

**Vigo, Rodolfo**

*Derecho y moral en el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)*

Prudentia Iuris N° 74, 2012

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

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

Cómo citar el documento:

Vigo, R. (2012). Derecho y moral en el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico) [en línea], *Prudentia Iuris*, 74. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/derecho-moral-estado-derecho-constitucional.pdf> [Fecha de consulta:.....]

**DERECHO Y MORAL EN EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
(PROYECCIONES TEÓRICAS: IUSPOSITIVISMO,  
NEOCONSTITUCIONALISMO Y REALISMO JURÍDICO CLÁSICO)**

RODOLFO VIGO\*

**Resumen:** El texto trata sobre las diferencias entre el Estado de Derecho Legal y el actual Estado de Derecho Constitucional (neoconstitucionalismo). Luego se realiza una comparación en lo atinente a la relación entre moral y derecho entre esta nueva forma de Estado y la concepción iusnaturalista.

**Palabras clave:** Estado de Derecho Legal - Neoconstitucionalismo - Moral y Derecho - Iusnaturalismo - Iuspositivismo.

**Abstract:** The text discusses the differences between the Rule of Law and the current State Legal Constitutional Law (neoconstitutionalism). Then it compares as it pertains to the relationship between morality and law between this new form of State and the Natural Law conception.

**Keywords:** Rule of Law - Neoconstitutionalism - Morality and Law - Natural law - Human law.

## **1. Propósito**

En la presente disertación nos proponemos hacer un relevamiento de esas conexiones entre derecho y moral, valiéndonos a tales efectos de la realidad del Estado de Derecho Constitucional (EDC), acudiendo también a las teorías neoconstitucionalistas, es decir, a aquellos autores que se han dedicado a explicar y respaldar ese actual paradigma del EDC. Igualmente iremos destacando la perspectiva absoluta-

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral); licenciado en Ciencias Políticas (Universidad Nacional de Rosario) ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe. Profesor de la Universidad Católica Argentina, Austral y Nacional del Litoral.

mente contraria respecto a esas conexiones entre derecho y moral que encontramos en el Estado de Derecho Legal, como en las propuestas teóricas iuspositivistas que lo avalaban y les eran funcionales. Por otro lado, atento a nuestras propias convicciones iusfilosóficas nos parece forzoso abordar la cuestión mencionada desde la perspectiva del realismo jurídico clásico, pero ello también es procedente en razón de las coincidencias que algunos destacan entre la realidad del derecho en el EDC y la realidad del derecho en el Estado premoderno o medieval, pues a éste respecto resulta interesante traer a colación la denuncia que le hiciera Atria<sup>1</sup> a Ferrajoli de estar proponiendo con su constitucionalismo una vuelta al Estado de Derecho premoderno y su típico iusnaturalismo clásico. Terminaremos la intervención señalando diferencias entre los neoconstitucionalistas y los iusnaturalistas clásicos, a pesar de sus coincidencias y respaldo al EDC.

## **2. Del Estado de Derecho Legal (EDL) al Estado de Derecho Constitucional (EDC)**

Sabido es que el EDL surgió con la Revolución Francesa y fue un paradigma muy exitoso que se extendió por toda Europa continental, y desde ahí se trajo a nuestras tierras latinoamericanas. Las características principales de dicho modelo fueron: a) el derecho era lo contenido en la ley, por ende, no había derecho prelegal, supralegal ni poslegal; b) a la ley la hacía la voluntad general que se canalizaba por el Poder Legislativo; c) la voluntad general era infalible (Rousseau); y d) el jurista se constituía como tal en tanto sabía y repetía de manera dogmática el derecho, o sea la ley.

Dicho EDL entrará en crisis después de la Segunda Guerra Mundial, simbólicamente esa crisis se puede expresar con la condena a los jefes nazis del Tribunal de Nuremberg por cumplir la “ley” y violar el “derecho”. Precisamente esa distinción que quedará consagrada en la Constitución alemana del 49, confronta de manera radical con la tesis mencionada de la sinonimia del derecho con la ley, y por extensión pone en crisis a las demás tesis. Si quisiéramos dar algunas características medulares de ese EDC que se va consolidando y reemplazando al EDL por toda Europa a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, y desde ahí proyectándose por América Latina, destacaríamos: a) la Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador, y se constituye en una fuente del derecho (la fuente de las fuentes) adonde los juristas pueden ir a buscar las respuestas jurídicas a sus casos; b) la Constitución se carga de moral bajo los rótulos de principios, valores, fines, bienes o derechos humanos; c) a toda la Constitución se la entiende como “operativa” –más allá de los distintos modos de operatividad–, por lo que se rechaza su carácter “programático”; y d) se constituyen los Tribunales Constitucionales con la competencia de controlar –en sus formas, procedimientos y contenidos– todas las normas jurídicas (también a la ley) desde la Constitución, y en su caso, invalidarlas o privarlas de efectos jurídicos.

<sup>1</sup> ATRIA, F., “La ironía del positivismo jurídico”, *Doxa* n° 27, Alicante, 2004.

Descriptos sucintamente ambos modelos estamos en condiciones de entrar directamente al tema de nuestra conferencia, o sea identificar los modos de conexiones teóricas y prácticas entre derecho y moral que se reconocen en el EDC y los rechazos que al respecto se sostuvieron en el EDL y sus soportes teóricos (neoconstitucionalistas, realistas clásicos y neopositivistas). Somos conscientes de que en el desarrollo que sigue pudimos haberlo simplificado evitando solapamientos entre las siete conexiones a considerar, pero de todas maneras ese detalle sirve a los fines de apropiadas insistencias y matizaciones. Incluso desde el realismo clásico hemos silenciado distinciones que podrían hacerse a la hora de hablar de saber práctico atento a que éste admite la distinción entre ético, artístico y técnico, pero ello hubiese exigido mayores desarrollos inadecuados para el objeto de esta conferencia.

### 3. La moral como límite a la existencia del derecho

Ha sido Robert Alexy, al hilo de la sentencia de Nuremberg y la condena a los guardianes del muro de Berlín, un defensor de la fórmula de Radbruch que proclamaba: “[...] la injusticia extrema no es derecho”. De ese modo, para generar derecho se requiere necesariamente que el derecho no supere ese umbral de injusticia extrema, y la prevención para aquellos que se desprecupan de ese control de la validez ética del derecho, es la eventual responsabilidad jurídica por crear o aplicar un derecho que no es tal por su déficit ético. Si nos atenemos a la lectura que hizo Hart de Dworkin en el artículo titulado “Un nuevo desafío al positivismo jurídico”, también puede concluirse en una conexión necesaria (no meramente contingente) entre derecho y moral, pues los principios dworkinianos están en el derecho *per se* o *proprio vigore*, de ese modo su juridicidad no les viene de la aprobación autoritativa, sino directamente de su contenido (así lo ha explicado también Nino). Ferrajoli, con su propuesta en el marco del EDC de una democracia sustancial en reemplazo de la democracia procedimental propia del EDL, acepta que hay cuestiones ya decididas o indisponibles que, por ende, quedan sustraídas de la decisión autoritativa, incluso de la voluntad popular, como lo son los derechos humanos.

Las tesis neoconstitucionalistas señaladas posibilitan la existencia de tribunales supranacionales, en especial la Corte Penal Internacional, en tanto si las autoridades nacionales incurrían en violaciones graves y evidentes a ese “coto vedado” (Garzón Valdes) que suponen los derechos humanos, como una juridicidad que no se crea sino que se reconoce con alcance universal e inalienable, afrontan la posibilidad jurídica de que se les efectúe ante aquellos tribunales el respectivo reproche jurídico (moral) y eventuales condenas, aunque existan normas jurídicas (incluidas las constitucionales) en el derecho nacional que avalen las violaciones en las que incurrió la autoridad imputada y sometida a juicio.

