en sus versiones más actuales, éste ha asimilado una serie de elementos no ideológicos a raíz del necesario compromiso con la realidad que supone el ejercicio del gobierno; al haber gobernado efectivamente en varios Estados por más de un siglo, los liberales debieron morigerar todos aquellos aspectos de su doctrina que decididamente no se adecuaban a la realidad de las cosas. Además, al ser superado en cuanto ideología por el socialismo y el marxismo, el liberalismo actual se ha transformado en reaccionario, pretendiendo volver las cosas al estado en que se encontraban hace un siglo o, en el mejor de los casos, en conservador, asimilando las ideas de sus originarios oponentes”. *Ibidem*, pp. 81 y 82.

Las razones por las cuales el liberalismo debiera ser desestimado como ideología arquetípica, no obstante, no quedan claras en el texto. El autor sostiene que en su comercio con la realidad, el liberalismo pierde su carácter ideológico. Lo cual nos reconduce al problema ya expuesto de la ideología como fórmula prescriptiva y/o legitimante. Pero ¿es que el liberalismo se adapta a la realidad o es la realidad la que se modifica según los postulados de la ideología liberal? ¿La ideología deja de serlo al estructurar efectivamente una nueva realidad? Finalmente ¿no pueden constituirse el pensamiento reaccionario o conservador en formas específicas de ideología?

filosofía escolástica medieval y la génesis del pensamiento moderno. Pero esta tesis, que compartimos en sus trazos esenciales, incurre en ciertos tópicos que es preciso revisar.

Uno de ellos resulta de creer que el pensamiento moderno proviene exclusivamente de una *anomalía* o *mutación perversa* de la filosofía cristiana medieval: concretamente, el pensamiento nominalista de la escolástica tardía. Son claros, como manifiesta el autor estudiado, los vínculos entre las tradiciones filosóficas de finales de la Edad Media y el despertar de una forma autónoma de saber que desembocará, unos pocos siglos después, en el predominio de la razón técnica.

La cuestión clave para desentrañar las causas del pensamiento ideológico está en saber si estos cambios que se dieron en un grupo de filósofos escolásticos es su origen exclusivo o si por el contrario son expresión de una tendencia en el pensamiento mucho más vasta, a la que no son ajenas las transformaciones políticas, religiosas, económicas, sociales y culturales de la época.

Como puede verse en los textos de Massini, en los orígenes de la ideología y también en sus componentes esenciales pueden identificarse dos afluentes principales: uno es la religión, otro la ciencia moderna. ¿Cómo se articulan? La condición de posibilidad de la ideología es una cosmovisión completa —que sólo puede ser de orden religioso y salvífico— no cerrada a los desarrollos y aportes de la razón discursiva. Se trata por tanto de una *weltanschauung* religiosa apoyada en una fuerte tradición filosófica, que desarrolla una teología propia y que permite que el conocimiento se despliegue y vaya extendiéndose por toda la realidad. Para decirlo más concretamente, el contexto de aparición y desarrollo de la ideología es el cristianismo.

A medida que el conocimiento avanza y amplía su comprensión del mundo, descubre las diversas lógicas de la realidad y empieza a poner progresivamente en cuestión esa cosmovisión que es su fundamento. Su fragmentación produce la autonomización de los saberes. Se desprende de todo esto que la ideología sólo puede ser un producto de la fragmentación de la concepción *cristiana* del mundo, puesto que es la única que ofrece las bases para su desarrollo.

La desarticulación de la concepción cristiana del mundo transforma la realidad en partes reducidas, en las que el *todo* disminuye su escala y funciona según lógicas específicas, intraducibles e irreductibles a una totalidad integral. El universo pierde su sentido originario como unidad y la realidad se presenta en una escala *operable*, susceptible de modificación.³³ Se desarrolla

³³ Massini traza la línea de pensamiento que lleva desde el nominalismo de Ockham a las primeras teorizaciones sobre la moderna concepción del mundo en Descartes, pasando por

una mayor conciencia, ratificada por la experiencia, de la capacidad de intervención del hombre sobre la naturaleza, y el centro del conocimiento se desplaza hacia ese nuevo campo del saber. Nace la técnica moderna.

En otras religiones con ciertas semejanzas a la cristiana, esta posible derivación fue advertida y abortada: es el caso del islam, que hacia el siglo XIII fue bloqueando progresivamente el desarrollo de la teología, la condición de posibilidad del despliegue del conocimiento en otros campos y de su inevitable fragmentación.³⁴ Si se efectúa una rápida revisión de la implantación de la ideología en otros contextos culturales se advierte que se trata invariablemente de ideologías de raíz occidental o bien de compuestos híbridos entre ideologías occidentales y elementos culturales o religiosos autóctonos: se pueden encontrar manifestaciones muy recientes de este fenómeno.³⁵

Esta tesis de la fragmentación del universo cristiano como origen de las ciencias autónomas y causa remota de las ideologías nos permite dar

la formulación de nuevas leyes naturales en Galileo: “A partir de estos pensadores y a través de todo el pensamiento moderno, lo real se aparecerá como un puro objeto cuantificable, como cosa medible matemáticamente y regida por leyes mecánicas que la razón intentará descubrir y formular con exacta precisión. De este modo, conociendo las leyes deterministas de un objeto material calculable, el hombre podrá predecir el curso de los acontecimientos e influir sobre ellos en su provecho. Aquí se encuentra, en definitiva, la esencia de la técnica moderna, esto es, en la vinculación de la actividad productiva con los resultados de la ciencia natural exacta”. Massini Correas, Carlos Ignacio, *La revolución tecnocrática*, Mendoza, Idearium, 1980, p. 26.

³⁴ Sobre los fundamentos filosóficos, las potencialidades del desarrollo de la teología y las proyecciones políticas y sociales del cristianismo frente al judaísmo y el islam pueden verse en Fortin, Ernest L., “Santo Tomás de Aquino”, en Strauss, Leo y Cropsey, Joseph (comps.). *Historia de la filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 245 y 246.

³⁵ “El yihadismo, por tanto, no es un intento de restaurar una genuina variedad anterior del islam, sino más bien un empeño por crear una doctrina nueva y universalista capaz de actuar como fuente de identidad en el contexto de un mundo globalizado y multicultural. Se trata de un intento de dotar a la religión de ideología y utilizarla con fines políticos, más producto de la modernidad (como el comunismo o el fascismo) que reafirmación de la religión o la cultura tradicionales. En la misma línea, los historiadores Ladan y Roya Boroumand han afirmado que muchas ideas islamistas radicales no son de origen islámico, sino occidental. Si nos remontamos a los pensadores políticos que configuraron la ideología de Al-Qaeda, como Hassan al Banna y Sayyid Qutb, de la Hermandad Musulmana, Maulana Maududi, del movimiento paquistaní Yamaat-e-Islami, o el ayatolá Jomeini, descubrimos una peculiar doctrina sincretista que mezcla ideas islámicas con otras occidentales, préstamos de la extrema izquierda y derecha de la Europa del siglo XX. Conceptos como “revolución”, “sociedad civil”, y “Estado”, y el esteticismo de la violencia no provienen del islam, sino del fascismo y el marxismo-leninismo. Es por tanto un error identificar el islamismo radical como una expresión auténtica y de algún modo inevitable de la religiosidad musulmana, aunque desde luego tenga el poder de reforzar la identidad religiosa y avivar el odio religioso”. Fukuyama, Francis, *América en la encrucijada. Democracia, poder y herencia neoconservadora*, Buenos Aires, Ediciones B, 2007, pp. 83 y 84.

respuesta a un interrogante abierto antes y que sirve para ampliar la perspectiva de explicación propuesta por Massini: las ideologías no proceden exclusivamente de las líneas de pensamiento inauguradas por determinados autores medievales, sino también de un complejo de fenómenos en los que se mezclan tradiciones filosóficas, contextos cultural-religiosos y dinámicas materiales y sociales.

Esta explicación permite revisar la impugnación contra el marxismo por parte de la filosofía católica y redescubrir lo que subsiste como vivo en la teoría marxista: el descubrimiento de la técnica y los medios/condiciones de producción como causa y motor de la ideología.

No es posible explicar satisfactoriamente el surgimiento de las ideologías del individualismo posesivo si no se busca su origen en las transformaciones de las técnicas agrícolas y en el desarrollo de instituciones y prácticas financieras que tuvieron lugar a finales de la Edad Media y que cambiaron el concepto de propiedad de la tierra, permitiendo otras formas alternativas de propiedad y la acumulación de recursos no perecederos.

La ideología democrática moderna, que es una evolución o desarrollo teórico e histórico del liberalismo, sería inconcebible sin el presupuesto del *pueblo ilustrado*, que tampoco puede plantearse si no se disponen los medios adecuados para que la gente no solamente aprenda a leer y escribir, sino que lo haga regularmente: aún cuando socialmente esa condición fuera prerrogativa de la aristocracia y la burguesía. Al igual que la reforma, la revolución es hija (tardía) de la imprenta.

Democracia y nación, en su formulación moderna, son conceptos que no pueden separarse. El concepto de nación participa de la perspectiva ilustrada, aún cuando ésta se halle matizada o mediatizada por el romanticismo. Resulta muy difícil entender las ideologías del nacionalismo sin apelar, para explicar su génesis, a la idea de centralización estatal, de homologación jurídica y política, y de homogeneización de las identidades, gracias a la difusión de los recursos de la ilustración, a las innovaciones en materia de comunicación del siglo XIX (el vapor, el ferrocarril, el telégrafo, la prensa masiva), que permitían enlazar territorios de una forma eficaz. También a los avances en materia militar: la revolución organizativa de los ejércitos de la Europa napoleónica y los desarrollos tecnológicos que le siguieron.

Por su parte, los intentos por desarrollar conceptualmente el proyecto de organización socialista o colectivista de la actividad económica no parecieron más que escauceos moralizantes antes del advenimiento de la Revolución industrial. El dominio y empleo de las fuerzas de la naturaleza y de la producción en masa abrió una puerta a las esperanzas de superar

definitivamente la escasez material que atenaza desde siempre la existencia del género humano. El socialismo es una teoría de la abundancia que responde esencialmente a la concepción social de la burguesía del siglo XIX. Esta percepción se combinó con los procesos de acumulación del capital y concentración de la propiedad. El socialismo, desde este punto de vista, pareció la evolución natural y el epílogo del capitalismo.

No es posible dar cuenta del fenómeno de las ideologías totalitarias sin analizar detalladamente las decisivas contribuciones en materia de técnica militar e industrial, organización, comunicación y control que se desarrollaron durante la Primera Guerra Mundial. El totalitarismo es un tipo de régimen político fundado en las innovaciones tecnológicas de su época.

Asimismo, el auge renovado del liberalismo económico durante las últimas décadas del siglo XX se explica a partir de los sustanciales avances en materia de organización y gestión que se produjeron por esos años en el mundo de la empresa. Las ideologías de mercado se fundan en la creencia de que la organización y la gestión empresarias son cualitativamente superiores a las del Estado.

Esta ampliación de las causas del fenómeno ideológico y su estrecha vinculación con las innovaciones técnicas no hacen sino reafirmar la tesis propuesta por Massini en *La revolución tecnocrática*, y actualizada en *El renacer de las ideologías*:

Así, en nuestros días asistimos a la sustitución progresiva de la ideología marxista, en crisis acelerada, por la ideología tecnocrática, cuyo despotismo será —en palabras de Tocqueville— “más extenso y más suave y degradará a los hombres sin atormentarlos”. No hay, por lo tanto, “muerte” de las ideologías, sino un constante renacer bajo diversas formas.³⁶

VII. ¿ES POSIBLE UN RESTABLECIMIENTO DE LA RAZÓN PRÁCTICA?

Los textos de Massini son fieles a la tradición en la que se insertan, que es la filosofía política clásica y su continuidad en el pensamiento cristiano. Por esa razón concluyen en consideraciones que apuntan al restablecimiento de la razón práctica, a la articulación jerárquica de la *praxis* sobre la *poiesis* y la rehabilitación de la prudencia como hábito político fundamental. Se trata de un objetivo que no puede sino compartirse, en el que los autores más lúcidos de distintas tradiciones de pensamiento han coincidido.

³⁶ Massini, *El renacer de las ideologías*, cit., p. 121.

No obstante, tal restauración no parece ser una tarea sencilla, más allá de los consensos que pueda lograr en el mundo académico. ¿Por dónde empezar? No son exclusivamente los protagonistas principales del orden político, es decir, los gobernantes, los que poseen una perspectiva práctica distorsionada por la ideología y la técnica. Una razón práctica restablecida, una prudencia política restituida en su función rectora debe regir una realidad social (política, económica, cultural) muy transformada y colonizada por la técnica, profundamente penetrada por la ideología.

Respecto del predominio de la técnica y su necesaria subordinación a la política³⁷ ¿puede concebirse la restauración de un imperio político en el sentido clásico/medieval, y en consecuencia limitado a funciones de impartición justicia y defensa de las agresiones exteriores, en los contextos altamente complejos y diversificados de las sociedades contemporáneas? ¿Puede en cambio el poder político aspirar razonablemente al dominio de todas las técnicas que requiere el gobierno de esas sociedades?

Las respuestas pueden encontrarse en Carl Schmitt, quien a principios de la década de 1920 explicó el fenómeno de la pugna entre la forma política y la técnica en ascenso (en ese caso, la economía) con clara precisión.

A partir de la pretensión de ser algo más que lo económico, en lo político surge la necesidad de fundamentarse en otras categorías distintas de la producción y el consumo. Especialmente en la medida en que el empresario capitalista y el proletario socialista por igual (para decirlo otra vez) consideran la pretensión de lo político como una arrogancia, y en que fundados en su pensamiento económico estiman que el dominio de la política no es “objetivo”. Esto significa, desde una visión política consecuente, que determinadas agrupaciones sociales de poder (poderosos empresarios privados o el conjunto organizado de trabajadores de determinadas empresas o sectores industriales) utilizan su posición en el proceso productivo para conseguir el poder estatal. Cuando estos se vuelven contra los políticos o la política como tal, en realidad aluden a un poder político concreto que provisionalmente se interpone en su camino. Una vez que se consigue dejar de lado ese poder político, también pierde su interés la construcción de la antítesis entre pensamiento económico y político, y nace un nuevo tipo de política al servicio del nuevo poder establecido sobre una base económica. Pero lo que ellos pongan en marcha también será política, esto es, la promoción de un tipo específico de validez y autoridad: invocarán su absoluta necesidad, la *salut public*, y así se encuentra ya en el terreno de la Idea [política].³⁸

³⁷ Massini, Carlos Ignacio, *La revolución tecnocrática*, cit., p. 20.

³⁸ Schmitt, Carl, *Catolicismo y forma política*, estudio preliminar, trad. y notas de Carlos Ruiz Miguel, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 21 y 22.

Éstas son precisamente las condiciones actuales en las que se obtiene la legitimidad política, el medio en el que debe operar el político de hoy: no posee prácticamente márgenes de acción fuera de la férrea configuración ideológica y técnica de las sociedades occidentales contemporáneas. Un proyecto político con verdadera vocación de poder difícilmente puede someter o contrarrestar estas estructuras materiales e ideológicas sobre las que se cimentan las sociedades actuales. Por otra parte, el ideal revolucionario está fuera de la agenda de la lucha política, y en el caso de que alguien se atreviera a ponerlo en marcha incurriría en un planteamiento propiamente *ideológico*, por más que su revolución fuera restauradora.

