

Massini Correas, Carlos I.

Razón práctica y objetividad del derecho : el debate contemporáneo acerca de los principios jurídicos

Sapientia Vol. LXIV, Fasc. 224, 2008

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:

Massini Correas, Carlos I. "Razón práctica y objetividad del derecho: el debate contemporáneo acerca de los principios jurídicos"[en línea]. Sapientia. 64.224 (2008). Disponible en:
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/razon-practica-objetividad-del-derecho.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar fecha de consulta al final de la cita. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

CARLOS I. MASSINI CORREAS

Universidad de Mendoza
Universidad Nacional de Cuyo

Razón práctica y objetividad del derecho

El debate contemporáneo acerca de los principios jurídicos

1. Precisiones preliminares

La problemática acerca de la objetividad de los principios de la normatividad jurídica y, en rigor, de la normatividad ética en general, comenzó a plantearse como tal sólo después de que el pensamiento de la Ilustración pusiera en entredicho las tres fuentes inveteradas de la fundamentación ética: la tradición, la Revelación y el conocimiento de la naturaleza humana¹.

Y era necesario que la cuestión se planteara, toda vez que, puestas en debate las fuentes de la objetividad ética vigentes hasta ese momento, la pendiente hacia el subjetivismo aparecía como inevitable y con él la desaparición de la ética misma —y consecuentemente del derecho—, en cuanto realidad justificada racionalmente.

De hecho, a partir de la Ilustración, toda una serie de pensadores, encabezados por Immanuel Kant, emprendieron la tarea de refundamentar la ética y el derecho sobre bases que fueran, a la vez, objetivas e independientes de los fundamentos de la eticidad aceptados hasta ese momento. Esta empresa filosófica ha dado lugar a varios y diversos intentos de solución, propuestos por numerosos pensadores a lo largo de los dos últimos siglos, intentos que revisten carácter fuertemente controversial; en el presente estudio se presentará, ante todo, un esquema de las referidas propuestas, para continuar con un ensayo de sistematización de la problemática, con especial referencia a las consecuencias de cada una de las posiciones analizadas para la resolución de los principales problemas de la filosofía jurídica y la teoría del derecho.

Pero antes de iniciar tal tratamiento, corresponde efectuar algunas someras precisiones acerca del sentido con que se empleará en lo sucesivo los vocablos *principios jurídicos* y *objetividad*. Comenzando con la significación de *principios jurídicos*, designaremos con el vocablo *principio* a todo lo que es primero en un orden determinado, en especial en el orden de la fundamentación del conocimiento. De ese modo, se consideran principios aquellos conocimientos de los que los demás conocimientos proceden y en los que se fundan de algún modo. Por ello, en el orden de la justificación racional de las afirmaciones, se consi-

¹ Cf. N. HAMPSON, *The Enlightenment: An evaluation of its assumptions, attitudes and values*, Londres: Penguin, 1990, pp. 186 y ss.

deran principios aquellas proposiciones a partir de las cuales las conclusiones resultan racionalmente justificadas², y en el orden deóntico-normativo, se llamarán principios a aquellas proposiciones que justifican, antes que ninguna otra, la normatividad o deonticidad de las normas jurídicas o morales concretas. Dicho de otro modo, son principios en el orden normativo todas aquellas proposiciones, descriptivas o deónticas, a partir de las cuales alcanzan fuerza obligatoria las normas —en el caso que nos interesa aquí, las normas jurídicas—. Estos principios han de llenar los siguientes requisitos: I) ser lógicamente anteriores a las normas justificadas; II) resultar más o igualmente universales que las normas que justifican y III) revestir, al menos uno de ellos, carácter normativo, de modo de poder servir lógicamente de fundamento racional de proposiciones normativas. Así, v. gr., el principio normativo de que nadie debe causar un daño a otro injustificadamente, es el que sirve de justificación racional a todas las normas concretas que establecen reparaciones o indemnizaciones en favor de quienes han sufrido un daño indebido³. Por su parte, el término *objetivo* se utilizará en el sentido usual a partir del siglo XVIII, más concretamente a partir de la obra de Alexander Baumgarten (1714-1762), según el cual el *esse obiectivum* significa las propiedades de las cosas en sí mismas consideradas, con independencia del sujeto, frente al *esse subiectivum* referido a las propiedades de las representaciones de la realidad en el sujeto cognoscente⁴. Es decir que, con la locución *objetivo*, se hace referencia en este contexto a la independencia de las cualidades de ciertos objetos respecto de las percepciones, actitudes o valoraciones del sujeto. Así por ejemplo, el carácter de cuadrúpedo de un caballo será una cualidad objetiva y no meramente subjetiva o elaborada por el sujeto que lo conoce. En el orden deóntico normativo, esto significa que, al hablar de la obligatoriedad objetiva de las normas, se hace referencia a que ellas no reciben su fuerza obligatoria o su contenido, o ambos, de la mera creación del sujeto, sino que, de algún modo, ellas provienen de una realidad independiente del sujeto mismo. De este modo, la justificación objetiva de normas y principios supone una cierta independencia de las fuentes de la obligatoriedad normativa respecto de las opiniones o de las meras construcciones racionales del sujeto humano, considerado genéricamente.

Además, cabe consignar que, en esta objetividad deóntica, es posible distinguir al menos dos grados o niveles: el que se puede llamar de objetividad fuerte y el que se denominará como de objetividad débil. Ha escrito a este respecto Evandro Agazzi con acierto, que es necesario distinguir dos significados en el término *objetividad*: “un primer sentido es el siguiente; objetivo es aquello que no depende del sujeto. Es un significado corriente, aún en el nivel del discurso ordinario. Pero aún siendo el más corriente, se trata de un sentido traslativo porque, aunque sea atendiendo sólo a la simple etimología, debemos decir que objetivo quiere decir aquello que inhiere al objeto. Además, si se reflexio-

² Cf. P. MOYA, *El principio del conocimiento en Tomás de Aquino*, Pamplona: EUNSA, 1994; y G. E. PONFERRADA, “Los primeros principios”, *Sapientia*, 1979, pp. 171-206.

³ Cf. acerca de los principios jurídicos en una perspectiva más específica y determinada: J. DELGADO BARRIO - R. VIGO, *Sobre los principios jurídicos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

⁴ Cf. M. GARCÍA MORENTE, M., *Diccionario de Filosofía*, T1 3, Madrid: Alianza, 1979, pp. 2404 y ss.; y J. BARRIO GUTIÉRREZ, “Objetivismo”, en *Gran Enciclopedia Rialp*, T1 17, Madrid: Rialp, 1981, pp. 166 y ss.

na un instante, se puede encontrar una relación de dependencia lógica entre estos dos sentidos de la objetividad. En efecto, si asumimos la objetividad en sentido fuerte, es decir, en aquél que designa a la objetividad como inherencia al objeto, podemos derivar de él la objetividad en sentido débil, observando que si una característica inhiere en el objeto, luego ella será independiente del sujeto”⁵.