La tesis de un límite moral en el derecho tiene claras resonancias en el realismo jurídico clásico, pues fácilmente se asocia a la tesis tomista de que “la ley injusta no es ley sino *corruptio legis*”. Desde esa escuela explica Casaubón que el jurista tiene que estar advertido de los diferentes modos de la injusticia en las que puede incurrir el derecho (justo, más o menos justo o injusto, o claramente injusto), y consiguientemente cuando la detecta de una manera grave y visible en una norma, no

debe reconocerla simplemente como derecho. Una ratificación y profundización de esa tesis puede ser la propuesta de autores iusnaturalistas como Cotta u Ollero, que identifican el derecho natural con el derecho positivo plenamente válido, superando ese paralelismo (de inspiración kantiana) entre derecho natural y derecho positivo, pues si la norma jurídica reúne todas las exigencias que, por ejemplo, asume Aquino –apelando a San Isidoro– respecto de la ley, solo cabe concluir en su justicia o validez (volveremos sobre este punto más adelante). Avala esa última propuesta el planteo aristotélico de reconocer a lo justo natural y a lo justo positivo como especies de lo justo político.

Por supuesto que para el iuspositivismo decimonónico la ley siempre era justa (iuspositivismo ideológico) y, en definitiva, se postulaba (apoyándose en Kant) que el derecho nada tenía que ver con la moral en tanto heterónomo, bilateral y coercible, frente a la autonomía, unilateralidad e incoercibilidad de la moral. Esa lectura era la que se había consagrado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al establecer que solo se estaba obligado a hacer lo que prescribía la ley, por ende, se rechazaba la ética social, o se la juridizaba.

En cuanto al iuspositivismo kelseniano, la teoría pura pretendía vaciar el derecho de toda referencia a la moral dado que ella remitía a la irracionalidad, por ende, impedía cualquier preocupación cognoscitiva. Kelsen, al proclamar que la justicia era un “ideal irracional”, se respaldaba en el “emotivismo axiológico”, y por supuesto asumía que –como enseñó el Circulo de Viena– solo había dos caminos para conocer: el de los juicios tautológicos o apriorísticos (proprios de la lógica y las matemáticas) o el de los juicios a posteriori o verificables (como los de la física). El derecho era una técnica social idónea para dirigir conductas bajo la amenaza de la coerción, y consiguientemente, el deber jurídico se asimilaba a la conducta contraria a la sancionada, y el derecho subjetivo era la facultad procesal de reclamar a un juez la aplicación de la sanción coercitiva. Desde esa matriz teórica, solo podía concluirse que eran tan derecho el democrático como el nazi, pues no cabía juzgar la validez del derecho desde ciertos fines o valores, sino correspondía reducir ese análisis al ámbito del sistema jurídico y al respeto a lo dispuesto en la norma superior. Para ninguno de los dos iuspositivismos había límite moral para el derecho: para el decimonónico, porque no había más justicia o moral social exigible que la prescripta en la ley, y para Kelsen, porque cualquier contenido podía ser derecho.

#### 4. La moral como constitutiva al derecho

Advierte Alexy la excepcionalidad del límite moral del derecho, pero que resulta habitual o normal en nuestro EDC que por dentro del derecho circule la moral contenida en los principios o derechos humanos. Pues es tesis alexyana no solo asimilar los derechos humanos con los principios, sino que estos son contenido moral y forma jurídica y que “principios y valores son lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico”<sup>2</sup>. Algo parecido

<sup>2</sup> ALEXY, R., *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, pág. 16.

encontramos en Dworkin, dado que sus principios se asimilan a los derechos individuales y son definidos como “exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad”, y ellos están en el derecho (a diferencia de las reglas jurídicas) sin test de origen o pedigree.

Los principios alexyanos son “mandatos de optimización” según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas en el caso, por ende, reclaman del jurista que los opere que no se conforme con cualquier respuesta jurídica dada, sino que haga el esfuerzo por viabilizar la mejor para el caso que se trate. También los principios dworkinianos imponen a que el juez los constituya en “cartas de triunfo” contra el Estado, pues ellos son la clave como para que los derechos humanos sean tomados en serio, y en la metáfora del “novelista encadenado” se incluye el deber de mentir (ocultar) lo que se descubra en la novela ya escrita (o sea en el derecho) contra los principios. El jurista en Ferrajoli asume la responsabilidad política de denunciar desde la Constitución o los derechos fundamentales las lagunas y antinomias que detecte en su derecho vigente, y consiguientemente, promover su superación logrando que aquellos prevalezcan.

El control de constitucionalidad de los actuales Tribunales Constitucionales no se reduce a un control meramente formal o procedimental (al modo que propuso Kelsen con su modelo de “legislador negativo”), sino que se compromete con el contenido de las normas jurídicas, y en la medida que luzcan más o menos razonables o compatibles con la Constitución se las mantendrá en el derecho, pero si se advierte un déficit moral grave, se las invalidará. La jurisprudencia constitucional está plagada de invocaciones a la moral contenida en los principios o derechos humanos que justifican el rechazo de normas o comportamientos jurídicos, e incluso sentencias que orientan o exhortan al legislador o gobernante sobre las normas legales o administrativas a crearse.

En el realismo jurídico no había dudas sobre la dimensión moral del derecho, ella queda expresada en la definición de la ley de Tomás de Aquino, “ordenación de la razón dirigida al bien común”. De todas maneras, la ley no buscaba propiamente hacer de los ciudadanos buenos hombres, sino buenos ciudadanos que posibilitarán la mejor convivencia, por eso toleraba ciertos comportamientos malos y no exigía todos los comportamientos buenos, aunque no podría haber un buen hombre si ni siquiera era un buen ciudadano. El recurso a la equidad refleja esa preocupación por la justicia pero no solo la contenida o exigida por la ley, sino aquella que se justifica en razón de las peculiaridades del caso; pues, aun cuando no hubiera objeciones a la justicia de la ley cabe el apartamiento equitativo de la misma en ciertos casos donde respetarla importaría cometer una injusticia que nunca quiere el buen legislador. En definitiva, el derecho como conducta justa y al margen de la intencionalidad y habitualidad de la misma, conlleva eticidad dado que su objeto es “bueno”, pues consiste en darle al otro lo que le corresponde.

Obviamente que en el EDL no había aperturas a la moral, incluso la referencia que traían los Códigos a los “principios generales del derecho” –como típicamente el Título Preliminar de los Códigos Civiles– no importaban una concesión a la moral propiamente dicha o apartarse del iuspositivismo ideológico decimonónico, pues esos principios generales valían en el derecho porque estaban puestos implícitamente por el codificador, y de ese modo nunca podrían posibilitar respuestas *contra legem*, y

además, el recurso a ellos solo se habilita en los casos excepcionales de “lagunas”, por lo que su uso no era habitual ni frecuente. Si vamos a Kelsen, se mantuvo siempre reticente a admitir en su sistema los principios, pues de aceptarlos hubiese implicado una incoherencia con su teoría pura, permitiendo la introducción de la moral, y asimismo esa presencia hubiese puesto en dificultades su sistema jurídico “fuerte” reflejado en la pirámide jurídica. En términos más políticos, recordemos que Kelsen se oponía a la recepción de los derechos humanos en tanto implicaría potenciar el poder del Tribunal constitucional es desmedro del Poder Legislativo.