La pretensión de dominio total de los regímenes de la primera mitad del siglo XX parece totalmente superada por el propio desarrollo tecnológico y también por la evolución de la ideología. El totalitarismo es hoy un modelo obsoleto. Los actuales dispositivos de control político y social se han perfeccionado, limitándose a operar sobre algunas variables —y abandonando otras, por ser marginales o irrelevantes o susceptibles de control indirecto— casi siempre con propósitos de estabilización de los sistemas.³⁹

Pero la constatación de este fenómeno no implica que se haya obrado una restitución de la razón política. La impotencia contemporánea del poder político se manifiesta veladamente en la discusión académica actual, a través de los difundidos eufemismos de *gobernanza* y *governabilidad*. De este modo, la razón política —entendida aquí en los términos clásicos de prudencia política o arquitectónica— apenas puede aplicar su deliberación

³⁹ El autor aquí estudiado sostiene que entre los rasgos propios de la política tecnocrática se encuentran el *totalitarismo* y el *carácter revolucionario*. Massini, Carlos Ignacio, *La revolución tecnocrática*, cit., pp. 34-49. Los mismos rasgos atribuye a las ideologías. Massini, Carlos Ignacio, *El renacer de las ideologías*, cit., p. 112. Resulta necesario revisar estas tesis, puesto que el propio avance tecnológico en materia de supervisión y control permite seleccionar variables fundamentales que relevan al poder tecnocrático de una presencia y dominio totalitarios. Respecto del carácter revolucionario de la técnica, Massini tiene interesantes convergencias con otro gran autor de la ciencia política y el derecho, Carl Schmitt. “La inteligencia y el racionalismo no son revolucionarios en sí mismos, sólo lo es el pensamiento técnico, ajeno a todas las tradiciones sociales: la máquina no posee tradición. Una de las intuiciones de Karl Marx sociológicamente más fecundas es haber dado a conocer que la técnica es realmente el principio revolucionario, y a su lado todas las revoluciones basadas en el derecho natural resultan arcaicas niñerías”. Schmitt, Carl, *Catolicismo y forma política*, cit., p. 34. En efecto, no parece que el pensamiento revolucionario pueda darse sin el fundamento de la técnica como proceso de transformación radical y profunda del orden social. Pero los usos políticos de la técnica no se circunscriben a las empresas revolucionarias. Actualmente, e independientemente de la dinámica propia de las sociedades del capitalismo avanzado, la tecnocracia apunta a la estabilización de los sistemas.

prudencial a la *selección, puesta en práctica y sostenimiento/perfeccionamiento de la técnica* que resulta imprescindible para estabilizar el orden social o impulsar las transformaciones que se propone.⁴⁰

La labor de síntesis que supone toda decisión política se vuelve cada vez más difícil en un universo fragmentado en una miríada de sistemas, cada uno provisto de su técnicas específica, poblado de interacciones y amenazado constantemente por efectos impredecibles o no deseados. El imperio político en la actualidad se presenta, aun en sus formas más acordes con la tradición política occidental, como una tecnocracia. En general, la técnica que posee una hegemonía incontestada en todo plan de gobierno es la que determina el manejo de la *economía*, en sus formas de promoción, regulación, protección, control o planificación.

En lo que respecta a la impregnación de la ideología en las sociedades contemporáneas, resulta necesaria una imprescindible adaptación del poder político a las condiciones que tal situación plantea. No es solamente que el poder político está *ideologizado*: es que, independientemente de su ideologización, se encuentra con una sociedad que sí lo está, o con una estructura jurídica e institucional que responde a muy consolidados postulados ideológicos.

Las sociedades y las instituciones contemporáneas están penetradas y en ocasiones estructuradas por ideologías propiamente políticas, como la democracia, el individualismo posesivo o el nacionalismo, o extrapolíticas pero con directa incidencia en la política: de mercado, de consumo, de bienestar, de realización/emancipación individual. El poder político se ve obligado a legitimarse en función de estas ideologías y también a operar en el marco de acción que se le tolera. Frecuentemente se ve obligado a manipular estos principios ideológicos para poder actuar acorde a las circunstancias.

Un ejemplo contemporáneo que puede mencionarse en este sentido es el de la creciente dificultad que se observa en el ejercicio del poder en un contexto de instituciones democrático-liberales, en lo que hace a la pu-

⁴⁰ Sobre la relación entre prudencia y técnica puede encontrarse una acertada síntesis en Massini, Carlos Ignacio, *La revolución tecnocrática*, cit., pp. 127 y 128. En el *locus* referido se encuentra, no obstante, una tesis que sería preciso revisar y discutir en detalle, pero que aquí sólo podemos tomar nota: tal la primacía de la *ética* sobre el *arte*. Tratándose la *ética* de un tipo particular de praxis subordinada a la praxis por excelencia, es decir, la *política*, el autor introduce en su exposición un matiz que como poco enrarece la claridad de su argumentación. Asimismo, sería materia de otro trabajo cierta desvalorización que, quizá en virtud de la tesis que resueltamente defiende o la intensidad retórica que le imprime a sus argumentos, el autor muestra hacia la técnica como componente subordinado de la política y el derecho.

blicidad de los actos de gobierno.⁴¹ ¿Es posible sostener la legitimidad de los principios y las instituciones democráticas, independientemente de la realización efectiva que han tenido en el pasado, frente a la dinámica de los factores políticos, económicos, sociales, culturales o tecnológicos contemporáneos? Dadas estas condiciones, y aún comprobando que la brecha entre los ideales democráticos y la realidad que lo sustenta, resulta imposible plantear una forma alternativa de legitimidad política: la ideología muestra su plena actualidad.

VIII. CONCLUSIÓN

Esta ubicua, difusa presencia de la ideología en el mundo contemporáneo no exime a los actores políticos y sociales, analistas, intelectuales y académicos de llevar a cabo el arduo trabajo de distinguir entre lo que permite entender la realidad social y política y lo que la oculta, entre lo que es propio e impropio, lo bueno y lo malo.

En el contexto prácticamente incontestado de las concepciones modernas del hombre y el mundo, el concepto de ideología, con su extraña evolución, su polisemia al borde del equívoco, sus numerosas variantes, sus fases históricas de elaboración teórica y de olvido, de predominio y remisión, sigue siendo imprescindible en el campo de las ciencias sociales y la acción política.

En este sentido, los trabajos de Massini constituyen un aporte insustituible, puesto que exploran y ponen en evidencia aspectos de la ideología que hoy son mayormente ignorados, como sus orígenes filosóficos y también sus vinculaciones con las formas tradicionales de representación y pensamiento. Teniendo en cuenta que el paradigma ilustrado de la derogación del pasado parece cada vez más debilitado y sitiado por la crítica, sus aportaciones se presentan revestidas de un remozado interés.

⁴¹ El problema fue planteado en la década de los ochenta, con gran valentía pero con resultados más bien insatisfactorios por Norberto Bobbio. Una recopilación reciente de sus trabajos sobre este asunto puede encontrarse en *Democracia y secreto*, México, Fondo de Cultura Económica, 2013.

ANTÍGONA VS. ISMENA: UN EJEMPLO DE ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA

Joaquín GARCÍA-HUIDOBRO*

SUMARIO: I. *El diálogo implica una comunidad.* II. *Palabras que mueven.*
III. *El alcance de la responsabilidad.* IV. *Un delito santo.* V. *¿Qué significa
“imposible”?*

El origen de la tradición central de occidente en la ética se debe al empeño por realizar una consideración racional de la praxis. Dicho con otras palabras, se trata de afirmar la posibilidad de una filosofía práctica.¹ Si existe un lugar para ella, entonces la moral será mucho más que un conjunto de sentimientos, sino que, a pesar de no gozar de la exactitud de la geometría, es o al menos podrá ser una disciplina racional.² Con altos y bajos, esta convicción se mantuvo inalterable hasta el siglo XVIII, época en que se inicia la decadencia de la filosofía práctica, hasta que en la segunda mitad del siglo XX experimentó un resurgimiento, en especial gracias al movimiento de rehabilitación de la filosofía práctica, que tuvo lugar fundamentalmente en Alemania.³ Con todo, ecos de este movimiento también llegaron al ámbito hispanoamericano y trajeron consigo, entre otras consecuencias, una revitalización de las teorías iusnaturalistas, gracias a la fecunda labor de autores como Juan Alfredo Casaubón, Guido Soaje y Carlos Ignacio Massini en Argentina. Desde ese

* Grupo de Investigación en Filosofía Práctica Universidad de los Andes. El autor agradece el apoyo de Fondecyt (núm. 1110452).

¹ Inciarte, F., “Moralidad y sociedad en la filosofía práctica de Aristóteles”, *Liberalismo y republicanismo. Ensayos de filosofía política*, Pamplona, EUNSA, 2001, pp. 97-112.

² Cfr. Massini, C. I., “Método y filosofía práctica”, *Persona y Derecho*, 33, 1995, pp. 223 y 234 (223-251).

³ Cfr. Gadamer, H. G., *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 6a. ed., Tübinga, J. C. B. Mohr, 1990, pp. 317-329; Ritter, J., *Metaphysik und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*, 2a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1988, pp. 106-132. Para un panorama de esta heterogénea corriente intelectual véase Volpi, F., “Rehabilitación de la filosofía práctica y neoaristotelismo”, *Anuario Filosófico*, 32, 1999, pp. 315-342.

país, esas ideas se han extendido por el resto del mundo americano de habla hispana y portuguesa.⁴

La afirmación de que es posible un tratamiento racional de las cuestiones prácticas no se ha efectuado sólo en sede filosófica. Existe una amplia tradición literaria que expresa la misma convicción. Piénsese, por ejemplo, en obras como *Las paradojas de Mr. Pond*, de Chesterton, o la *Trilogía de Ranson*, de Lewis, o la actividad de estos mismos autores como ensayistas, que se recoge en *Ortodoxia*, *Mero Cristianismo*, y otros libros cuya influencia ha sido enorme. Yendo mucho más atrás, en diversos pasajes de *Los viajes de Gulliver*, de Swift, se descubre una severa crítica al modelo moderno de racionalidad. Todo lo anterior lleva a reforzar la idea de que existe una racionalidad específica de la praxis y a rechazar los imperialismos metodológicos que quieren trasladar al derecho o la política ciertos métodos que son propios de las ciencias exactas.⁵

En las páginas que siguen se busca ir al origen, en la antigua Grecia, de esta defensa literaria de las tesis fundamentales de la tradición central, concretamente a *Antígona*, de Sófocles. A pesar de que la mayor parte de la obra de este autor se haya perdido y, en consecuencia, nos sea desconocida, lo que de él conservamos bien permite considerarlo como uno de los padres de nuestra cultura.⁶

En las páginas que siguen se comentará un diálogo que aparece en el primer acto de *Antígona*,⁷ donde las dos hijas de Edipo discuten acerca de cómo proceder ante el decreto de Creonte que ordena dejar insepulto a Polinices, muerto en su empeño por conquistar Tebas y obtener el trono que le correspondía.

I. EL DIÁLOGO IMPLICA UNA COMUNIDAD

Abre la escena *Antígona*. Sus palabras son amables y permiten incluir a ella y a su interlocutora en una comunidad de sufrimiento, en este caso por la muerte de sus hermanos y la dolorosa historia de sus padres. En efecto, todo

⁴ Cfr. Massini, C. I., “El iusnaturalismo del siglo XX en Iberoamérica”, *Ars Iuris*, 42, 2009, pp. 173-191.

⁵ Cfr. Massini, C. I., “Entre reductivismo y analogía: sobre el punto de partida de la filosofía del derecho”, *Persona y Derecho*, 66-67, 2012, pp. 353-385.

⁶ Se emplea: Sófocles, *Antígona*, traducción, introducción y notas de Leandro Pinkler y Alejandro Vigo, Buenos Aires, Biblos, 1987; para la numeración de los versos: Sophocles, *Antigone*, ed. R. D. Rawe, Stuttgart, Teubner, 1996.

⁷ *Ibidem*, vv. 1-99.

diálogo supone una cierta comunidad entre los participantes y la mantención de la conciencia de esa comunidad es necesaria para que el espíritu de diálogo no desaparezca y sea reemplazado por la indiferencia o la simple confrontación de posturas que no aportan argumentos en su favor sino que se expresan en paralelo.

Antígona: Oh hermana mía, querida Ismena de mi sangre, ¿sabes acaso si hay un mal entre los que de Edipo nos vienen que Zeus no vaya a ejecutar en vida nuestra? Pues nada hay ni doloroso ni sin desgracia ni vergonzoso ni indigno que no haya visto yo entre tus males y los míos. Y ahora, ¿qué es, de nuevo, ese edicto que dicen que el general dispuso recientemente para toda la ciudad? ¿sabes algo? ¿lo has oído? ¿O no ves que marchan contra tus seres queridos enemigos maleficos?⁸

En pocas líneas, Sófocles informa al lector del contexto en que transcurre esta historia y la dura decisión que ha tomado Creonte en su afán por asegurar la estabilidad y la unidad de la ciudad, amenazada por la querrela entre los dos hijos varones de Edipo. Las palabras de Ismena completan lo que falta de este cuadro:

Ismena: A mí, en verdad, Antígona, ninguna noticia de los nuestros me ha llegado, ni grata ni dolorosa, desde aquel día en que ambas perdimos a ambos hermanos, muertos en un mismo día en acción recíproca. Y desde que el ejército de los argivos emprendió el camino esta noche, de nada nuevo me he enterado, de modo que no me encuentro ni más afortunada ni más afligida.⁹

Como Antígona va a comunicarle algo importante a su hermana, no sólo elige la ocasión sino también el lugar. Le habla fuera del palacio, es decir, lejos de oídos indiscretos. Todo diálogo se desarrolla en un contexto determinado y el lugar que se elige puede tener una particular importancia. En este caso es un lugar exclusivo para ellas, que invita a la confidencia. “Antígona: Bien lo sabía; por eso te conduje fuera de las puertas palaciegas para que a solas me escuches”.¹⁰

El lugar va acompañado de una determinada actitud. Antes que con palabras, Antígona habla con el rostro. Esto no pasa inadvertido para su hermana. Buena parte del arte del diálogo consiste en ponerse en la situación del otro y ayudar al interlocutor a hacer lo mismo, de este modo

⁸ *Ibidem*, vv. 1-10.

⁹ *Ibidem*, vv. 11-17.

¹⁰ *Ibidem*, vv. 18 y 19.

pueden entrar en contacto dos existencias que de otro modo constituirían mundos comunicables. “Ismena: Pero ¿qué ocurre? Pues está claro que algún perturbador asunto meditas”.¹¹

II. PALABRAS QUE MUEVEN

Pasa Antígona, entonces, a hacer una narración de los hechos. Viene a contarnos los últimos episodios de la penosa historia de los Labdácidas y le hace ver a su hermana cómo esa situación termina por afectarlas personalmente. Indica cuál es el decreto de Creonte, qué penas tiene asociadas su transgresión y, en definitiva, que ni siquiera ellas están excluidas de esas consecuencias.

Antígona: ¿Pero no es verdad que Creonte ha honrado con exequias a uno de nuestros hermanos y dejado, en cambio, al otro sin honra? A Eteocles dicen, valido de justa ley y costumbre sepultó bajo tierra de modo honroso para los muertos de allí abajo; en cambio, al cuerpo de Polinices, muerto lastimosamente, dicen que a los ciudadanos proclamó en un edicto que nadie le dé sepultura ni le llore, sino que se lo deje sin llanto ni tumba como un dulce botín para las aves rapaces que avizoran con qué saciar su voracidad. Tales cosas, dicen, ha ordenado el bueno de Creonte para ti y para mí, —pues me incluyo—; y hacia acá viene a anunciarlas claramente a quienes las ignoren; pues no toma el asunto como cosa de nada, sino que para quien hiciera algo de eso ha prescrito muerte por lapidación pública ante la ciudad. Así están las cosas por lo que a ti te toca, y habrás de mostrar pronto si noble has nacido, o indigna, de padres dignos.¹²

Hasta ahora Antígona se había ocupado simplemente de describir el contexto en que se hallaban. Con todo, hay determinados contextos ante los que uno no puede guardar neutralidad. Nadie puede permanecer indiferente cuando se exige que el cuerpo de un hermano quede “sin llanto ni tumba como un dulce botín para las aves rapaces que avizoran con qué saciar su voracidad”. El cuadro, aunque descrito brevemente, no deja de despertar horror. Cada una de las palabras está cuidada y se dirige a causar la mayor impresión posible en el ánimo de Ismena, como, por ejemplo, cuando dice que el cadáver se transforma en “dulce botín”, un adjetivo que parece por completo ajeno al vocabulario que hasta entonces se estaba empleando. La descripción, entonces, no es neutral, sino que está destinada a conmo-

¹¹ *Ibidem*, v. 20.

¹² *Ibidem*, vv. 21-38.

ver a la interlocutora, a sacarla de la pasividad y dirigirla a poner algo por obra. En efecto, cuando Antígona describe estas cosas horribles, no está simplemente informando a su hermana, no se limita a transmitirle ciertos datos, sino que la mueve a la acción. El modo inmediato de hacerlo es recordarle la dignidad de sus padres, le hace ver que no todos los comportamientos filiales son coherentes con ese especial valor que se reconoce a los progenitores, y le muestra que de ella se espera un comportamiento muy determinado. Ya tenemos, entonces, una directa apelación a la contraparte. Es decir, estamos ante un discurso práctico.

Ismena no se queda en silencio ni permanece indiferente ante lo que acaba de escuchar. Ella también da razones. La primera que nos entrega tiene que ver con el carácter mismo de la praxis. Dice Aristóteles que sólo tiene sentido deliberar sobre cosas contingentes y que dependen de nuestras fuerzas.¹³ La estrategia de Ismena es, entonces, sacar este problema del ámbito de lo practicable: “Ismena: Pero, desventurada, si así están las cosas, ¿qué más podría yo agregar por más que haga y deshaga?”¹⁴

Como se advierte, la pretensión de Antígona no es inocente y está llena de consecuencias personales y políticas. Ismena, que no parece dispuesta a aceptar esas consecuencias, replica con una acusación: su hermana es atrevida. La idea de que no corresponde ir más allá de las propias fuerzas, porque eso sería tanto como caer en *hýbris*, es una constante en el pensamiento griego. Se observa, por ejemplo, en el viejo mito de Ícaro y Dédalo,¹⁵ pero también aparece muchas veces a lo largo de esta tragedia.