2. Sistemática de las diversas posiciones

Luego de las precisiones efectuadas, se está en condiciones de comenzar la sistematización de las diversas concepciones existentes en punto al tema de la objetividad jurídica. A ese efecto, se tomará como punto de referencia la clasificación que sugiere Robert Alexy de las diferentes posiciones existentes acerca de la razón práctica, ya que ellas resultan ser paralelas y estrechamente vinculadas a las posiciones respecto de la objetividad jurídica. Escribe Alexy en este punto, que:

en la discusión actual, compiten sobre todo tres concepciones de la razón práctica o de la racionalidad práctica que, tomando como punto de referencia los modelos históricos, pueden ser llamadas la aristotélica, la hobbesiana y la kantiana. Si a esto se suma la posición de crítica radical del concepto de razón práctica sostenida por Nietzsche, se obtiene un común denominador de estas concepciones [...]. De lo que se trata —concluye— es del fundamento normativo de la convivencia humana y de la autocomprensión del individuo y de la sociedad⁶.

Si se toma entonces esta clasificación como modelo analógico, será posible distinguir a su vez cuatro posiciones principales en lo que respecta a la objetividad de los principios jurídicos, las que luego repercutirán en las soluciones propuestas para toda una serie de problemas filosófico-jurídicos conexos, soluciones a las que haremos referencia al final de la presente comunicación. Estas cuatro posiciones pueden esquematizarse del siguiente modo:

- a) *posiciones irracionalistas*: estas propuestas, emparentadas genéticamente con la llamada “unholy trinity”: Marx, Nietzsche, Freud, y expresadas contemporáneamente sobre todo por el posestructuralismo francés, niegan categóricamente el valor cognoscitivo de la razón, al menos tal como se ha manifestado hasta nuestros días y, consecuentemente, rechazan *in limine* la noción misma de razón práctica; para estos autores, la razón no tiene nada que hacer en el ámbito de las relaciones jurídicas, las que no son sino la canonización enmascarada de relaciones de mero poder, de pulsiones eróticas o de intereses económicos. Por supuesto que, en este marco, no queda lugar para ninguna pretensión de objetividad de principios jurídico-normativos, que no vienen a resultar sino meras construc-

⁵ AGAZZI, E., “Analogicità del concetto di scienza. Il problema del rigore e dell oggettività delle scienza umane”, en AA. VV., *Epistemologia e scienze umane*, ed. Vittorio Possenti, Milán: Editrice Massimo, 1979, pp. 69-70.

⁶ ALEXY, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. J. M. Seña, Barcelona: Gedisa, 1994, p. 133.

ciones de una razón dominadora, manipuladora, encubridora y deformadora de la realidad. A la pretensión de objetividad de la razón jurídico-práctica, estos irracionalismos oponen la necesidad de una tarea crítica y desenmascaradora, que ponga en evidencia su carácter ideológico, favoreciendo y promoviendo, de ese modo, los procesos emancipadores o liberadores. En resumen: la pretendida objetividad de la razón práctico-normativa y de sus principios no es sino un simple engaño, destinado a encubrir estructuras de dominación y manipulación, frente a las cuales sólo cabe una praxis crítica y desenmascaradora⁷;

- b) *posiciones instrumentalistas*: si bien Alexy llama a este conjunto de posiciones “hobbesianas”. Nos parece más acertado calificarlas de “humeanas”, ya que es este último pensador quien, a partir del conocido “slave passage”⁸, descartó formalmente la noción de razón práctico-normativa, dejando lugar sólo a una racionalidad de carácter instrumental, destinada al cálculo de los medios convenientes para el logro de unos fines establecidos irracionalmente, a través de sentimientos, pasiones, elecciones o artificios⁹. La corriente heredera del pensamiento de Hume, el positivismo jurídico, sostuvo coherentemente la imposibilidad de establecer de modo racional, y menos aún racionalmente objetivo, los fines, valores o bienes jurídicos, reduciendo el ámbito de la racionalidad jurídica al estudio de la coherencia, consistencia y pureza lingüística de los sistemas jurídico-positivos. De este modo, puede decirse que todo positivismo jurídico consistente debe defender una posición escéptica respecto de la posibilidad de conocer objetivamente principios jurídico-normativos; esa es la posición defendida por Eugenio Bulygin, quien se declara “extremadamente escéptico” acerca de la existencia de principios normativos objetivamente verdaderos y accesibles al conocimiento humano¹⁰;
- c) *posiciones trascendental-constructivistas*: estas corrientes de pensamiento se sitúan claramente, aunque no siempre de un modo explícito, en el marco de la herencia kantiana¹¹, y están movidas por el propósito declarado de evitar las consecuencias defundamentadoras, escépticas e irracionalistas a que se ven abocadas las soluciones críticas y positivistas. Sus temas fundamentales son dos: la teoría de la justicia política y la fundamentación de los derechos humanos, y ambos hacen necesaria la búsqueda de alguna forma de objetividad transpositiva, ya que, de lo contrario, su preten-

⁷ Cf. un ajustado resumen de estas doctrinas en: Pérez Lledó, J. A., “Teorías críticas del derecho”, en AA. VV., *El derecho y la justicia*, ed. E. Garzón Valdés y F. J. Laporta, Madrid: Trotta, 1996, pp. 87 y ss. Cf. la crítica de estas doctrinas en: Massini Correás, C. I., “La teoría del derecho natural en el tiempo postmoderno”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, N° 1, LXXIV-4, Milán: 1997, pp. 635 y ss.

⁸ HUME, D., *A Treatise of Human Nature*, Londres: Penguin, 1985, p. 462. Sobre este tema, Cf. PENELHUM, T., “Hume’s Moral Psychology”, en AA. VV., *The Cambridge Companion to Hume*, ed. D. F. Norton, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, pp. 117-147 y MCINTYRE, J. L., “HUME: Second Newton of Moral Sciences”, *Hume Studies*, Vol. XX-1, 1994, pp. 3-18.

⁹ Cf. MASSINI CORREAS, C. I., “La matriz ilustrada de la justicia en el pensamiento de David Hume”, en prensa en el *Annuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 1, 18, Buenos Aires: 1999.

¹⁰ BULYGIN, E., “Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, en AA. VV., *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, ed. R. Vázquez, Barcelona: GEDISA, 1998, p. 221.