## 5. La razón práctica en la creación y aplicación del derecho

Alexy, de una manera categórica, ha reclamado como matriz del derecho el diálogo racional, más aún, el derecho puede entenderse como un esfuerzo institucionalizado de la razón práctica cuyo origen se explica para suplir deficiencias de aquel diálogo. Recordemos que hablar de razón en Alexy supone hablar de moral o corrección, por eso la validez de una norma remite a diálogos racionales y pretensión de corrección en las afirmaciones que se realicen. El profesor de Kiel, frente a la propuesta dworkiniana de la “única respuesta correcta” para cada caso, reduce dicha pretensión a la respuesta correcta como idea regulativa en base a que como podemos alcanzar racionalmente en algunos casos la respuesta correcta, el jurista debe buscarla racionalmente en todos los casos. El discurso jurídico en Alexy es un caso especial del discurso práctico o moral, y en él están presentes también las reglas propias de éste último que han sido formuladas por la razón práctica. Esa matriz racional del derecho le permite al profesor de Kiel privilegiar el derecho judicial al derecho parlamentario, en tanto aquél requiere que las decisiones se respalden con razones y que se controviertan las razones de los votos distintos contenidos en una sentencia. La razón práctica en la teoría alexyana se confunde con la razón moral, y por eso los derechos humanos pueden entenderse como presupuestos éticos implícitos en el discurso moral.

Recordemos que para la ética clásica la reina de las virtudes era la prudencia, pues ella tenía por sujeto directo la razón que en definitiva establecía la medida de las restantes virtudes en cada comportamiento. La prudencia era la *recta ratio agibilium* y por eso la necesita el jurista que debía determinar cuál era la conducta justa absolutamente circunstanciada. La prudencia era una especie de puente entre las exigencias universales racionales de contenido moral y las circunstancias contingentes en donde ellas debían proyectarse. Al decir del Aquinate, “la prudencia incluye más que la ciencia práctica (=Ética); pues a la ciencia pertenece el juicio universal sobre lo que hay que hacer, por ejemplo, que la fornicación es mala, que no se debe robar, y cosa así [...] Mas a la prudencia pertenece juzgar rectamente sobre los agibles singulares tal como han de realizarse ahora”<sup>3</sup>. En aquel plano de las exigencias universales –en perspectiva del realismo jurídico clásico– hay que traer a colación la misma definición de la ley natural que brindó Aquino como participación racional en

<sup>3</sup> TOMÁS DE QUINO, *De Virtutibus in communi*, 6 ad 1.

la ley eterna, pues el hombre contaba con la posibilidad racional de conocer y querer esas exigencias inscriptas en la naturaleza humana y de las cosas en general. En Finnis claramente aparece receptada la conexión entre derecho y razón, más aún, él prefiere hablar de racional a natural, y la razón se hace presente en el plano sustancial de los bienes humanos básicos, como en el plano de las nueve exigencias de la razón práctica procedimental que constituyen una especie de método del derecho natural o de la moral. Incluso el profesor de Oxford, sin perjuicio de reconocer en clave tomista que el derecho positivo se deriva del derecho natural por conclusión y por determinación, termina privilegiando ésta última en tanto siempre hay algún aporte del que pone o crea la norma jurídica. La prudencia clásica no excluye la referencia a la aprobación de la sociedad a lo dispuesto por la autoridad, así lo señala el Aquinate: “El consentimiento de todo el pueblo expresado por una costumbre, vale más en lo que toca a la práctica de una cosa que la autoridad del soberano, que tiene facultad de dictar leyes sólo en cuanto representante de la multitud. Por eso, aunque las personas particulares no pueden instituir leyes, la totalidad del pueblo sí puede instituir las”<sup>4</sup>.

En definitiva, confiar en que la creación y aplicación del derecho se lleve a cabo por la razón práctica, supone que se escogerá o se puede escoger la mejor alternativa atendiendo a razones que incluyen los bienes implicados, pues si se rechaza la presencia de aquella y se remite la decisión a lo irracional o a lo meramente estratégico o instrumental se licúa la posibilidad de una “buena” creación o aplicación.

En la jurisprudencia constitucional fácil es constatar en qué medida se asimila la axiología jurídica a la racionalidad o razonabilidad, y así se invalidan normas precisamente por su irracionalidad. La racionalidad se hace presente en la dimensión procedimental del derecho y también en su dimensión sustancial, y ello se sintetiza en una tesis jurisprudencial argentina reiterada de que lo absurdo racionalmente no es derecho.

Si nos remontamos al EDL está claro que la ley era expresión de la voluntad general y ésta no necesitaba del respaldo de razones. El jurista en ese paradigma debía ser el “ser inanimado, boca de la ley”, que Montesquieu pretendió para el juez, por eso la aplicación de la ley al caso se formulaba por medio de un silogismo deductivo en donde la premisa mayor era algún artículo del Código y la premisa menor un caso fácil que era instancia individual del caso genérico previsto en la ley, y al que en la conclusión se le aplicaban las consecuencias jurídicas de la premisa mayor. La perspectiva kelseniana sobre la creación y aplicación era asumida exclusivamente por la voluntad y no por la razón, pues ésta estaba incapacitada como para escoger opciones en materia de conductas y valores. La interpretación en la teoría pura se asimilaba a creación de la norma, la que se entendía en términos científicos como una opción irracional dentro del marco de opciones que le dejaba la norma superior. De todas maneras y en función de lo que se observaba en la realidad del derecho con leyes inconstitucionales y sentencias ilegales, finalmente Kelsen asumió que no existían relaciones lógicas de coherencias entre las normas de la pirámide, y pretendió avalar dicha explicación con la “cláusula alternativa

<sup>4</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, 97, 3.

tácita” que toleraba la creación normativa en contradicción con lo establecido en la norma superior.

## 6. El conocimiento práctico jurídico

Más allá de lo ya expuesto en el punto anterior, nos gustaría insistir en que el conocimiento jurídico transita noéticamente por distintos carriles. Así junto a la filosofía del derecho, está la ciencia jurídica con importantes funciones y finalmente el trabajo del jurista que procura conocer la mejor respuesta para el caso. Pero Alexy también reconoce que la filosofía del derecho se nutre y requiere de la filosofía, más aún, llega a defender que sólo admitiendo la metafísica pueden justificarse derechos humanos. En esa perspectiva gnoseológica amplia y diversificada *alexiana*, está también la ciencia jurídica que proporciona un decisivo, enorme e insustituible aporte al conocimiento jurídico cumpliendo con seis relevantes funciones en y para el derecho de estabilización, progreso, descarga, técnica, control y heurística<sup>5</sup>, pues recordemos que el discurso jurídico alexiano transita por “la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes, su encuadre en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente, así como [...] las limitaciones a través de las reglas del ordenamiento procesal”<sup>6</sup>. Respecto a la más polémica de las funciones posibles de asignar a la ciencia jurídica que es la de valorar, Alexy la reconoce indubitablemente: “La ciencia del derecho, tal como es cultivada en la actualidad, es, ante todo, una disciplina práctica porque su pregunta central reza: ¿qué es lo debido en los casos reales o imaginados? Esta pregunta es planteada desde una perspectiva que coincide con la del juez”<sup>7</sup>.

En cuanto a Dworkin, corresponde tener presente que el concepto del derecho es “interpretativo”, en tanto el derecho no es algo que pueda conocerse apropiadamente por medio de la contemplación sino mediante la operatividad, y para conocer el derecho la propuesta dworkiniana pasa por Hércules, quien además de juez es filósofo del derecho. Finalmente Hércules es el que está en condiciones de encontrar en cada caso la respuesta correcta apoyada decisivamente en ese conocimiento iusfilosófico que tiene por objeto a los principios. Ha sido Nino uno de los críticos más sólidos al modelo de ciencia jurídica que promovió el *iuspositivismo* de Kelsen, Ross, Bulygin y Alchourron, centralmente su objeción se dirigió a que ellos solo procuraban descripciones, rechazando la posibilidad de valoraciones y consiguientes propuestas de *lege ferenda*, de ese modo el modelo resultaba de escaso provecho para el jurista.

Desde el realismo jurídico clásico también se defiende esa diversidad de niveles gnoseológicos jurídicos, los que permiten enriquecer, ordenar y fortalecer el conocimiento del jurista. De todas maneras, esa diversidad gnoseológica se orienta a dirigir apropiadamente –o sea prudentemente– las conductas jurídicas, pero para

<sup>5</sup> ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 255.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pág. 57.

