

# FALACIAS Y VERDADES EN LAS JUSTIFICACIONES ACTUALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES\*

FALLACIES AND TRUTHS IN THE CURRENT  
FUNDAMENTAL RIGHTS JUSTIFICATION

DANIEL ALEJANDRO HERRERA\*\*

- \* El presente trabajo fue presentado como ponencia en las V Jornadas internacionales de Derecho Natural, organizadas conjuntamente por el Centro de Estudios para el Derecho y la Ética Aplicada de la Facultad de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, en Santiago de Chile, Octubre de 2009.
- \*\* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor titular de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Buenos Aires, Argentina.



Universidad de  
**La Sabana**

---

RECIBIDO SEPTIEMBRE 17 DE 2010, ACEPTADO DICIEMBRE 24 DE 2010

## RESUMEN

En el presente artículo se pretende mostrar las falacias y verdades de las distintas justificaciones actuales de los derechos fundamentales. Justamente, al tratarse del problema de la justificación racional la cuestión se centrará en el problema de la razón y el alcance de su conocimiento. Para ordenar mejor la exposición de las distintas fundamentaciones se las clasificará en tres grandes líneas: 1) razón positivista, 2) razón procedimentalista, 3) razón práctica.

### **PALABRAS CLAVE**

Derechos humanos, derechos fundamentales, falacia, verdad, razón positivista, razón procedimentalista, razón práctica, metafísica, antropología.

## **ABSTRACT**

In this article it pretends to show the fallacies and truths of the different actual justifications of the Essentials Rights. Precisely, being the problem of the rational justification, will focus the question on the problem of the reason and the extent of their knowledge. To better manage the exposure of the different foundations, they will be classified in three lines: 1) positivistic reason; 2) proceduralist reason; 3) practical reason.

### **KEY WORDS**

Human rights, essentials rights, fallacy, true, positivistic reason, proceduralist reason, practical reason, metaphysics, anthropology.

SUMARIO: 1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN; 2. FALACIAS Y VERDADES RESPECTO A LA RAZÓN POSITIVISTA; 2.1 EL POSITIVISMO DURO; 2.2. EL POSITIVISMO BLANDO; 3. FALACIAS Y VERDADES RESPECTO A LA RAZÓN PROCEDIMENTALISTA; 3.1. EL MODELO DEL CONTRATO (RAWLS); 3.2. EL MODELO DEL DISCURSO (HABERMAS); 3.3. LA TEORÍA CONVERGENTE DE LA VERDAD Y LA EQUIPARACIÓN SER-DEBER SER; 3.4. ¿DERECHOS HUMANOS SIN METAFÍSICA? (ALEXY); 4. FALACIAS Y VERDADES RESPECTO A LA RAZÓN PRÁCTICA; 5. CONCLUSIÓN.

## 1. PLANTEO DE LA CUESTIÓN

Hace más de 40 años, más precisamente en 1965, el famoso filósofo político y jurídico italiano Norberto BOBBIO publicaba en la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* su conocido artículo “Sui fondamento dei diritto dell'uomo”, donde planteaba que a esta altura de los acontecimientos, con la positivización de los derechos humanos a través de las declaraciones y los tratados internacionales, el problema del fundamento ha perdido gran parte de su interés. Según su opinión, ya no se trata de buscar otras razones o, como pretenden los iusnaturalistas, la razón de las razones, más bien, el problema de fondo actual es no tanto justificarlos, sino el de su garantía y protección<sup>1</sup>.

Sin duda que es muy importante garantizar y proteger los derechos y de esto se ocupan hoy fundamentalmente el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional Público y las distintas disciplinas jurídicas a fin de hacer operativos y tutelar los derechos en los diferentes ámbitos: civil, penal, laboral, etc. Ahora bien, esta importante y necesaria tarea no es sustitutiva del problema de la fundamentación de los derechos que siempre es imprescindible plantearse, e intentar dar respuesta por distintas razones. En primer lugar, para aclarar y delimitar el tema que estamos abordando, porque hoy por hoy las expresiones derechos humanos, y la más precisa de derechos fundamentales, son particularmente ambiguas dando lugar a distintas interpretaciones, muchas veces incluso contradictorias como sucede con las últimas “generaciones de derechos” (de cuarta, quinta, sexta, etc.). En segundo lugar, para dirimir si las declaraciones de derechos son constitutivas, creando nuevos derechos donde antes no existían, o son simplemente declarativas de derechos preexistentes que por tanto deben tener otro fundamento. Por último, porque el problema de la fundamentación es la cuestión central de la Filosofía del Derecho.

Sin perjuicio de lo anunciado por BOBBIO, el problema de la justificación racional de los derechos, de su fundamentación, e incluso la de todo el orden moral, político y jurídico sigue siendo central en la iusfilosofía actual. Así, ya más cerca en el tiempo, en el año 2004, Jürgen HABERMAS se planteaba (citando lo afirmado por Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE en los años sesenta), si después de la completa posi-

<sup>1</sup> Cfr. Norberto BOBBIO, “Sui fondamento dei diritto dell'uomo”, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, fasc. II, (1965), pp. 308-309.

tivización del Derecho, y a pesar de ella, es posible una justificación o legitimación no religiosa, sino posmetafísica del orden político-jurídico<sup>2</sup>. De la misma manera, aún más recientemente, Robert ALEXY se interroga en uno de sus últimos artículos si es posible la existencia de derechos humanos sin referencia a la metafísica<sup>3</sup>.

