

## IUSNATURALISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO: COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS

Rodolfo Luis VIGO\*

SUMARIO: I. *Precisiones iniciales (¿qué iusnaturalismo y qué neoconstitucionalismo?)*. II. *Coincidencias*. III. *Diferencias*. IV. *Conclusión*.

### I. PRECISIONES INICIALES (¿QUÉ IUSNATURALISMO Y QUÉ NEOCONSTITUCIONALISMO?)

Precisa Alexy que después de dos mil años sigue habiendo dos posiciones básicas en torno al concepto del derecho: positivistas y no-positivistas, y la clave de esa diferenciación reside en la relación que se reconozca entre derecho y moral. Los positivistas postulan la tesis de la separación, y por ende, cualquier contenido puede ser derecho dado que el elemento definitorio del derecho lo establece la decisión autoritativa (es derecho lo que se establezca como tal según el órgano con competencia a esos fines; aquí se inscriben autores como Kelsen o Hart) o aquello que rige o tiene vigencia social como derecho (aquí se enrolan los realismos sociólogos). Los no-positivistas defienden la tesis de la conexión necesaria o conceptual entre derecho y moral, por ende, hay límites morales para el derecho de modo que si lo que se pretende crear como derecho infringe o traspone esos límites, el resultado creativo no será alcanzado.

En tiempos de plena vigencia del Estado de derecho legal (EDL) en el mundo continental europeo, o sea, durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX las posturas teóricas centrales se reducían, por un lado a los positivistas, y, por el otro, a los iusnaturalistas, de modo, que aquellos que enfrentaban a los que defendían que no había más derecho que el puesto y reconocido como tal, eran los iusnaturalistas que esgrimían la existencia de una juridicidad “dada” que el derecho “puesto” debía rati-

\* Universidad Católica San Pablo-Perú.

ficar o no infringir, y esa juridicidad era “natural” en tanto podía leerse en la naturaleza humana o en cierto orden natural de las cosas que las inclinaba a procurar ciertos bienes o perfecciones, que en el ámbito humano remitía a la razón y a la libertad. Es cierto que frente a ese iusnaturalismo realista clásico de raigambre aristotélico-tomista, está el otro iusnaturalismo racionalista y deductivista típico de los siglos XVII y XVIII que en definitiva posibilitó el proceso codificador que buscaba convertir en derecho positivo ese derecho que la mera razón había deducido desde ciertos principios, prescindiendo de las limitaciones y exigencias derivadas de tiempo y espacio.

El panorama teórico descripto se complica a partir de la sustitución del Estado de derecho legal por el Estado de derecho constitucional (EDC), es decir, cuando después de la caída del nazismo se condena a sus jerarcas por cumplir la “ley” y violar el “derecho”, y así superándose esa sinonimia se identifica al “derecho” con los derechos humanos cuyo fundamento es la dignidad propia de todo ser humano, y consiguientemente, es titular de los mismos todo miembro de la especie humana. Será la Ley Fundamental de Bonn del 49 la que consagrará positivamente la vigencia de ese “derecho” que es superior a la ley, y cuya violación puede generar responsabilidades jurídicas, no obstante lo que disponga la ley. De ese modo se deja de lado el postulado rousseauiano de la voluntad general infalible, y se instituyen tribunales constitucionales con competencia como para asegurar que impere la prevalencia del derecho sobre la ley.

El Estado de derecho constitucional genera una nueva teoría a la que se ha acordado en llamar “neoconstitucionalista”, siendo el denominador común de esos autores el explicar, avalar y promover al EDC. Esa teoría neoconstitucionalista es plenamente funcional al nuevo paradigma o modelo de “Estado”, “derecho” y “jurista” que implica el EDC, y por ende, promueven una nueva agenda teórica con un aparato conceptual idóneo a los fines de respaldar e impulsar esa nueva realidad, que se irá extendiendo por el continente europeo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y, desde ahí, importándola para nuestro continente latinoamericano.

Los autores neoconstitucionalistas terminan agrupados en torno a dos perspectivas, por un lado, un grupo decididamente mayoritario (Robert Alexy, Ronald Dworkin, Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Manuel Atienza, Andrés Ollero, etcétera) que son los neoconstitucionalistas no-positivistas, y por el otro, un muy pequeño grupo (fundamentalmente Luigi Ferrajoli, en algún sentido Luis Prieto Sanchís y algunos otros) que siguen llamándose positivistas aunque comparten la agenda temática im-

puesta por el EDC a la que respaldan no totalmente; pero éstos últimos buscan diferenciarse de los otros neoconstitucionalistas precisamente por su adhesión al positivismo. Puntualmente Ferrajoli se llama a sí mismo “positivista crítico” y sus tesis centrales pueden ser: a) rechazo de la razón práctica, por ende, no cabe la posibilidad de que a la hora de crear o aplicar derecho se argumente o se brinden razones a favor de las opciones escogidas; b) la defensa de los cuatro valores de su “teoría de la justicia” remite a que ellos son “asumidos” pero sin posibilidad que sean justificados racionalmente; c) promoción de un sistema jurídico compuesto de reglas (no de principios) en donde luego sean operadas o aplicadas por medio de silogismos, d) responsabilidad de los juristas como para procurar que el “deber ser” consagrado en la Constitución se convierta en “ser” del derecho vigente, superándose lagunas y antinomias; e) la democracia ha dejado de ser meramente “formal” o “procedimental” y se ha convertido en “sustancial” dado que hay cuestiones ya definidas y que, por ende, están sustraídas de la decisión del pueblo; e) los derechos humanos son conquistas históricas que expresan ciertos valores que —como adelantamos— son asumidos pero no justificados racionalmente, y f) el EDC conlleva un programa de expansión que implica la eficacia de todos los derechos fundamentales, no sólo los de libertad, respecto a los diferentes poderes y ciudadanos, y proyectándolos al plano internacional.

No caben dudas que hay diferencias centrales y sustanciales entre las tesis defendidas por un neoconstitucionalista positivista crítico y el resto de los neoconstitucionalistas no-positivistas, como el mismo Ferrajoli se ha encargado de subrayar, a punto que los ha denunciado a éstos últimos como “iusnaturalistas” o “tendencialmente” iusnaturalistas rechazando vehementemente el auspicio a los “principios” y a la “argumentación”, porque en definitiva ello supone reconocer que es posible con la razón responder preguntas en torno a lo que es bueno o justo; más aún, en ese rechazo el profesor italiano considera que cualquier objetivismo o cognitivismo ético conlleva la defensa de posiciones absolutistas y totalitarias. Es obvio que esa oposición entre los neoconstitucionalistas no-positivistas y los positivistas, se confirma y hasta se acentúa en relación con los iusnaturalistas clásicos, por eso carece de interés la comparación entre esas dos últimas teorías, pero sí resulta interesante la comparación entre neoconstitucionalistas no-positivistas e iusnaturalistas, y como iremos confirmando podemos identificar notables y significativas coincidencias, aunque se detectan diferencias especialmente en el plano de los fundamentos.

## II. COINCIDENCIAS

Conforme a lo anticipado pasemos a aludir a las coincidencias entre neoconstitucionalistas no-positivistas (por una cuestión de espacio centralizaremos la atención en los neoconstitucionalistas más importantes o referenciados: Alexy y Dworkin, aunque incluiremos en algún tema a Nino ) y los iusnaturalistas.

### 1. *No cualquier contenido es derecho*

Ambas posiciones reivindican un concepto del derecho no-positivista en tanto admiten la existencia de un límite moral para el derecho o la presencia en el mismo de exigencias que rigen jurídicamente aunque no hayan sido dispuestas autoritativamente. En el caso de Alexy ello es absolutamente claro y terminante a la luz de la tesis que la “injusticia extrema no es derecho”, por ende, cuando lo que se busca establecer como derecho infringe ese límite moral, no se logrará crear derecho dado que su existencia requiere de dimensión autoritativa y vigencia social, pero también de una cierta calidad ética. Dentro de ese límite moral hay mejor o peor derecho según su mayor o menor corrección o justicia o moralidad, precisamente los “principios” —de los que luego hablaremos— mandan la mejor respuesta posible según las posibilidades fácticas y jurídicas (son “mandatos de optimización”), por eso, ellos son “contenido moral, y forma jurídica” en tanto se hacen presente en aras del mejor derecho. La visión del derecho de Dworkin también es no-positivista en tanto reconoce en el mismo no solo reglas susceptibles del “test de origen” o pedigree, sino “principios” que están en el derecho por su propio contenido (*per se o propio vigore*) y no porque lo haya dispuesto alguna autoridad, y esos principios dworkinianos son “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de moralidad”. Esa teoría dworkiniana implica un explícito rechazo al positivismo jurídico de Hart con su “regla de reconocimiento” que permitía identificar todas las reglas que se habían establecido autoritativamente como parte del derecho vigente, pues los principios dworkinianos —reiterémoslo apelando a la autoridad de Nino— están en el derecho por su contenido valioso (los derechos individuales) por lo que resulta irrelevante su consagración autoritativa.

Por supuesto que el iusnaturalismo clásico ha defendido un concepto de derecho no positivista, más aún, la fórmula de la “injusticia extrema

no es derecho” la encontramos reconocida en Santo Tomás de Aquino cuando habla metafóricamente de la ley injusta como “corrupta”, además, muy lejos está esa teoría de identificar al derecho sólo con reglas puestas, o sea supuestos fácticos a los que se les imputa una cierta consecuencia jurídica, pues hay derecho concentrado o respuestas jurídicas implícitas en ciertos bienes o principios contenidos en el derecho o lo justo natural que luego la prudencia jurídica proyecta en tiempo y lugar. En definitiva, no cualquier contenido puede ser derecho, y en consecuencia, hay límites morales que cuando son infringidos por el derecho puesto o positivo, él no vale o no existe en y como derecho; dicho lo mismo de otra manera: forma parte del derecho vigente ciertas exigencias, al margen de que las haya o no reconocida como tal la autoridad. Está claro que no cualquier contenido puede ser reconocido como derecho, y a este respecto resulte relevante el carácter analógico del concepto del derecho que le permite a Graneris reconocer en la esfera del derecho vigente una juridicidad decreciente y también juridicidad extrínseca (atiende a la exterioridad que remite a las formas, estructuras y procedimientos jurídicos) e intrínseca (atiende al contenido que resulta exigido para poder reconocer que estamos frente a algo estrictamente jurídico).