<sup>7</sup> ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, (no está mencionado previamente, completar datos) op. cit., p. 33.

ello se requiere del aporte de los restantes saberes jurídicos: la filosofía del derecho y la ciencia jurídica. Ese triple nivel del saber jurídico (Martínez Doral) finalmente coincide con el triple nivel que podemos reconocer en el saber práctico y, por ende, en el saber moral, pues éste requiere el plano de los principios que dilucida la filosofía moral, pero esos principios deben proyectarse a un plano de las reglas universales y generales cuyo tratamiento es propio de una ciencia moral, y finalmente necesitamos la resolución de casos mediante las respuestas prudentiales ajustadas a los mismos.

Al *iuspositivismo* –tanto el decimonónico como el kelseniano– lo alentó un decisivo propósito científico. Ello quedó reflejado en el “Sistema de derecho romano actual”, de Savigni, a la hora de fundar la ciencia jurídica moderna reconstruyendo sistémicamente el derecho vigente. También el Prólogo de la *Teoría pura* expresa inequívocamente que el propósito del autor es lograr una verdadera ciencia que satisfaga los requisitos de objetividad y exactitud. Ya dijimos que la propuesta del *iuspositivismo* decimonónico en relación con el saber aplicativo era reducirlo a silogismo mecánico propio de los saberes teóricos. Y en cuanto a Kelsen, la aplicación era fruto de decisiones no racionales sino volitivas, en última instancia guiadas por el escepticismo axiológico. La visión del iuspositivismo decimonónico en torno a la filosofía jurídica era de rechazo no solo por su inutilidad sino también por su peligrosidad al poner eventualmente en duda la validez o justicia de la ley. El cientificismo kelseniano solo podía permitir una filosofía que se sometiera y auxiliara a la misma, y por consiguiente, que quedara clausurada a preocupaciones metafísicas o axiológicas.

Una vez más digamos que sustentar la posibilidad de un conocimiento jurídico integral de índole práctico implica no solo una comprensión exhaustiva de la realidad jurídica que se trate, sino también la alternativa de un conocimiento capaz de valorar y discernir desde el mejor bien humano, incluyendo el rechazo moral de lo vigente en el derecho y las propuestas de mejora en el mismo.

La comprensión y operatividad del EDC requiere de una mirada variada gnosológicamente. Es que para comprender el contenido, alcance y fundamento de los derechos humanos se requiere de una apertura a la antropología y a la filosofía moral. También se necesita la filosofía del derecho para afrontar problemas como el gnosológico, el lingüístico, el lógico y el axiológico. Obviamente que un jurista no puede prescindir de la ciencia centrada en el derecho vigente en orden a su sistematización, descripción e interpretación, pero también para su valoración. Pero como el derecho pertenece al orden práctico, corresponde aprender el oficio del jurista practicándolo en los casos jurídicos. En cualquier jurisprudencia constitucional es muy fácil reconocer en ella la presencia de los diferentes saberes jurídicos, sin esa variedad la fundamentación seguramente quedará debilitada e incompleta, con el riesgo de contradicciones o incoherencias.

## 7. Las necesarias “impurezas” en el derecho

Está claro que el saber jurídico, tanto en Alexy, Dworkin y el resto de los neoconstitucionalistas pertenece al mundo del saber práctico y no cabe una separación absoluta entre derecho, moral y política, pues el riesgo de esa alternativa es una

comprensión y una operatividad inadecuada. Pero también los principios, derechos humanos o valores imponen esa apertura a las demás dimensiones de la realidad social, pensemos que a la hora de ponderarlos, la mejor respuesta dependerá también de las posibilidades fácticas. Hablar de justicia o derechos humanos sin considerar cuestiones económicas, sociales, culturales, etc., en un espacio y tiempo determinado, supone el riesgo de propuestas no auspiciables por irreales, imposibles, ficticias, inútiles, limitadas, incorrectas, etc., en definitiva, injustas o no todo lo justas que podrían ser.

En el realismo jurídico estaba claro que el fin del derecho era el bien común político y éste consistía en el único verdaderamente bien humano, o sea el de las personas de carne y hueso, por eso dicho bien comprende: los bienes exteriores, los corporales y los espirituales, aunque obtenidos y usufrutuados no aisladamente sino junto a los otros, o sea: en común. Aunque el bien común político es el bien del nosotros político, la suficiencia y variedad de los bienes individuales posibilitará un mayor y mejor bien común. Una de las exigencias de la ley en Santo Tomás era la utilidad, y precisamente ella era obra de la prudencia del legislador que, al buscar el bien común, debía tener presente los medios y las alternativas que ofrecía la realidad. Como lo ha explicado Olgiatti, la dimensión política del derecho es una tesis pacíficamente aceptada por el *iusnaturalismo* clásico. En definitiva –como insiste Finnis–, corresponde hablar de filosofía práctica y solo por razones pedagógicas cabe el deslinde entre filosofía jurídica, política y moral.

Un saber jurídico que se resiste a abrirse a las otras dimensiones de la realidad social estará incapacitado a valorar y proponer de manera realista y completa desde la comprensión del bien humano integral, pues su reductivismo lo inhibe especialmente de lecturas y propuestas efectivamente favorables o “buenas” para los miembros de una sociedad histórica.

La materia en torno a la cual se pronuncia la jurisprudencia constitucional requiere de una enorme variedad de conocimientos no jurídicos, tales como economía, bioética, política, psicología, etc., que son requeridos en primer lugar para conocer el problema en el que debe pronunciarse, pero en segundo lugar también está en las soluciones posibles de ser escogidas. A ese respecto resulta oportuno traer a colación la enseñanza de Michele Taruffo –muy funcional al EDC–: que la verdad es condición de la justicia, rechazando la difundida y decimonónica enseñanza de las dos verdades: la formal o procesal, y la real o no jurídica. Siguiendo con el maestro italiano recordemos que hoy el proceso no se concibe como un medio para ejecutar la ley, sino para procurar la justicia, por eso el juez debe estar comprometido con dirigirlo hacia ese norte.

El *iuspositivismo* decimonónico propició en los más diversos terrenos a que el derecho sea visto como una realidad autosuficiente y desvinculada de otras realidades, sea la moral, la economía, la política, etc. (Nino habló del “insularismo jurídico”). Es que el modelo epistemológico subyacente pregonaba de manera terminante esa exclusiva y excluyente especificidad de lo jurídico. Por supuesto que la teoría pura del derecho suscribió y acentuó esa perspectiva autista, y todos los conceptos jurídicos se encontraban en la norma jurídica desprovista de fines. Es interesante el testimonio de Bobbio, cuando en la década del sesenta renuncia a Kelsen y se propone una nueva teoría funcional del derecho, confesando que había creído que podía

conocer el derecho reduciendo su conocimiento a cómo era el mismo e ignorando los fines y las funciones que presta.

## 8. La validez jurídica como justificación y obligatoriedad

Aunque algo de la validez hablamos, especialmente a la hora de subrayar la moral como límite del derecho, corresponde advertir que la hipótesis de invalidación por “injusticia extrema” es excepcional, pero sin embargo existen otras causales que habilitan para la invalidez jurídica de las diferentes normas o reglas jurídicas. La pregunta por la validez de una norma es central para el jurista, dado que la respuesta se proyecta sobre la existencia y obligatoriedad de la misma, de ahí que asumir una teoría que la posibilite es insoslayable. Más aún, se trata de una noción transversal a todos los saberes jurídicos, por eso, si bien los elementos centrales para aquella respuesta los proporciona la filosofía jurídica, no pueden los científicos ni los operadores del derecho carecer de alguna definición o caracterización de la validez.