Antígona, empero, no se da por aludida y vuelve a la carga. Así, mientras Ismena traslada el diálogo hacia problema de la supuesta irrelevancia de su conducta en un contexto en el que sólo los poderosos tienen algo que decir, Antígona trae a colación aquello que le parece fundamental en la conversación: aquí sólo se trata de decidir si se enterrará al hermano muerto o si, por el contrario, se lo dejará sin sepultura. “Antígona: Decide si vas a comprometerte y a colaborar...”¹⁶

El sentido de la pregunta no puede ser más claro, pero Ismena parece que intenta ganar tiempo. Es imposible que ella no sepa de qué están hablando o qué trama Antígona, pero algo hay en la psicología de Ismena que constantemente la mueve a dilatar el momento de enfrentar el problema.

¹³ Deliberamos sobre lo que “está a nuestro alcance y es realizable”. *Ética a Nicómaco*, III 2, 1112a30-31.

¹⁴ Sophocles, *Antigone*, cit., vv. 39 y 40.

¹⁵ Ovidio, *Metamorfosis*, VIII, pp. 182-258.

¹⁶ Sophocles, *Antigone*, cit., v. 41.

“Ismena: ¿En qué temerario asunto? ¿Qué propósito tienes? Antígona: Decide si habrás de levantar el cadáver junto con mi mano”.¹⁷

Frente a las vacilaciones de Ismena, Antígona opone respuestas precisas que no admiten dobles lecturas.

III. EL ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD

De este modo, Antígona señala explícitamente un propósito que estaba claro desde mucho antes: prestar honras fúnebres al hermano difunto. Ismena parece ahora no tener escapatoria, y está enfrentada a tener que responder con un “sí” o un “no” a aquello que se le pide. Pero, nuevamente, ensaya una salida, que apunta a transformar el asunto en un imposible y, por tanto, en algo que está fuera del alcance humano y no es materia de una deliberación. “Ismena: ¿Pero es que piensas enterrarlo, estando prohibido a la ciudad?”.¹⁸

Ismena se remite al decreto de Creonte. Pero, como en este caso se trata de debatir si se seguirá ese decreto o no, carece de sentido aludir al decreto mismo para resolver la cuestión. Dicho con otras palabras, no vale invocar el decreto porque la legitimidad de esa norma es precisamente lo que está en discusión. Se haría necesario encontrar alguna razón adicional que muestre que es lícito o quizá obligatorio obedecer ese decreto, aunque sea duro hacerlo, pero no basta con invocar la existencia misma del decreto, porque bien puede suceder que sea injusto y, por tanto, carezca de un carácter obligatorio.¹⁹ Antígona no se deja envolver en ese lazo y da un giro a la conversación. Pone a su hermana ante una realidad mucho más fundamental que los edictos del gobernante: “Antígona: Por cierto que enterraré a mi hermano, que es también el tuyo, aunque no lo quieras; pues no será en traición como seré sorprendida”.²⁰

Junto con mostrarle de qué se trata realmente, Antígona pasa al ataque. Según ella, el comportamiento de Ismena lleva a concluir que le pesa ser parte de esa familia, que, en el fondo, no querría tener ese hermano incómodo, como muchos siglos después le sucederá a la familia de Gregorio

¹⁷ *Ibidem*, vv. 42 y 43.

¹⁸ *Ibidem*, v. 44.

¹⁹ Cfr. Massini, C. I. y García-Huidobro, J., “Valoración e inclusión en el derecho. La máxima «lex injusta non est lex» y la iusfilosofía contemporánea”, en Cianciardo, J. *et al.* (eds.), *Razón jurídica y razón moral. Estudios sobre la valoración ética en el derecho*, México, Porrúa, 2012, pp. 117-145.

²⁰ Sophocles, *Antígona, cil.*, vv. 45 y 46.

Samsa con ese hermano que quizá sería mejor que no existiera.²¹ Antígona es consciente de la situación y, de manera explícita, del peligro que corre, de modo que ya anuncia su futura detención y castigo. Pero al menos le consuela el hecho de que nadie podrá acusarla de traición a sus deberes familiares, lo que no sucederá en el caso de Ismena. Ésta, por su parte, insiste en su estrategia de apoyarse en el orden vigente y de atribuir a un defecto moral las, a su juicio, desmesuradas pretensiones de Antígona. “Ismena: ¡Ay, temeraria! ¿Lo harás, aun contradiciendo a Creonte?”²²

Parece que para Ismena sólo la temeridad puede explicar un acto tan noble. Para ella resulta imposible desobedecer los dictados del poderoso. Ensayo entonces Antígona un nuevo argumento, el de los límites del poder real. Es un argumento de gran fuerza, que apunta al sentido mismo del poder político. Lo contraponen con los deberes de la casa. Ya Hegel advierte que Creonte y Antígona representan respectivamente dos ámbitos, el de la pólis y el de la familia. Habría que ver si eso es completamente exacto, aunque no cabe duda de que hay algo de verdad, como se ve en las palabras siguientes: “Antígona: Mas no le está permitido apartarme de los míos”.²³

Antes de repetir los mismos argumentos que ha venido empleando, Ismena intenta ahora algo diferente, a saber: explorar la vía de la compasión y convencer a su hermana por ese medio. La historia de los Labdácidas es suficientemente dolorosa como para que sus descendientes hayan aprendido a no intentar alzarse contra el destino. Pone ante los ojos de Antígona tres hechos que deben moverla a reflexión, la falta del padre, la muerte de la madre y, finalmente, el trágico fin de los dos hermanos. De esta desgraciada familia sólo quedan ellas dos, y si se rebelan, terminarán por recibir un fin semejante a los demás:

Ismena: ¡Ay de mí! Piensa, hermana, en nuestro padre: ¡cuán odiado e infamado llegó a la muerte tras arrancarse él mismo los ojos por propia mano ante el descubrimiento de sus faltas! Luego, su madre y esposa, doble título, con trenzados lazos pone fin a su vida ignominiosamente; y, en tercer lugar, se matan en un solo día nuestros dos hermanos y alcanzan los dos desgraciados un destino común, uno a manos del otro. Y, por último, ahora que solas hemos quedado, piensa cuánto más infortunadas moriremos, si con violencia de la ley transgredimos el decreto de un tirano o su autoridad.²⁴

²¹ Cfr. Kafka, F., *Die Verwandlung*, Fráncfort del Meno, Mit einem Kommentar von Heribert Kuhn, Suhrkamp, 1999.

²² Sophocles, *Antigone*, cit., v. 47.

²³ *Ibidem*, v. 48.

²⁴ *Ibidem*, vv. 49-60.

Una vez presentado el contexto, Ismena da un paso más y esgrime un argumento que tuvo gran fortuna dentro del movimiento de los sofistas, que son precisamente los autores que Sófocles combate. Así, sigue:

por otra parte, es menester tener presente ante todo que nacimos mujeres, de modo de no trabarnos en lucha contra hombres; y además, dado que estamos gobernadas por quienes son más poderosos, debemos obedecerlos en esto, e incluso en cosas más dolorosas. Por tanto yo, pidiendo a los que están bajo tierra que tengan indulgencia, ya que estoy forzada a ello, me someteré a los que tienen el poder absoluto. Pues el obrar por encima de lo que es posible no tiene sentido alguno.²⁵

La invocación al derecho del más fuerte es habitual en la Antigua Grecia. Se ve con gran claridad, por ejemplo, en la discusión que mantienen Sócrates y Calicles en el *Gorgias* platónico acerca de este mismo punto. Allí, el sofista dice que

según yo creo, la naturaleza misma demuestra que es justo que el fuerte tenga más que el débil y el poderoso más que el que no lo es. Y lo demuestra que es así en todas partes, tanto en los animales como en todas las ciudades y razas humanas, el hecho de que de este modo se juzga lo justo: que el fuerte domine al débil y posea más. En efecto, ¿en qué clase de justicia se fundó Jerjes para hacer la guerra a Grecia, o su padre a los escitas, e igualmente, otros infinitos casos que se podrían citar? Sin embargo, a mi juicio, estos obran con arreglo a la naturaleza de lo justo, y también, por Zeus, con arreglo a la ley de la naturaleza.²⁶

Ismena argumenta en la misma línea. Ya que ellas son mujeres, o sea, en su concepción, seres más débiles, deberán someterse a los poderosos, esto es, los hombres. Se siente forzada a mantener tal actitud y, a lo más, se limita a suplicar la indulgencia de los muertos.

IV. UN DELITO SANTO

Ante este argumento, Antígona en cierto modo cambia de estrategia. No significa que desista de su propósito final, pero decide no contar de ahí en adelante con su hermana. Al mismo tiempo, acepta la muerte que puede venirle y aporta un par de argumentos de gran importancia: junto con volver a aludir a los deberes fraternales, explica, en primer lugar, que, si delito se trata, es

²⁵ *Ibidem*, vv. 61-68.

²⁶ *Gorgias* 483d (se utiliza la traducción de J. Calonge, Madrid, Gredos, 1999).

un delito “santo”. Nuevamente tenemos aquí el problema de los límites. Enterrar a Polinices sólo puede ser considerado delictivo desde una perspectiva parcial, limitada. Pero vista con una visión más amplia y profunda, se trata de una conducta santa, de modo que, si de delitos hablamos, éste no puede ser más que un delito piadoso. Con esto no está negando la posibilidad de que, desde una determinada perspectiva, en este caso la de la legalidad vigente, se pueda juzgar esta conducta de manera negativa, pero deja entender que esa perspectiva no es radical y, por eso mismo, no agota la verdad.

Junto a lo anterior, Antígona introduce un segundo elemento, a saber, el auditorio que juzga la acción. Puesta a complacer a alguien, ella prefiere ser grata a los de abajo, ya que con ellos permanecerá más tiempo. Todo debate e incluso la vida misma de cada uno de los hombres se desarrolla delante de un determinado auditorio. Lo interesante es que, muchas veces, según sea el auditorio que se tiene en mente así serán las conductas que se adopten. Ismena actúa de determinada manera porque piensa sólo en Creonte; para Antígona, en cambio, el rey es un personaje más dentro de una trama que resulta mucho más compleja y que abarca incluso a los muertos.

Antígona: No podría yo obligarte, ni, si todavía estuvieras dispuesta a hacerlo, vería con gusto que cooperes conmigo. ¡Vamos! ¡Míralo como te parezca; que a aquél yo lo enterraré! y será hermoso para mí morir haciendo eso. Yaceré junto a él, querida junto a un ser querido, por haber cometido un delito santo. Pues mayor es el tiempo durante el que he de dar satisfacción a los de abajo que a los de aquí, porque allí por siempre descansaré; En cambio tú, si así te parece, deja sin honra las cosas honradas por los dioses.²⁷

Pero hay más, porque en una frase no exenta de ironía, Antígona introduce un nuevo personaje en esta trama. Su mundo no es sólo el de la casa, sino que incluye a los dioses, en este caso los dioses subterráneos, que tienen estrechos vínculos con el mundo doméstico. La afirmación final no deja de ser inquietante, porque, si de poderosos se trata, no parece muy razonable despreciar lo que los mismos dioses honran. Aquí está implícito algo que es sabido por ambas, pero que se explicará más adelante, a saber, que el mandato de honrar a los muertos tiene un origen divino. Ismena se da cuenta del reproche, pero intenta una justificación y alude, como para reforzar su postura, a lo que piensan los ciudadanos, cuya voluntad sería favorable al decreto de Creonte: “Ismena: No es que haga cosas deshonorosas; sólo que nací incapaz de obrar contra los ciudadanos”.²⁸

²⁷ Sophocles, *Antígona*, cit., vv. 69-77.

²⁸ *Ibidem*, vv. 78 y 79.

Al hacer esa afirmación, Ismena se traiciona. Ella no puede saber lo que piensan los ciudadanos a menos que haya tenido conocimiento del decreto y de la opinión popular antes del diálogo con su hermana. Pero al principio declaró que nada sabía de todo este asunto. Es decir, o ella ocultó lo que sabía o de manera ilegítima está haciéndose intérprete de una voluntad que en realidad desconoce.

La respuesta de Antígona vuelve a poner a su hermana en contacto con la cruda realidad y con los deberes filiales que ya invocó anteriormente. “Antígona: Bien, tú pon esos pretextos, que yo marcharé a levantar una tumba a mi queridísimo hermano. Ismena: ¡Ay de mí, desdichada!, cuánto temo por ti”.²⁹

Ismena replica desde su postura de hermana, que teme por el destino que aguarda a Antígona, aunque Sócrates mantiene en el texto una deliberada ambigüedad, porque no está claro si es Antígona lo que realmente le preocupa o más bien su propio destino en el caso de que su hermana sea condenada a muerte. Pero esta resulta inconvencible y echa en cara de la otra su mal proceder. “Antígona: En lugar de preocuparte por mí, vuelve más recto tu propio destino”.³⁰

Lejos de hacerse eco de esta advertencia, Ismena continúa en su papel un tanto protector y le recomienda tomar algunas precauciones. Incluso llega a ofrecerle ayuda, aunque en sus propios términos y sin cambiar su postura que la lleva a abstenerse de enterrar a su hermano, a pesar de que nunca lo ha dicho explícitamente, sino que sólo se ha limitado a señalar la imposibilidad que para ella representa el obrar de otro modo: “Ismena: Pero, con todo, a nadie anticipes tu propósito; mantenlo a escondidas, que yo haré lo mismo”.³¹

Ante este ofrecimiento, Antígona radicaliza su discurso. Resulta claro que no quiere contar con la más mínima ayuda de su hermana, que le parece despreciable, y por eso llega a proponerle una conducta extrema, aunque probablemente sea consciente de que jamás la adoptará: “Antígona: ¡Pero grítalo! Mucho más odiosa me serás si lo callas, si no anuncias esas cosas a todos. Ismena: Ardiente corazón tienes en asuntos que hielan la sangre”.³²

El diálogo va llegando a su final. Ahora aparece una cierta admiración en las palabras de Ismena y, en lo que sigue, ambas repiten unos argumentos que ya han dado: una alude a lo que denominaba más arriba el auditorio de

²⁹ *Ibidem*, vv. 80-82.

³⁰ *Ibidem*, v. 83.

³¹ *Ibidem*, vv. 84 y 85.

³² *Ibidem*, vv. 86-88.

sus actos, la otra se apoya en la idea de que lo intentado por Antígona es un imposible y que, por tanto, carece de sentido: “Antígona: Pero sé que agrado a quienes debo satisfacer principalmente. Ismena: ¡Si tan sólo pudieras...! Pero ansías imposibles”.³³

Nosotros podríamos preguntarnos si se trata realmente de un imposible. Más bien parece que no, desde el momento en que una mujer que tiene casi su misma edad y proviene del mismo ambiente, con la misma historia trágica sobre su pasado, ha decidido dar sepultura a Polinices. Desobedecer, para Ismena, se presenta como imposible sólo porque ella lo ve así, no porque objetivamente lo sea. Antígona, por el contrario, si bien no está segura de lograrlo, sabe que por lo menos hará todo lo que está de su parte. “Antígona: Por cierto que no he de desistir, mientras no desfallezca”.³⁴

No son los obstáculos externos los que le preocupan, sino la posible insuficiencia de sus propias fuerzas.

V. ¿QUÉ SIGNIFICA “IMPOSIBLE”?

Lo posible y lo imposible en el campo de la praxis no siempre puede ser determinado con facilidad. Esto sucede no sólo porque no conocemos en detalle todas las circunstancias en las que una acción tiene lugar, sino porque la praxis crea, en cierto sentido, sus condiciones mismas de posibilidad. Esto sucede al menos en un doble sentido, personal y político. En su dimensión personal, no hay que olvidar que, según Aristóteles, en algunos casos tenemos la potencia (por ejemplo, el ojo) y luego la actividad (en este caso, la visión). En el caso de la praxis, en cambio, sucede de otra manera, porque, podríamos decir metafóricamente, es la función la que crea el órgano. Por eso dice en la *Ética* que “adquirimos las virtudes mediante el ejercicio previo”.³⁵ En este terreno, la praxis tiene una función creativa: ya que las virtudes no se tienen espontáneamente, deben su origen a la praxis misma: son las acciones las que determinan la existencia de los hábitos.³⁶ Esto lo expresa Aristóteles en una fórmula muy expresiva: “Lo que hay que hacer sabiendo, lo aprendemos haciéndolo”.³⁷ En efecto, “nos hacemos constructores construyendo

³³ *Ibidem*, vv. 89 y 90.

³⁴ *Ibidem*, v. 91.

³⁵ *Ética a Nicómaco*, II 1, 1103a31-32.

³⁶ *Ibidem*, 2, 1103b30-31.