## 2. *Rehabilitación de la razón práctica*

Una tesis muy importante y decisiva en la que coinciden neoconstitucionalistas no-positivistas e iusnaturalistas es admitir una razón idónea para pronunciarse en el terreno de lo bueno o lo justo, de ese modo ambos se apartan de las perspectivas emotivistas o decisionistas en materia moral o axiológica, por ende, sostienen que es posible apelar a una moral racional desde donde juzgar a las morales subjetivas o sociales en orden a validarlas o descalificarlas racionalmente. Adelantemos que si bien es cierto que aquellas teorías neoconstitucionalistas hablan de razón práctica, precisemos que en el caso de Alexy sus referentes filosóficos son Kant y Habermas; en el caso de Dworkin también aparece Kant aunque sus bases filosóficas no son muy claras, y respecto al realismo jurídico clásico la gnoseología es realista y por ende, a partir del conocimiento sensible es posible abstraer conceptos universales que captan esencias en las cosas.

Más allá de las diferentes explicaciones gnoseológicas (que a la hora de las diferencias volveremos), hay confianza en que las discusiones morales pueden resolverse racionalmente, por eso los neoconstitucionalistas no positivistas y los iusnaturalistas clásicos suscriben la existencia de una

razón práctica, aunque en Alexy esa razón práctica es fuertemente procedural en tanto se confía en un diálogo regulado por una especie de código de la razón práctica, y en la medida que se respete el mismo, se alcanzarán respuestas verdaderas o correctas. No obstante el claro y originario procedimentalismo alexyano, hay concesiones posteriores a una razón práctica sustancial, como la misma tesis que “la injusticia extrema no es derecho”, a la que asimila con la violación evidente y grave de derechos humanos. Si vamos a Dworkin, sin perjuicio de insistir en su escasa atención a las discusiones estrictamente filosóficas, al menos con las categorías clásicas europeas continentales, pensamos que en el profesor norteamericano hay un predominio por preocupaciones formales como la coherencia, pero también incluye propuestas sustanciales conectadas al respeto de los derechos individuales y a las respuestas correctas descubiertas por la razón de Hércules.

En la gnoseología aristotélica tomista la razón práctica se proyecta en definiciones sustanciales pero también hay exigencias más bien de índole formal o procedural, y un buen ejemplo de ello puede ser John Finnis cuando avala una razón práctica sustancial idónea para reconocer a los bienes humanos básicos, y también una razón procedural que se expresa en el método del derecho natural. Otro ejemplo es G. Kalinowski que sin renunciar a la metafísica realista reclamó y desarrolló la presencia de la lógica (incluida la lógica deontica) en el derecho.

### *3. Un derecho con principios*

Ya hemos hablado de que tanto neoconstitucionalistas no-positivistas como los iusnaturalistas no tienen una visión normativista del derecho, sino que incluyen en el mismo a exigencias o respuestas jurídicas contenidas implícitamente en principios, valores, bienes o fines; en realidad la terminología impuesta por los neoconstitucionalistas es la de “principios”, como lo dice explícita y de mil maneras Alexy: “Todas las reglas jurídicas son normas o principios”. Hay que advertir que de las reglas al ser lógicamente “juicios” es posible construir con ellas al aplicarlas estrictos silogismos, pero en cambio, siendo los principios desde un punto de vista lógico meros “conceptos”, a los fines de poder resolver casos desde ellos se requiere definirlos y a partir de esas definiciones formular reglas que operen silogísticamente. Los principios —decía Pound hace muchos años— brindan la posibilidad de razonar con cierta dirección, pero siempre cabe desde ellos derivar más de una respuesta jurídica, e incluso nunca se podrá afirmar que se ha agotado

el contenido de los mismos. El rechazo a un derecho solo compuesto de reglas no solo resulta una ficción, sino que su existencia generaría graves problemas axiológicos a la hora de su operatividad y aplicación. Los principios posibilitan alternativas al jurista en orden a encontrar las “mejores” respuestas disponibles en el derecho vigente, permitiendo que se invaliden aquellas reglas que se oponen de manera grave y evidente a la racionalidad y valiosidad contenida y pretendida en los principios. Esta conclusión es suscrita por neoconstitucionalistas e iusnaturalistas, y conlleva denunciar o criticar a las teorías normativistas que rechazan o le temen a los principios. Si bien los iusnaturalistas siempre han hablado de principios, han sido los neoconstitucionalistas (especialmente Dworkin y Alexy) los que han devuelto a los principios a una nueva “edad de oro” (Prieto San-chís) particularmente a partir de la década de los setenta.

#### 4. Argumentación

El iuspositivismo funcional al EDL conectó la aplicación de las normas a la interpretación jurídica, y a esos fines los métodos interpretativos enseñaban el camino que conducía al sentido que había que desentrañar en aquellas para proyectarlo al caso individual subsumible en el caso genérico. Pero será el libro de R. Alexy *Theorie der juristischen Argumentation* publicado en 1978 el que recuperará en aquel terreno de la aplicación del derecho a la vieja argumentación. La argumentación jurídica alexiana supone no renunciar a la lógica en el marco de la “justificación interna” del razonamiento jurídico aplicativo, aunque centra la atención en la “justificación externa” o sea en la apelación a razones o argumentos que avalen o permitan sostener racionalmente ciertas premisas o enunciados de aquel razonamiento. De ese modo, más que estudiar métodos interpretativos corresponde estudiar argumentos y su peso respectivo. El discurso jurídico —insistirá el profesor de Kiel— es un “caso especial” del discurso moral, por ende, sobre aquél pesan también las exigencias de éste último, sin perjuicio de la restricción que pone la ley, la ciencia jurídica y la jurisprudencia. Más allá de terminologías, el juez y filósofo del derecho Hércules que nos propone Dworkin como ámbito a los fines de encontrar la “única respuesta jurídica correcta” para cada caso, es evidentemente un espacio argumentativo, en el sentido que el “novelista encadenado” debe no solo incorporar su capítulo de manera coherente a la obra del derecho que se viene escribiendo desde hace largo tiempo, sino también debe procurar que los derechos triunfen, especialmente contra el Estado y los objetivos

comunitarios. La “integridad” implicada en la tarea interpretativa dwor-kiniana es un esfuerzo propio de semidioses trasversalmente axiológica, en donde incluso está el compromiso de “mentir” frente a aquellas respuestas erróneas o incoherentes que se han dado en el pasado.

A partir de esa distinción radical entre razón teórica y práctica, el realismo jurídico clásico nunca dudó de la prevención aristotélica que “no se ha de buscar el rigor por igual en todos los razonamientos... tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión, como reclamar demostraciones exactas a un retórico”. Es que, como enseñó el Aquinate:

La razón práctica se ocupa de cosas contingentes, que son el ámbito de las acciones humanas, y por eso, aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tanto más defectos encontramos... respecto de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es idéntica en todos los hombres, ni en aquellos en los que es, es igualmente conocida.

Por eso en ese terreno de lo contingente la razón práctica prudencial requiere apelar a la argumentación, o sea a despejar las dudas por medio de razones que respalden las respuestas. Frente a lo que es evidente no resulta necesario la argumentación, pero ésta se requiere para alcanzar la certeza práctica del juicio que se escoge y se proclama o impera. No es extraño que la escuela de la “nueva retórica” de Perelman a la hora de descubrir las posibilidades que ofrecía Aristóteles y comenzar a hablar de argumentación en la década de los cincuenta, dejará atrás la preocupación por los métodos interpretativos y prestara atención a nómina de argumentos.

### *5. Diversidad gnoseológica*

En el marco del EDL y las teorías iuspositivistas que le eran funcionales, solo interesaba hablar de ciencia jurídica o dogmática, resultando sospechosas o rechazables las preocupaciones filosóficas orientadas a problemas inaccesibles empíricamente. Sin embargo, los neoconstitucionalistas no-positivistas recurren en abundancia a la filosofía jurídica, o mejor dicho, a la filosofía práctica en general, abarcativa de la filosofía moral, política y jurídica. Y aquella necesidad de filosofía se explica en función del aparato conceptual que incluyen sus propuestas teóricas, así por ejemplo en el caso de Alexy su tesis del límite moral para el derecho expresado en la fórmula

“la injusticia extrema no es derecho”, o la comprensión de los principios en tanto “contenido moral y forma jurídica”, o el código de la razón práctica con sus 28 reglas de los diálogos racionales, etcétera. En definitiva la teoría discursiva dialógica racional alexiana está alimentada inescindiblemente por las filosofías kantiana y la pragmática habermasiana, sin este soporte resulta ininteligible. Pero además de filosofía, el profesor de Kiel hace gala de un claro dominio de la ciencia del derecho constitucional (recordemos que él es también profesor de derecho público), así por ejemplo: su propuesta de un constitucionalismo moderado, el recurrir al banco de prueba de la jurisprudencia constitucional alemana, o las exigencias implícitas en su modelo de Estado de derecho constitucional y democrático, son algunas expresiones del plano científico que está incorporado a la teoría alexiana. No solo filosofía y ciencia encontramos en Alexy, también en el terreno aplicativo del derecho en donde el jurista debe “ponderar” principios o invalidar normas por su irracionalidad extrema y evidente, se hace presente una dimensión cognoscitiva que no puede asimilarse sin más a los otros dos saberes jurídicos, sino que se inscribe en el terreno circunstanciado de los casos a resolver. Por supuesto que el perfil anglosajón de la teoría dworokiniana la hace más huidiza de un análisis gnoseológico como el llevado a cabo respecto a Alexy, pero de todas maneras es posible identificar el plano iusfilosófico de la misma, expresado en el mismo Hércules que además de juez es filósofo del derecho, también la ciencia constitucional está presente en la teoría de la “integridad” como en su propuesta de lectura moral de la constitución, y finalmente el reclamo para que se “tomen en serio los derechos” está dirigido especialmente a los jueces en tanto responsables finales del mejor derecho.

La diversidad gnoseológica está receptada claramente en el realismo jurídico clásico, y una buena referencia doctrinal puede ser la obra de José M. Martínez Doral *Estructura del saber jurídico*. De ese modo, a la filosofía jurídica se requiere recurrir para responder raigalmente a los problemas: a) ontológico, conceptual o definicional del derecho; b) gnoseológico; características y tipos de saberes jurídicos; c) lógico y lingüístico: qué estructuras lógicas tiene el derecho, como la semiótica jurídica, y d) axiológico: la pregunta por el valor o validez del derecho. Por supuesto que esa enumeración es meramente indicativa o ejemplificativa, y deja a salvo otras variadas propuestas al respecto. El plano del saber aplicativo o prudencial jurídico que es donde desemboca finalmente el saber jurídico, tiene por objeto el determinar e imperar la conducta justa y obligatoria, prohibida o permitida por el derecho vigente. En cuanto a la ciencia jurídica, y más allá de discusiones que se han dado dentro de la escuela, pen-

samos que corresponde reconocerla y asignarle la tarea de describir, interpretar, sistematizar y valorar al derecho vigente históricamente dado.