Uno de los autores que resultó decisivo a los fines de poner la validez en el centro de la atención de la teoría jurídica fue sin duda Kelsen. Es que para la teoría pura validez equivale a “la existencia específica de la norma”, más aún: “[...] podemos expresar la validez de una norma diciendo que algo debe ser o no; o debe ser hecho o no”<sup>8</sup>. Esa pregunta por la validez para Kelsen se respondía apelando a la norma superior que definía cómo debía crearse la norma inferior, para de ese modo asegurar su validez o existencia, aunque recordemos que tuvo que incluir dentro de la validez el polémico requisito de un mínimo de eficacia. En el iuspositivismo decimonónico estrictamente la validez de la ley no ofrecía dificultades, y ni siquiera existía la posibilidad de impugnarla ante alguien, por ende, una vez sancionada, promulgada y publicada comenzaba su vigencia aceptándose sin cuestionamiento su plena validez.

Ciñéndonos a Alexy recordemos que su noción de validez jurídica la integra con la validez sistémica y autoritativa (promovida por Kelsen o Hart), con la validez identificada con la vigencia social (como Ross) pero también incluye la validez moral, ideal o racional. El concepto de validez tiene tal centralidad en la teoría del derecho que, en definitiva, existen dos posibles alternativas que se resumen en torno a la relación entre moral y derecho; así están los positivistas, para quienes “no existe una conexión necesaria entre la validez jurídica y la corrección legal, por un lado, y el mérito y demérito moral o la corrección o incorrección moral, del otro. Por el contrario, todos los no positivistas defienden la tesis de la conexión necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, de un lado, y los méritos o deméritos morales o la corrección o incorrección moral, del otro”<sup>9</sup>. Siguiendo con Alexy cabe aludir a que su teoría de la argumentación o justificación incluye la justificación interna (controlada y regulada por la lógica), y también la justificación externa, que coincide con las

<sup>8</sup> KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 2000, pág. 24.

<sup>9</sup> ALEXY, R., *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 78.

razones o los argumentos que se brindan a lo largo del discurso en orden a avalar racionalmente las afirmaciones o premisas incluidas en el mismo.

El realismo jurídico clásico encuentra perfectamente asimilables las teorías de la argumentación, pues lo que se exige es que la norma sea “ordenación de la razón” y para ello resulta necesario brindar las razones o los argumentos que la justifiquen. Por eso, estimamos que la mejor noción de validez jurídica es la de “normatividad justificada”, y desde ella cabe concluir la obligatoriedad de la norma que luce racional, y que consecuentemente, puede ser comprendida y justificada por cualquiera que cuente con capacidad racional. Claro que esa justificación requiere mucho más que solo órgano y procedimiento; así nos parece que deben computarse los siguientes: 1) Órgano: en los ordenamientos jurídicos –aun antiguos– no cualquiera podía crear cualquier norma, se asignaban competencias jurígenas *ad hoc*, así por ejemplo, el condenar a alguien por un delito se encomienda a un órgano específico, el establecer un deber general con la amenaza de sanción es facultad de alguna asamblea general o del gobernante, etc.; 2) Procedimiento: en mayor o menor medida hay previstos modos, formas o procedimientos que deben respetarse a los fines de que aparezca una norma jurídica obligatoria, uno de los remotamente confirmados es el de la promulgación o poner en conocimiento de los destinatarios el deber dispuesto; 3) Coherente: la norma en su contenido debe armonizarse con el resto de las normas y los valores que rigen en el derecho, especialmente con aquellas que se estiman las más importantes; 4) Comprensible: la norma debe resultar inteligible y no ser en sí misma contradictoria; 5) Teleológica: la norma responde a un fin posible y que racionalmente se procura, e implica que el medio escogido se orienta a la obtención de aquél, de manera que sin fin o con un medio que no sirve para el fin, la norma queda afectada en su obligatoriedad; 6) Eficaz: una norma que resulte totalmente impracticable o ignorada ve puesta en crisis su obligatoriedad o validez; 7) Verdadera: hay verdades evidentes y relevantes, por ejemplo, aquellas afirmadas pacíficamente por la ciencia más confiable y certera, que el autor de la norma no puede ignorar absolutamente sin que comprometa la validez u obligatoriedad de la norma; 8) Justa: la norma si en su contenido contradice lo que le corresponde a cada uno en la sociedad (sea a una parte o al todo social) estará forzando a que se la reconozca como inválida o no obligatoria; y 9) Intención recta: uno de los modos de la injusticia de la norma en el pensamiento clásico era el propósito deshonesto o de injusticia del autor, de manera que acreditado el mismo queda comprometida la validez de la norma creada.

Los requisitos señalados traducen exigencias que postulan y reclaman la racionalidad de la norma. En efecto, su violación torna de algún modo en irracional a la misma, de manera que el destinatario o un jurista carece de la posibilidad de comprender su contenido y aceptarlo en tanto se consagran deberes por parte de quien no está autorizado, se lo hace al margen del procedimiento contemplado, resultan ellos contradictorios con el resto del derecho vigente o simplemente resultan ininteligibles, porque esos deberes carecen o no resultan idóneos para un cierto propósito o fin razonable, o ellos resultan ignorados o rechazados por la sociedad (ciudadanos y autoridades) a la que se destinan, igualmente en razón de que esos deberes en su contenido contradicen verdades demostradas científicamente o consagran injusticias, o cuando se ha acreditado el propósito injusto o inmoral del que hace la norma. Así se puede hablar y reconvertir los requisitos consignados como exigencias de una

racionalidad orgánica, procedimental, sistémica, lógica, teleológica, social, científica, axiológica e intencional.

Por supuesto que la intensidad de la violación de esas exigencias puede variar en cada caso, y a esos fines podemos acordar –siguiendo un esquema clásico pero también empleado por Alexy– en distinguir tres grandes tipos de violaciones: graves, tolerables e insignificantes. Así, cuando la norma ha alcanzado un nivel grave (extremo o intolerable) en los requisitos señalados, estaremos frente a una norma inválida. No cualquier irracionalidad de la norma implica la pérdida de su validez u obligatoriedad, sino solo aquella que supera el piso de lo tolerable. Pero también en este juicio de validez o invalidez hay que computar las consecuencias de una y otra alternativa, dado que conforme a una vieja y actual enseñanza ética, “lo mejor puede ser enemigo de lo bueno”. Por supuesto que basta que uno solo de los requisitos sea alterado en aquella máxima magnitud, como para que resulte suficiente en orden a impugnar la validez u obligatoriedad de la norma.

Una pregunta comprometedora que surge del planteo reseñado es cómo explicar la existencia en el derecho vigente de normas inválidas que sin embargo no han sido declaradas como tales. La respuesta sintética a esa cuestión es que en esa obra institucional que es el derecho, nos encontramos con normas que justificadamente están presentes en el derecho vigente y deben ser reconocidas como válidas y obligatorias, pero también están aquellas que no deberían estar en tanto están afectadas de un déficit insalvable en su juridicidad. Esta grave imperfección la torna cuestionable jurídicamente dado que estrictamente no obligan, por supuesto que respecto a la pregunta sobre qué les corresponde hacer a los destinatarios de las mismas –ciudadanos o autoridades– hay que responder en cada caso, dado que habrá que ponderar la magnitud de la irracionalidad de la norma y las consecuencias de su aceptación o violación. Las normas gravemente irracionales no han nacido al derecho aunque estén vigentes (como ocurrió con el derecho nazi), y sus autores o aplicadores asumen el riesgo jurídico (Alexy) de que se les efectúe el reproche jurídico ante un tribunal. La experiencia jurídica seguramente confirma que hay una cierta presencia de normas inválidas que no terminan de comprometer al derecho vigente, pero cuando el número y la calidad de aquellas resultan muy significativos, estará ya comprometiéndose a la totalidad del derecho.