¹¹ Cf. MASSINI CORREAS, C. I., “La concepción deontológica de la justicia: el paradigma kantiano”, en prensa en el *Annuario de la Facultad de Derecho*, La Coruña, 1999.

sión valorativo-normativa se vería reducida o minimizada en clave decisionista o simplemente emotivista. Pero por otro lado, estas posiciones son herederas decididas de la Ilustración kantiana y, por ese motivo, han renunciado —o lisa y llanamente desechado— la posibilidad de obtener la objetividad de los juicios práctico-normativos a partir del conocimiento de las estructuras de la realidad, en especial de las realidades humanas. De este modo, la objetividad de los principios de la justicia o de la fundamentación de los derechos humanos, recaban necesariamente su objetividad de alguna forma de transubjetividad, sea ésta dialógica, procedimental, consensual o pragmático-trascendental¹². Y en casi todos los casos, estos procedimientos de búsqueda de una objetividad meramente transubjetiva, adquieren carácter constructivo, es decir, el de un dispositivo elaborado a partir de ciertas decisiones humanas, testeadas posteriormente por algún procedimiento de transubjetivización.

Una cuestión relevante en este contexto es la de saber si estas concepciones pueden ser consideradas cognitivistas o, por el contrario, estamos en presencia de no-cognitivismos eticojurídicos. En este sentido, si se considera —siguiendo aquí a Robert Hartmann— como no-cognitivistas a quienes niegan las dos siguientes proposiciones: i) hay valor y ii) el valor es cognoscible¹³, parece claro que estos autores: Dworkin, Rawls, Nino, Van Parijs, Perelman, etc., deben ser considerados indudablemente como cognitivistas; conforme a la clasificación efectuada por el mismo Hartmann, se tratará de “cognitivistas no-naturalistas”¹⁴. Es decir, que niegan la posibilidad de un conocimiento por correspondencia con estructuras constitutivo-normativas de la realidad, pero que suponen la posibilidad de una cierta aprehensión o captación racional en el ámbito normativo-valorativo;

- d) *posiciones realistas*: estas posiciones siguen en líneas generales la matriz aristotélica y, conforme a ella, sostienen la posibilidad de conocer las dimensiones fundamentales del bien o perfección humana y de dirigir racionalmente, por medio de la razón práctico-normativa, las praxis humanas hacia ese fin¹⁵. Desde esta perspectiva, las normas y principios jurídicos pueden alcanzar una objetividad fuerte, es decir, fundada en la naturaleza de las cosas humanas, donde la transubjetividad o independencia de la subjetividad es máxima y el papel de la realidad objetiva en la configuración de los contenidos y formas de la eticidad y de la juridicidad resulta decisiva. En estos casos nos encontramos en presencia de posiciones denominadas “naturalistas”¹⁶, en la medida en que suponen una remisión a la naturaleza de las realidades humanas para el conocimiento de principios, normas o valores. Por supuesto que estas doctrinas son clara y decisivamente “cognitivistas”, toda vez que suponen la

¹² Cf. KELLER, A., *Teoría General del Conocimiento*, trad. C. Gancho, Barcelona: Herder, 1988, pp. 117 y ss.

¹³ HARTMANN, R. S., *El conocimiento del bien. Crítica de la razón axiológica*, México: FCE, 1965, p. 37.

¹⁴ Ídem, p. 38.

¹⁵ Cf. SOAJE RAMOS, G., “Filosofía práctica, razón práctica y teleología”, en *Ethos*, N° 1, 23-25, 1997, pp. 245 y ss.

¹⁶ Cf. SIMPSON, P., *Goodness and Nature*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1987, pp. 135 y ss.

posibilidad de alcanzar un conocimiento verdadero, tanto de los fines humanos, como de los medios para alcanzarlos.

Ahora bien, para la mayoría de estas doctrinas¹⁷, el conocimiento práctico difiere del especulativo o teórico toda vez que no existe, en materias práctico-normativas, una correspondencia estricta con una realidad moral dada¹⁸, tal como la que existe entre el conocimiento teórico de la animalidad de la oveja y la oveja misma. Dicho de otro modo, para estos pensadores no existen en la realidad anterior al conocimiento humano hechos morales en tanto que morales, es decir, directivos de la conducta humana hacia su perfección; por el contrario, sólo por la mediación de la razón, más concretamente de la razón práctica, los datos de la realidad objetiva pueden fundamentar proposiciones normativas del obrar humano. No se trata aquí de que sea sólo la razón la que decide y construye la bondad o justicia de un acto¹⁹, como ocurre en las propuestas constructivistas, sino de que la razón, constitutivamente vinculada a la realidad objetiva, formula, a partir de los datos de esa misma realidad, las directivas éticas de la vida humana. En otras palabras, la razón directiva de la conducta humana es una razón con fundamento en la realidad, lo que no significa que conozca sus proposiciones por estricta correspondencia con unos supuestos hechos morales; por lo tanto, hay en la razón práctica —siempre desde esta perspectiva— una dimensión constructiva o constitutiva, pero se trata siempre de una razón no *meramente* constructiva, sino que formula sus proposiciones a partir de la aprehensión de las estructuras de la realidad extramental²⁰.

En estrecha vinculación con lo anterior, está la cuestión de las diversas posiciones de los autores realistas respecto del valor lógico y gnoseológico de la llamada Ley de Hume, es decir, de la regla según la cual no es posible inferir proposiciones normativas *sólo* de proposiciones descriptivas de estados de cosas²¹. Según una primera posición, sostenida por autores como John Finnis, Robert P. George y Georges Kalinowski, la Ley de Hume tiene un auténtico valor lógico, en razón de que no se trata sino de una aplicación especial de la regla lógica según la cual en la conclusión de una inferencia no puede aparecer nada — en este caso la normatividad— que no se encuentre antes en las premisas. Pero para estos autores, a pesar de su innegable valor lógico, este paralogismo resulta superado en razón de la existencia de un primer principio práctico autoevidente, supuesto en todos los razonamientos práctico-normativos, que otorga una legítima normatividad a las inferencias prácticas que incluyen proposiciones descriptivas de las realidades humanas²².

¹⁷ Cf. sobre la diversidad de doctrinas realistas, aún dentro de la vertiente tomista: BOURKE, V., "Recent Thomistic Ethics", en AA. VV., *New Directions in Ethics*, ed. J. P. De Marco y R. M. Fox, Nueva York: Routledge & Kegan Paul, 1986, pp. 58-72.

¹⁸ Cf. VERNENGO, R., "On the Logical Interpretation of Legal Sentences", en *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, N° 1, 2/1993, 1993, pp. 8-9.

¹⁹ Cf. GAUT, B., "The Structure of Practical Reason", en AA. VV., *Ethics and Practical Reason*, ed. B. Gaut, Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 161-188. Allí escribe: "El modelo *constructivista* o *conferidor-desentido* de la razón práctica, sostiene que el bien es simplemente constituido como el objeto de una elección racional, que lo que *hace* a algo bueno es el que se trata del objeto de una elección racional" (p. 162).

²⁰ Cf. sobre esta problemática, ROHNHEIMER, M., *Ley natural y razón práctica. Una visión tomista de la autonomía moral*, trad. M. Y. Espiña Campos, Pamplona: EUNSA, 2000.