³⁷ *Ibidem*, 1, 1103a32-33.

casas y citaristas tocando la cítara”.³⁸ Lo mismo sucede en materias morales, pues “practicando la justicia nos hacemos justos, practicando la templanza, templados, y practicando la fortaleza, fuertes”.³⁹

También en el campo político podemos decir que la praxis crea las condiciones de su posibilidad. Lo ilustraré con un ejemplo muy posterior, tomado del capítulo 25 de *El príncipe*. Allí, Maquiavelo nos cuenta el caso del papa Julio II y su empresa de conquista de Bolonia:

Los venecianos no estaban contentos con ella, el rey de España tampoco; con Francia tenía discusiones sobre tal empresa; y él, no obstante, con ferocidad e ímpetu, se lanzó personalmente a aquella expedición. Cuyo movimiento hizo quedar en suspenso e inmovilidad a España y a los venecianos; a éstos por medio del miedo, y a los otros por el deseo que tenían de recuperar todo el reino de Nápoles; y, por otra parte, arrastró tras de sí al rey de Francia; porque viéndolo este rey en movimiento, y deseando hacerlo su amigo para someter a los venecianos, juzgó no poder negarle su gente sin injuriarlo manifiestamente.

Condujo Julio las cosas, pues, con su movimiento impetuoso, de una manera como jamás otro pontífice con toda la prudencia humana las habría conducido; ya que si él hubiese esperado partir de Roma con las conclusiones firmes y todas las cosas ordenadas, como cualquier otro pontífice habría hecho, jamás lo hubiese logrado; porque el rey de Francia habría tenido mil excusas y los otros le habrían infundido mil temores. Quiero dejar de lado sus otras acciones, puesto que todas han sido similares, y todas le resultaron bien; y la brevedad de la vida no le ha dejado sentir lo contrario; porque si hubiesen venido tiempos en los que hubiese necesitado proceder con respeto habría sobrevivido a su ruina; y jamás se habría desviado de aquellos modos, a los cuales la naturaleza le inclinaba y hubiera provocado su propia ruina.⁴⁰

El ejemplo, ciertamente, no es muy edificante, pero vemos aquí cómo lo que, en un principio, era imposible se transforma en posible. En efecto, la propia praxis es capaz de desencadenar una serie de acontecimientos, de manera quizá no necesaria pero muy eficaz, cuya combinación futura cambia el escenario y torna posible aquello que antes estaba fuera del propio alcance. El problema es que para eso es necesario arriesgar y una persona como Ismena no está en condiciones de hacerlo, ya que ha ido modelando su carácter de modo tal que ve las cosas de un determinado modo. Como

³⁸ *Ibidem*, 1, 1103a33-34.

³⁹ *Ibidem*, 1, 1103a34-1103b2.

⁴⁰ Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe*, trad. y notas de José Rafael Herrera y Alejandro Bárcenas, Caracas, CEC, 1999, p. 117.

dice a continuación: “Ismena: Pero, en principio, andar a la caza de cosas irrealizables no corresponde”.⁴¹

Lo dicho nos lleva a una tesis que Aristóteles desarrollará en el siglo siguiente, a saber, que la falta de adecuadas disposiciones del carácter lleva consigo una distorsión en el juicio en materias morales. El cobarde y el temerario, extremos viciosos respecto del valiente, ven los peligros más grandes o más pequeños de lo que efectivamente son. En cambio, “Las cosas valiosas y agradables son aquellas que le aparecen como tales al hombre bueno”.⁴² Así, mientras que en materias teóricas las disposiciones del sujeto son indiferentes a la hora de conocer la verdad, no sucede lo mismo en el terreno práctico. Una voluntad mal dispuesta lleva a una apreciación distorsionada de la realidad y a considerar locura un comportamiento que se ajusta estrictamente a las exigencias de la razón en materia de relaciones familiares. Es lo que sucede con Ismena y su cobardía, que termina por resultar profundamente molesta para Antígona.

“Antígona: Continúa hablando así, que te harás odiosa para mí y para el muerto, y con justicia. ¡Vamos, déjanos ya a mí y a mi locura sufrir ese tremendo mal! Pues, ser convencida, ¡jamás!, como no sea de morir con dignidad”.⁴³

La figura de Ismena está descrita con una inigualable genialidad. Es un personaje particularmente ambiguo, oscilante. Más adelante, cuando la suerte de Antígona esté echada y su condena a muerte decidida, Ismena tratará de compartir su destino, pues no soporta la idea de quedarse sola. Vano intento, porque Antígona no lo acepta. Es natural, se muere como se ha vivido. Las palabras finales de Ismena muestran esa mezcla de admiración y crítica que mantiene durante todo el diálogo. “Ismena: Bien, ve, si te parece. Pero sábelo; te conduces como una insensata, mas eres grata, y con razón, para los nuestros”.⁴⁴

La escena se cierra con unas indicaciones del editor, que tienen cierto carácter simbólico, porque apuntan los diversos destinos a los que se dirigen las hermanas: “Se marcha Antígona, mientras Ismena entra en el palacio”.

Ismena busca la quietud y la seguridad de las paredes palaciegas. Su hermana inicia un viaje hacia lo desconocido.

En estas breves líneas se ha mostrado un diálogo que constituye un paradigma de todo discurso práctico. En él, los partícipes no se limitan a ex-

⁴¹ Sophocles, *Antígona*, cit., v. 92.

⁴² *Ética a Nicómaco*, X 6, 1176b25-26.

⁴³ Sophocles, *Antígona*, cit., vv. 93-97.

⁴⁴ *Ibidem*, vv. 98 y 99.

presar sentimientos, sino que pretenden mostrar cómo su conducta se ajusta a ciertas exigencias objetivas de la racionalidad. El problema es que, si es verdad lo que dice Aristóteles, el conocimiento de esas exigencias no es igual para todos, pues depende directamente de las disposiciones del sujeto. Una voluntad mala o al menos débil no será capaz de apreciar cabalmente lo que una determinada situación pide de ella. Dicho con otras palabras, la tarea de conocer el bien moral no es independiente de la tarea de hacerse bueno a sí mismo.

CONSTRUCTIVISMO EN LAS TEORÍAS DE LA JUSTICIA

Francisco CARPINTERO*

SUMARIO: I. *La geometría cargó con el estatus constructivo*. II. *La justificación creadora*. III. *La emergencia de los “constructos”*. IV. *El constructo y la idea de la unidad*. V. *Sed contra*. VI. *Problemas previsibles*. VII. *La diversidad debe reclamar sus derechos*.

El fundamento sistemático de la filosofía del derecho de la Edad Moderna (ya nos refiramos al contractualismo ilustrado, ya a su legado, es decir, al positivismo que estalló en el siglo XIX) no está en su punto de partida, sino en su punto de llegada. Estamos ante una circularidad en la que los elementos aparentemente finales adelantaban intrametódicamente lo que podía ser dicho desde los inicios de la reflexión sobre la comunidad política y el derecho. Pues se trataba de crear un poder que por el hecho de decidir según unas condiciones antropológicas determinadas en origen, volviera justo lo decidido: este poder, así entendido, era el andamiaje que la conciencia misma aportaba para apuntalar el carácter sintético de sus construcciones en tanto que presentes ante ella misma.

No era tarea difícil porque la representación moderna de la conciencia se presentaba como una conciencia de sí que se concibe absolutamente,¹ de forma que el pensamiento puro aparece como algo que es en o frente a ella, sin que permita alguna representación que se entienda que proviene más allá de esta conciencia: por este motivo recayó una grave interdicción sobre todo conocimiento que pudiera ser considerado ontológico o metafísico, es decir, no puesto por las condiciones de la argumentación. Al perder el con-

* Universidad de Cádiz.

¹ Hay que agradecer la claridad de Locke cuando indica expresamente que él se sitúa sobre su entendimiento. Véase “*Essay of Human Understanding*”, *The Works of John Locke*, Londres, 1823, p. 4. Poco más adelante (p. 13) declara que expondrá en su obra una copia de su mente.

tacto con las realidades concretas, tema a veces de la metafísica y a veces de la ontología,² hicieron realidad, en el campo de la filosofía práctica, la intuición cartesiana: un *ipsum esse subsistens* que es pensamiento.

Tenemos derecho a preguntar: en el marco de ese sujeto filosófico impersonal que hace de sí su propio objeto de estudio, ¿dónde está ese punto en el que el sujeto se capta él a sí mismo siendo simultáneamente pensamiento objetivo y autonomía individual que conoce?³ Descartes adoptó una actitud incoherente, porque desde el yo pienso no se deduce ningún mundo lógico objetivo,⁴ y desde el mundo lógico universal y por ello impersonal no se llega al yo, que en principio es incomunicable por irreductible, ya que el pensamiento occidental ha entendido que una persona es tal por su incomunicabilidad.⁵ Tampoco Kant fue capaz de superar esta dificultad. Cabalmente, Descartes hizo una filosofía de esencias de acuerdo con el sueño

² El momento ontológico muestra que el profesor tiene objetivamente, sin necesidad de recurrir a ningún contrato ideal, de explicar con la claridad suficiente. El momento metafísico nos hace ver que cada ser humano, más allá de una cosa con exigencias propias, es una persona.

³ Este problema lo planteó Ayer. Se remite a la explicación del “cuerpo central” de Peirce. Véase *Los problemas centrales de la filosofía*, trad. de R. Fernández González, Madrid, Alianza, 1984, pp. 119 y ss. La explicación de Peirce parece francamente insuficiente.

⁴ Alfredo García Suárez ha mostrado la imposibilidad de superar este solipsismo personal-lógico, aunque referido a los empiristas. Pero su crítica vale igualmente para Descartes. Véase *La lógica de la experiencia. Wittgenstein y el problema del lenguaje privado*, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 20 y ss.

Es lógico que se haya planteado reiteradamente esta objeción. Hegel descalificó sin más a los ensayos empiristas denunciando esta imposibilidad. Ya Hegel se ocupó de esta denuncia. Explicó que “Lo que yo siento solamente es mío, me pertenece a mí como individuo particular; pero como la lengua expresa siempre lo universal, yo no puedo expresar lo que es un sentimiento mío exclusivamente. Lo que no puede ser nombrado ni comunicado, es decir, las sensaciones y los sentimientos no es lo que hay de más importante ni más real; es, por el contrario, lo más insignificante y lo menos verdadero. Cuando yo digo: *lo individual, este individuo, aquí y ahora*, todas estas frases son universalidades, y bien que por todos y cada uno, aunque se trate de *un aquí y ahora* sensibles, se quieren designar cosas individuales, todas estas palabras designan lo general”. *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, Zweiter Teil, § 254. Cito por la edición de Suhrkamp, Fráncfort del Meno, 1970, § 20. La traducción es mía.

Lo extraño es que los siglos XIX y XX hayan vivido con esta contradicción y que solamente haya sido denunciada cuando el neoempirismo había caído bajo sus propias insuficiencias. Lo que indica la importancia de las modas.

⁵ La bibliografía sobre la persona es sencillamente inabarcable. El lector puede consultar dos obras más que tratan de los avatares históricos de esta noción en el derecho: “El desarrollo de la facultad individual en la escolástica”, en Carpintero, F. (ed.), *El derecho subjetivo en su historia*, Universidad de Cádiz, 2003, pp. 35-288. Este estudio está disponible en: *franciscocarpintero.com*. Otro, algo más amplio, *El desarrollo de la idea de libertad personal en el pensamiento medieval*, México, Universidad Panamericana-Porrúa, 2006.

de la matemática universal, es decir, pretendiendo una morfología idéntica de todas las operaciones matemáticas,⁶ en la que no había lugar para las existencias siempre concretas; en todo caso esas existencias eran destellos o epifenómenos del movimiento universal de naturaleza necesariamente binómica. Hegel indicaba que “Descartes ve flotar ante él vagamente la idealidad y se halla muy por encima de la realidad de las cualidades sensibles, pero no pasa a la particularización de esta idealidad. Se detiene, pues, en el mundo de la *mecánica* en sentido estricto”.⁷ Efectivamente, Descartes confundió el discurso racional con las leyes que rigen la intuición de los cuerpos en el espacio.

Fue lógico que este tipo de *teorías* perdiera de vista a las personas: desde el siglo XVIII a hoy casi nadie se atreve a hablar —en las universidades— de las personas,⁸ y los que sí se hablan de ellas es porque han asumido un

⁶ Estas deducciones se componen de teoremas, y podemos preguntarnos si los pasos argumentativos que permiten avanzar teóricamente a tales teoremas tienen naturaleza lógica, geométrica, matemática, de utilidad, o de conveniencia según el fin ya propuesto. Ningún autor de los siglos XVII y XVIII que yo conozca trató en este tema. Se lo plantearon expresamente Peano y, más temáticamente, Frege. Aun así, no parece que haya acuerdo, y nuestros silogismos viven ahora en el mismo estado salvaje que hace siglos.

⁷ *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, trad. de W. Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, vol. III, p. 276.

⁸ Es extraño, y es hora de poder de relieve esta contradicción, cómo todos los universitarios hablan de las personas en su cotidianidad. Pero realizan un corte ontológico como profesores o investigadores universitarios, porque existe una grave interdicción para emplear el término “persona”. Este hecho se aprecia claramente en algunos de los tratados sobre derechos humanos, en los que algunos de estos autores comienzan explicando que “tras a la crítica kantiana a la cosa en sí...”, para afirmar que no existen las personas o que no podemos hacer de ellas el fundamento de los derechos del hombre. Desde luego, la condición de persona del ser humano es una realidad fuertemente metafísica, y sería razonable exigir a estos universitarios que acomodaran su cotidianidad a sus explicaciones académicas, o estas explicaciones eruditas a la vida de todos los días.

En realidad, el problema es sencillo: estamos ante hipocresía colectiva. Andrés Ollero llama a esta actitud “cultura de doble lenguaje”. Véase *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, México, UNAM, 2007, p. 240. Añade que “ser positivista y riguroso a la vez, resulta fácil cuando se está dispuesto a suscribir que las exigencias éticas (tanto las propiamente morales como las jurídicas) no son susceptibles de fundamentación racional alguna; algo tan reñido con la realidad cotidiana del derecho, como para asumir que los jueces no pueden emitir «juicio» alguno” (p. 318). Se remite a Vïgo, R. L., que escribe que “nos parece bastante evidente que el iuspositivismo se mueve más cómodo en el mundo académico que no entre los operadores jurídicos y la concreta realidad jurídica”. Véase *El jusnaturalismo actual. De M. Willey a J. Finnis*, México, Fontaneda, 2003, p. 200.

Massini hace notar, a propósito de autores contemporáneos, esta paradoja de los relativistas que, sin embargo, sí afirman los derechos humanos. Los que mantienen que los derechos son indemostrables, etcétera, pero dan por supuesto, sin embargo, que son *deseables*. Véase *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 137. Ya ha

tono confesional, normalmente católico. La consecuencia quizá más importante de este planteamiento es que el hombre, una vez que no sabe dar razón de su individualidad, con lo que ella implica de autonomía más vital que no mecánica, ha de vivir dejándose guiar sólo por su racionalidad binómica, esto es, mecánica.

Pero hemos de volver a preguntar por qué motivo o motivos esta racionalidad es afirmada como objetiva o universal, porque lo que observa cualquiera es que la filosofía cartesiana, patente especialmente en sus derivaciones más tardías, se mueve en una especie de argumento ontológico que no alcanza solamente a Dios, sino ante todo a la universalidad del noúmeno o de las leyes en que supone que consiste el universo, lo que implica, además, que “este” universo es transparente a la razón humana.⁹ La totalidad existe antes que lo concreto, y es desde esta totalidad desde de la que hay de derivar las concreciones; de ahí que Kant estableciera el principio a priori de la apercepción trascendental. Pero hemos de preguntar que cómo explica la individualidad que permite reconocer y aplicar tal apercepción; pues es razonable que trate de explicar la intuición de los cuerpos en el espacio, pero no es comprensible que explique que el sujeto se reconoce a sí mismo como sujeto o individuo gracias a un principio universal que existe al margen de cada sujeto. ¿Dónde estaría ese “ego” necesariamente anterior a la síntesis trascendental, que es capaz de operar esta síntesis así entendida? Desde luego, Kant habló tanto de las personas y de la *juristische Person*¹⁰ que la abundancia de palabras palió sus insuficiencias teóricas.

Esta anticipación de la totalidad sobre lo concreto se mostró más plenamente en el idealismo, ante todo en el kantiano.¹¹ La primacía la tuvo el *homo noumenon* afirmado a priori, y cada ser humano individual apareció como un apéndice de aquel noúmeno, pero sin que estos filósofos explica-

explicado en la p. 104 que habría que entender, de acuerdo con estos relativistas, que sólo podríamos defender a los derechos casualmente.

⁹ Sobre el argumento ontológico en Descartes, véase “Seconde Méditation”, *Œuvres et lettres*, París, Gallimard, pp. 289 y 290.