Ha habido y habrá normas inválidas que están vigentes, pero ello no solo es un defecto o una imperfección del derecho que debe ser denunciado, sino que es fuente de responsabilidad jurídica para aquellos que la han creado o aplicado cuando resulta grave y evidente la inexcusable irracionalidad de la norma jurídica.

## 9. La moral del operador jurídico

En el marco del EDL y el iuspositivismo decimonónico funcional al mismo, estaba claro que resulta irrelevante la calidad moral del operador del derecho dado que la garantía del respeto irrestricto a lo mandado por la ley era el delito de prevaricato contemplado como el apartamiento del sentido de la misma. Si el derecho no era más que lo contenido en la ley, y ésta debía repetirse en cada caso tal cual estaba dispuesta, resultaba indiferente la honestidad del juez, por eso Montesquieu podía

definirlo como un “ser inanimado” y “bouche de la loi”. En definitiva, la única idoneidad requerida para ser juez era la científica, o sea que conociera claramente la ley, y lo demás resultaba irrelevante, incluso si algún candidato para ser juez acreditaba aquella solvencia científica, seguramente podía presumirse que sería un gran juez. En el caso de Kelsen, a tenor de su escepticismo axiológico, el voluntarismo judicial no podía ser controlado, y así el juez elegía de manera irracional la decisión que adoptaba. De ese modo cualquier apelación a una supuesta moral racional resultaba una apelación engañadora atenta a que en materia de elección de la conducta “buena” o “justa” no existían criterios racionales.

Es indudable cuánto ha potenciado el poder y la discrecionalidad judicial el EDC, y ello se revela en las diferentes líneas jurisprudenciales y en las mayorías y minorías de los tribunales, y precisamente frente a esa inevitable discrecionalidad autores muy variados han vuelto a hablar de ética judicial. Ello es claro en Hart: “[...] en este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de legislativa tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas, consideración de los intereses de todos los afectados y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión”<sup>10</sup>.

También habla de virtudes judiciales Manuel Atienza, “como ciertos rasgos de carácter que deberían poseer –y quizás posean– los jueces”<sup>11</sup>, que posibilitan cierta anticipación o previsibilidad de las soluciones jurídicas para los casos concretos. El catedrático de Alicante, apoyándose en MacIntyre, vincula el “buen juez” con esas virtudes judiciales, en cuanto cualidades adquiridas cuya posesión y ejercicio promueven modelos de excelencia y la obtención de ciertos bienes internos para toda la comunidad que participa en la práctica del derecho. El núcleo de la tesis acerca de las virtudes judiciales es que hay ciertos rasgos adquiridos en el carácter o la personalidad de algunas personas que los hacen más idóneos para cumplir la función judicial; aunque aclara Atienza que “las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales [...] las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial”<sup>12</sup>. De esa derivación final en la ética del juzgador también se hace cargo Perfecto Ibáñez cuando afirma: “[...] la legitimación del juez es legal, pero la forma necesariamente imperfecta en que se produce su sujeción a la ley tiñe de cierta inevitable ilegitimidad las decisiones judiciales (Ferrajoli), en la medida en que el emisor pone en ellas siempre algo que excede del marco normativo y que es de su propio bagaje; creo que una última exigencia ética dirigida al juez de este modelo constitucional es que debe ser muy consciente de ese dato, para ponerse en condiciones de extremar el (auto) control de ese plus de potestad de decidir”<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1963, pág. 253.

<sup>11</sup> ATIENZA, M., “Virtudes judiciales”, en *Jueces y Derecho*, México, Porrúa-UNAM, 2004, pág. 17.

<sup>12</sup> ATIENZA, M., “Ética Judicial”, en *Cuestiones judiciales*, México, Fontamara, 2011, pág. 153.

<sup>13</sup> IBÁÑEZ, P., “Ética de la función de juzgar”, en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L. (comp.) y HORTAL, A. A. (comp.), *Ética de las profesiones jurídicas*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2001, pág. 79.

Los autores neoconstitucionalistas que confían en la razón práctica confían en el discernimiento racional de la mejor conducta, pero en el caso de la matriz dialógica propuesta por Alexy, una de las exigencias de la misma es la sinceridad de los participantes y la pretensión de alcanzar aquella verdad práctica, por ende, eso habla de una cierta exigencia moral del discurso moral que se hace presente en el discurso jurídico a tenor de que éste es un caso especial de aquel. Esas exigencias morales también se hacen presentes cuando el juez pretende encontrar la respuesta correcta para el caso que debe resolver, de tal manera que si él afirma aquello en lo que racionalmente no cree y solo pretende algún resultado ventajoso, estará asumiendo un camino jurídica y moralmente erróneo.

En el pensamiento clásico la verdad práctica requería de la intención recta, por eso Aquino destaca: “[...] la verdad del entendimiento práctico se toma de distinta manera que la verdad del entendimiento especulativo, como se dice en el Libro VI de los *Éticos*. En efecto, la verdad del entendimiento especulativo se toma de la conformidad del entendimiento a la cosa conocida. Y como el entendimiento no puede conformarse infaliblemente a las cosas contingentes, sino solo a las cosas necesarias, ningún hábito especulativo sobre cosas contingentes es virtud intelectual, sino solo sobre cosas necesarias. En cambio, la verdad del entendimiento práctico se toma de la conformidad al apetito recto; conformidad que no tiene lugar en las cosas necesarias, que no dependen de la voluntad humana, sino solamente en las cosas contingentes, que pueden ser hechas por nosotros, bien sean actos interiores, bien sean operaciones exteriores. Por consiguiente, la virtud del entendimiento práctico versa solamente sobre las cosas contingentes: sobre las cosas producibles, el arte, y sobre lo ágil, la prudencia”<sup>14</sup>; precisa igualmente el Aquinate: “La prudencia se da realmente en la razón como en su propio sujeto, pero presupone, como principio, la rectitud de la voluntad”<sup>15</sup>.

Recordemos que cuando Aquino señala los distintos modos de la injusticia de la ley, incluye la intención o motivación, y en la explicación de Finnis agreguemos: cuando la autoridad “explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos o de su partido o de su facción, o movido por malicia contra alguna persona o grupo”<sup>16</sup>. Nos parece claro que la intención deshonesta es decisiva en relación con la validez de la norma que se trate, en tanto afecta la racionalidad de ese resultado normativo, y así resultará fácil cuestionar la validez jurídica de una sentencia judicial o una resolución administrativa respecto de la cual se puede acreditar la intención deshonesto que la ha generado, e incluso, ese cuestionamiento puede también hacerse en relación con una ley, aunque reconozcamos que ese terreno puede ser más polémico. De todas maneras, la legitimidad de las autoridades y sus mandatos se juega también a la hora de exhibir las razones que los respaldan, y será muy difícil la eficacia de normas que responden a acreditados intereses espurios.

<sup>14</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, 57, 5 ad 1.

<sup>15</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, 56, 2 ad 3.

<sup>16</sup> FINNIS, J., *Ley Natural y derechos naturales*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2000, pág. 380.

## 10. La objeción moral o de conciencia frente al derecho

En el *iuspositivismo* decimonónico, atento a la confianza en la voluntad general infalible, resulta inconcebible plantear objeciones morales para no cumplir la ley, pues según Rousseau la libertad coincidía con el cumplimiento de la misma. Estaba también la importancia decisiva y excluyente que aquella teoría le brindaba a la seguridad jurídica, por ende, abrir la posibilidad de admitir incumplimientos justificados al mandato legal, generaba un debilitamiento intolerable a la previsibilidad alentada desde la Revolución Francesa. En la visión de Kelsen el contenido resultaba irrelevante dado que el deber jurídico coincidía con la conducta contraria a la prescripta por la norma, y en consecuencia, la coerción dispuesta por el derecho sin ningún posible cuestionamiento racional era la consecuencia hipotética prevista para los que incurrían en alguna conducta contemplada como supuesto fáctico de la norma. Coherentemente Kelsen, desde su voluntarismo e irracionalesimo axiológico, asumía también el rechazo de una imposible seguridad jurídica, a la que calificaba como una “ficción”. Ninguno de los dos iuspositivismos podía admitir objeciones morales para cumplir la ley por parte de sus destinatarios, pues en el decimonónico porque la única moral esgrimible era la incluida en el derecho positivo, y en el kelseniano porque la irracionalidad moral que prevalecería era la del autor de la norma y no de los destinatarios de la misma.