## 6. *La importancia de los casos*

El iuspositivismo con su preocupación sistémica se interesó por “casos fáciles” cuyas respuestas estaban contenidas en las normas dadas, y una apertura a la irrepetibilidad y complejidad de los casos era una fuente perturbadora de su esquema científico. El neoconstitucionalismo no-positivista se hace cargo de los “casos difíciles” respecto de los cuales corresponde apartarse de las respuestas contenidas en las normas porque resultan claramente irracionales o absurdas axiológicamente, e incluso a la hora de ponderar los principios en búsqueda de las respuestas jurídicas cabe computar —como en la fórmula de Alexy— el peso en concreto de los principios en juego y la seguridad de las premisas fácticas implicadas, orientado el jurista por “la respuesta correcta” como “idea regulativa”. El juez Hércules dworkiniano debe buscar la “única respuesta correcta” que tiene cada caso, y por supuesto que ello exige hacerse cargo de las particularidades de cada caso. En ese conocimiento “verdadero” de los casos y no meramente persuasivo (como advierte un procesalista neoconstitucionalista como M. Taruffo) hay que apelar a saberes no jurídicos y a la teoría de la verdad de la correspondencia, rechazando la decimonónica teoría de las dos verdades y advirtiendo que la “verdad es condición de la justicia”.

La razón práctica prudencial defendida desde siempre por el realismo jurídico clásico, sabe que en ese nivel de lo contingente e irrepetible que es el propio de la prudencia jurídica, se requiere de experiencia, memoria y circunspección entre otras “partes integrales”, pues la prudencia opera como una especie de puente entre las exigencias de alcance general o universal y las particulares impuestas por el caso que se trate. En palabras del mismo Aquinate: ”Como el legislador no puede tener en cuenta todos los casos particulares, propone la ley de acuerdo con lo que más frecuentemente sucede, poniendo siempre su intención en la utilidad común. Por ello, si llega un caso en que el cumplimiento de tal ley es perjudicial al bien común, no ha de cumplirse esa ley” (S.T.I-II, q.96, a.6), es que “la verdad o rectitud práctica no es la misma en todos los hombres considerada en concreto, sino sólo en general” (S.T. q.94, a.4), por eso en esos casos se busca la justicia en concreto, o sea la equidad. Un ejemplo también extraído de la palabra del Aquinate es la obligación del depositario de devolver el depósito al depositante cuando lo reclama, sin embargo,

en algunos casos esa obligación puede ceder cuando frente al compromiso asumido aparece un bien claramente superior, y el ejemplo es cuando lo depositado es un arma y el depositante pide su devolución para matar al depositario. Como vemos ésta excepción equitativa no destruye a la obligación general, simplemente la completa o precisa. En el marco de lo recordado ,resulta de interés traer a colación el punto de vista privilegiado por Finnis en su teoría que es la perspectiva del “spoudaios” en tanto “los intereses y la comprensión del hombre maduro y razonable proporcionan una mejor base empírica para la explicación reflexiva de los asuntos humanos” (*Ley natural y derechos naturales*, p. 49).

## 7. Sistemas jurídicos débiles

Como lo había advertido Kelsen, la presencia de “principios” en el sistema jurídico es un factor perturbador del mismo en orden a establecer claramente su contenido normativo, su coherencia y su jerarquía. Por ello, los neoconstitucionalistas no-positivistas desde el momento que proclaman —como Alexy— principios y sus exigencias morales de “lo mejor posible”, deben renunciar a reconstrucciones del derecho vigente como un “sistema fuerte” al modo que lo propuso la teoría pura con su famosa pirámide jurídica normativa. En definitiva los sistemas jurídicos compatibles con los planteos neoconstitucionalista deben ser “débiles”, “abiertos”, “dinámicos” y “problemáticos”, más aún, en sus propuestas no solo aparece debilitada la importancia del sistema sino que él es puesto a prueba en cada caso, y así más que obsesionarse por identificar el lugar que tiene cada regla dentro del derecho vigente, la pretensión es encontrar criterios ordenadores de normas y principios, un buen ejemplo de ello puede ser la fórmula del “bloque de constitucionalidad”. Específicamente en Alexy encontramos una propuesta de sistema que ha llamado “modelo procedimental en cuatro niveles” (vierstufiges prozedurales Modell) respecto del cual afirma: “El armazón de mis consideraciones sobre el sistema de derecho como un sistema de procedimientos está constituido por un modelo procedimental de cuatro niveles”, a saber: 1) el procedimiento del discurso práctico general; 2) el procedimiento de creación estatal del derecho; 3) el procedimiento del discurso jurídico, y 4) el procedimiento del discurso judicial. La propuesta de sistema jurídico que podemos llegar a leer en Dworkin remite a los casos, y se encuentra abierto a materiales morales y políticos, es que Hércules tiene que encontrar la respuesta correcta a partir de una mirada omnicomprensiva y coherentista en la que prevalezcan

los principios. Es cierto que Alexy acusa a Dworkin de que su tesis de la “única respuesta correcta” (frente a la respuesta correcta como “idea regulativa” del profesor de Kiel) conlleva implícitamente una jerarquía estricta entre principios, pero de todas maneras esa jerarquía no está formulada apriorística y explícitamente, sino que es Hércules el que la va poniendo de manifiesto y ajustándola en cada caso.

En el realismo jurídico clásico nunca se promovió un sistema en donde el jurista encontraría todas las respuestas jurídicas contenidas en las normas autoritativamente establecidas y ordenadas en estricta jerarquía y armonía. Es que esa pretensión remitía a perspectivas ficticias o idealistas despreocupadas por soluciones valiosas para cada caso, incluso ese rechazo llega a ser extremos en autores como Villey. De todas maneras, nos parece que es razonable y beneficioso el esfuerzo por identificar criterios que posibiliten un cierto ordenamiento del material jurídico disponible en el derecho vigente, por supuesto, sin cercenamientos del mismo según las exigencias sistémicas, ni tampoco sacrificar el dinamismo creativo, axiológico y realista a la medida de los nuevos casos. Tampoco caben lecturas sesgadas que ignoren la pluralidad y competencia entre los sistemas jurídicos que conviven en un mismo territorio y para los mismos destinatarios. Más allá de avalar desde la escuela la referida y modesta preocupación ordenadora, consignemos que autores como G. Kalinowski han trabajado lógica y sistémicamente al derecho, sin renunciar al fundamento metafísico.

## *8. Judicialización*

El EDC importa una cierta judicialización del derecho, especialmente a partir de asignarle a los jueces el control de constitucionalidad sobre todas las normas jurídicas, incluidas la ley y hasta la misma Constitución. Para saber cuál es el derecho vigente se requiere de la jurisprudencia que va validando, corrigiendo y enriqueciéndo al mismo. La distinción entre creación e interpretación-aplicación, se diluye en tanto los casos van suscitando nuevas o ajustadas respuestas jurídicas, algunas de éstas inferidas o explicitadas a partir del “derecho concentrado” o en potencia contenido en los principios. El derecho ya no está solo contenido en la ley, ni tampoco ésta es fruto de una “voluntad general” infalible, y el delito de prevaricato se reformula —como en el Código Penal español— en dictar sentencia injusta a sabiendas.

La teoría alexiana de la ponderación de principios está encomendada en última instancia a los jueces, quienes cuentan con la responsabilidad

de declarar inexistente al derecho que supere el umbral de la injusticia extrema, como también que se respete el “orden marco” de la Constitución y se lo opere con la advertencia de lagunas, soluciones contradictorias u oscuras lingüísticamente. En la teoría dworkiniana pesa igualmente sobre los jueces el esfuerzo por lograr que se tomen en serio los derechos individuales, apelando para ello a argumentos de principios, teniendo presente los riesgos que conllevan para los mismos los objetivos comunitarios invocados por el Poder Legislativo.

Desde el realismo jurídico clásico sostenemos que el analogado principal del derecho está en las conductas justas, por ende, el fin del saber jurídico es conseguir el triunfo de la justicia o el bien común, y a esos efectos la tarea judicial es insustituible y necesaria. La metáfora de Aristóteles al hablar de los jueces como “justicia viviente o encarnada” es elocuente, pues los ciudadanos recurren a ellos para conseguirla. Está en manos de los jueces el respeto a la equidad como justicia del caso y excepción a la regla general consagrada en la ley.

### *9. Crisis de las soberanías nacionales*

La soberanía de los Estados nacionales fue una pieza importante y facilitadora del derecho tal cual lo enseñó el EDC. Desde las Constituciones nacionales se iban derivando las normas que formaban parte de ese sistema jurídico. Esa asimilación entre Estado y orden jurídico normativo coactivo es visible en Kelsen. Sin embargo, el EDC ha ido acentuando un debilitamiento de aquellas soberanías, de modo que muy lejos ha quedado la idea de Bodino identificándola con la potestas absoluta y perpetua. Hoy la última palabra de los derechos nacionales no ha quedado en manos de las respectivas cortes supremas, sino que hay tribunales supranacionales que asumen esas definiciones. Es que apelar a conexiones conceptuales, esenciales y necesarias entre derecho y moral implica la necesidad de controlar toda juridicidad, incluida la de la Constitución, en orden a establecer su validez o invalidez. Si los derechos humanos son reconocidos y no creados, pero además con validez universal y vigencia inalienable, se colige que ya el poder jurígeno de los Estados encuentra límites infranqueables, bajo la sanción de efectivizarse responsabilidad jurídica en aquellos que crean o aplican un derecho inválido o violatorio de aquellos.

Por supuesto que la defensa aleyana de la fórmula de Radbruch de “la injusticia extrema no es derecho”, es un aval a las restricciones de los poderes soberanos estatales a la hora de crear derecho. Sin perjuicio del

tono anglosajón de la teoría dworkiniana, y por ende, escasamente receptivo a derechos y tribunales supranacionales, su tesis no positivista de los “derechos en serio” no puede sino conllevar una cierta restricción o control sobre el ejercicio soberano de los Estados.