²¹ Cf. MASSINI CORREAS, C. I., *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Argentina: EDIUM, 1994.

²² Cf. MASSINI CORREAS, C. I., "The New School of Natural Law. Some Approaches", *Rechtstheorie*, N° 1, 30-4, Berlin, 1999, pp. 461-478.

Por el contrario, toda una serie de autores, entre los que se cuentan Henry Veatch, Anthony Lisska, Ralph McInerny y Russell Hittinger²³, afirman que la Ley de Hume no reviste el carácter de una ley lógica, en razón de que es posible inferir proposiciones normativas a partir del conocimiento de la realidad, siempre que se acepte —tal como lo hacen estos pensadores— que la realidad objetiva está “cargada de valor” o de “propiedades disposicionales”, es decir, que en su conocimiento se contienen de modo implícito afirmaciones acerca de la bondad o maldad de los actos humanos. Para estos autores, Hume habría formulado su doctrina a partir de una concepción reductiva y empobrecida de la realidad, que le habría impedido ver la carga normativa que es posible descubrir en la realidad humana. Según Anthony Lisska, “el problema de la relación hecho/valor aparece en la filosofía moderna porque una ontología de propiedades simples reemplazó la hasta entonces prevaleciente ontología aristotélica de las propiedades disposicionales”²⁴. En otro lugar hemos desarrollado varias objeciones a esta interpretación, por lo que no resulta necesario reiterarlas en este contexto²⁵.

3. Implicaciones sistemáticas de las diversas posiciones

Una vez expuestas sintéticamente las posiciones centrales respecto del problema de la objetividad de los principios jurídicos, resulta pertinente analizar cuáles resultan ser las implicaciones de cada una de ellas respecto de varios problemas nucleares de la Filosofía del Derecho, en especial los siguientes: I) el de las relaciones entre derecho y moral; II) el de su relevancia en la división iuspositivismo-iusnaturalismo; y III) el del valor de la objetividad jurídica que proponen y su consiguiente fuerza de justificación deóntica. Los analizaremos sucesivamente, para efectuar a continuación un breve balance valorativo de cada una de las posiciones estudiadas y sus consecuencias:

1) *Respecto de las relaciones entre derecho y moral:*

- a) en este punto, las *teorías críticas* no demuestran un especial interés en la división, ya que tanto el derecho como la moral no son para ellas sino superestructuras de opresión o artificios de enmascaramiento de estructuras de dominio, entre las cuales no tiene mayor relevancia establecer diferencias o similitudes²⁶. Frente a estas superestructuras, la única tarea legítima es la de un análisis arqueológico-crítico-desenmascarador, que haga evidentes

²² Cf. MASSINI CORREAS, C. I., “The New School of Natural Law. Some Approaches”, *Rechtstheorie*, N° 1, 30-4, Berlin, 1999, pp. 461-478.

²³ Cf. una síntesis de esta posición, en: VEATCH, H., “Natural Law and the AIs-Ought@ Question: Queries to Finnis and Grisez”, en *Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy*, Washington: Catholic University of America Press, 1990, pp. 293 y ss.

²⁴ LISSKA, A., *Aquinas's Theory of Natural Law: An Analytic Reconstruction*, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 198.

²⁵ Cf. nota 22.

²⁶ Cf. KOZIEKI, E., “Discurso jurídico y discurso psicoanalítico” en AA. VV., *El discurso jurídico*, Buenos Aires: Hachette, 1982. Cf. asimismo: BARCELONA, P., *Posmodernidad y comunidad*, trad. J.-R. Capella *et alii*, Madrid: Trotta, 1992, pp. 48 y ss.

- las reales relaciones de poder que subyacen a todas las estructuras normativas —jurídicas y morales— y las determinan y explican²⁷;
- b) por su parte, las propuestas *iuspositivistas* defienden la inexistencia de relaciones constitutivas o intrínsecas entre el derecho y la moral, proponiendo una objetividad positiva para el derecho y una absoluta falta de objetividad de la moral. Respecto de esta última, Norbert Hoerster escribe que, “en el caso que analizamos, es decir, el de la realidad objetiva de los valores y las normas, un examen de este tipo (detallado y crítico) conduce a un resultado negativo”²⁸; dicho de otro modo, el escepticismo ético es un elemento constitutivo de toda actitud positivista consecuente²⁹; este escepticismo puede ser más o menos fuerte, tal como el va desde Bulygin a Hoerster, pero debe encontrarse siempre presente³⁰. El otro elemento es la concepción de la objetividad-validez del derecho, a través del único criterio de la pertenencia de las normas a un sistema jurídico-normativo determinado, criterio que no ha de incluir consideraciones ni de contenido, ni de carácter ético-valorativo. De este modo, el iuspositivismo, manteniendo una absoluta relatividad —no-objetividad— de las normas éticas y una objetividad-validez de las normas jurídicas positivas por razones de mera admisibilidad formal en un sistema, considera al derecho y a la ética, tal como lo afirma Ulises Schmill, “como dos órdenes entre los cuales hay, formalmente hablando, solución de continuidad, i. e., un abismo infranqueable”³¹. Esto no supone que el iuspositivismo no pueda aceptar una relación fáctica y contingente con la moralidad positiva de una comunidad; pero ningún positivismo consecuente puede proponer algún tipo de vinculación constitutiva, intrínseca o necesaria entre el derecho y la eticidad. En una posición singular se hallan iusfilósofos como Werner Krawietz, para quienes la insuficiencia de la legislación positiva estatal como instrumento de regulación social, hace necesaria una referencia constitutiva del derecho a sistemas normativos sociales extralegislativos; pero estos sistemas normativos revisten siempre carácter fáctico, no crítico, por lo que la posición de Krawietz puede ser catalogada, aún en contra de su propia opinión, como iuspositivista³²; por otra parte, Krawietz defiende claramente una posición no-cognitivista en cuanto al contenido de normas y valores, con lo que se reafirma su opción iuspositivista³³;
- c) por su parte, el amplio conjunto de concepciones *trascendental-constructivistas*, sostiene de diversas maneras la tesis de la vinculación intrínseca o necesaria entre el derecho y los principios éticos; así por ejemplo,

²⁷ Cf. FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, trad. E. Lynch, Barcelona: Gedisa, 1984, pp. 61 y ss.

²⁸ HOERSTER, N., “Ética jurídica sin metafísica”, en AA. VV., *Derecho y moral*, cit., p. 226.

²⁹ Cf. BULYGIN, E., “Validez y positivismo”, en *Comunicaciones al Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, T1 I, La Plata, 1987, p. 244.

³⁰ Cf. GARZÓN VALDÉS, E., “Derecho y moral”, en AA. VV., *Derecho y moral*, cit., pp. 37 y ss.