En la visión del neoconstitucionalismo afirmando los derechos humanos como una juridicidad reconocida, universal e indisponible, no resulta tolerable la alternativa de una obediencia al derecho incondicional o sin considerar su contenido. La obediencia al derecho se plantea como un deber *prima facie*, es decir derrotable, y así, en autores como Dworkin, se postula el respaldo moral y constitucional respecto a la desobediencia civil ejercida de buena fe por el disidente. Explícitamente Alexy reconoce que “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 de 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”<sup>17</sup> y respecto a ésta última conexión precisa el profesor de Kiel: “Solo 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. Todos los demás tienen arduos dilemas morales que resolver caso por caso”<sup>18</sup>, aunque reconoce que la cláusula de que “la injusticia extrema no es derecho” permite a los no positivistas resolver los casos más graves y notorios.

El análisis de Carlos Nino sobre la obligación de obedecer el derecho parte de la tesis de que “el sistema jurídico –con las autoridades y sanciones que le son inherentes– se justifica en tanto y en cuanto él es un medio necesario para preservar y promover derechos humanos”<sup>19</sup>, y prestando atención a los casos de un derecho democrático distingue entre la situación del juez (u otro funcionario) y la del súbdito

<sup>17</sup> ALEXY, R., “Derecho y Moral”, en *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, pág. 18.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pág. 23.

<sup>19</sup> NINO, C., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, pág. 244.

to, 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 “objección de conciencia” (opera cuando un individuo cree que una obligación 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 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) irrazonable, no plenamente conveniente para el bien común”<sup>20</sup>. Así también el profesor de Oxford reconoce la obligación moral prima facie de obedecer al derecho<sup>21</sup> y que las reglas jurídicas gozan de “fuerza excluyente”, ésta última afirmación la avala con ejemplos tomados de Tomás de Aquino, aunque con la advertencia de 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 que dice que “la ley que es defectuosa en su racionalidad es ley solo en un sentido diluido” no se ofrece “como aplicable inmediatamente en un tribunal de justicia (o en otro contexto intrasistemático)”<sup>22</sup>. 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”<sup>23</sup>.

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 el bien de las personas de carne y hueso. Para el iusnaturalismo clásico no puede haber dudas del valor –también jurídico– que corresponde asignarle a la conciencia de aquél que debe obedecer a la ley<sup>24</sup> y una manifestación de ese respeto al destinatario por sobre ficciones impuestas por

<sup>20</sup> FINNIS, J., *Ley Natural y derechos naturales*, ob. cit., pág. 380.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pág. 370.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pág. 321.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pág. 317.

<sup>24</sup> Cf. PORTELA, J. G., *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*, Buenos Aires, Educa, 2005.

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<sup>25</sup>. 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 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.

## 11. La moral neoconstitucionalista y la realista clásica

Conforme a lo puntualizado podemos concluir en la existencia de coincidencias esenciales de tesis no-positivistas entre los neoconstitucionalistas y los realistas jurídicos clásicos, de manera tal que ambas teorías terminan siendo funcionales al EDC en tanto avalan y promueven sus rasgos fundamentales en materia de conexiones entre derecho y moral. Incluso cabe advertir que la moral postulada por los neoconstitucionalistas es igualmente una moral racional y no meramente social, ello nos parece absolutamente claro en Alexy y Nino, pero tenemos duda en el caso de Dworkin. Es evidente que si los derechos humanos valen solo porque los acepta la sociedad o los ha consagrado una norma jurídica (cualquiera sea su nivel), ellos valen muy poco dado que podrían dejar de valer en la medida que se consagre otra moral social u otra norma jurídica de igual o superior jerarquía. Más allá de esa medular coincidencia, debemos afrontar la paradoja que se observa entre ambas corrientes cuando se pronuncian en problemas centrales del significado o alcance de los derechos humanos, en particular, los referidos a la dignidad humana o la autonomía que se ponen de manifiesto en problemas éticos contemporáneos como el aborto o la eutanasia. Pensamos que esas diferencias remiten en última instancia a algunas tesis que por su raigambre antropológica o estrictamente filosófica, muchas veces permanecen ocultas para la teoría del derecho, pero hurgando en ésta o poniéndola frente a problemas morales graves o trágicos, se explicitan o visibilizan aquellos distanciamientos. Es claro que el lenguaje o la visión estrictamente jurídica de muchos autores neoconstitucionalistas difícilmente se diferencian de lo que postulan representantes iusnaturalistas realistas, pero hay –insistamos– en la semántica de aquél o en conceptos propios de la filosofía a secas diferencias que terminan explotando, especialmente en el campo de algunos actuales y polémicos conflictos entre derechos humanos.

En orden a procurar identificar aquellas causas que explican la paradoja y las diferencias puntualicemos las siguientes:

11.1. Ausencia de una concepción antropológica ontológica o esencialista: Una de las claves de las diferencias en cuestión se advierte a la hora de responder es-

<sup>25</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Quodlibetum*, 1, 9, 3.

pecíficamente al problema antropológico, más en concreto: a la hora de definir la dignidad humana. Alexy puede ser un buen ejemplo de la paradoja denunciada, es que luego de defender que sin “metafísica no hay derechos humanos”<sup>26</sup> se encarga de explicitar una metafísica constructiva racional y universal que recupera el tercer mundo de objetos propuesto por Frege y remite a un hombre con competencia para afirmar, interrogar o argumentar.

En el punto, 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 racionalidad 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”<sup>27</sup>. Para eludir ésta 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”<sup>28</sup>. Robert Spaemann<sup>29</sup> 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 de que en clave iuspositivista los derechos humanos son meros “edictos de tolerancia revocable”. Reconocer que cada miembro de la especie humana es persona no se limita a un mero reconocimiento, sino que tiene significativas consecuencias en relación con el 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.

A veces se advierte que se aduce dogmáticamente contra la tesis señalada porque ella es defendida por la Iglesia católica, como si este aval la condenara inexorablemente. Frente a semejante irracionalismo vendría bien recomendar la lectura de Habermas reivindicando un espacio para los creyentes en el ámbito de la razón pública conforme al ethos de una ciudadanía liberal y democrática<sup>30</sup>. En definitiva, si queremos tomar en serio a cada hombre –cualquiera sea su autonomía, funciones, capacidades, etc.–, no es apropiado recurrir a criterios que posibiliten identificar

<sup>26</sup> ALEXY, R., “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en *Ideas y Derecho*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 2008.

<sup>27</sup> NINO, R., *Ética y derechos humanos*, ob. cit., pág. 44.

<sup>28</sup> POSSENTI, V., “Sobre el estatuto ontológico del embrión humano”, en MASSINI CORREAS, C. I. y SERNA, P. (comp.), *El derecho a la vida*, Barcelona, Eunsá, 1998, pág. 141.

<sup>29</sup> Cf. SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de una naturaleza del hombre”, en *Lo natural y lo racional*, Madrid, Rialp, 1989.

<sup>30</sup> HABERMAS, J., *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006.

“una vida en serio”<sup>31</sup> de aquella que no lo es, sino más bien insistir –con los mismos tratados de derechos humanos– en que todo miembro de la especie humana tiene una dignidad esencial u ontológica irrenunciable e inenajenable, más allá de aquella otra dignidad moral (Millán Puelles) que vaya apropiándose en la vida; por eso los derechos humanos son un “coto vedado” a la voluntad de cualquier otro, por poderoso y eficaz que resulte su poder.