Es claramente incompatible con el realismo jurídico clásico la presencia de poderes absolutos, y toda la elaboración en torno al *ius gentium* o *ius cogens* (derecho natural secundario) viene en respaldo de una competencia jurígena limitada por parte de los Estados nacionales. La norma jurídica como “ordenación de la razón” en la tradicional definición del Aquinate, excluye cualquier pretensión de voluntades ilimitadas o infalibles.

## 10. Diversidad y ampliación de las fuentes del derecho

La teoría de las fuentes del derecho heredada del EDL y consagrada en los libros primeros de los códigos civiles tenía como características centrales: a) estatista: requería la aprobación del Estado; b) nómina mínima: las fuentes eran dos o tres, básicamente la ley, la costumbre y la jurisprudencia con algunas restricciones; c) nómina exhaustiva; d) jerárquica: estaba clara la prevalencia de la ley, y ello se manifestaba cuando se precisaba que la costumbre interpretativa y supletoria de la ley eran las reconocidas como fuentes, pero no la contraria a la misma; e) escritas: se asociaba el derecho a textos que se publicaban en el Boletín Oficial, y f) general: conforme a la visión racionalista y decimonónica de la ley no había fuentes en normas individuales. En el marco del EDC la teoría de las fuentes del derecho que le resulta funcional contradice cada una de las seis características señaladas: a) hay derecho en los derechos vigentes nacionales aunque el respectivo Estado no lo haya aprobado o ratificado; b) *ius cogens*, *lex mercatoria*, jurisprudencia supranacional, normas creadas por el Poder Administrador, derecho comunitario o supranacional, convenios colectivos de trabajo, reglamentos de empresa, derechos humanos implícitos, etcétera, son solo algunos ejemplos de la amplia variedad de lugares adonde los juristas van a buscar las respuestas jurídicas; c) la mera referencia a los principios o derechos humanos sirve para poner de relieve que la nómina que se puede confeccionar siempre será enunciativa; d) la jerarquía no puede determinarse rígida y apriorísticamente sin considerar los casos; e) la literalidad no sólo poco aporta cuando hablamos de derechos humanos o principios dado que lo decisivo son las definiciones de los mismos, sino que fuentes relevantes como el *ius cogens* o los diferentes derechos consuetudinarios no

están escritos, y f) las fuentes son lugares adonde está el derecho y, por ende, no es decisivo su carácter general o universal.

Por supuesto que el señalamiento de la teoría de las fuentes del derecho funcional al EDC encuentra respaldo —más allá de matices— tanto en autores neoconstitucionalistas como en iusnaturalistas. La sola referencia a los derechos humanos en tanto principios, pone en crisis aquel reductivismo de la decimonónica visión de las fuentes del derecho.

### 11. Desobediencia y objeción de conciencia

Leemos en Alexy:

La moral puede estar vinculada con el derecho positivo, en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho; en segundo lugar, por medio que el contenido posible del derecho sea delimitado por la moral; y, en tercer lugar, porque la moral fundamente un deber de obediencia al derecho. En consecuencia, pueden distinguirse tres problemas de la relación entre derecho y moral: el problema de la inclusión, el problema del límite y el problema de la fundamentación (*La institucionalización de la justicia*, p. 20).

Esa tercera relación asume un tono dramático frente al derecho extremadamente injusto, por eso aclara el profesor de kiel: "Sólo los que conceden prioridad absoluta al valor moral de la seguridad jurídica no podrán admitir nunca que el deber moral general de obediencia al derecho pueda retroceder por razones morales", y precisamente desde Alexy solo cabe concluir que frente al derecho extremamente injusto no cabe el deber moral de obediencia al derecho. El análisis de Carlos Nino sobre la obligación de obedecer el derecho parte de la tesis que el sistema jurídico —con las autoridades y sanciones que le son inherentes— se justifica en tanto él es un medio necesario para preservar y promover derechos humanos" (*Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires, 1984, p. 244), y prestando atención a los casos de un derecho democrático distingue entre la situación del juez (u otro funcionario) y la del súbdito, para luego considerar la posición moral de un juez frente a un súbdito que se ha considerado moralmente facultado a desobedecer el derecho. Más allá de las sutiles distinciones que efectúa el profesor argentino, lo que interesa destacar es que no suscribe ninguna obligación absoluta de obedecer al derecho y reconoce tanto la "objeción de conciencia" (opera cuando un individuo cree que una obliga-

ción jurídica está en conflicto con sus principios morales o religiosos) como la “desobediencia civil” (consiste en la inobservancia de normas jurídicas que se consideran injustas con el propósito de modificarlas).

Pasando a autores iusnaturalistas clásicos que no dudan en respaldar a los derechos humanos, recordemos que en Finnis el significado focal de autoridad queda vinculado —en terminología tomada de Raz— a “razón excluyente”, por eso leemos:

En cualquier caso, la autoridad carece de utilidad para el bien común a menos que las disposiciones de los que poseen la autoridad (o las que surgen de la formación de reglas autoritativas consuetudinarias) sean tratadas como razones excluyentes, *i.e.* como razones suficientes para actuar a pesar de que el súbdito no habría adoptado la misma disposición y aunque en realidad considere que la disposición existente es en algún aspecto (o en algunos aspectos) irracional, no plenamente conveniente para el bien común (*Ley Natural..., o cit.*, p. 380).

Así también el profesor de Oxford reconoce la obligación moral prima facie de obedecer al derecho (*ibidem*, p. 370) y que las reglas jurídicas gozan de “fuerza excluyente” (*ibidem*), ésta última afirmación la avala con ejemplos tomados de Tomás de Aquino, aunque con la advertencia que San Buenaventura no coincidía en respaldar la propuesta de que un juez debe respetar el derecho aun cuando sabe que es inocente aquél que ha sido condenado por pruebas jurídicamente inadmisibles. Coherente con esas tesis, Finnis entiende que la proposición “la ley que es defectuosa en su racionalidad es ley sólo en un sentido diluido” no se ofrece “como aplicable inmediatamente en un tribunal de justicia (o en otro contexto intra-sistématico)” (*ibidem*, p. 321). De todo el marco teórico señalado el profesor de Oxford concluye que “la objeción de conciencia no es un principio o fundamento generalmente válido para eximirse de la ley” (*ibidem*, p. 317).

Más allá de la opinión de Finnis, estimamos que un complemento ineludible del análisis de la ley injusta es el derecho a la objeción de conciencia que cubre cierto incumplimiento de la norma jurídica en función de razones morales que puede invocar su destinatario. Ese derecho cubre los reparos razonables del ciudadano o funcionario frente a la violencia moral que le provoca la prescripción en cuestión, y así el derecho como institución se pone al servicio de un auténtico bien común que no tolera sustancializar fines que fagociten al bien de las personas de carne y hueso. Para el iusnaturalismo clásico no puede haber dudas del valor racional o moral —también específicamente jurídico— que corresponde

asignarle a la conciencia de aquél que debe obedecer a la ley (*Cfr.* Jorge Guillermo Portela, *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Educa, 2005), y una manifestación de ese respeto al destinatario por sobre ficciones impuestas por el iuspositivismo legalista, puede ser que ya Tomás de Aquino justificaba a aquél que incumplía la ley por ignorancia, no culpable dado que la ignorancia convertía al acto en involuntario (Santo Tomás de Aquino, “*Quodlibetum*” 1,9,3) y también se exime de pena cuando la involuntariedad es total o se disminuye la pena cuando hay una voluntariedad disminuida por flaqueza o pasión (S.TI-II, 105,2). Es que si la ley es dictamen de la razón práctica, no parece posible aceptar un cumplimiento dogmático e indiscriminado de todos los destinatarios, incluidos a aquellos que sin poner en riesgo la subsistencia de la sociedad y el derecho, pueden aducir razones morales personales que justifican su pretensión de no cumplirla. De nuestra parte no dudamos en brindarle amplia cobertura al derecho de objeción de conciencia que en definitiva responde a una perspectiva del derecho plenamente al servicio de cada hombre o ciudadano.

## 12. Ética del juzgador

En el EDL resultaba irrelevante la ética del juzgador dado que se confiaba en que él sería un “ser inanimado” y “boca de la ley” —según la repetida caracterización montesquieuana—. Pero en tiempos del EDC donde frente al mismo caso habitualmente los juristas pueden encontrar variadas y hasta contradictorias respuestas, es muy importante la conciencia ética del que va a elegir, a punto que el derecho tolerará que gane una de las partes o la otra. No es muy clara la referencia a la ética del juzgador en autores como Alexy, sin embargo, en la teoría dialógica habermasiana y en el código de la razón práctica propuesto por el profesor de Kiel, aparecen exigencias para los que dialogan que en última instancia remiten a la conciencia ética, así es la pretensión de veracidad o sinceridad en tanto ellos deben afirmar aquello en lo que creen que es correcto. Menos claro aún aparece en la teoría jurídica dworkiniana esa ética del juzgador, incluso recordemos que el “novelista encadenado” tiene el deber de mentir u ocultar aquellos errores que detecten en los capítulos anteriores de esa novela que metafóricamente se equipara al derecho, de todas manera el esforzado trabajo bajo la integridad del juez Hércules a los fines de llevarse a cabo con éxito, requerirá esa intención de obtener la “única respuesta correcta”.

Por el lado del realismo jurídico clásico, no hay dudas de la relevancia que tiene la conciencia ética del juzgador, más aún, la verdad práctica requiere de un apetito recto y en el ámbito de la ética la presencia de hábitos buenos o virtudes. Conocida es la observación aristotélica que los jóvenes pueden ser brillantes en matemática, pero es difícil que lo sean en prudencia, lo que explica el Aquinate en razón de “que la prudencia versa sobre los singulares, que nos son conocidos por experiencia. Ahora bien el joven no puede ser experto, porque para la experiencia ser requiere mucho tiempo” (*In VI Ethicorum*, lect.7, n, 1208), y en clave rigurosamente tomista Ramírez concluye: “la ciencia puramente especulativa, como las matemáticas, no vale nada para la práctica de la virtud; la ciencia moral vale algo, o mejor vale mucho para vivir honestamente, porque traza las grandes líneas del bien vivir; pero la prudencia lo vale todo, porque orienta y ordena eficazmente toda la vida moral” (*La prudencia*, p. 80). Aquí recordemos la perspectiva del *spoudaios* o pronimos utilizada por Finnis en orden a identificar el mejor punto de vista jurídico, en tanto se trata del sabio del buen vivir, o sea aquel que tiene incorporada esa “segunda naturaleza” que suponen las virtudes cardinales.