¹⁰ El lector puede encontrar noticias algo deslavazadas sobre la *juristische Person* en el pensamiento kantiano en mi estudio “La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la «persona jurídica»”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, pp. 477-522.

¹¹ Kant supuso, del mismo modo que Descartes, un noúmeno universal, en el que participa el hombre, de forma que la totalidad racional está siempre adelantada a cada ser humano concreto. En su *Crítica de la razón pura* abordó en varias ocasiones el argumento ontológico. En A 592 y ss. explica que tal argumento no es válido porque no se puede definir al sujeto por algún predicado. Algo después, en A 625-630, explica que es el único argumento posible para demostrar la existencia de Dios. Cito por la edición de P. Ribas, Barcelona, Alfaguara, 1988.

ran la razón por la que el hombre emerge como un ser autónomo al margen de los principios a priori. Pues parece que la persona es aquel ser que irrumpe en la vida con su propia oferta, y que al mismo tiempo que está sometida a leyes naturales y nouménicas —¿lógicas?— que determinan su actuación, trasciende esas leyes mediante una autonomía que no puede ser explicada desde esas legalidades más generales; esta autonomía no es la del género humano en su conjunto, o la propia de una moral positiva, sino la de los seres humanos concretos irreductibles en principio a órdenes legalidades previamente establecidas. Pero sucedía que sus axiomas les vedaban tal explicación de las personas. ¿Cuál puede ser el puesto del hombre en el mundo de Newton que es, en definitiva, el mundo físico sobre el que teorizó Newton? Del mismo modo que Dios, la persona quedaba fuera del mundo, y así como hablamos de un *Deus ex machina*, podríamos hablar de una *Persona extra machinam*.¹²

En Kant apreciamos de forma especialmente clara cómo los elementos finales de su argumentación (la existencia del orden moral objetivo, la inmortalidad del alma y la existencia de Dios, todo ello combinado con el *Factum* del deber) adelantaban lo que podía ser dicho sobre la filosofía práctica y, por tanto, sobre las personas. Algunos mantienen que Dios, en Kant, es sólo un parásito de la moral, y lo mismo podríamos decir de la persona.

I. LA GEOMETRÍA CARGÓ CON EL ESTATUS CONSTRUCTIVO

Es patente que estamos ante un desarrollo imaginativo que se representa un “todo” inicial con virtualidades o fuerzas que dan lugar a lo concreto. Éste fue el marco más general de los materialistas que nos muestra Platón, y de los que Tomás de Aquino —tratándolos con innegable afecto— indica que no trascendían la imaginación.¹³ En efecto, estamos ante una cuestión propia de la conciencia objetiva, como la llaman hoy los geómetras, o de la imagina-

¹² Alejandro Llano destacó la disolución de la persona en el pensamiento kantiano. Véase *La nueva sensibilidad*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 98. Fue lógico que Kelsen, imbuido en el mundo casi-nouménico de las normas, explicara que la persona jurídica es sólo el punto de “atribución” (*Zuschreibung*) de un sector de las normas del ordenamiento jurídico. Véase *Reine Rechtslehre*, Viena, Frank Deuticke, 1960, § núm. 37, p. 192, por ejemplo. Este proceso ha continuado en nuestra generación posmoderna. Véase Montanari, B., *Itinerari di filosofia del diritto*, Padua, Cedam, 1999, pp. 87 y ss. Esta referencia a Montanari la he tomado de la obra de Barbara Troncarelli, *Complexità e diritto. Oltre la ragione sistemica*, Milán, Giuffrè, 2002, p. 8. “Seconde méditation”;

¹³ Véase *Suma teológica*, I, q. 75, a. 1.

ción, como la llamó Descartes.¹⁴ Pues la razón humana no es capaz de representarse estas figuras al margen del estilo geométrico o imaginativo de pensar.

Ellos fueron —según el lema aristotélico y medieval— desde el punto a la línea, de ésta a la figura, desde la figura a la extensión. Fue Christian Wolff quien mejor expuso este proceder; en su tratado sobre el *Menschliches Thun und Lassen* reconocemos los pasos de este *mos geometricus* de forma prácticamente táctil.¹⁵ Podemos hablar de *mos geometricus* para referirnos a esta filosofía práctica, dado su peculiar carácter constructivo. Porque los geómetras definen a una figura por una sola de sus propiedades, y normalmente suelen alegar que por la propiedad más sencilla; pero ésta es una argumentación demasiado imprecisa. La respuesta más aproximada sería la siguiente: la propiedad elegida es aquella que suministra un procedimiento de construcción.¹⁶ Porque en este contexto explicar o entender es sinónimo de construir. Los integrantes de la Modernidad eligieron aquella propiedad humana que de la manera más directa e inmediata se refería a la forma constructiva de la sociedad; la circunferencia se forma por el giro de un radio y no hay nada más que añadir. La razón se sometía a ella misma, a las leyes que se entendían entonces como científicas, siempre pivotando sobre la representación de una causa eficiente y el efecto producido. Porque la geometría era considerada en aquellos tiempos el *initium* y el *fundamentum* de toda ciencia, y la razón aplicada a la sociedad se construía a sí misma según “una” de sus propiedades.¹⁷ No servía el talante de Descartes, cuyo método era aún demasiado dependiente de intuiciones en la razón según sus contenidos innatos. Pero la mixtura de Descartes, Galileo y los geómetras produjo un nuevo saber que era *evidente* para el sentido común moderno.

¹⁴ Roberto Saumells define a la conciencia objetiva como “El ámbito de una cierta forma de presencia propia de los objetos en tanto que están destinados a su conocimiento”. *La geometría euclídea como teoría del conocimiento*, Madrid, Rialp, 1970 p. 34. Descartes prefería la palabra “imagination”. Véase “Seconde méditation”, *op. cit.*, p. 280.

¹⁵ Pero este constructivismo geométrico no fue creación moderna: estuvo presente en las obras de bastantes filósofos de la Antigüedad y de la Baja Edad Media. Hobbes fue el primero, en el segundo milenio, en ser lo suficientemente desvergonzado para elevar a un plano único lo que hasta entonces no había sido sino un momento del conocimiento.

¹⁶ Véase Saumells, *La geometría euclídea...*, *op. cit.*, 1970, p. 62.

¹⁷ Las teorías nacen en los siglos XVI y XVII, y tratan de imponer una forma proposicional o constructo que explique a una realidad desde un solo ángulo que se supone que es el más acertado por algún motivo. Es propio de estos constructos tratar de reducir la complejidad sustituyendo la lógica de las cosas por la lógica de los símbolos. Imponen un solo símbolo (el *principium unicum* de la Modernidad o de hoy, que suele consistir en la igualdad), y los autores de las teorías entienden que la mayor fuerza comprensiva del símbolo les permite abarcar toda la disciplina o, en nuestro caso, toda una teoría de la justicia.

Podríamos preguntarnos sobre cómo llegó a formarse generalizada-mente este nuevo sentido común que hacía posibles tantas cosas al mismo tiempo que descalificaba otras con toda rotundidad. Conocemos la respuesta: para resolver esta cuestión, la Ilustración entendió que bastaba situar al ser humano en el contexto que le correspondía en el Todo Universal (*Trabant*). La ciencia sobre el hombre que inauguran Hobbes, Locke, Thomasius, d'Holbach, etcétera, es ante todo intuitiva: basta con dejar que el espíritu¹⁸ se abandone a la plenitud de los hechos y se adapte incesantemente a ellos, porque el hombre no es más que *un sector* del todo universal. No hay dualidad entre sujeto cognoscente y objeto conocido: ambos son la misma realidad, aunque el *Esprit* humano permita una cierta autoconciencia. Las ciencias jurídicas y políticas descansan pues en una identidad entre sujeto y objeto, en la identificación entre razón teórica y razón práctica, y precisamente es esta mutua implicación idéntica la que permite, como conaturalmente, que el sujeto llegue a su plenitud en su adecuación cognitiva a lo que es y hay. Era un círculo mágico porque no estudiaba ni describía: la conciencia de la identidad de toda la realidad con ella misma actuaba continuamente como contexto de justificación, y como componía la misma realidad con lo expuesto o justificado, lo uno se explicaba y garantizaba por lo otro. Así surgió ese sujeto filosófico universal al que aludía Hegel, que es al mismo tiempo observador y objeto observado.

¿Por qué esta anticipación mecánica, con su carga normativa del todo sobre sus partes? El racionalismo imperante —aún más necesitado dentro de las teorías más empiristas— había necesitado perentoriamente dar un estatuto propiamente racional a la facultad de razonar: ¿Cómo llega la razón a ser racional? Hobbes había marcado el camino al separar incoherentemente el *jus naturale* existente de hecho y la *lex* propiamente racional.¹⁹ Pero Hobbes y sus remotos discípulos entraron en un terreno peligroso, porque la experiencia demostró que no es fácil separar las condiciones de la presentación de las condiciones de la justificación.²⁰ La presentación primera estaba

¹⁸ El espíritu solamente puede ser entendido en el sentido que lo hace Helvetius en *De l'Esprit*, esto es, como conciencia de la necesidad.

¹⁹ Como denuncia Viola, refiriéndose en general a esta contradicción del pensamiento político-jurídico moderno, Hobbes buscaba escapar del estado de naturaleza (de la naturaleza) creando un Estado artificial según las leyes de la naturaleza. Véase *Stato e natura*, Plasencia, Anabasi, 1995, pp. 20-22.

²⁰ Aquí se nos entrelazan temas diversos, y podemos aludir a uno de ellos, a saber: cuando Hume rechaza lo que él llama la superstición de la fe en la existencia continuada de las cosas, ¿desde qué base epistemológica o antropológica hace esto? Obviamente, ha de ser una base de naturaleza superior a lo que nos muestran los sentidos, pues él cuestiona preci-

constituida por el “*jus naturale*”, y la justificación última por las “leyes de la razón”. ¿Por qué estos *laws of reason* tienen capacidad para corregir el *jus* inicial? Al parecer tienen esta virtualidad porque los *laws* racionales son posteriores al *jus*, y porque el adjetivo “racional”, por el simple sonido de esta palabra, constituye una fuerza lógica que por sí sola basta para corregir lo que nos ofrece la naturaleza *primo modo*.

A pesar de esta identidad, consideraron que la filosofía es una ciencia racional y que, como tal, debe cobrar un estatuto autónomo frente a las representaciones de la sensibilidad —que no trascendían la *vilitas singularium*—, pero que quedaban suficientemente explicadas desde su derivación o inordinación en leyes superiores de naturaleza lógica, aritmética o geométrica.

Si nos preguntamos sobre el elemento que dio fuerza de convicción a sus afirmaciones, vemos que las exigencias del materialismo imponían reconocer únicamente causas eficientes, por lo que sus argumentaciones se encuentran montadas sobre el juego de causa (eficiente) y efecto producido, no sin advertencias acerca de la proporcionalidad que ha de existir entre la causa y aquello que ha sido movido o fabricado. Y la causa eficiente es la más fácil de entender para el entendimiento humano, especialmente en Occidente, donde ha dominado de modo especialmente intenso la representación colectiva del *homo faber*, fabril y capitalista. Esta causalidad era la de los sentidos humanos que, a su vez, estaban movidos por el *power of things* (términos de Hobbes y Locke).²¹ En ningún momento quedó claro

samente la evidencia de la vista, del sentido común que nace desde la unión de los datos que proporcionan los sentidos y la memoria, etcétera. En realidad, Hume se asienta en el sentido común criticista típico del Iluminismo, que solía anular las evidencias sensoriales en nombre de evidencias racionales superiores.

Éste era un estilo que arrancaba de Descartes, que negaba las evidencias proporcionadas por los sentidos en nombre de las evidencias de la razón que partían desde las ideas innatas que habían de ser proseguidas mediante posteriores desarrollos teorematizados deductivos según los modelos matemáticos y geométricos. La propuesta cartesiana tenía cierto sentido, porque negaba la objetividad de unos contenidos mentales en nombre de otros contenidos mentales que se mostraban superiores en algunas de sus aplicaciones prácticas, como vemos claramente en su teoría mecánica. Pero Hume no cree en ideas innatas, pero sin embargo niega la objetividad de los contenidos mentales que nos proporcionan las impresiones sensoriales. Si le preguntamos a Hume cómo la evidencia sensorial puede volverse sobre sí misma para negar su propia realidad, su entero sistema epistemológico quedaría seriamente quebrantado.

²¹ Hobbes habla de estos “poderes” aludiendo a una facultad de los cuerpos que *by which it works in us a conception of itself*. Tal poder hace en la mente una *mark*. Véase “Elements of Philosophy”, *The English Works of Thomas Hobbes*, Londres, 1839, pp. 102-104. Sobre Locke, véase “Essay of Human Understanding”, *op. cit.*, vol. I, p. 120. Más extensamente, sobre los

cuál era la función y alcance de los sentidos y las capacidades de los poderes de las cosas.

Dado el nominalismo antimetafísico que dominaba estas doctrinas, estos constructores de explicaciones sociales debieran haber dejado que la razón aceptara sumisamente a los hechos, dejándose dominar por ellos, sin trascenderlos normándolos a través de leyes más generales que las regularidades que ellos muestran. Pero estos nuevos empiristas que ante todo trataban de bucear en su propia razón,²² no fueron coherentes y, llevados por su afán reformista, trataron de dominar y encauzar *racionalmente* los datos percibidos por los sentidos. Para ello mencionaron a la capacidad de *reflection* de la razón, que tiene, según ellos, capacidad para combinar datos protocolares y formar ideas más articuladas.

Esta pretensión dio lugar a una doctrina —aunque sería más preciso hablar de una mentalidad o sentimiento— que quería partir *ab initio* desde el *corpus* de normas ya existente en la conciencia, que reflexiona sobre sus contenidos. La imaginación de tipo mecánico aludida les había proporcionado un conjunto de reglas primeras o más fundantes, y ahora trataban de trasladar este estilo de pensar a la explicación de la sociedad humana. Esto implicaba mantener la primacía del *corpus logicum* compuesto por las teorías abstractas sobre las personalidades. Esto último no les supuso, de hecho —y solamente de hecho— un problema, porque la empresa teórica que se trazaron los siglos XVII y XVIII no era explicar la libertad de las personas, sino explicar la justicia y operatividad de tal conjunto normativo. Al llegar a este punto las opiniones se dividieron. Hugo Grocio y Samuel Pufendorf habían hablado confusa y contradictoriamente de fomentar la sociabilidad, motivo por el que un sector de la doctrina alemana del siglo XVIII los conoció como los “socialistas”;²³ Thomasius del *vivere diuturne et foelicissime*; Locke de fomentar la libertad en el uso y transmisión de las propiedades privadas según lo que él llamaba la Ley Fundamental de la Propiedad; diversos teóricos alemanes hablaron del Estado de derecho, *Rechtsstaat*, porque entendían que la función de la sociedad política era la de proteger los tres *Urrechte* o derechos fundamentales del ser humano —la propiedad, la libertad y la igualdad— que peligraban en el estado de naturaleza; Kant quiso que cada *juristische Person* estuviera en condiciones de hacer realidad su propio plan de

distintos tipos de cualidades, en el capítulo VIII, § 3, de esta obra. En el capítulo XXI, § 6, explica que todos los *powers* son iguales.

²² Ayer explica que Hume entendía que estaba haciendo psicología. Véase *Los problemas centrales de la filosofía*, cit., p. 35.

²³ Véase, por ejemplo, Thomas, Anton, *Lehrbuch der natürlichen Rechtswissenschaft*, Fráncfort del Meno, 1803, § 23.

vida personal al margen de condicionantes sociales. Entre las personas y el derecho se interponían principios teóricos, no prácticos,²⁴ que explicaban la génesis en la razón del orden jurídico que consideraban justo. En vano, por lo general, buscaremos en ellos referencias a la justicia que brota desde la cualidad irreductible de las personas o desde las exigencias diversas y objetivas de las cosas.

Para traducir las grandes leyes de la mecánica —que ellos creían encontrar en la observación y reflexión del psiquismo sobre sí mismo— hasta la explicación de las conductas de los hombres funcionaron con lo que podríamos llamar un raciocinio-función, porque tomaron un dato de la vida real, tal como alguno de los indicados y, mediante razonamientos lógicos, lo pusieron al servicio de la función teórica de una realidad más amplia ya imaginada y normativa de hecho. De este modo la función preterdeterminada se erigía en la guía de la investigación, y lo que más destaca en sus obras es la unidad subyacente que confiere —desde aquella función inicial— unidad, armonía y pureza al sistema: así creyeron estar construyendo un edificio científico, y desde entonces la pretensión sistemática se ha erigido en sinónimo de científicidad o seriedad de las investigaciones.²⁵ Quisieron mirar más allá de cada sentido para comprenderlo en términos de su génesis necesaria en todo sujeto. Entendieron que así construirían una ciencia de los elementos de la experiencia que, al margen de la función que ellos les asignaban, quedaban privados de contenido.