³¹ SCHMILL, U., “Derecho y moral: una relación externa”, en AA. VV., *Derecho y moral*, cit., pp. 285-286.

³² Cf. KRAWIETZ, W., *El concepto sociológico del derecho y otros ensayos*, trad. E. Garzón Valdés et alii, México: Fontamara, 1992, passim.

³³ Ídem, pp. 64 y ss.

Dworkin afirma que ciertos principios morales forman parte integrante del derecho, junto con las reglas sancionadas positivamente³⁴. Alexy defiende la existencia de una relación necesaria entre derecho y moral, en especial si en el concepto de moral se incluyen los derechos básicos y los principios de la democracia³⁵. Neil MacCormick mantiene que la regulación jurídica de cualquier comunidad debe comprender o abarcar los que denomina “deberes de justicia”, que son deberes morales, pero sólo parte de la moralidad³⁶. Finalmente, Lon Fuller defiende la “moralidad del derecho”, es decir, una continuidad estructural que va desde los deberes estrictamente jurídicos hasta las más elevadas exigencias de la ética de perfección, sobre la base de ciertos requerimientos procedimentales del derecho que revisten carácter ético, así como de una exigencia moral mínima de contenido que todo derecho debe respetar: la de abrir, mantener y preservar todos los canales posibles de comunicación entre los hombres³⁷. Ahora bien, la característica distintiva de estas doctrinas radica en el carácter no-realista o trascendental-constructivo de los principios morales que se consideran como parte integrante de la realidad jurídica; en otras palabras, la fundamentación de los principios jurídicos se realiza sin una referencia constitutiva a la condición o naturaleza humana, a fines o bienes humanos básicos o a ciertas estructuras sociales consideradas intrínsecamente perfectivas del hombre. Pero más allá de esta nota común, existen entre estas doctrinas diferencias relevantes, en especial en lo que se refiere a la función o incidencia de los principios éticos transpositivos en la determinación del derecho concreto. Esta posiciones van desde aquéllas que defienden una incidencia real y decisiva de los principios éticos en las soluciones jurídicas concretas, tal como en el caso de Dworkin o Alexy, para quienes la oposición a principios morales puede privar de validez a ciertas normas positivas, hasta aquellas que, aún afirmando la conexión conceptual entre derecho y eticidad, no le otorgan a ésta última ninguna función efectivamente conformadora de las decisiones jurídicas, tal como es el caso de Joseph Raz, al menos en alguna de sus obras³⁸. Pero entre estos autores no se llega nunca, al menos hasta donde tengo conocimiento, a la negación del carácter jurídico de sistemas jurídicos completos sólo en razón de su contradicción con ciertas normas morales; en esos casos se estaría frente a un derecho injusto, pero que, no obstante, seguiría siendo derecho;

d) finalmente, las doctrinas *realistas* sostienen la tesis de la continuidad entre derecho y moral dentro de un único orden ético, es decir, del orden nor-

³⁴ Cf. DWORKIN, R., “Is Law a System of Rules?”, en AA. VV., *The Philosophy of Law*, ed R. Dworkin, Oxford: Oxford University Press, 1977, pp. 38 y ss.

³⁵ Cf. ALEXY, R., “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, en *Derecho y moral*, cit., pp. 132-133.

³⁶ Cf. MACCORMICK, N., “En contra de la ausencia de fundamento moral”, en *Derecho y moral*, cit., pp. 177 y ss.

³⁷ Cf. FULLER, L., *The Morality of Law*, New Haven & Londres: Yale University Press, 1969, p. 186 y ss.

³⁸ Cf. RAZ, J., *The Authority of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1997, pp. 146 y ss. En una obra posterior (*The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1988), Raz propone un principio perfeccionista de organización social, “el principio de autonomía”, pero no tematiza expresamente en ese lugar la cuestión que estamos tratando.

mativo de la conducta libre, dirigido a hacer posible la perfección humana. Esto supone la aceptación de la existencia de principios *jurídicos* no positivos de carácter ético y que, por lo tanto, la distinción entre derecho y moral personal no es —desde esta perspectiva— sino una distinción específica dentro del género superior de la eticidad. Esta distinción, según la mayoría de los autores se realiza según dos tipos de criterios: I) intrínsecos o *ex forma* y II) extrínsecos o *ex causa*³⁹. El criterio intrínseco fundamental es que al derecho corresponde sólo la regulación de lo que se debe estrictamente en materia de justicia, es decir, la regulación del obrar humano exterior, referido a otro sujeto jurídico, objetivamente debido por una exigencia de bien común y en principio coercible⁴⁰ por su parte, la moral personal, si bien manda cumplir con los deberes de justicia, también impera o aconseja la realización de otras exigencias de la perfección humana, propias de la sobriedad, el coraje, la generosidad u otras virtudes éticas. Por otro lado, el criterio que hemos denominado “extrínseco”, hace referencia a la recepción de las exigencias éticas por parte de la legislación positiva, en cuyo caso pueden darse tres posibilidades⁴¹: I) que la ley positiva prescriba el cumplimiento de una conducta intrínsecamente justa, como la devolución del depósito, en cuyo caso la vinculación de la ética con la moral es de concordancia; II) que la ley positiva prescriba el cumplimiento de una conducta éticamente neutra o irrelevante, como circular por la derecha, en cuyo caso la vinculación del derecho con la moral es contingente; y III) que la legislación positiva prescriba la realización de una conducta éticamente incorrecta, como la tortura, en cuyo caso la vinculación del derecho con la moral es de contradicción.

La principal cuestión que se plantea en este tercer caso es la de saber si, siempre en clave realista, esa legislación continúa siendo jurídica, es decir, derecho normativo. El punto de referencia habitual dentro del realismo jurídico es la conocidísima frase de Agustín de Hipona, en la que el teólogo africano dice: “Pues a mí me parece que no es ley la que es injusta” (*Nam mihi lex esse non videtur, quae iusta non fuerit*)⁴². Ahora bien, además de que la afirmación agustiniana tiene claramente el carácter de un parecer personal y de que Agustín afirma a renglón seguido que la ley puede tolerar males menores para evitar los mayores y que la ley, “dada para el buen gobierno del pueblo”, autoriza legítimamente actos que son contrarios a la moral personal⁴³ es bien sabido que la más conocida interpretación de ese texto, la de Tomás de Aquino, introduce en él algunas matizaciones y precisiones; según la más importante de éstas, la ley que prescribe la realización de actos injustos (v. gr. la tortura) o prohíbe la realiza-

³⁹ Cf. para estos criterios de distinción y su relación recíproca: GRANERIS, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, trad. C. Lértora, Buenos Aires: EUDEBA, 1973, pp. 43 y ss.; así como LACHANCE, L., *Le droit et les droits de l'homme*, París: PUF, 1959, pp. 122 y ss.