### 13. *No juridicismo*

Es una tesis inequívocamente defendida por neoconstitucionalistas no-positivistas como iusnaturalistas la superación del juridicismo, es decir, aquella visión típicamente iuspositivista que pretendía conocer derecho sin consideraciones ni a lo moral, ni a lo político. Tanto en Alexy, como Dworkin, Nino o Finnis la filosofía y razón jurídica es en realidad filosofía y razón práctica en tanto son inescindibles las relaciones entre derecho con la moral y la política. En el profesor de Kiel el diálogo racional reclama su institucionalización en el derecho y un Estado constitucional democrático, el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral y la filosofía del derecho conserva relaciones necesarias con la filosofía moral y política. El juez Hércules propuesto por Dworkin en aras de la “única respuesta correcta” trabaja no solo con material jurídico sino también moral y político. Ha sido Nino uno de los más importantes críticos de aquel “insularismo” jurídico criticando explícitamente los unidimensionalismos de los modelos epistemológicos de Kelsen, Ross, Bulygin y Alchourrón y brindando una comprensión amplia de las relaciones entre el derecho, la moral y la político en su libro póstumo. En Finnis explícitamente se reconoce que las distinciones en el ámbito de la filosofía práctica entre derecho, moral

y política responde principalmente a razones pedagógicas. En definitiva, no se trata de negar la especificidad del derecho sino de afirmar —con los autores aludidos— sus conexiones con la moral (nociones como justicia, correcto, bienes o validez operan en el derecho pero requieren de un discernimiento necesariamente ético o moral) y la política (la referencia al Estado y sus poderes, a los derechos humanos o al bien común remiten a la política).

### III. DIFERENCIAS

Hemos reseñado precedentemente y de manera más o menos elemental y evitando los matices, las grandes coincidencias —especialmente en el terreno de la teoría jurídica— entre los neoconstitucionalistas no-positivistas y los iusnaturalistas clásicos, pero corresponde ahora subrayar las diferencias que en buena medida aparecen en el terreno filosófico de las fundamentaciones. Es que como ya se destacó, la filosofía que nutre a unos y a otros es diferente, pues en un caso está presente Kant y en el otro la filosofía aristotélica-tomista, de ahí que lo señalado a continuación tiene en cuenta esas dos perspectivas centrales, con la ventaja de apreciar la solidez y coherencias de las tesis jurídicas reseñadas. De todas maneras corresponde poner de relieve que la adhesión a Kant en los neoconstitucionalistas no-positivistas no es ortodoxa sino sujeta a una serie de modificaciones o adaptaciones, sin embargo, nos parece que la matriz desde la cual se proponen las teorías jurídicas es hija de aquel idealismo crítico. Además de ésta razón, pensamos que resulta pedagógicamente interesante alertar —tras las enseñanzas de Gilson— a los que se inician en la teoría jurídica que una de las primeras alternativas que deben asumir es entre el realismo y el idealismo, en el sentido que al exponer el derecho lo harán hablando de las cosas o hablando de alguna construcción que han hecho.

#### 1. *Antropología*

La importancia para todas las demás preguntas filosóficas sobre ¿qué es el hombre?, está receptada tanto en Kant como en el pensamiento clásico, pero las respuestas y los acentos son diferentes. La alternativa pareciera ser entre optar por el camino señalado por Kant en defensa de la autonomía individual, o el camino de identificar una esencia constitutiva de todo

miembro de la especie *homo sapiens*. El peligro de la primera opción lo advierte el mismo Nino, aunque no acierta a nuestro criterio en su solución:

El concepto de hombre sobre la base de propiedades que se presentan prima facie como moralmente relevantes —tales como las propiedades de racionabilidad y la capacidad de proponerse fines que toma en cuenta Kant— pero en ese caso se llega a la conclusión chocante de que hay hombres que lo son en menor grado que otros, puesto que aquellas propiedades son típicamente de índole gradual (*Ética y derechos humanos*, p. 44).

Para eludir esta consecuencia de que debamos establecer quién es más persona que otra, con el riesgo de que aquellas prevalezcan sobre las restantes o que algunos terminen siendo exclusivamente medios al servicio total de otros, queda el camino de no distinguir entre ser humano y persona con dignidad, o sea optar por un “personalismo ontológico” que “interpreta que lo biológico humano y lo personal, son inseparables”(V.Possenti “Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, en C. I. Massini y P. Serna (eds.), *El derecho a la vida*, Barcelonha, EUNSA, 1998, p. 141). Robert Spaemann alerta sobre los riesgos de definir a la persona más allá del dato biológico en tanto supone encomendar a alguien para que establezca el círculo de los que merecerán dignidad y los que quedan afuera,por eso su coherente conclusión es que en clave iuspositivista los derechos humanos son meros “edictos de tolerancia revocables” (“Sobre el concepto de una naturaleza del hombre”, *Lo natural y lo racional*, Madrid, Rialp, 1989) .Reconocer que cada miembro de la especie humana es persona no se limita a un mero reconocimiento,sino que tiene significativas consecuencias con relación al respeto que ella merece y los derechos que le asisten. Cada persona no es “algo” sino “alguien” (Spaemann) al margen de los bienes externos que posea, de su inteligencia, salud o de lo que haya resultado como fruto del ejercicio de la libertad.

Alexy no duda de sostener que sin “metafísica no hay derechos humanos” (“¿Derechos humanos sin metafísica?”, “*Ideas y Derecho*”, *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del derecho*, Buenos Aires, 2008), pero en consonancia con enseñanzas kantianas y habermasianas termina explícitando una metafísica constructiva racional y universal que recupera el tercer mundo de objetos propuesto por Frege en donde finalmente el hombre queda identificado a competencia para afirmar,interroga argumenta. Rota la sinonimia entre miembro de especie humana y persona titular de todos los derechos, se abre el problema apuntado por Nino de más o menos persona humana,y la posibilidad de que pierdan ese estatus

los que carezcan de capacidad comunicativa o cualquier otro atributo no esencial que puede darse en mayor o menor medida, por eso el realismo no duda en afirmar la sinonimia y así el reconocimiento de la dignidad propia u ontológica de todo individuo humano. No solo los vigentes tratados de derechos humanos están redactados en clave iusnaturalistas — como lo ha analizado Hervada —, sino que el camino de separar la titularidad de aquellos al dato biológico constitutivo de cualquier individuo *homo sapiens*, supone el riesgo que los más débiles o marginados (ancianos, enfermos, discapacitados, analfabetos, indigentes, etcétera) queden sin la posibilidad de reclamar la eficacia en beneficio de los derechos humanos.

## 2. *La gnoseología*

Sabido es que la filosofía en Kant es centralmente gnoseología “crítica” donde su método trascendental se abocará a reflexionar sobre las condiciones subjetivas del conocimiento de los objetos y la consiguiente estructuración de los mismos. Ello implicará —confió Kant— una revolución copernicana en la filosofía en tanto ya no será el pensamiento el que sea regulado o gire en torno a las cosas, sino que serán éstas las que sean regidas o giren en torno al pensamiento. El propósito del “idealismo crítico” es sintetizar al racionalismo apriorístico de Wolff con el empirismo radical de Hume, y así afirmará que el conocimiento empieza en la experiencia o los sentidos en tanto suministra la materia del mismo por impresiones caóticas y subjetivas que requieren ser ordenadas por las “formas *a priori* de la sensibilidad”: espacio y tiempo que proporciona el sujeto cognosciente, de las que surgirán los “fenómenos”, y finalmente también el sujeto proporciona las “formas *a priori* del entendimiento” o categorías del pensar que posibilitará los “objetos fenoménicos”. Además de esas formas *a priori* de la “sensibilidad” y el “entendimiento”, está en el sujeto también la tercer facultad de la “razón” que cuenta con tres ideas poseídas *a priori*: mundo, alma o yo y Dios, que operan como puntos de unificación de los objetos fenómenos. En definitiva, la realidad o las cosas en sí son propiamente incognoscibles porque lo que el sujeto conoce es construido por él mismo a instancia de aquellas formas *a priori* que posibilitan la universalidad y necesidad operando sobre la materia sensible singular y contingente. La verdad en Kant ya “no es conformidad del juicio con la cosa en sí, sino conformidad del mismo con las leyes subjetivas que rigen la elaboración de los fenómenos. De este modo, la trascendencia queda desplazada por

la inmanencia, y Kant ha inaugurado el principio de la inmanencia de la filosofía moderna” (T. Urdanoy, *Historia de la Filosofía*, t. IV, p. 73).

El realismo clásico sostiene la doble tesis —precisa Millán Puelles— de que hay cosas independientes de nuestro pensar y de nuestro querer, y que conocemos algo de esas cosas, rechazándose que conocemos todo. Siguiendo a Gilson, agreguemos que decir que todo conocimiento es la captación de la cosa tal como ésta es, no significa que el entendimiento capte infaliblemente la cosa como ésta es, sino que únicamente cuando lo hace existe el conocimiento. En el realismo es el ser la condición del conocer, y no como el idealismo en donde el conocer es la condición del ser, por eso para el realismo lo decisivo no es el método que construyo, sino son las cosas o la realidad, dado que trata de decir lo que ella son y no son. La verdad (lógica) en el realismo está en nuestra inteligencia en tanto ella se adecua a las cosas conocidas, a partir de la evidencia de la existencia del mundo material, nuestra inteligencia puede abstraer lo universal y necesario que está en ella a partir de las imágenes sensibles formadas en nuestros sentidos internos después de las sensaciones. El conocimiento es “intencional” (in tendere=tender hacia) en tanto remite a un objeto del que la inteligencia abstrae conceptos y afirma o niega en relación con la realidad, por eso la fórmula de Aquino que asimila el conocimiento como un “hacerse (el cognosciente) lo otro en cuanto otro”.