II. LA JUSTIFICACIÓN CREADORA

Para el mundo premoderno cada cosa existía para sí misma, ya que, como indicaba Pascal tardíamente, cada verdad existe para ella misma.²⁶ El casuismo

²⁴ Sobre las acusaciones de sustituir los principios prácticos por los teóricos, véase Cabrera Caro, L., *Modernidad y neoescolástica: Anselmo Desing*, Universidad de Cádiz, 2001, pp. 182 y ss.

²⁵ Había de ser así para no recaer en una filosofía cognotivista. C. I. Massini nos indica que para estos autores “La realidad es que existe en el intelecto humano una exigencia intrínseca de unidad, un requerimiento de coherencia que transforma en irrealizable la pretensión de sostener dos afirmaciones que implican de un modo estricto una insalvable contradicción. De aquí se sigue la única posibilidad lógica para la aceptación conceptual del derecho respecto de las exigencias de la justicia, radique en la adopción de un radical escepticismo ético-jurídico”. *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004, pp. 67 y 68.

²⁶ Pascal se enfrentaba al sistematismo del siglo XVIII y escribía que “La naturaleza ha hecho que las verdades todas existan cada una en sí y por sí misma. Nuestro arte las encierra

del derecho romano respondió a esta exigencia, y si los compiladores de Justiniano y los juristas del *Jus Commune* resistieron a la tentación de sistematizar el material que elaboraban, esto lo hicieron, en definitiva, porque no creían en una totalidad jurídica universal de la que cada institución jurídica fuera sólo una parte o una manifestación. Pues a la persona que está inmersa en la vida del derecho le resulta patente que una realidad es una compraventa y otra, cualitativamente distinta, un usufructo. Sólo una mentalidad algo supersticiosa sería capaz de suponer que cada uno de estos institutos tiene una raíz común que explique suficientemente su génesis y operatividad. Sucede, más bien, que las distintas manifestaciones del derecho solamente pueden ser unificadas, forzándolas mucho, desde su cauce procesal y coercitivo común, cuando ha habido un incumplimiento.²⁷

Hay que preguntarse cómo ha sido posible unificar la experiencia jurídica al margen de la experiencia dejando de lado los datos de la experiencia social que no se derivan desde el autoestudio de la psique humana. Ya apunté que para el éxito de esta empresa hay que elevar un rasgo necesario de la construcción hasta el plano de la definición de eso que será construido: recuerdo el ejemplo de la circunferencia. Y para llegar a esto es imprescindible unificar el contexto de presentación con el contexto de la justificación; el primer contexto es el texto que está expuesto en sus estudios, y la justificación es el factor que declara que lo allí expresado es cierto, racional, coherente, o simplemente válido. Pues si a lo expuesto concretamente en estos libros lo podemos llamar contexto de presentación, al método seguido lo podemos designar como contexto de justificación o de representación. Se trataba de un contexto de justificación que —lo indico desde ahora— era posible (al menos retóricamente, con independencia de su capacidad para convencernos efectivamente) gracias a las limitaciones que eran puestas en virtud del método mismo. Las limitaciones constituyen un arma dialéctica formidable, porque toda negación implica una universalidad ya que expresa la declaración incondicional de la inexistencia de lo que es negado. Es más, tal como enseña la práctica, toda negación implica una sustitución, y los *moderni* fueron maestros en el arte de poner o situar negando. Si el lector de estas obras acepta el método con sus axiomas —en realidad basta con aceptar los axiomas—, los elementos insilogizados en ellos le llevarán casi

unas a las otras, pero esto no es lo natural. Cada una tiene su lugar adecuado e independiente”. *Pensamientos*, trad. de E. González Blanco, Madrid, Librería Bergua, 1933, núm. 21.

²⁷ Kelsen procedió así, y Harold Laski hacía notar que la teoría pura del derecho más parecía un ejercicio de lógica estricta que no una descripción del derecho. Véase el capítulo introductorio de *A Grammar of Politics*, 4a. ed., Londres-Nueva York, Routledge, 1941.

indefectiblemente a las conclusiones que le interesan al autor de la obra que leamos.²⁸ Al fundarse ante todo en restricciones epistemológicas,²⁹ lo presente es tomado paradójicamente como signo de ausencia.

Aunque si atendemos con atención a este juego de presentación-justificación, quizá observemos que el momento de la justificación lo es todo metódica y objetualmente, ya que tal justificación es la *forma* de la explicación propuesta que abarca en sí a los axiomas iniciales, los factores funtores en los razonamientos intermedios y las conclusiones a las que es preciso llegar finalmente. Los objetos concretos y diversos, y las personas se fueron alejando de estas *teorías* y la universalidad que aportan los argumentos formales carga con el peso de las explicaciones. Al tratarse de formalidades lógicas y por ello sin contenidos, cualquier fin podía ser deducido desde ellas. Así, paradójicamente, las ausencias abrían la puerta a lo que ha sido considerado racional o justo.

Aun a riesgo de desviarnos algo de nuestro tema, podemos tener en cuenta la experiencia cotidiana de la geometría, en la que vemos más claramente cómo estas formalidades lógico-metódicas resultaban ser singularmente arbitrarias. Veamos: la conciencia humana, que tantas construcciones soporta pacientemente, determina frecuentemente, por ella misma, el plano de la justificación: el investigador coloca ante sí la almohadilla en la que la costurera clava los alfileres. Él podría clavar los alfileres en la almohadilla arbitrariamente, y lo que resulte así no será normalmente una figura geométrica concreta. Pero si él quiere puede construir un pentágono con los alfileres, con la condición de decidir o construir él mismo el plano o el escorzo concreto; es el mismo caso que los astrólogos, que reconocen figuras caprichosas al prescindir de la profundidad del espacio.

Entonces puede hablar de un plano de presentación, que es el pentágono construido, y de un plano de objetividad o justificación, que es el plano que el investigador ha elegido libremente, según sus intereses. Obviamente, el ámbito de la objetividad o justificación, constituido por la elección vo-

²⁸ Tirso de Andrés repara en la circularidad del conocimiento científico moderno, e indica que la capacidad de una idea para atrapar la realidad viene, en primer lugar, del diseño mismo de la idea. El primer problema para establecer la semántica de los artilugios mentales es que ella misma depende del constructo intelectual. Véase *Homo "cybersapiens". La inteligencia artificial y la humana*, Pamplona, EUNSA, 2002, p. 163.

²⁹ Habermas denunciaba que la indiferencia del sistema frente a su ámbito de aplicación se trueca en una falsificación del objeto. La estructura del objeto, preterida a favor de una metodología general, condensa y torna irrelevante a la teoría en que esa estructura no puede penetrar. Véase *La lógica de las ciencias sociales*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Tecnos, 1988, p. 23.

luntaria del investigador, no aparece, o no es percibido, ya que queda más allá del ámbito de la presentación, como sucede con toda forma metódica creadora. Esta penetración mutua de la presentación y de la justificación hace fundir lo que es observado³⁰ con lo que aporta el sujeto observador, y es fácil, por este camino, elevar noéticamente el instrumental categorial que aporta el científico hasta confundir la ciencia misma con el método compuesto por los distintos ítems de los que se sirve el científico-creador.³¹ Así, la ciencia deja de ser objetual y pasa a ser creación del hombre.

Estas líneas no deben ser confundidas con ataque a la ciencia analítica en nombre de las filosofías de las *Gestalten*, ni tampoco como una reivindicación de la *Gestalt* anticipadora y creadora de lo concreto. El momento analítico tiene sus derechos y el momento gestáltico dispone de sus propias oportunidades.

III. LA EMERGENCIA DE LOS “CONSTRUCTOS”

Álvaro d’Ors indicaba que una explicación del derecho sólo puede consistir en una inducción sintetizadora que tenga ante la vista los efectos reales que hay que provocar o evitar en cada sociedad.³² Es decir, lo singular ha de preceder a lo general, porque logramos elaborar el momento más general solamente desde el estudio generalizador de lo concreto. ¿Hablamos de lo simplemente general o de lo verdaderamente universal? La *Jurisprudence* inglesa del siglo XIX nació con la pretensión de extraer desde lo concreto esas constantes que necesariamente han de estar en la base de todo hecho jurídico,³³ y

³⁰ De Andrés explica la capacidad de los métodos para convencer proporcionan axiomas, “sus” reglas de inferencia, etcétera. El problema forma con facilidad una *circulatio*. Véase *Homo “cybersapiens”...*, *op. cit.*, p. 167.

³¹ Heisenberg destaca que la estructura de la ciencia moderna ha consistido en deducir lo particular desde lo general, y que el momento general sólo puede estar compuesto por unos cuantos conceptos simples. Véase *Física y filosofía*, trad. de F. Tezanos, Buenos Aires, La Isla, 1959, p. 144, de modo que la ciencia no se constituye por diferentes grupos de objetos, sino por diferentes tipos de relaciones, siendo así que siempre se trata de la misma materia. Véase p. 86.

³² Véase *Una introducción al estudio del derecho*, Madrid, Rialp, 1963, pp. 9 y 103.

³³ William Markby indicaba que “But the only preparation and grounding as a University is either able, or, I suppose, would be desirous to give, is law considerate as a science; at last, if that is not yet possible, in law considered as a collection of principles capable of being systematically arranged, and resting, no on bare authority, but on sound logical deduction; all departures from which, in the existing systems, must be marked and explained”. *Elements of law considered with reference to principles of General Jurisprudence*, 6a. ed., Oxford, 1905, p. X.

podemos suponer sin esfuerzo que éste es el camino de las teorías generales sobre el derecho. Aunque se levantan suspicacias, porque si partimos únicamente desde lo singular, de acuerdo con una epistemología dogmáticamente fenoménica, ¿estamos en condiciones de elevar las constantes observadas a un plano realmente universal? Parece que esta pretensión implica una *coupure* epistemológica que no puede ser explicada con los medios de la *Jurisprudence* o de los *Allgemeine Grundbegriffe*; tampoco se salvaría la *Reine Rechtslehre* kelseniana. De ahí que algunos autores de comienzos del siglo XX explicaran que lo único claro en la evolución de las explicaciones sobre este nuevo saber durante el siglo XIX es que nada había quedado claro.³⁴

Pero los nuevos diseñadores de las teorías sobre el derecho y la justicia prescindieron de las observaciones caso a caso y ofrecieron teorías omnicomprendivas que hacían superfluo el esfuerzo observacional del día a día. Si nos situamos dentro de la piel de uno de estos teóricos, comprendemos que el plano de la justificación inconscientemente asumido presiona a las conciencias con tal fuerza que no son conscientes de haber elegido ellos su propia objetividad, esto es, sus propias reglas constitutivas, ni de estar justificándose a sí mismas al mismo tiempo que presentan el objeto construido de acuerdo con ellas. Es decir, hay serios motivos de índole psicológica que hacen que este tipo de explicaciones “entren” con facilidad singular en las cabezas de los estudiosos; especialmente en las cabezas que tienen ya canas.

Una vez que la ciencia ha quedado identificada con el objeto que considera, es el propio objeto el que queda diluido en la ciencia, esto es, en las formalidades legaliformes, y ahora todo el tema consiste en encontrar las reglas formales que dirijan la constitución de la ciencia. En el lugar de los hechos sitúan una *teoría* que tiene la pretensión de explicar, a modo de método director del estudio, los objetos estudiados, es decir, las entidades lógicas que ella crea. En otras palabras, nos propusieron un *constructo*. ¿Es necesario someterse a las restricciones que impone cada método? Parece, más bien, que cada método tiene su propio momento. Pero los *moderni*, que llegan hasta Kelsen o Bobbio en nuestra disciplina, absolutizaron las restricciones del método de los siglos XVIII y XIX.

³⁴ Quien explicó más claramente para el gran público en qué consistía o cómo se formaba esta ciencia de las categorías formales del derecho, fue quizá Carleton Kemp Allen, en *Legal duties and other Essays in Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1931, pp. 1-30. Allen sólo exponía, sin aprobar, porque no compartía las tesis de esta escuela. Aunque como juicio de conjunto sobre esta corriente, James Bryce indicaba que lo único claro en la *Jurisprudence* es que no había nada claro en la Escuela Analítica. Véase “Analytical School. The Methods of Legal Science”, *Studies in History and Jurisprudence*, Oxford, 1901, las críticas dispersas a lo largo del vol. II.

La palabra *constructo* no tiene un estatuto científico claro y uniformemente admitido. Sabemos que consiste en un desarrollo imaginario, en moldes y formas geométricas, que ofrece el despliegue de un único elemento según un desarrollo teorematizado que fue llamado un sistema. Se trata de una construcción en la que los términos introducidos son definidos por factores previamente usados en el sistema: el uso de los primeros términos justifica la operatividad de los factores posteriores y estos elementos últimos justifican a los primeros. De este modo, el constructo sería una teoría al margen de la entropía inevitable, ya que tendría doble dirección: podríamos ir desde los axiomas primeros a los desarrollos posteriores, o desde los conceptos implicados en estos desarrollos últimos a los axiomas primeros, pues la intimidad del constructo reside en el construir o en el reducir, siempre construyendo gracias a reglas de traducción que proporcionan las funciones proposicionales necesarias para ir desde aquellos axiomas a estos segundos conceptos, y desde estos momentos últimos a aquellos axiomas primeros.³⁵

Indiqué que es una forma de construcción simplemente fenoménica que no admite la inferencia de entidades en el conocimiento: en el lugar de las “cosas” quiere construcciones lógicas que son ficciones construidas simbólicamente. De acuerdo con este planteamiento, una “entidad” existe o es demostrable —expresiones sinónimas en este contexto— solamente cuando se puede proporcionar una regla o técnica para su construcción.³⁶

³⁵ Hobbes mantenía que se trataba de establecer una “Ratiocination to same Generation of the same”, *Elements of Philosophy, cit.*, pp. 6-8.

³⁶ La categoría del constructo provino desde la geometría: la poca fiabilidad de la geometría de Euclides —tal como se mostraba especialmente en los fallos de las explicaciones matemáticas de las líneas paralelas— determinó la desconfianza ante los datos suministrados por las intuiciones de la vista y, por ende, por todas las intuiciones provenientes de la sensibilidad. Pues las líneas paralelas, cuando son explicadas de forma predicativa y matemática, siempre se cruzan. Como Descartes exigió confiar solamente en la demostración matemática, no le quedó más cauce para conocer que el deductivismo matemático realizado desde los axiomas innatos en el hombre. Este reemplazo del mundo de los sentidos por los razonamientos se vio reforzado por el sensismo y fenomenismo de Hobbes y su escuela. Cabalmente, todo empirismo no reconoce otro modo de ofrecer realidades acabadas al hombre, al margen de lo construido lógico-matemáticamente. Es bien sabido que el concepto de lo no-construido se les escapaba a los ilustrados.

Hoy seguimos en manos de esta forma de proceder según constructos, pues ¿qué le impide, por ejemplo a Rawls, reconocer que todos los hombres tienen derecho a una vida digna? Éste es un dato que lo proporciona hoy la experiencia social más elemental, y no debiera ser el punto final de un razonamiento, sino su base de partida. Pero un cierto prestigio académico exige, aún hoy, ser razonablemente materialista y empirista, y Rawls —según esta doble exigencia— nos propuso un largo razonamiento constructivista que parte desde unos individuos egoístas e iguales. Desde luego, estas exigencias del egoísmo individual son bastante menos “evidentes” (incluso desde un punto de vista estrictamente empirista) que el derecho

El siglo XVIII expulsó a las “sustancias” del estudio científico para afirmar solamente a los “fenómenos”. En nuestra cultura, el fenomenismo ha ido asociado de hecho a los materialismos, que no reconocen formas diversas ni *qualitates*. En su lugar proponen la operatividad de un solo protoelemento que se vivencia incompleto y que se busca a sí mismo tratando de alcanzar su plenitud. Componen sistemas que muestran el desarrollo de un solo elemento, negando las cualidades distintas, pues la existencia de alguna de ellas que fuera diferente del factor único creador introduciría un elemento necesariamente incompatible con el factor que se desarrolla omnipresentemente. Fue lógico que Ludwig Knapp —posiblemente el materialista más lúcido que trató del derecho— declarara que “Todo es uno. No hay una diversidad última”.³⁷ Este elemento solitario se mueve según las leyes de la mecánica clásica, siempre sobre una base simplemente binaria.

Estas representaciones necesitaron un *sustrato* último en el que apoyar sus desarrollos. El espacio plano y polarizado, sin formas, que estableció Descartes vino en su ayuda. Pues el sueño de la uniformidad se cumplía sin residuos en este espacio monomorfo. Hegel explica que el punto es la negación del espacio³⁸ y, a *contrario sensu*, podemos suponer que el espacio así diseñado era la base para la negación de los puntos, es decir, de las individualidades. Los diseñadores de constructos ya disponían de un “espacio humano” simplificador que les era imprescindible para edificar sobre él.³⁹ La física del siglo XX ha destruido buena parte de esta visión del mundo, pero la mecánica de Newton sigue siendo útil, aunque ahora sólo sectorial y

de todos los seres humanos a un trabajo digno. Lo que nos confirma en la idea de que el problema sempiterno de los empirismos consiste en que son poco empiristas.