⁴⁰ Cf. SOAJE RAMOS, G., *El concepto de derecho-La conducta jurídica* (mimeo), Buenos Aires: INFIP, 1977.

⁴¹ Estos casos se refieren a las normas prescriptivas; una clasificación similar puede hacerse con referencia a las normas prohibitivas; Cf. KALINOWSKI, G., *La logique déductive*, París: PUF, 1996, pp. 135 y ss.

⁴² AGUSTÍN DE HIPONA, *El libre albedrío*, en *Obras II, Obras Filosóficas*, ed. V. Capánaga, Madrid: B. A. C., 1982, p. 227.

⁴³ AGUSTÍN DE HIPONA, *ibídem*, p. 229.

ción de actos justos (v. gr., a la madre dar a luz a su hijo), deja de ser ley en su significación central o primera significación analógica, es decir, ley pura y simplemente (*simpliciter*), pero sigue siendo ley en un sentido secundario o menos propio (*secundum quid*), v. gr. en cuanto perteneciente a un orden jurídico en general justo, es decir, ordenado al bien común; y también ha de considerarse jurídica en cuanto tal ley impropia debe ser obedecida en la mayoría de los casos, con el fin de evitar el caos social o la anarquía⁴⁴. No obstante la complejidad, riqueza e influencia de esta interpretación tomista, no corresponde que nos extendamos más sobre ella, por obvias razones de pertinencia y espacio.

2) *Respecto de la división iusnaturalismo-iuspositivismo*

A los efectos de analizar la respuesta de las diversas posiciones en este punto, precisemos ante todo que consideramos iuspositivista a toda doctrina jurídica que mantiene la siguiente tesis central: “*toda* derecho es derecho positivo”⁴⁵ o bien: “*toda* norma o principio jurídico tiene fuente positiva”; por el contrario, es posible calificar como iusnaturalista a la doctrina que defiende la tesis de que “*al menos una* norma o principio jurídico tiene fuente no positiva o crítica”⁴⁶. Debemos agregar que conforme a esta división, el iuspositivismo reviste el carácter de una versión del no-cognitivismo ético-jurídico, mientras que el iusnaturalismo resulta ser una forma de cognitivismo ético-jurídico. Es cierto que existe al menos otra propuesta acerca de la división, aquella efectuada por Carlos Nino, y según la cual es iusnaturalista sólo aquella doctrina que no sólo acepta la existencia de principios transpositivos, sino que también afirma que cualquier normatividad jurídica que no satisface estrictamente esos principios, no puede ser calificada de “derecho”⁴⁷. Esta caracterización adolece de dos defectos fundamentales: I) que se trata de una caracterización vacía, al menos en uno de los extremos de la división, ya que ni siquiera el santo Agustín tendría cabida en el extremo iusnaturalista; y II) que designar como positivistas a quienes aceptan la existencia de principios jurídicos transpositivos de carácter crítico, aparece como abusivo, además de que sería rechazado por los más consecuentes defensores del iuspositivismo. Por lo tanto, aceptaremos el primer criterio de división, y estudiaremos brevemente la categorización de las diversas corrientes de acuerdo a ese criterio:

- a) las denominadas corrientes *críticas* se colocan a sí mismas fuera del marco de la división propuesta, ya que consideran tanto a las propuestas iuspositivistas como iusnaturalistas como meras encubridoras de relaciones de poder o dominio social; escribe en este sentido Cárcova, que “Los grandes paradigmas jurídicos de la modernidad (iusnaturalismo/juspositivismo) no sólo tienen una visión matematizante como común fundamento epistemológico...; también coinciden en una cierta absolutización de lo

⁴⁴ Cf. FINNIS, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1984, pp. 363 y ss.; así como: *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 260 y ss. Una interpretación similar es la que efectúa Ernesto Garzón Valdés, en “Derecho y moral”, cit., pp. 20-21.

⁴⁵ BULYGIN, E., “Validez y positivismo”, cit., p. 244.

⁴⁶ Cf. SOAJE RAMOS, G., “Diferentes concepciones de derecho natural”, en AA. VV., *El iusnaturalismo actual*, ed. C. I. Massini Correas, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 345.

⁴⁷ Cf. NINO, C. S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires: Paidós, 1984, p. 24.

jurídico, cuya naturaleza histórica y mutable queda velada, con fundamento en Dios, en la Naturaleza o en la Razón, en el primer caso; o con fundamento en una hipótesis gnoseológico-trascendental, una norma de reconocimiento o una ficción, en el segundo⁴⁸. De este modo, las teorías críticas, tanto en sus versiones más revolucionarias como en las que proponen un “uso alternativo del derecho”, otorgan al derecho un mero valor funcional en orden a la dominación social y propugnan su crítica en nombre de la emancipación o liberación. Ahora bien, si otorgamos a este principio de emancipación o liberación el carácter de un principio transpositivo, podríamos considerar a estas teorías como iusnaturalistas, conforme al criterio de división propuesto; pero esta clasificación sería rechazada por los mismos críticos, quienes se consideran a sí mismos como superadores de esa división;

- b) es evidente que las posiciones *instrumental-positivistas* aceptan con mayores o menores matices la tesis iuspositivista y, por lo tanto, deben ser colocados en ese extremo de la división; además, todos ellos adhieren decididamente al no cognitivismo ético-jurídico; y como, por otra parte, los autores pertenecientes a esa corriente se consideran a sí mismos como iuspositivistas, no parece necesario efectuar más consideraciones o argumentaciones a ese respecto;
- c) en lo que concierne a las doctrinas *trascendental-constructivistas*, ya hemos visto que todas ellas aceptan la existencia de ciertos principios ético-críticos en el ámbito de lo jurídico y son de algún modo defensoras del cognitivismo ético, por lo cual parece que deberían ser caracterizadas como iusnaturalistas. Es cierto que muchos de ellos no aceptan esa denominación, en especial en España, principalmente por razones de orden ideológico-político y no científico; no obstante, conforme al criterio de división que hemos aceptado, esas concepciones resultan ser claramente iusnaturalistas; son diversas en muchos aspectos al iusnaturalismo clásico y se oponen a varias de sus afirmaciones centrales, pero no por ello dejan de resultar inequívocamente iusnaturalistas;
- d) la clasificación de los pensadores *realistas* en el ámbito del iusnaturalismo no ofrece demasiadas dificultades, toda vez que todos ellos aceptan la existencia de principios práctico-jurídicos transpositivos, son decididamente cognitivistas en materia ético-jurídica y se consideran a sí mismos como iusnaturalistas; pueden registrarse algunos casos especiales, como el de Michel Villey, que defendía ardientemente el derecho natural clásico y lanzaba al mismo tiempo diatribas contra la mayoría de los iusnaturalistas⁴⁹ pero ellos no son sino la excepción que confirma la regla enunciada.