Es evidente que si optamos por el camino kantiano donde las cosas no las podemos conocer como ellas son sino que resultan construidas en la inmanencia del sujeto a instancia de las formas *a priori* que el mismo provee, el riesgo es apartarnos de la realidad y “pensarla” (más que conocerla) contrafácticamente. Ese riesgo nos parece que se hace visible cuando para reconocer el derecho Alexy escoge la vía de actos de afirmación con pretensiones de corrección que terminan generando diálogos a los que el derecho va a cubrir y resolver debilidades o deficiencias de los mismos, así concluye el profesor de Kiel: “El carácter ideal de la teoría del discurso conduce a la necesidad de su inclusión en una teoría del Estado y del Derecho” (*Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 53) o “El discurso necesita del derecho para alcanzar la realidad y el derecho necesita del discurso para lograr legitimidad” (“La institucionalización de la razón”, *Persona y Derecho*, vol. 43, 2000, p. 237). Pero en clave alexiana esos diálogos plenamente racionales no se dan en la realidad sino que sirven para juzgar u orientarlos, por ende, el jurista debe resignarse a ese contraste entre realidad e ideal contrafáctico. También puede ser visible esa ausencia de realismo y riesgo de ficciones, en la propuesta dworkiniana del juez “semidios” de Hércules.

El camino del realismo no solo remite a la experiencia acumulada de la humanidad, sino que confía en conocer cosas que a cada uno corresponden y que los otros deben respetar o dar a través de sus conductas, y precisamente el derecho o lo justo debe ser prescrito prudencialmente para que nadie pierda lo que le corresponde y se logre la paz que suscita la justicia. Apelando a los cuatro órdenes de la realidad aristotélicos, digamos que el derecho no es una realidad para ser contemplada como el orden teórico, tampoco es orden técnico o productivo orientado a obtener lo más útil, ni un orden lógico controlado por la razón teórica, sino es orden práctico que tiene por objeto lo justo o sea lo debido al otro, de manera que ajustemos o igualemos nuestra conductas a los títulos del otro, más allá de que eso que le corresponde al acreedor o titular, se le haya conferido por su mera condición de persona humana o por acuerdos o decisiones autoritativas. El derecho en términos metafísicos propios del realismo clásico, no es una realidad sustancial —como el hombre— sino accidental o de orden, o sea basada en el modo en que se encuentran relacionados diferentes elementos que componen un todo.

### *3. El concepto de derecho*

Jesús Ballesteros estima que “el pensar unívoco y exacto y la exclusión de la analogía serán responsables a partir de entonces y a lo largo de la Modernidad de escisiones y desgarramientos insuperables para la persona y el mundo” (*Posmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 23). Es que una de las claves para entender el pensamiento clásico consiste en el reconocimiento de la analogía del ser o la realidad, la que lógicamente es analogía del concepto y del término. Es decir, frente a la pretensión de equivocidad o unicidad, existe la riqueza de aquellas cosas que son análogas en tanto no son ni totalmente idénticas ni totalmente diferentes. La filosofía clásica distinguió entre analogía de proporcionalidad y analogía de atribución. La primera se verifica cuando el término es atribuido a varios entes o sujetos por realizarse en cada uno de ellos —aunque de manera diferente— una relación semejante, constituyendo entre sí una proporción, así por ejemplo cuando se habla de la “vida” que se atribuye a un árbol, a un animal, a una ameba o al hombre. La analogía de atribución refiere cuando un término lo atribuimos a varios entes o sujetos a causa de sus diversas relaciones con otro llamado primer analogado, conviniéndole propia e intrínsecamente a esta realidad aquél término análogo; como por ejemplo el término “sano” que se aplica a ausencia de enfermedad en

tanto analogado principal pero como analogados secundarios al remedio, al alimento, etcétera.

El reconocimiento de la analogía en el derecho significa que hay distintas realidades que lo integran pero que no a todas les corresponde por igual ese término derecho, sino que hay alguna realidad que se constituye en el primer analogado en tanto a ella conviene propia e intrínsecamente el nombre derecho, y a las otras realidades secundarias o derivadas por su relación con aquella primera. Aparece aquí dentro de la escuela del realismo jurídico clásico la discusión sobre cuál es el analogado principal, y así están los que lo identifican con la conducta (Kalinowski, Graneris, Olgiati, etcétera); otros han señalado que el derecho es relación (Lachance, Gredt, Delos, etcétera); Urdanoz —con reminiscencia suareziana— ha insistido que el derecho en sentido propio es el derecho subjetivo; Finnis prefiere asimilar derecho focalmente con reglas, y Villey reconoce como definición primaria u originaria del derecho a la justa proporción de los bienes que se reparten entre los miembros de una sociedad, y como definición derivada al arte, profesión o arte que define lo suyo de cada uno. La analogía en el derecho también significa que el derecho puede darse en la realidad con distinto nivel de perfección o acabamiento, o sea realidades “simpliciter” que expresan de una manera plena aquello de lo queremos hablar, mientras que hay otras realidades que lo expresan de una manera deficiente o incompleta, o sea “secundum quid”. Es la analogía del derecho lo que le permite a Graneris hablar que en la esfera del derecho vigente es posible reconocer una juridicidad decreciente y también una juridicidad extrínseca (atiende a la exterioridad que remite a las formas, estructuras o procedimientos jurídicos) e intrínseca (atiende al contenido que resulta exigido para poder reconocer que estamos frente algo estrictamente jurídico).

Nino al intentar definir el derecho se encarga de advertir que la palabra “derecho” es “ambigua”, “vaga” y con “carga emotiva”, y luego de rechazar un camino “realista”, opta por un camino de “análisis filosófico” en el que “la caracterización del concepto del derecho se desplazará de la obscura y vana búsqueda de la naturaleza o esencia del derecho a la investigación sobre los criterios vigentes en el uso común para usar la palabra «derecho»” (*Introducción al análisis del derecho*, p. 13). Alexy luego de definir a la filosofía como “razonamiento acerca del razonamiento” (p. 35), se aboca a esclarecer las propiedades necesarias del derecho —que equivale a la pregunta por la naturaleza del derecho— precisando: “mediante el concepto de necesidad (y sus afines: los de lo analítico y lo *a priori*)” se alcanza lo específico o esencial del derecho, y por ese camino

el profesor de Kiel concluye que “la propiedad singular más esencial del derecho es su naturaleza dual. Esta tesis de la naturaleza dual del derecho presupone que existen propiedades necesarias del derecho que pertenezcan a su dimensión fáctica o real, así como propiedades necesarias que pertenezcan a su dimensión ideal o crítica” (*El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 89). Recordemos que en Alexy — citando a Kant — los conceptos “son convenciones adecuadas adecuadas a su objeto” (*ibidem*, p. 88) que “están intrínsecamente relacionados con la corrección o la verdad de las proposiciones construidas por medio de ellos” (*ibidem*, p. 88).

El recurso a conceptos explícitamente analógicos que supongan reconocer grados de juridicidad es propio del realismo jurídico clásico, y en general las otras teorías se proponen establecer conceptos unívocos que nos permitan distinguir entre lo que es y no es derecho. De todas maneras, en una lectura implícita es probable que aparezcan esas realidades que son jurídicas en un sentido débil o derivado, y un buen ejemplo de ello puede ser cuando Alexy alude a una “visión restrictiva” y una “visión comprensiva” de lo que es derecho (*ibidem*, p. 96), o también Nino cuando propone “el reconocimiento de una pluralidad de conceptos de derecho” (*La validez del derecho*, p. 191).

#### 4. *Fundamentos de la moral*

En Kant la razón práctica es la razón pura que “para pensarse a sí misma como práctica” prescinde de los influjos de la sensibilidad y se eleva al mundo inteligible “como causa racional y activa por razón, esto es, libremente eficiente” y ese obrar de la voluntad libre es el obrar moral sustraído de causas empíricas en el que la voluntad se determina a obrar libremente bajo el imperativo de una ley impuesta *a priori* por la razón práctica, aunque la razón práctica se extiende del campo moral en sentido estricto al jurídico y al estatal (T. Urdanoy, *Historia de la Filosofía*, t. IV, p. 75). El fundamento de la moral kantiana es el “hecho moral” que se manifiesta en que la razón pura puede ser práctica, es decir, puede determinar por sí misma la voluntad, independientemente de todo lo empírico —y esto lo manifiesta por un hecho... es a saber, la autonomía, en el principio de la moralidad, por donde ella determina la voluntad al acto” (*ibidem*, p. 77). La ley moral se manifiesta en la conciencia del deber por el que se torna necesaria una acción por respeto a la ley y aún en contra de las inclinaciones sensibles, más aún, si el hombre quiere vivir conforme a la moral debe prescindir

de su egoísmo, amor de sí mismo o conveniencias, placeres o ciertos fines y someterse a la ley fundamental del obrar moral que es un imperativo categórico o una forma *a priori* que obliga de manera absoluta. Claramente la moral kantiana es formalista en tanto requiere una buena voluntad que obra solo por el respeto a la ley o cumplir el deber por el deber mismo, es al mismo tiempo apriorística dado que lo decisivo no son los objetos de las conductas sino la forma a priori absoluta y universal del imperativo categórico del deber, y también autónoma porque la voluntad se determina por sí misma (siguiendo el imperativo categórico) y no por objetos ajenos a la misma que conllevarían a una moral heterónoma opuesta a la dignidad de la persona y a su independencia como fin en sí misma. Aquel imperativo categórico ha recibido en Kant distintas formulaciones aunque podemos acudir a la del capítulo II de la *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*: “obra de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda siempre valer como principio de una legislación universal”, y también podemos recordar formulaciones que remiten a la dignidad humana. Sin duda que en la moral kantiana la dignidad ocupa un lugar central a partir de la conocida alternativa que puntualiza en la “Fundamentación de la metafísica de las costumbres” (“El derecho a la vida”, cit. C. I. Massini y P. Serna, p. 35): “En el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad... aquello que constituye la condición únicamente bajo la cual algo puede ser un fin en sí mismo no tiene meramente un valor relativo, esto es, un precio, sino un valor interior, esto es, una dignidad”. El punto no es ese valor absoluto que en Kant tiene la dignidad humana sino el fundamento porque es “la autonomía... el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”, y esa autonomía remite a “la constitución de la voluntad por la cual ésta es una ley para ella misma(independiente de toda constitución de los objetos del querer). El principio de autonomía es, así pues: no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal”, por eso Serna concluye: “la dignidad corresponde, para Kant, al hombre porque es ser capaz de moralidad, capaz de pertenecer a un reino de fines como legislador autónomo, gracias a la libertad que se le presupone a la voluntad de todo ser racional. Sólo así puede ser fin en sí mismo”. La moral kantiana es autónoma en tanto para que los deberes respectivos resulten válidos se requiere que los formule o se autolegile el mismo sujeto, por eso se distingue la moral del derecho pues éste refiere al mundo de los deberes externos que no exigen que el deber sea el motivo determinante de la voluntad, y el derecho apela a la coacción para eliminar la resistencia o el obstáculo opuesto a la libertad de los otros en tanto la fórmula kantiana

del principio general del derecho es “obra de tal modo que el libre uso de tu albedrío pueda estar conforme con la libertad de todos según una ley universal”.