Además, aquella desconfianza ante los datos de los sentidos, que daba lugar a las actitudes constructivistas, debieran quedar en su lugar, esto es, para explicar problemas de la geometría y de la física teórica. Tenemos un derecho justificado a desconfiar de la evidencia sensible en lo que se refiere a las líneas rectas (¿podemos seguir hablando de líneas rectas después de Maxwell?), a las líneas paralelas y a la simultaneidad, entre otros datos. Pero los problemas de la intuición de los objetos en el espacio no se relacionan con los problemas de la intuición de la cualidad moral de las acciones, como explicó Kant minuciosamente.

³⁷ Ludwig Knapp explicaba que “Alles ist Eines. Es giebt keine letzte Verschiedenheit”. *System der Rechtsphilosophie*, Erlangen, 1857, p. 25.

³⁸ En la *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, cit., explica que “Der Punkt, das Fürsichsein, ist deswegen vielmehr die und zwar in ihm gesetzte *Negation* des Raums”.

³⁹ A. Segura Ortega indica que “Son tantas las señales que se agolpan en los canales sensitivos y tantas las historias que desarrolla cada una de ellas que el cerebro no tiene más remedio que reducirlas a espacio... El presente conserva, el tiempo transforma. Espacializar el tiempo es el destino de la razón”. *Homo multidimensional. Introducción a la neuroantropología*, Granada, Comares, 2012, p. 48.

dimensionalmente, porque esta mecánica forma como la metafísica natural de la razón humana,⁴⁰ y es desde ella desde donde alcanzamos la posibilidad del conocimiento de otras explicaciones físicas distintas. Es comprensible que sea difícil sustraerse, aún hoy, a los cantos de sirena de la mecánica del siglo XVIII.

IV. EL CONSTRUCTO Y LA IDEA DE LA UNIDAD

Fueron más allá de las posibilidades de sus métodos exigiendo una unidad que en modo alguno era accesible según sus limitaciones metódicas. Esta unidad era ante todo negativa y se basaba en la ausencia de diferencias y de rupturas en la *res extensa*.⁴¹ El espíritu de la Modernidad tendía hacia una unidad superior que recogiera y explicara todos los *fenómenos*, y sin esta falsilla para interpretar el siglo XVIII y la Edad Contemporánea, poco entenderemos de nuestra época. Descartes anticipó la tesis de la unidad total, según nos explica Cromaziano, en términos muy parecidos al argumento ontológico de San Anselmo.⁴² Esta tesis permaneció como condición de la racionalidad de cualquier sistema.⁴³ Constituía un presupuesto inexplicable desde estas filosofías, pero se ajustaba bien a la mentalidad que había dominado en

⁴⁰ Bergson dio a entender este hecho. En unas ocasiones escribe que existe una lógica natural que nace desde la extensión de una cierta geometría natural, sugerida por las propiedades generales e inmediatamente apercibidas de los sólidos. Desde esta lógica natural ha surgido la geometría científica, que extiende indefinidamente las propiedades exteriores de los sólidos. Véase “L'évolution créatrice”, *Œuvres*, 5a. ed., París, PUF, 1991, p. 633. En otros momentos explica que creer que los cuerpos vivos pueden ser estudiados como el sistema solar, matemáticamente, ésta es una cierta metafísica desarrollada tras los descubrimientos de Galileo, pero que verdaderamente es la metafísica natural del espíritu humano. Véase “L'évolution créatrice”, *op. cit.*, p. 511.

⁴¹ Locke lo expuso claramente: “Secondly, the parts of pure space are inseparable one from other; so that the continuity cannot be separated, neither really nor mentally”. “Essay...”, *op. cit.*, Book II, p. 13, § 13, vol. I, p. 164.

⁴² “Ich erkenne nun durch meine Zweifel, dass ich unvollkommen bin, und sehe ein, dass es besser seyn würde ... und hier entsteht in mir die Idee eines vollkommenen Wesens. Diese Idee in meiner unvollkommenen Natur ihrer letzte Grund nicht haben, kann nur von einem Absolut vollkommenen Wesen selbst berrühren”. *Kritische Geschichte der Revolutionen der Philosophie in den drey letzten Jahrhunderten*, trad. de Karl H. Heydenreich, Leipzig, 1791, p. 21. He dejó el idioma alemán tal como se presenta en esta edición.

⁴³ Tal sentido de la unidad nos lo explicitaba Joseph Priestley: “We ourselves, complex as the structure of our minds, and our principles of action are, are links in a great connected chain, parts of an immense whole...”. *The Doctrine of Philosophical Necessity*, Londres, 1777, Dedication, p. VIII.

los siglos XVI y XVII,⁴⁴ porque era evidente, esto es, vivenciado como máximamente racional para ellos.⁴⁵

Dada la unidad del contexto de presentación y de justificación, en la que la razón metódica prevalecía sobre los otros factores de la argumentación científica, los modernos hubieron de poner en marcha en las ciencias humanas una dinámica que no podía ser externa⁴⁶ a los agentes mismos que habían de actuar: trataban de producir, mediante el uso del principio de igual acción-reacción, un movimiento homogéneo y uniforme que tenía que ser idéntico en todos los agentes. No perdamos de vista la *universalidad* que habían creado mediante sus negaciones iniciales. Este movimiento era universal porque era considerado necesario, y gracias a esta uniformidad en los hombres, el movimiento o la actuación provocaba doctrinalmente la igual actuación o reacción de todos: así alcanzaron la generalidad que fue confundida con la universalidad propia del deber. Cuando Rousseau exponía la necesidad de quedar sometidos todos en igual medida a las mismas leyes políticas como condición imprescindible de la libertad, pensaba al filo de este universal subliminal. Trataron de coordinar la satisfacción de los intereses individuales desde la lógica, esto es, desde las exigencias necesarias lógicamente que surgen desde la satisfacción efectiva de tales intereses idénticos. La *volonté générale* sólo puede ser una.

⁴⁴ Wilhelm Dilthey explica que la primera Modernidad, en oposición a la doctrina nominalista, fundó la posibilidad del conocimiento humano en la cooperación del instinto natural, de la experiencia interna y externa, y del pensamiento discursivo. Véase “La conexión entre la autonomía del pensar, el racionalismo constructivo y el monismo panteísta en el siglo XVII”, *Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII*, trad. de Eugenio Imaz, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 261. Estos siglos necesitaron postular —sigue explicando Dilthey— la concordancia de la significación objetiva de la evidencia y de la vigencia universal “en la afinidad de la razón humana con la razón objetiva del universo” (p. 266). Un juicio valorativo sobre esta concordancia, centrado directamente en la filosofía práctica, nos lo ofrecía Gioele Solari: “All’unità fondamentale del mondo nel pensiero col mondo reale l’empirismo sostituì un parallelismo incomprensibile tra il mondo esterno e interno”. *L’idea individuale e l’idea sociale nel diritto privato*, Milán-Turín-Roma, Fratelli Bocca, 1911, p. 23.

⁴⁵ Dilthey aclara que “Todos los movimientos en la Teología, en las ciencias naturales, en la moral, en la jurisprudencia y en la política ofrecen la tendencia común de procurar un sistema natural fundado sobre conceptos y principios naturalmente evidentes”. “La conexión entre la autonomía del pensar...”, *op. cit.*, p. 294.

⁴⁶ Los autores premodernos no tenían reparos en acudir a momentos externos a los propios sujetos actuantes. Tomás de Aquino, por ejemplo, explicaba que la exigencia de atender al bien común venía introducida por la caridad. Véase *Suma teológica*, II-II, q. 47, art. 10. ¿Qué costaría hoy reconocer las exigencias de la solidaridad en lugar de apelar a los derechos, a la Constitución, etcétera?

¿Cuál es el móvil —el *Triebfeder* kantiano— capaz de mover a las voluntades con esta uniformidad? Se trata de introducir a todos los sujetos en una situación de interdependencia (lógica) en la que los demás hayan de reaccionar exactamente igual a como lo haría uno mismo, y que el sistema lógico se atenga a las reglas sustantivas que se derivan desde una tendencia humana, sea la protección de la desigualdad de las propiedades, de la libertad individual, de la seguridad, del hedonismo, de la libertad capaz de situar al sujeto en condiciones de hacer posible su plan de vida personal, o del egoísmo razonable y juicioso. Lo que ha permanecido fundamentalmente ha sido la defensa de la libertad individual negativa, tal como Isaiah Berlin nos recuerda hoy generosamente.

¿Qué camino queda para mantener teóricamente que la observancia de unas reglas formales determinará que la actuación de todos deberá ser la misma en un caso dado? A Locke le perdió su excesiva concreción, porque es patente que no todos tenemos el deber de estar de acuerdo con la distribución desigual de las propiedades. Perdida esta baza, veamos otra: la de la igual libertad. Pero conocemos su problema principal: esta exigencia es excesivamente formal como para derivar desde ella las soluciones concretas de todo un ordenamiento jurídico. Desde los tiempos de los sofistas con los que discute Sócrates, el egoísmo individual se ha alzado doctrinalmente como la opción con más prestigio en estas explicaciones sistemáticas. El lenguaje de los jusnaturalistas del siglo XVII lo llamó *philautia*, y el del siglo siguiente *Selbstliebe*. En estos constructos que no admiten ningún conocimiento moral cognitivo no queda otra opción que la de hacer juegos lógicos con el egoísmo individual, que es lo que hace hoy Rawls. Si se me permite un inciso, parece que lo que nos ha propuesto Rawls es cabalmente una Mutua de Seguros.⁴⁷

⁴⁷ Rawls dice partir del innegable sentimiento para la igualdad que existe hoy en nuestros países. Busca, así, una base de hecho para construir una teoría *de jure*, es decir, que sea ella enteramente práctica. De seguir las incitaciones de la “posición original”, etcétera, haríamos realidad una sociedad socialdemócrata que seguiría el camino del Reino Unido, Italia, España, etcétera. Aparte de que en estos últimos Estados la socialdemocracia es ampliamente discutida, parece no tener ante la vista a su patria. En ella viven varios millones de afroamericanos en situación de pobreza, y unos cuarenta millones de *spanish* que no suelen gozar de holgura económica.

Pero estas personas votan al partido republicano o al demócrata. Existen varios partidos que propugnan un régimen socialdemócrata, que permanecen en las elecciones arañando el uno por ciento de los votos. Parece que las personas menos favorecidas apuntan al *American way of life* tradicional y se desentienden de las igualdades que se seguirían desde la prolongación de la posición original. Si la base *de facto* de la argumentación cae, ¿es posible la construcción *de jure*?

V. SED CONTRA

Se trataba en realidad de una presentación mítica, pues el mito se justifica por lo que presenta: lo que se ve en el mito se explica en él. Es en proceso similar al de la geometría: el círculo se forma por el giro de un radio, y no hay interrogante anterior ni ulterior sobre este movimiento que construye. La conciencia medieval y moderna percibió esta analiticidad y captó pronto que las figuras geométricas no se prestaban a explicaciones matemáticas: de ahí las denuncias de Alejandro de Alés, ya en el siglo XIII,⁴⁸ y ahí también la desconfianza de Descartes frente a los datos proporcionados por los sentidos: todas las denuncias que hace en su *Discurso del método* se refieren a las falacias a que llevan las explicaciones racionales de los constructos geométricos. Es obvio que desconfiaba, ante todo, de los datos proporcionados por la vista.

Pero la impresión que obtiene el investigador es que fracasaron en su empeño de construir una teoría general de la sensibilidad, porque elaboraron categorías y leyes que no las proporcionaban los fenómenos suministrados por los sentidos. La filosofía social, o práctica, cumple bien la primera de aquellas dos condiciones: los objetos sobre los que versa son las cosas aprehendidas por la sensibilidad: “cosas” tales como la pobreza, hacer celebrado un contrato, la enfermedad, trabajar por cuenta ajena o conducir un automóvil. Pero no ve cómo construir un estatuto de la racionalidad o conducta humana que sea autónomo frente a los datos tan plurales como diversos que nos ofrecen los sentidos cuando aprehenden lo concreto, y aquí comenzaría seriamente el problema de los empiristas y positivistas, que dejan reducidas las acciones humanas a pura facticidad sin normas propias. En tales casos la razón ha de ser enjuiciada por una teoría ideal o por una realidad cuasi-noumenal que se afirma con validez universal.

⁴⁸ Alejandro de Alés, o de Hales, escribía que, en el siglo XIII, escribía que “Similiter de Geometria; non enim videtur, quod sensibiles lineae sunt tales, quales sunt illae, de quibus determinati cum enim omnis scientia sit circa rerum, et multa, quae dicit Geometra, non sunt vera, in sensibilibus lineis, videtur quod aliae sunt lineae Geometricae, alia sensibiles, et aliae figurae ambarum: multo enim rectum de numero sensibilibus, nec rotundum est tale, quale est illud, de quo determinat Geometra, quia non habent proprietates illius: circulus enim secundum Geometram tangit planum in puncto; circum autem sensibile non tangit res, hoc est planum in puncto; ita quod aliae sunt proprietates verum Mathematicarum, et aliae et rerum sensibilibus”. In *Duodecim Aristotelis Metaphysicae Libros dilucidissima Expositio*, Venetiis, 1572, p. 60-D. El tema ya lo había introducido en la p. 8-A.

VI. PROBLEMAS PREVISIBLES

Vemos que estos constructos están basados en tres momentos: un fenomenismo inicial que tanto ha de desconocer a las cosas como a las personas; la exclusividad de la causa eficiente entendida al modo mecánico, productora de impulsiones en las emociones humanas, y el diseño de un procedimiento lógico de interdependencia mutua que haga que todos reaccionen emotivamente de la misma forma.

La ciencia de los últimos siglos ha ido avanzando cada vez con más fecundidad conforme ha ido ampliando el carácter fenoménico de lo que ella estudia. En el plano más preferente de las ciencias naturales, Planck deshizo el dogmatismo de aquellas leyes universales que regulaban a los fenómenos en el mundo newtoniano; en las matemáticas, Gödel ha acabado con los sueños de la *Mathesis universalis*. Hay que extraer consecuencias de esta deriva científica tan típica del siglo XX.

El investigador ya no puede perder de vista lo que es una *communis opinio* actual: que las ciencias naturales no consisten en observaciones “objetivas”, cada vez más amplias o profundas, de un mismo objeto de acuerdo con un mismo método. Nuestro conocimiento, incluso el que circula con la veste de la máxima científicidad, no depende íntegramente de la intuición sensible, porque las definiciones y proposiciones básicas de los métodos plurales son las condiciones de la representación o justificación “puestas” por los investigadores de aquellas cosas intuidas, y ellas son las que prescriben en buena medida su naturaleza y operatividad a esas imágenes aprehendidas. Tal como hizo notar Whewell⁴⁹ en la primera mitad del siglo XIX, los físicos seleccionan sus datos de acuerdo una teoría previa que, sin embargo, en ningún momento aparece explicitada.

Esta comprobación echó un jarro de agua fría sobre las ilusiones de Newton o Laplace, pues los *moderni* entendieron que su fenómeno del mundo de naturaleza mecánica era la verdadera constitución de lo real, la única imagen válida más allá de los datos empíricos. Desde luego, los autores newtonianos de los siglos XVIII y XIX no fueron conscientes por lo general de su metafísica implícita.⁵⁰ La Modernidad actual es más cauta, y reniega

⁴⁹ Véase *The Philosophy of Inductive Sciences founded upon their History*, 2a. ed., Londres, 1847, vol. I, p. 73.

⁵⁰ Whitehead indica a este propósito que “Si la doctrina de la ciencia como búsqueda de la simplicidad de descripción se constituye en el sentido de que libere a la ciencia de su metafísica, en ese sentido la ciencia pierde su importancia. Pero, como la doctrina está manipulada usualmente por sus partidarios, al ser rechazada la metafísica por una interpretación,

expresamente de necesidades como de tipo metafísico, pero procede del mismo modo que sus ancestros, porque en ella sigue operando ese sujeto filosófico universal del que se parte aunque es algo encontrado de antemano.⁵¹ Este sujeto pensante u anónimo es la pragmática formal del lenguaje o el cuasi-noúmeno, como la llamaba Apel, o el sujeto universal pensante de Rawls (que recuerda demasiado a la visión vulgarizada del *homo noumenon* kantiano). Es el momento de hacer algunas observaciones.