3) *Respecto a la concepción de la objetividad jurídica*

- a) las distintas *escuelas críticas* consideran a la pretensión de objetividad de normas y principios y de su fundamentación como meros artificios lingüístico-ideológicos destinados a encubrir el carácter interesado de las estruc-

⁴⁸ CÁRCOVA, C. M., *La opacidad del derecho*, Madrid: Trotta, 1998, p. 161.

⁴⁹ Cf. VILLEY, M., *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris: Dalloz, 1976, p. 69 y ss.

turas jurídicas, encaminadas a ocultar y sacralizar relaciones de opresión o dominio; por lo tanto, el problema del valor de las pretensiones de objetividad les resulta ajeno como temática y la única tarea que consideran dotada de sentido a ese respecto es la de criticar y desenmascarar esas pretensiones en cuanto encubridoras de relaciones de mero poder⁵⁰.

- b) desde la perspectiva del *instrumentalismo positivista*, no existe la posibilidad de pensar en la objetividad de normas y principios de carácter transpositivo, que resultan imposibles de verificar empírica o analíticamente; según estos autores, si de alguna objetividad ha de tratarse, ella ha de ser la que corresponde sólo a las normas positivas, dotadas de validez objetiva en razón de su pertenencia formal a un sistema, el que, a su vez, tiene valor, en última instancia, en razón de su vigencia⁵¹ en ambos casos, la objetividad que corresponde a normas y sistemas es sólo la que puede ser objeto de verificación empírica; no existen por lo tanto —reiteramos— principios o normas transpositivas dotadas de algún tipo de objetividad⁵² por otra parte, para la mayoría de estos autores, los principios y normas ético-jurídicos sólo pueden revestir carácter subjetivo o bien relativo a la opinión fáctica de un grupo social determinado, pero siempre sin pretensiones estrictas de objetividad de alguna especie;
- c) por su parte, los numerosos autores catalogados como *trascendental-constructivistas*, consideran correcto hablar de una cierta objetividad de normas o principios transpositivos y, además, todos ellos rechazan terminantemente el subjetivismo de normas y valores; ahora bien, y con las múltiples variantes que pueden encontrarse entre sus respectivas posiciones, la objetividad propuesta no es en estos casos una objetividad fuerte, de carácter referencialmente entitativo, sino sólo transubjetivo, trascendental o procedimental, es decir, centrada en las condiciones de posibilidad de la construcción racional de los principios jurídicos y radicalmente desligada de cualquier recurso a la experiencia, a la realidad de las cosas humanas o a la naturaleza del hombre⁵³. Fiel a sus raíces moderno-ilustradas, este conjunto de concepciones considera que la objetividad ética no va a venir dada por la solidez cognoscitiva de sus contenidos, sino fundamentalmente por el procedimiento o método racional utilizado para arribar a ellos; ha escrito a este respecto Innerarity que “la modernidad es esencialmente y en sus orígenes, método. Se trata de garantizar metodológicamente la objetividad. La atención se desplaza hacia los procedimientos del pensamiento, hacia las reglas y métodos de constitución del saber, con independencia del dominio particular dentro del cual ellos están llamados a operar... La modernidad está abocada a un constructivismo epistemológico”⁵⁴. En este mismo sentido, John Rawls afirma que “el constructivismo kantiano sostiene que la objetividad

⁵⁰ Cf. POULANTZAS, N., “El examen marxista del estado y del derecho actuales y la cuestión de la alternativa”, en AA. VV., *Marx. El derecho y el estado*, ed. J. R. Capella, Barcelona: TAU, 1969, p. 96.

⁵¹ Cf. HÖFFE, O., *La Justice Politique*, París: PUF, 1991, pp. 99 y ss.

⁵² Cf. CARRIÓ, G., *Un intento de superación de (la) controversia entre positivistas y jusnaturalistas (Réplica a Carlos S. Nino)*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.

⁵³ Cf. RAWLS, J., *Political Liberalism*, Nueva York: Columbia University Press, 1993, pp. 95-97.

⁵⁴ INNERARITY, D., *Dialéctica de la modernidad*, Madrid: Rialp, p. 20.

moral ha de entenderse en términos de un punto de vista social adecuadamente construido y que todos puedan aceptar. Fuera del procedimiento de construir los principios de justicia, no hay hechos morales⁷⁵⁵. Dicho de otro modo: la objetividad de los principios transpositivos de justicia surgirá sólo del procedimiento racional-trascendental seguido para alcanzarlos, sin ninguna referencia a los elementos o constitutivos de la naturaleza o del bien humano;

- d) para los autores *realistas*, los principios ético-jurídicos son formulados por la razón práctica a partir de un elemento material dado por el conocimiento experiencial de las realidades humano-sociales, y de un elemento formal provisto por los primeros principios autoevidentes de la razón práctica; pero en todos los casos, el contenido de los principios proviene del conocimiento de las estructuras de la realidad, en especial, del conocimiento práctico de las dimensiones de la perfección humana, llamados por algunos autores “bienes humanos básicos”. De este modo, la objetividad que se pretende para los principios jurídicos es más radical que la meramente transubjetiva, ya que depende de modo decisivo e inexcusable del modo de ser de una realidad independiente del sujeto. “Referirse a la naturaleza —escribe D. Agostino— implica por consiguiente referirse a una dimensión que —de cualquier modo que ella venga entendida— constituye un límite *objetivo* a la voluntad del hombre, y en particular a la voluntad de quien detenta el poder⁷⁵⁶. Se trata, por lo tanto, de una objetividad fuerte, fundada en el ente realmente existente y en sus estructuras descubiertas cognoscitivamente por el entendimiento y constituidas prácticamente por los principios propios del intelecto práctico⁷⁵⁷. En esta perspectiva, la independencia deóntica de los principios respecto de los sujetos es máxima, y su fuerza configuradora de la praxis humana incluye la presencia de absolutos ético-jurídicos, es decir, de principios normativos jurídicos que valen siempre y sin excepción⁷⁵⁸.”

4. Conclusiones valorativas

Luego de los desarrollos realizados, corresponde llevar a cabo una valoración de las posiciones analizadas desde el punto de vista de su aptitud para dar respuesta a las cuestiones centrales que se plantean dentro de la problemática de los principios jurídicos. Dentro de esas cuestiones se ha seleccionado aquella que aparece actualmente como la más representativa de la problemática de los principios jurídicos: la de los derechos humanos y su fundamentación; hubiera sido interesante tematizar otras cuestiones, como la de la fundamentación del orden jurídico como tal y la de la tarea del juez en la concreción del derecho, pero resulta imposible realizarlo aquí por evidentes razones de espacio. Se analizará por lo tanto muy brevemente la cuestión de los llamados derechos humanos:

⁷⁵⁵ RAWLS, J., “El constructivismo kantiano en teoría moral”, en *Justicia como equidad*, trad. M. A. Rodilla, Madrid: Técno, 1986, p. 140.