Si bien según las enseñanzas del Aquinate a la ética hay que estudiarla antes de la metafísica, corresponde advertir que siendo la materia de aquella los actos humanos corresponderá a la antropología precisar cómo definir a los mismos. La materia de la moral son los actos propiamente humanos, o sea los que resultan de la deliberación racional y la libertad, por ende, es la presencia de la inteligencia y la voluntad lo que explica y justifica a la moral. Pero ésta regula a los actos por medio de la razón práctica que encuentra como primer principio que “el bien debe hacerse y el mal evitarse”. Está en el hombre presente también el principio metafísico *omne agens agit propter finem*, y la voluntad quiere el bien y la inteligencia le permite conocerlo. La razón moral se encarga de conducir el obrar humano pero lo hace con reglas que tienen mayor o menor universalidad, y así puede identificarse el plano de los primeros principios universales y necesarios que se conocen por evidencia al contacto de la experiencia moral, de ellos es posible derivar reglas generales en donde se regulan situaciones o casos paradigmáticos en cuya elaboración hay más aporte de la experiencia moral, para finalmente desembocar en el plano de las reglas circunstanciadas y singulares propias de la razón práctica prudencial donde la certeza se debilita y se potencia la practicidad del saber. El juicio moral sobre los actos propiamente humanos depende en primer lugar del objeto del mismo (torturar es siempre malo), pero también de las circunstancias (es malo ayudar a un necesitado dejando en la indigencia a mi familia) y el fin (es malo ayudar a alguien sólo buscando el reconocimiento). Provocativamente, aunque en plena fidelidad a la ética del realismo clásico, Millan Puelles ha considerado tres condiciones de la misma: el amor a sí mismo (que no es egoísmo en tanto éste es el amor de sí mismo que excluye el amor a los demás), la búsqueda de la felicidad (el hombre la busca necesariamente) y el placer (tanto sensorial como el espiritual, aunque no solo aquel ni tampoco contra lo propiamente humano). También ha subrayado el profesor español que en la moral además de deberes es necesario tener en cuenta “lo debido” porque:

El contenido, lo que en cada caso es deber, es relativo, en primer lugar, al ser específico del hombre, en segundo lugar, al ser individual del hombre mismo y, en tercer lugar, a las circunstancias concretas de los distintos hombres, y en cada hombre, a las circunstancias concretas de la situación en que él esté.

Más allá de las referencias precedentes a la adhesión kantiana de los neoconstitucionalistas citados, en el punto de la moral resulta elocuente la confesión de Nino: “Es indudable que Kant dio un considerable paso adelante en el esclarecimiento de la moral cuando distinguió algunos rasgos formales básicos que necesariamente debe satisfacer todo juicio moral para ser válido: su autonomía, su universalidad y su no condicionamiento a deseos e intereses contingentes” (*Ética y derechos humanos*, p. 87). En definitiva, la moral kantiana se construye pensando en un hombre escasamente real y humano, dado que lo habitual es no sólo el deber sino los otros motores apuntados por la ética realista, y también importan las circunstancias dado que éstas tienen la capacidad de alterar el juicio moral. Esa falta de realismo o de humanismo de las éticas comunicativas o dialógicas de matriz kantiana —como la habermasiana y alexiana— es denunciada hasta por seguidos de esa escuela, tal es el caso de Adela Cortina: “Creo que a lo largo de la polémica entre neoaristotélicos y neokantianos se ha ido configurando un concepto excesivamente pobre de ética procedural, un concepto que puede ampliarse reconstruyéndolo desde las ideas de valor y telos, hasta dar lugar incluso a una ética de virtudes o de actitudes” (“La ética discursiva”, en V. Camps (ed.), *Historia de la ética*, Barcelona, Crítica, 1989, p. 554).

### 5. Prudencia y retórica

La prudencia en la ética clásica es la encargada de dirigir la vida moral en concreto del hombre, pues su objeto es “saber vivir”. Subraya Pieper que la prudencia es la virtud de la realidad en tanto se ocupa de proyectar los deberes morales definidos desde la razón práctica en los “debidos” concretos para ese tiempo, lugar y sujetos implicados. La vida moral de cada hombre está encomendada a la prudencia por eso —volviendo a Pieper— “la virtud de la prudencia es la ‘madre’ y el fundamento de las restantes virtudes cardinales: justicia, fortaleza y templanza; que, en consecuencia, sólo aquel que es prudente puede ser, por añadidura, justo, fuerte y templado; y que, si el hombre bueno es tal, lo es merced a su prudencia” (*Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp). Aranguren habla de tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la sabiduría en Sócrates (el mal es fruto de la ignorancia por lo que quien conoce el bien obra conforme al mismo), ética de la buena voluntad en Kant y ética de la prudencia y de la buena voluntad en Aristóteles. Será Kant el encargado de suprimir de la ética a la prudencia y redefinirla peyorativamente en términos de habilidad

pragmática en orden a conseguir el bienestar privado o individual. Es cierto que la ética kantiana centrada en la buena voluntad que quiere obrar solo por respeto al deber, no puede dar acogida a la prudencia que formula sus juicios ajustando las reglas morales a las situaciones concretas subjetivas y circunstanciales, y en donde la voluntad rectificada por un apetito recto contribuye decisivamente para encontrar la conducta buena en cada caso. Recordemos que son “partes integrales” de la prudencia y que aportan al “acto perfecto” de la misma que es “recta razón en el obrar”: a) memoria o la experiencia que enseña la verdad en las cosas contingentes; b) inteligencia para juzgar lo concreto y singular; c) docilidad para recibir consejos o enseñanzas de otros; d) sagacidad para hallar prontamente el medio apropiado; e) razón en tanto se requiere “inquisición y discurso”; f) previsión conectado a “los futuros contingentes” donde se obra procurando un fin; g) circunspección en tanto se requiere el mejor conocimiento de las circunstancias, y h) precaución para elegir los bienes y evitar los males que en las acciones contingentes pueden mezclarse. También la prudencia cuenta con virtudes adjuntas dado que tienen por objeto actos o materias secundarias que no alcanzan toda la “virtualidad de la virtud principal”: a) *eubulia* o rectitud en el consejo que es malo cuando el fin lo es y cuando se aconsejan medios malos para llegar a un fin bueno; b) *synesis* o rectitud del juicio que escoge el medio, y c) *gnome* o perspicacia que implica cierta agudeza en el juicio sobre aquello que sale del curso normal de la naturaleza. Hay también especies de prudencia: por un lado aquella “por la que uno se gobierna a sí mismo” en aras del bien individual, y por el otro, la prudencia social que gobierna a otros en aras de un bien común. En definitiva la prudencia tiene por objeto el obrar concreto y por ello cuenta con una dimensión cognoscitiva que evalúa medios posibles y una dimensión preceptiva que es lo propio dado que conduce el obrar, pero cabe la advertencia del Aquinate: “La prudencia, como se ha dicho, trata de las acciones contingentes. En éstas no puede el hombre regirse por la verdad absoluta y necesaria, sino por lo que sucede comúnmente... Más la experiencia enseña cual es la verdad en los hechos contingentes” (S. T. II-II, 49,1).

En la filosofía práctica clásica la prudencia apela a la retórica porque ésta se ocupa de la persuasión, y en consecuencia, es importante que la verdad y la justicia recurran a la retórica, porque la experiencia confirma que no basta tener la mejor razón para que inexorablemente ella triunfe. El auditorio al que puede dirigirse el prudente, es decisivo lograr su persuasión o adhesión y para ello resulta apropiado que se valgan de la ciencia y arte de la retórica, con la confianza —enseñaba Aristóteles— que

siempre será más fácil persuadir de la verdad y la justicia que del error y la injusticia. Pues recordemos que el Estagirita distingue los razonamientos apodícticos o demostrativos que parten de premisas necesarias, de los razonamientos dialécticos que parten de premisas verosímiles avaladas por todos, por la mayoría o los sabios, pero la dialéctica es correlativa (antistrofa) de la retórica en tanto ésta contribuye a la aceptación de las premisas y conclusión. En vinculación a esos razonamientos no necesarios están los “tópicos” que —al decir de Cicerón— son lugares donde se encuentran argumentos (*sedes arumentorum*) y el argumento es una razón que hace creer en materia de cosas dudosas.

La moral kantiana se construye al margen de afectos o dimensiones circunstanciales y se asimila a una rigurosa ciencia con reglas universales y necesarias, por eso resulta absolutamente incompatible con la prudencia o la retórica. Tampoco encontramos en Alexy apelaciones directamente reconocidas como propias de la prudencia ni tampoco de la retórica, es que su moral procedural confía en ese código definido por la razón práctica, que su seguimiento nos permitirá obtener la respuesta correcta, y que finalmente aquella se institucionalizará en un Estado de derecho constitucional y democrático. La clave de esas éticas discursivas pragmáticas es que se consideren los intereses universalizables de los destinatarios de las exigencias morales en orden a lograr consensos racionales, por ende, los sujetos de esa moral confían demasiado en la razón y se desinteresan del esfuerzo orientado a persuadir a favor de la conclusión alcanzada. Más allá que es posible encontrar en la teoría de Alexy espacio para considerar la relevancia de las circunstancias del caso en el que hay que decidir (por ejemplo a la hora de ponderar los principios en juego, comprobando su peso concreto y la seguridad que proveen las premisas fácticas presentes) sigue el profesor de Kiel conectado y confiado en la razón y que la argumentación justificatoria logre inexorablemente el triunfo de la solución encontrada.

## 6. *Bien común y libertad individual*

Hemos visto que en Kant se consagra la separación entre moral y derecho en tanto el objeto de éste se limita a pura legalidad coactiva exterior de las acciones sin apelar a ninguna moral. El único derecho natural es el de libertad pero más allá de éste, está el derecho positivo dispuesto por la voluntad del legislador que se divide en privado (que se ocupa de la posesión de los bienes externos) y en público identificado con el conjunto de las leyes.