11.2. El olvido de la metafísica y una gnoseología referida al ser<sup>32</sup>. Sin duda que la diferente definición antropológica apuntada precedentemente es decisiva, sin embargo, a veces también aquélla posición se potencia o confirma apelando a un rechazo de la metafísica o a una gnoseología no centrada en el ser sino en el conocer. De todas maneras, este trasfondo filosófico no siempre está explícito en las posiciones de los neoconstitucionalistas que más bien se mueven en el terreno más propio de la teoría jurídica (un ejemplo de ello puede ser Ferrajoli, en especial en relación con postular una clara razón práctica exigida por sus tesis). Algo de esta referencia quedó subrayada en la fundamentación metafísica de los derechos humanos aludida en el punto anterior, pero lo más común es no adentrarse en discusiones tan distantes, y se opta por hacer profesión de fe antimetafísica rechazando cualquier pretensión de esencia o naturaleza de las cosas, y se busca un conocimiento que luzca verdadero con criterios establecidos exclusivamente por el sujeto. Nos parece que la opción inicial para aquél que se propone conocer es –como insistió Etienne Gilson<sup>33</sup>– una filosofía del ser o una filosofía del pensar. La primera parte de la metafísica, o sea del “ser”, mejor dicho de los entes que poseen el “acto de ser”; mientras que la vía moderna parte de la gnoseología; por eso aquella visión se caracteriza como realista y ésta como idealista. Para el realismo, el ser concreto, el *actus essendi* especificado en una naturaleza sensible, es el primer objeto que se ofrece al entendimiento; todo lo que concebimos lo aprehendemos como una cosa que es o puede ser. El primer principio del que irremediamente parte todo conocimiento, cualquiera sea su nivel de abstracción y objeto, es la evidencia de la cosa sensible y visible. Para el idealismo, el ser o las cosas se transforman en objetos que son sometidos al pensar, la cosa en sí es incognoscible, el ser de las cosas es el ser percibido, y así el primer problema filosófico es el problema del conocimiento.

Precisamente la verdad para el realismo remite a las cosas y a su naturaleza o esencia, por eso ella está en el entendimiento pero remite y es medido por las cosas. Conociendo las cosas tal cual son, estamos en condiciones de saber lo que ellas son y no son, como el sentido y las posibilidades de su dinamismo. En el idealismo, las cosas más que conocidas son pensadas, en tanto ellas resultan inmanentes al sujeto, por eso lo decisivo es identificar el cómo pensarlas. El fundamento y la clave del conocimiento están en el sujeto que aporta las estructuras formales y a priori o controla simplemente la coherencia.

La razón práctica padece aquel olvido de la naturaleza humana que, en definitiva, le fija los criterios del bien con sus distintos rostros (también el de la justicia),

<sup>31</sup> DWORKIN, R., *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 9.

<sup>32</sup> Cf. mi libro, *Las causas del derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2da. edición, 2010.

<sup>33</sup> GILSON, E., *El realismo metódico*, Madrid, Rialp, 1963.

y sin esa referencia se torna –como en Kant– racionalista, formal, apriorística, autónoma, deontológica y universalista. Por el contrario, si el camino y la medida de la razón práctica es la persona humana, ella no puede ignorar el papel de la voluntad en la ética, tampoco prescindir de los contenidos y las consecuencias de los deberes, y del condicionamiento razonable que padecen a tenor de los cambiantes contextos. Sabiamente aconsejaba Cicerón que “la naturaleza del derecho hay que buscarla en la naturaleza misma del hombre”<sup>34</sup> y no es posible pensar en un derecho al servicio del hombre ignorando lo que él es y los bienes a los que procura para “vivir-bien”.

Por supuesto que a la razón práctica del realismo no le preocupa solamente responder por lo que es el derecho, sus fundamentos y fines intrínsecos, sino también asume la responsabilidad de ir determinándolo en tiempo y espacio, hasta alcanzar a definir e imperar la conducta justa concreta e irrepetible. Pero en esos niveles del saber práctico –sustancial y procedimental– hay una cierta unidad y orden, de manera que no caben ni los casuismos sin reglas, ni los universalismos sin casos, pues la prudencia se constituye en el puente de esos extremos.

## 12. Conclusión

Para el jurista en el marco del EDC ya la moral no le resulta algo ajena a su mundo, sino que le corresponde advertir que ella es un límite para que exista el derecho y que es constitutiva al derecho, que también se reclama que la creación y aplicación del derecho sea por medio de la razón práctica o moral, que el conocimiento jurídico en sus distintos niveles es práctico o moral, que para definir conductas jurídicas se requiere una consideración del bien humano integral, que para concluir si una norma jurídica es válida debe analizarse su justificación racional, que importa decisivamente la moral que anima al que crea o aplica el derecho y que el derecho debe respetar al destinatario por sus objeciones espirituales. Esas dimensiones morales que ofrece visiblemente el derecho hoy exigen algún respaldo teórico y de ahí las propuestas de neoconstitucionalistas y realistas jurídicos clásicos, en donde se verifican coincidencias en tesis centrales aunque diferencias en su fundamentación, lo que conlleva consecuencias significativamente relevantes.

A aquellos que llevamos algunas décadas en el terreno iusfilosófico y que hemos estado habituados a polemizar con autores positivistas (básicamente kelsenianos o analíticos), seguramente nos sorprende la presencia de teóricos que coinciden con muchas de las tesis que desde siempre defendió el iusnaturalismo, pero que sin embargo remiten a otras fuentes filosóficas que no son Aristóteles o Tomás de Aquino. En fidelidad a éstos mismos referentes de la escuela, debemos siempre ser más amigos de la verdad que de los amigos, y sobre todo no podemos asumir una actitud cronofóbica o dogmática en terrenos que corresponde dilucidar la razón. Por supuesto que tampoco se trata de cronolotías a las que parecen ser afectos muchos teóricos del derecho. Por ello el camino no es otro que estudiar a estos nuevos pensadores para, sin prejuicios, poder ir estableciendo coincidencias y

<sup>34</sup> CICERÓN, *Tratado de las leyes*, lib. I.

diferencias, tanto en el plano de las tesis afirmadas como en el de los fundamentos de las mismas.

Es indudable que el EDC supone un enorme progreso frente al EDL, pero como cualquier obra humana está expuesta a excesos y errores, de ahí que corresponde al teórico estar siempre muy atento a las nuevas realidades para evaluarlas desde el criterio fundamental que no es otro que el bien integral del hombre y de todo hombre. Entre esos aspectos que estimamos positivos del EDC está la fuerte rehabilitación de la razón práctica y una expresa preocupación humanista, aunque haya muchos interrogantes, incoherencias y riesgos implicados en el mismo, que la mera invocación a un lenguaje seductor o retórico no cubre. Advirtamos que afirmar la razón práctica supone afirmar que es posible discernir con ese medio discusiones en torno a valores, bienes o justicia; por ende, no basta la mera vigencia de una cierta moral dado que ella puede resultar contraria a lo que la razón señale y prescriba. De ese modo, sin un cierto cognitivismo y objetivismo moral no es posible hablar en serio de derechos humanos como algo indisponible, aunque como queda denunciado arriba ello no cierra posteriores discusiones y precisiones, especialmente en el terreno antropológico.

En definitiva, la pregunta central para el jurista es si algo dispuesto por alguna autoridad efectivamente merece o no ser reconocido como derecho, con las respectivas consecuencias que ello acarrea especialmente en relación con su obligatoriedad, y para responderla se requiere ir al campo de la moral (bajo los rótulos de justicia, derechos humanos, principios, etc.), pero no de una mera moral social sino de una moral racional, o sea, capaz de ser reconocida, avalada y auspiciada con razones posibles de ser comprendidas y aceptadas por todo aquel que posee razón.