⁷⁵⁶ AGOSTINO, F., *Filosofía del Derecho*, Turín: Giappichelli Editore, 1993, p. 75.

⁷⁵⁷ Cf. FINNIS, J., *Natural Law...*, cit., pp. 69 y ss.

⁷⁵⁸ Cf. FINNIS, J., *Moral Absolutes*, Washington: Catholic University of America Press, 1991.

- a) ante todo, los autores enrolados en las *teorías críticas*, proclaman enfáticamente su defensa de los derechos humanos, pero su defensa resulta paradójica, toda vez que al mismo tiempo renuncian a todo tipo de fundamentación ética o jurídica de carácter objetivo de esos derechos; se trata, por lo tanto, de la defensa enfática de unas prerrogativas que propiamente no pueden fundamentarse de modo riguroso, lo que resulta poco consistente. Y la mera remisión a la resistencia o a la disidencia como fundamento de la lucha por esos derechos, no aparece como relevante, toda vez que cualquier disidencia o resistencia debe fundarse en alguna o algunas razones, o principios, para resultar racional. En estas corrientes, la crítica de la razón, en especial de la racionalidad práctica, ha terminado desembocando en el irracionalismo, para concluir en la irracionalidad y, finalmente, en la mera sinrazón⁵⁹.
- b) por su parte, y respecto a estos derechos, es claro que los *positivistas* más consecuentes renuncian explícitamente a la posibilidad de fundarlos de modo objetivo, al menos hasta el momento de su recepción en la legislación positiva, en cuyo caso pasan a formar parte del derecho positivo y pueden ser verificados empíricamente⁶⁰. Algunos de estos autores defienden su valor progresista o ideal, considerándolos “una valiosa conquista del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero”⁶¹ pero sólo sobre la base de opciones, intereses o sentimientos subjetivos, imposibles de fundamentar objetivamente;
- c) en cuanto a las que hemos llamado propuestas *trascendental-constructivistas*, ellas tienen como uno de sus temas centrales la fundamentación de los derechos humanos, pero la objetividad que proponen tiene un carácter débil, meramente transubjetiva, que no arraiga en una realidad radicalmente independiente del sujeto; los derechos humanos y los principios jurídicos terminan fundándose en una ficción (Rawls), en la aceptabilidad por parte de un auditorio universal trascendentalmente supuesto (Perelman), en un consenso ideal (Habermas), en convicciones particulares armonizadas con estructuras formales del discurso moral (Nino) o en una mixtura del autointerés contractualista y el principio de utilidad (Ackerman)⁶². Pero es evidente que no es posible fundar derechos humanos fuertes, es decir, de algún modo absolutos, en fundamentos débiles, en algún sentido relativos; dicho de otro modo, la debilidad de los fundamentos se transfiere a las conclusiones y, de ese modo, si fundamos los derechos en una “ficción”, no podrán resultar sino unos derechos “ficticios”, con una potencialidad práctica sumamente dudosa o insuficiente. Por otra parte, es posible plantear a estos autores la que se ha llama-

⁵⁹ Esto queda evidente en una frase de Michel Foucault, en la que afirma que “cuando el proletariado tome el poder, puede ser bastante posible que ejerza sobre las clases sobre las que ha triunfado, un poder violento, dictatorial e incluso sangriento. No veo que objeción pueda hacerse a esto” (CHOMSKY, N. y FOUCAULT, M., *La naturaleza humana: ¿justicia o poder?*, Valencia: Universidad de Valencia, 1976, pp. 65-66).

⁶⁰ Cf. VERNENGO, R., “Los derechos humanos como razones morales justificatorias”, en *Doxa*, N° 17, 1990, pp. 275 y ss.

⁶¹ BULGIN, E., “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, en *Doxa*, N° 14, 1984, p. 84.

⁶² Cf. ACKERMAN, B., *La justicia social en el estado liberal*, trad. C. Rosenkrantz, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 385 y ss.

do en otro lugar “falacia procedimentalista”⁶³ que consiste en fundar contenidos sólo por medio de procedimientos racionales; esto no es lógicamente posible y remite al problema de cuál es el origen de los contenidos que necesariamente han de ponerse al comienzo del razonamiento para que se obtengan otros contenidos al final; y como estos autores se niegan a cualquier remisión a la naturaleza humana o a los bienes humanos básicos, se termina confiando en intuiciones, convicciones o estipulaciones, lo que no aparece como un fundamento suficiente para unos derechos que deban ser tomados en serio;

- d) finalmente, los pensadores *realistas* que han tematizado la problemática de los derechos humanos, fundan su exigibilidad en la dignidad personal del hombre, constituida por su racionalidad y su libertad y dotada de un valor absoluto; y en lo referente al contenido de los derechos, se remiten a las dimensiones centrales del perfeccionamiento humano o bienes humanos básicos. Esto hace posible presentar a los derechos humanos como conteniendo una exigencia absoluta, es decir, sin excepción, y delimitar de modo suficientemente preciso los alcances y consiguientes límites de su contenido. En otras palabras, la objetividad que se propone para los fundamentos de esos derechos es objetiva en sentido fuerte, proveniente de modo radical del objeto y excluida de toda posibilidad de manipulación o disposición arbitraria. Esto otorga a los derechos así justificados una fuerza deóntica de la que carecen en los restantes intentos de fundamentación, además de proveer a sus contenidos de perfiles determinables objetivamente; de este modo, los derechos humanos adquieren una mayor potencialidad de implementación práctica y transforman al discurso acerca de ellos en un discurso de racionalidad verificable y objetivo. Dicho brevemente: la propuesta realista de una mayor racionalidad práctica, hace posible y justifica una más adecuada elaboración racional de la fundamentación y alcances de los derechos humanos.

Por ello, es posible concluir que, en definitiva, la propuesta realista de una racionalidad práctica cognoscitiva y de una objetividad fuerte y sustantiva de la fundamentación de los principios del derecho, proporciona una solución mejor fundada, más consistente y de más ricas virtualidades prácticas que las propuestas alternativas. Y ello es así en razón de que la totalidad de los problemas analizados: la relación entre ética y derecho, la división entre iusnaturalismo e iuspositivismo, la misma concepción de la objetividad jurídica y la fundamentación de los derechos naturales, encuentran en esa filosofía una solución que, al trascender constitutivamente la dimensión subjetiva, al arraigar decisivamente en la realidad, en el mismo *esse obiectivum*, alcanza una solidez capaz de otorgar justificación racional suficiente al carácter constitutivamente inexcusable de la normatividad jurídica.

⁶³ MASSINI CORREAS, C. I., “Los dilemas del constructivismo ético. Análisis a partir de las ideas de John Rawls”, en *Persona y derecho*, N° 1, 36, 1997, pp. 167-219.