La primera observación centra su atención en el hecho de que si el teórico de la ética y del derecho se declara empirista, ha de introducir limitaciones fuertes, exigidas por su método, y al final llegará a un resultado muy escueto, que no explica la vida personal y social cotidiana. Si ante esta dificultad decide posteriormente prescindir de algunas de las limitaciones impuestas por el método, que son las que le han llevado a diseñar y determinar su objeto, no origina una contradicción simplemente metódica, sino un cambio de objeto. De ahí la protesta francamente irritada de Lord Kames frente a Hume.⁵² Pero no es siempre fácil señalar esta sustitución — que puede muy bien pasar inadvertida —, porque el mismo paralogsimo que determina a algunos físicos, condiciona igualmente a algunos teóricos del derecho: tal paralogsimo consiste en suponer, a pesar de la evidencia contraria que viene aportada por el método adoptado, que *en realidad* el derecho sigue siendo lo que su generación —la del teórico del derecho— ha entendido por derecho, y que los cambios metódicos que ellos hacen no afectan a la realidad extrametódica del derecho.

Es decir, las teorías de la justicia de hoy proceden a hacer eliminaciones iniciales para recuperar más tarde lo que habían excluido. Cabe preguntarse si este volver a recuperar después lo que en un inicio fue declarado falso o incapaz es una contradicción soportable que hace honor a la complejidad de la realidad. ¿Estamos ante personas de espíritu amplio y elástico capaces de dar razón de las contradicciones, o estamos ante recursos retóricos que denotan falta de creatividad e insuficiencia de los axiomas, es decir, de

se preserva la importancia de la ciencia sustituyendo esa interpretación por otra”. *La función de la razón*, trad. de L. González Pazos, Madrid, Tecnos, 1985, p. 91.

⁵¹ “He aquí por qué este concepto, como el conocimiento de la esencia, es algo encontrado de antemano, de lo que se parte y que cae dentro del sujeto filosófico”. Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, cit., vol. III, p. 305.

⁵² Lord Kames explicaba, enfrentándose a David Hume y al talante que Hume representaba, que “He found a justice on a general sense of common interest. And yet, at no greater distance than a few pages, he endeavours to make out (vol. 3, p. 43), and does it successfully, that public interest is a motive too remote and too sublime to affect the generality of mankind, and to operate, with any force, in actions so contrary to private interest”. *Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*, Londres, 1798, p. 83.

esa forma que constituye al mismo tiempo el método y el objeto del estudio? Parece que si se propone como sistema de ética un conjunto lógico que parte desde una base empirista, y que para ello es imprescindible declarar equivocadas las éticas existentes que están fundamentadas ante todo en manifestaciones del sentido para la justicia,⁵³ no es lícito volver a recuperar aquello cuya imposibilidad componía la principal razón de ser del nuevo sistema propuesto. No parece correcto despojar a los seres humanos de su personalidad para, en un segundo momento, afirmar la simple individualidad como sucedáneo de la persona.⁵⁴ Los derechos humanos de tantas declaraciones, ¿qué tipo de *individuos* consideran? El lector de Rawls queda bajo la impresión de que la teoría de la justicia de este autor es un resultado de la idea de la justicia, a la que su teoría reelabora escasamente, ya que él parte desde una magnitud que sólo puede reelaborar en parte.

Este tipo de aperturas de espíritu son posibles en un sistema ético del tipo del aristotélico, que juega en todo momento con un combinado de *relatives* de distinta procedencia y diferente estatuto epistemológico y ontológico, por lo que renuncia a la exactitud lógico-científica según el estilo moderno: Michel Bastit ha reeditado recientemente algunas tablas lógicas clásicas,⁵⁵ precisamente porque este sistema de lógica abre la posibilidad de

⁵³ Rawls escribe que “El hecho de este razonable pluralismo debe distinguirse del pluralismo *como tal*”. Le mueve a pensar así su *comprobación* del hecho de que “Se afirman o profesan muchas doctrinas comprensivas razonables, y no todas pueden ser verdaderas (en realidad, ninguna de ellas puede ser vera)”. *Liberalismo político*, trad. de S. R. Madero, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, Conferencia I, “Ideas Fundamentales”, p. 76. A veces se vuelve agresivo en su rechazo de los que no piensan como él, y escribe que “Por supuesto, quienes insisten en sus creencias también insisten en que sólo sus creencias son las verdaderas: imponen sus creencias porque —al menos así lo dicen— sus creencias son veras, no porque sean sus creencias” (p. 77). Ahora no queda nada del “razonable pluralismo” al que tanto alude en otras ocasiones, sin que nunca explique qué entiende por tal.

⁵⁴ Los sistemas éticos pretendidamente científicos, desde sus bases conductistas o behavioristas, optan por la individualidad a costa de la personalidad. Frankl nos indica que “¿Cuáles son las razones que llevan al psicólogo con ceguera para la autotranscendencia y, consecuentemente para la captación de sentidos y razones? Si es un psicoanalista, querrá sustituir los motivos por ciertas tendencias e instintos como causas de la conducta humana. Si es un behaviorista, querrá ver en la conducta humana el mero efecto de los procesos de condicionamiento y aprendizaje. Si no existen sentidos ni razones, ni elecciones, deben suponerse otros determinantes, de una manera u otra, para reemplazarlos. En tales circunstancias, la condición misma de humanidad se deja de lado en la observación de la conducta humana. Si la psicología o, en este caso, la psicoterapia, ha de ser rehumanizada, debe hacerse siendo conscientes de la autotranscendencia más bien que ignorándola”. *La idea psicológica del hombre*, trad. de F. Fernández Turienzo y O. Lasarte, Madrid, Rialp, 1986, p. 29.

⁵⁵ *Tables de logique. Sur l'Introduction de Porphyre, les Catégories, le l'Interprétation et les Premiers Analytiques d'Aristote*, Paris-Budapest-Turín, L'Harmattan, 2003.

lograr este juego en el que se combinan en cada caso una cierta cantidad heterogénea de principios normativos. Pero echar mano de los contenidos de las morales comprensivas, cuyo rechazo inicial justificó la existencia misma de la nueva teoría de la justicia, es sólo sincretismo fácil. Un sincretismo del tipo de los existentes en las épocas helenísticas, cuando convivían y trataban de complementarse ideas gnósticas, maniqueas, cristianas y neoplatónicas, de modo que San Agustín hubo de dedicar una decena de páginas de sus *Confesiones* en explicar expresamente las diferencias entre estos sistemas gnósticos y el cristianismo.

La segunda observación bucea en un mecanismo interno de los constructos. Sus autores sólo tienen en cuenta la causalidad eficiente —una secuela de su imagen mecanicista del mundo—, unas causas que siempre operan desplazando “lógicamente”, por impulsiones guiadas por el principio de la ubicuidad o no-contradicción. Le es ajena la causalidad final, y si establecen teleologías —más que de teleologías hay que hablar de simples estrategias teleológicas— se trata de constructos sintéticos a priori,⁵⁶ cuyo núcleo más interno está constituido por la simple causalidad mecánica. En esta mentalidad está supuesto universalmente el pensamiento binómico en el que siempre un factor desplaza al otro y viceversa: todo se deduce a sumar y restar, y ya Hobbes mantuvo que el pensamiento es un fluido que solamente suma y resta.⁵⁷ Al ser imposible sumar-restar cualidades diversas, ha sido imprescindible usar un solo elemento, suponiendo que los bienes inconmensurables no existen.⁵⁸

⁵⁶ Véanse mis estudios: *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2012; *Dogmas y escepticismo. Presupuestos de filosofía del derecho*, México, Escuela Libre de Derecho-Porrúa, 2013. Algunas tesis desarrolladas en “Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia”, *Dikaioyne*, primera parte 23, 2009 pp. 25-65, segunda parte, 24, 2010, pp. 59-87.

También en “Métodos científicos y método del derecho: una historia superada”, *Persona y Derecho*, 62, 2010/1, pp. 20-58; “Crisis de la ciencia, crisis del escepticismo ético”, *Dikaion*, Chía, Colombia, Universidad de La Sabana, pp. 11-52; “¿Pueden las teorías sobre la justicia sustituir a la doctrina de la ley natural?”, *Persona y Derecho*, 66/67, 2012, pp. 315-352. Estos últimos cuatro artículos se encuentran disponibles en: franciscocarpintero.com.

⁵⁷ Sobre la razón como un fluido de fantasmas unidos por cohesión, común a hombres y animales, véase *Elements of Philosophy, cit.*, p. 398. Sobre la racionalidad humana como simple sumar y restar, véase *Leviathan, or the Matter, form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, Londres, 1839, parte I, capítulo V, p. 29.

⁵⁸ Carlos I. Massini destaca esta inconmensurabilidad de los bienes. Véase, entre otros lugares, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 71 y 72.

Como la causalidad eficiente no alcanza a explicarlo todo, se produjo en la ciencia un escalón entre el lenguaje usado y lo que querían exponer usando ese lenguaje, una paradoja que únicamente se hizo patente en el primer tercio del siglo XX, cuando la crisis de la física entonces clásica en manos de la mecánica cuántica hizo ver que era necesario pensar las nuevas experiencias en conceptos que desde el principio no se ajustaban a lo que era preciso describir.⁵⁹ Apliquemos este hecho a nuestro tema y cuestionemos si es lícito volver el lenguaje cotidiano ya abandonado, el que usamos para describir la organización de nuestras experiencias y para expresar sus resultados, hacia una conexión global de sentido que se basa en una única epistemología, insuficiente para dar cuenta de la cotidianidad, de modo que los términos para enfrentar la vida diaria, más o menos refinados, sean los primeros embajadores *imperiosos* de la nueva filosofía. Esto conduce a lo que Vigo y Ollero denuncian como una filosofía de doble lenguaje.

La tercera observación se sigue lógicamente desde lo expuesto. Del hecho de que un filósofo del derecho no sepa qué es el espacio, qué el tiempo, qué quieren decir nociones tales como posición, existencia, percepción, lugar o velocidad, no se sigue que haya de declarar el escepticismo total en los temas de la justicia. Kant se expresó muy claramente sobre este tema. Hoy, diversos estudios sobre derechos humanos comienzan indicando algo así que tras la crítica kantiana a la cosa en sí es imposible afirmar que el hombre sea una persona, y no reparan en que Kant se preocupó por explicar muy expresamente, en “La doctrina de los elementos”, que es la parte de su *Crítica de la razón pura* en la que expone su teoría de la ciencia, que la intuición de los cuerpos en el espacio (ciencias naturales) es un proceso cognoscitivo enteramente distinto del camino epistemológico que es propio de las ciencias humanas. Escribe que

El concepto de *derecho*, del que el entendimiento sano hace uso, contiene indudablemente todo lo que la especulación más sutil es capaz de desarrollar a partir de él, pero en el uso común y práctico no se tiene conciencia de las diversas representaciones incluidas en este pensamiento. Por ello no puede decirse que el concepto común sea sensible ni que contenga un mero fenómeno, ya que el derecho no puede manifestarse, sino que tenemos su concepto en el entendimiento y representa una propiedad (la propiedad moral) de las acciones, una propiedad que pertenece a éstas en sí mismas. Por el contrario, la representación de un *cuerpo* en la intuición no contiene absolutamente nada

⁵⁹ Heisenberg escribía que “Una y otra vez nos encontramos con que el intento de describir los acontecimientos atómicos en los términos tradicionales de la física nos conduce a contradicciones”. *Física y filosofía*, cit., p. 22.

que pueda pertenecer a un objeto en sí mismo, sino simplemente el fenómeno de algo y el modo según el cual ese algo nos afecta. Esta receptividad de nuestra facultad cognoscitiva se llama sensibilidad y es completamente distinta del conocimiento del objeto en sí mismo, aún en el caso de que pudiera penetrarse hasta el fondo de dicho fenómeno.⁶⁰

VII. LA DIVERSIDAD DEBE RECLAMAR SUS DERECHOS

Para terminar de alguna forma, entre las varias maneras posibles de abandonar ahora este tema, parece que el problema aludido se nos ha planteado ante todo por la función omniabarcante de la conciencia objetiva que es propia de la geometría. Descartes se representó un espacio plano (parece ser el mismo de Einstein cuando propone el ejemplo de la cama elástica), y cabe acusarlo ante el tribunal de la razón de haber polarizado gratuitamente este espacio así *concebido*. El problema reside en que tal imagen del espacio ha sido traspasada a las ciencias humanas, de forma que cada investigador puede trazar sus coordenadas allí donde él quiere, porque, en definitiva, todo es indiferente, ya que según esta mentalidad, la formación de la realidad humana habría sido fortuita, violenta y amoral.

De acuerdo con la visión mecánica subyacente, todos los problemas —también los del hombre— se resolverían en una cadena prácticamente infinita de causas y efectos en el sentido indicado, según las reglas del *mos geometricus*. Frente a tal estado de cosas, Frege y Peano se esforzaron por mostrar los fundamentos lógicos de las matemáticas, y Gödel demostró matemáticamente que todo conjunto axiomático suficientemente completo supone necesariamente factores que no se pueden demostrar desde tal conjunto axiomatizado, de modo que si se muestran tales factores, todo razonamiento es necesariamente contradictorio. Pero el espacio único y plano cartesiano hace irrelevantes estas dificultades ante el gran público: en él, todos los gatos son pardos, y tanto podemos ir de atrás a adelante como de adelante a atrás, siempre sumando y restando una unidad de lo mismo. El sentimiento o la vivencia de este único espacio de discusión (llamado espacio humano y por eso tiene un toque especialmente humanista), constituye una capa que encubre una multitud de miserias.

Indicaba que la diversidad debe reclamar sus derechos. En las ciencias naturales esos derechos distintos están ampliamente reconocidos, y de ahí los métodos distintos que hay que usar para la explicación de una misma rama de la física, como es la mecánica cuántica. Pero no sucede así en la

⁶⁰ *Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1988, A43-A44.

reflexión sobre el derecho porque la tendencia iluminista y decimonónica de reconocer lo jurídico a través únicamente de un cauce procesal común, enturbia nuestros problemas más que los esclarece. De hecho, el positivismo jurídico incluyente ha formalizado en cierta medida la derrota de las aspiraciones positivistas más clásicas. Al volver a cuestionar la ausencia de la ontología y de la metafísica no se trata de hablar de derecho natural, como si el autor de estas líneas fuera un Daries o un Heineccius revivido en el tiempo, sino de aceptar la razón de la pluralidad metódica de las ciencias naturales, también en las ciencias del hombre: si un paradigma científico nos llevó al positivismo jurídico clásico, el cambio de paradigma creador ha de llevarnos a modificar las actitudes últimas, también las que exige el positivismo jurídico incluyente que, a pesar de estos cambios, sigue llamándose incoherentemente “positivismo”.⁶¹ El fracaso de la mecánica de Newton como paradigma científico excluyente no puede llevar a nadie a “quedarse sin ideas” —una expresión que se usa en España— y declarar de la mano de un Feyerabend mal entendido que “todo vale”. Hoy estamos ante una crisis de éxito, ante una abundancia de datos que aún no somos capaces de procesar intelectualmente.

Efectivamente, ahora, libres de aquellas hipotecas iluministas que separaban las “sustancias” de los “fenómenos”, no podemos negar las cualidades *realmente* diversas de las “cosas”. A veces los universitarios adoptan un tono erudito y se remiten al ensayo sobre la obra de arte de Martin Heidegger para mostrar que *in humanis* sólo existe un entendimiento colectivo que se expresa en el lenguaje y nada más que en el lenguaje. Esta actitud no es admisible, porque las cosas se nos imponen con su presencia imperiosa. Por ejemplo, en un primer momento vemos que el alcohol modifica *realmente* los reflejos psicomotrices: luego es necesario que la autoridad pública prohíba conducir a quien está afectado por un exceso de alcohol. Nadie puede remitirse simplemente a un entendimiento intersubjetivamente compartido para mostrar que la prohibición de conducir bebido responde sólo a los requerimientos de tal intersubjetividad. Afinando más en la progresión conceptual, es patente que el derecho existe por las necesidades humanas, y que estas necesidades son distintas: por ello, quien entienda que los argumentos que hay que dar a un conductor bebido, a quien maltrata a una mujer, o al policía que admite sobornos, son argumentos *necesariamente* distintos, se situará en condiciones de entender el momento ontológico en el derecho.

⁶¹ Véase Serna, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006.

¿Qué decir de la gran realidad metafísica, es decir, la cualidad personal del ser humano, tema con el que comenzó este ensayo? Si alguien niega esta cualidad a los hombres en general, o a un sector de ellos, es él quien ha de comparecer ante el tribunal de la razón, y quedará bajo la moral de doble lenguaje a la que aludían Vigo y Ollero. Los demás quedamos dispensados de dar razones.

Filosofía práctica y derecho. Estudios sobre teoría jurídica contemporánea a partir de las ideas de Carlos Ignacio Massini Correas, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 8 de septiembre de 2016 en Arte Gráfico y Sonoro, Agys Alevin, S. C. Retorno de Amores 14-102, colonia Del Valle, delegación Benito Juárez, 03100 Ciudad de México, tel. 5523 1151. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión *digital*).