Kant admite un estado de naturaleza en el que reina la violencia al que como fruto de un contrato se supera consiguiendo un estado de derecho o estado civil donde los hombres deciden limitar su arbitrio sometiéndose a un mandato públicamente decretado. Así Kant sigue a Rousseau, porque en aquel contrato que da origen a la sociedad civil, todos ceden su libertad exterior para recobrarla como miembros de una república, y ese poder constituido por la voluntad de todos se divide en legislativo, ejecutivo y judicial, pero el poder supremo una vez constituido es irresistible y sin apelación correspondiéndole al pueblo su obediencia incondicional, por lo que rechaza la posibilidad de rebelión del pueblo contra el soberano. En materia penal la propuesta de Kant es de un fuerte rigorismo en tanto la ley penal es un imperativo categórico regida por la ley del talión. La república kantiana es una idea pura compatible con las distintas formas de gobierno: monárquica, aristocrática o democrática. En el plano internacional su propuesta de un derecho cosmopolita se apoya en la idea racional de una comunidad pacífica perpetua de todos los pueblos de la tierra que debemos buscarla aunque resulte poco factible.

El planteamiento teórico de Alexy está teñido de una visión liberal que él se encarga de explicitar: "la idea del discurso es así una idea esencialmente liberal" (*Teoría del discurso y derechos humanos*, cit., p. 73), e incluso vincula su concepción liberal de los derechos humanos con "la idea política de la Ilustración y de las revoluciones burguesas. Ella constituye hoy el fundamento de todas las Constituciones de tipo occidental... es hasta ahora una de las ideas políticas más exitosas" (*ibidem*, p. 66); a lo que se agrega que en su *Teoría de los derechos fundamentales* plantea que en caso de empate entre los principios que se ponderan corresponden hacer prevalecer la libertad y la igualdad. El núcleo de los derechos se fundamenta —según Alexy— en el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad, y está excluida de la decisión legislativa la "moral personal (¿cómo quiero vivir? o ¿qué es lo bueno para mí?)", aunque reconoce como límite de la misma a la "moral pública", o sea "aquello que ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple legislador no pueda decidir sobre ello". En el caso de Dworkin —más de las interpretaciones contradictorias que se han brindado sobre esa teoría y su evolución— nos parece que aún es más clara la matriz liberal, y así el Estado liberal "debe ser, tanto como sea posible, independiente respecto e cualquier concepción del bien particular o respeto de lo que dote de valor a la vida" (*A Matter of Principle*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1985, p. 191), en esa "concepción liberal de la igual-

dad” los derechos individuales son reconocidos como triunfos políticos en manos de los individuos, que no pueden ser negados ni por el gobierno, ni tampoco por la mayoría, sobre la base de supuestos beneficios o perjuicios generales, pues incurrir en éstas prácticas implica no tomarse los derechos en serio. Es cierto que Dworkin pareciera vincular los derechos con la noción de dignidad humana kantiana, pero de todas maneras explícita que su teoría política no se funda en objetivos como el utilitarismo, tampoco en deberes como en Kant, sino en derechos como Rawls.

Es suficientemente conocida y ratificada en la experiencia la tesis clásica de que el hombre es un animal social y político: “El que no puede vivir en comunidad... es una bestia o un dios”. El hombre requiere para satisfacer sus más variadas necesidades de sus semejantes, y así esa inclinación natural a la vida social lo lleva —con la mediación de su razón— a formar parte y a constituir diferentes sociedades que proveen los bienes que el mismo necesita para “vivir bien”. El hombre nace en el seno de una familia y de una sociedad política, pero su razón y libertad van creando diferentes sociedades que también proveen bienes que solo no podría obtener o los obtendría muy decitariamente. El hombre posee una naturaleza individual y social, y desde el punto de vista metafísico es “sustancia”, mientras la sociedad es un “accidente” que, como tal, no tiene subsistencia propia sino que consiste en un cierto modo de ser de los individuos humanos. En fórmula tomista: “*Societas est unitas ordinis*”, en tanto la sociedad humana consiste en una cierta unión ordenada de los individuos que la componen y que se orienta a un fin o bien que la justifica racionalmente. La vida social, o sea las relaciones que el hombre establece con sus semejantes, está al servicio del hombre, más concretamente de cada uno de los integrantes, de ahí el sentido ético que asume la sociedad y lo que en ella vive el hombre. El bien en la filosofía clásica no tiene solo la capacidad de atraer, sino se conecta con la felicidad en tanto cuenta con capacidad perfectiva de la persona humana. Pero el concepto de bien es analógico, por lo que encontramos una amplia variedad de bienes, aunque todos ellos coinciden en esa capacidad de atraer y perfeccionar, así podemos reconocer: a) lo que es bueno simplemente (*bonum simpliciter*) de lo que es bueno desde algún punto de vista (*bonum secundum quid*); b) el bien puede ser apetecible por sí mismo (bien honesto), por razón del deleite que podemos encontrar en él (bien deleitable) o por razón de la utilidad (bien útil); c) bienes externos, bienes corporales y bienes espirituales; d) bienes individuales y bienes comunes; e) bien común trascendente y bien común inmanente, etcétera. Cuando hablamos contemporáneamente de la sociedad política aludimos al Estado y el fin

del mismo es el bien común político, que es el bien de los miembros de esa sociedad o sea de ese “nosotros”. Por eso el bien común, no es la suma de los bienes individuales (individualismo) ni de alguien distinto a los integrantes de esa sociedad política (totalitarismo), sino que en clave realista: “El bien común de la ciudad y el bien singular de una sola persona no difieren solamente según lo mucho o lo poco, sino según la diferencia formal, pues una es la razón del bien común y la otra del bien singular, como una es la razón del todo y otra la de parte”. No hay estrictamente oposición entre el bien individual y el bien común, así como tampoco hay entre la naturaleza individual y social, pues la sociedad procura mediante el aporte organizado y coordinado de todos ese “bien vivir” en común que es comunicable. La clave tomista para eventuales oposiciones entre bien individual y bien común es: “El bien común es superior al bien privado si es de el mismo género, pero puede suceder que el bien privado sea mejor según su género” (S. T. II-II, 152, 4, ad. 2), por ende y por ejemplo en bienes externos prevalecerá el interés común, pero no en materia de dignidad que es propia de cada individuo humano. Nos hemos ocupado del contenido de ese bien común político, distinguiendo: a) arquía, refiere a la organización política —hoy democrática—; b) concordia o amistad política: algún acuerdo básico sobre intereses y valores comunes; c) derecho normativo positivo que determina lo suyo de cada uno, aunque cierta suficiencia de bienes materiales es condición necesaria para que el hombre desarrolle actividades superiores, y d) siendo el bien común un bien humano debe incluir los bienes propiamente humanos o espirituales que remiten a “mejores personas” (no “más” persona). Más allá del precedente desarrollo de nociones clásicas en materia de la sociedad política, conviene consignar que Finnis en sintonía con aquellas enseñanzas postula cierta sinonimia entre bien común, justicia y derechos humanos (éstos son “una expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común” y éste “es el objeto de toda justicia”).

#### IV. CONCLUSIÓN

Reiteremos nuestra advertencia que la explicitación desarrollada precedentemente en temas filosóficos responde a un propósito pedagógico de señalar los caminos iniciales que corresponde escoger a los que hacen teoría jurídica, y en buena medida esa opción ha quedado centrada entre Aristóteles y Kant. No ignoramos que hay otros caminos, y al respecto

destacaríamos el del escepticismo radical que explicita Nietzsche o Foucault, como también todas las adaptaciones que ha experimentado la filosofía kantiana especialmente en sintonía con el “giro lingüístico”. Pero en definitiva los autores señalados como neoconstitucionalistas no-positivistas son —con mayor o menor claridad— hijos de Kant, y por ende, hay algunos rasgos característicos que resultan decisivos a la hora de perfilar sus teorías y que se ponen de relieve especialmente frente a algunos debates éticos actuales.

Intentando precisar esas fuentes y tesis filosóficas determinantes de matriz kantiana recordemos: el independizar la definición de persona humana a la de individuo de la especie humana y asociarla con ciertas capacidades o funciones; el conocimiento no consiste en decirnos lo que son las cosas sino como quedan construidas por el sujeto cognosciente que aporta lo decisivo en ese terreno; a la hora de obtener un concepto del derecho se busca una definición precisa, necesaria o inequívoca que resiste grados de juridicidad o realidades jurídicas diferentes aunque análogas; el bien queda asociado a formas y deberes universales y necesarios que define la autonomía individual y que la voluntad ejecuta sin consideraciones circunstanciales o apelaciones a afectos o intereses; la retórica resulta irrelevante o contradictoria con la necesidad y universalidad en el que se mueve la razón práctica pura; los objetivos comunitarios son riesgosos o no decisivos frente a la libertad individual.

Las fuentes y fundamentos filosóficos reseñadas no empañan el valor de las trece tesis estrictamente jurídicas en las que coinciden neoconstitucionalistas no-positivistas e iusnaturalistas, las que implican un aparato conceptual idóneo y acertado como para comprender y operar el Estado de derecho constitucional y para asumir la polémica con las perspectivas positivistas o críticas. Por supuesto, que estamos convencidos que optar por las fuentes y fundamentos filosóficos aportados desde el realismo jurídico clásico brinda a la teoría jurídica una mayor solidez, coherencia y verdad, posibilitando mejores lecturas y operatividad en la realidad del derecho.

Conforme a todo lo señalado en el presente escrito, podemos sintetizarlo en las siguientes conclusiones:

- 1) En el marco del EDL, o sea en tiempos de predominio teórico ius-positivista (legalista o kelseniano), la disputa con dicha perspectiva la asumía el iusnaturalismo clásico.

- 2) El EDC suscitó una nueva teoría, llamada “neoconstitucionalismo”, cuyo denominador común es explicar, avalar y promover aquél parádigma.
- 3) Dentro de la teoría neoconstitucionalista están los no-positivistas (Alexy, Dworkin, Nino, etcétera) y los positivistas (centralmente Ferrajoli).
- 4) El neoconstitucionalismo no-positivista y los iusnaturalistas clásicos coinciden en un buen número de tesis especialmente jurídicas.
- 5) Más allá de aquellas coincidencias relevantes en el campo de la teoría jurídica entre los neoconstitucionalistas no-positivistas y los iusnaturalistas, las fuentes y fundamentos filosóficos son diferentes, aquellos se inspiran en Kant y los otros en Aristóteles y Aquino.
- 6) Es importante también identificar aquellas diferencias en el terreno filosófico como para poder advertir coherencia, solidez y verdad.