Estos son algunos ejemplos de la actualidad de los planteos de fundamentación del Derecho y de los derechos. También podríamos citar a John RAWLS, Ronald DWORKIN, Arthur KAUFMANN o John FINNIS, entre otros, lo que demuestra que la predicción bobbiana no se ha cumplido. Además, podemos apreciar la reaparición de la cuestión metafísica y religiosa, más allá de lo que en cada caso se entienda y se quiera expresar al respecto. Hasta no hace mucho, en pleno apogeo del pensamiento jurídico de cuño formalista que prescindía de los contenidos en términos de justicia o injusticia, esto era impensable.

A continuación, luego de haber señalado la ineludibilidad de la cuestión del fundamento debemos abordar el problema de si todas las justificaciones son igualmente válidas o si hay algunas falaces y otras verdaderas, o qué hay de falaz y qué hay de verdad en las distintas justificaciones racionales actuales de los derechos fundamentales. Descartada la primera opción, pues afirmando cosas distintas e incluso contradictorias entre sí, no pueden ser todas igualmente válidas o verdaderas, solo podemos distinguir entre las justificaciones falaces y las que son verdaderas, o entre lo que de falaz y verdadero encontramos en cada justificación. A tal efecto, y a modo de muestreo, las clasificaré en tres grandes líneas: 1) las que tienen su origen en la razón positivista; 2) las que surgen de la razón procedimentalista; 3) las que se refieren a la razón práctica.

## 2. FALACIAS Y VERDADES RESPECTO A LA RAZÓN POSITIVISTA

El positivismo reduce la razón al conocimiento de lo empíricamente verificable. A la sinergia entre empirismo y pensamiento lógico matemático. Como señalara Augusto COMTE en su ley de los tres estados: *teológico religioso, filosófico metafísico y científico positivo*<sup>4</sup>, superados y desechados los dos primeros estados, el pensamiento humano alcanza su madurez con el desarrollo del conocimiento científico positivo, dando lugar a una concepción positivista del conocimiento humano. Lo voy a presentar en dos versiones: *positivismo duro* y *positivismo blando*.

### 2.1. El positivismo duro

Esta concepción positivista ha sido la razón de ser del conocido Círculo de Viena, que a partir de la década de los veinte del siglo pasado, y hasta la segunda

<sup>2</sup> Jürgen HABERMAS, *Las bases premorales del Estado Liberal*, diálogo con el Cardenal Joseph RATZINGER en la Academia de Baviera, enero de 2004, en *La Nación*, 28 de junio de 2005.

<sup>3</sup> Robert ALEXY, "Menschenrechte ohne Metaphysik?", *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52, trad. Eduardo R. Soderó, 2004, pp. 15-24.

<sup>4</sup> Augusto COMTE, *Curso de filosofía positiva*, Buenos Aires, Libertador, 2004, pp. 10 y ss.

guerra mundial, juntara filósofos y científicos, entre los que encontramos tanto matemáticos y físicos, como juristas y sociólogos. Entre los juristas se destacaba Hans Kelsen con su concepción positivista y formalista neokantiana del Derecho. Justamente, en el plano del pensamiento jurídico, la atención se centró en la estructura y la forma del sistema jurídico y en las fuentes sociales del Derecho, en desmedro de los contenidos del mismo en términos de justicia-injusticia que quedaban sujetos al arbitrio del poder político de turno.

Entre los autores que influyeron en este grupo podemos destacar a D. HUME, G. FREGE, E. MACH y el primer WITTGENSTEIN<sup>5</sup>. Lo que más allá de las diferencias en su pensamiento tienen en común todos estos pensadores, y que será una nota esencial de la identidad del Círculo, es la actitud contraria a la metafísica. Sin embargo, hay que hacer algunas distinciones. Al respecto es clara la posición antimetafísica de HUME al decir que los libros de teología y metafísica debían ser arrojados a las llamas<sup>6</sup>. En cambio, el primer WITTGENSTEIN, en el *Tractatus logico-philosophicus*, distingue entre lo que puede ser expresado (las proposiciones de las ciencias naturales) y lo que sólo puede ser mostrado (lo metafísico, lo ético, lo trascendente). En el Prólogo señala: “Cabría acaso resumir el sentido entero del libro en las palabras: lo que siquiera puede ser dicho, puede ser dicho claramente; y de lo que no se puede hablar hay que callar”<sup>7</sup>. Por otra parte, el último WITTGENSTEIN, identificando significado con uso, sustituye el único lenguaje lógico como figura de los hechos que propuso en el *Tractatus*, por una pluralidad pragmática de lenguajes (juegos de lenguaje) orientados a la acción, a la praxis. Sin embargo, no cambia su posición respecto a la metafísica. En realidad, a diferencia de los positivistas lógicos del Círculo de Viena (WITTGENSTEIN no era positivista, ni integró el Círculo, aunque influyó mucho en él especialmente a través de uno de sus fundadores como es el caso de M. SCHLICK), no era antimetafísico, sino que como lo metafísico no podía expresarse, para él las proposiciones metafísicas no eran falsas, sino absurdas, sin sentido y por eso lo mejor era no decir nada. En consecuencia, lo metafísico es inexpresable, solo puede ser mostrado y de esto se ocupa la mística, no la filosofía<sup>8</sup>.

Ahora bien, la negación de la metafísica desde una concepción epistemológica empirista constituye en sí misma una falacia, pues la afirmación “solo existen los hechos”, y por tanto todo lo que trascienda lo empíricamente verificable (lo metafísico) no existe, no es comprobable de manera empírica. Desde esta perspectiva reduccionista, si bien es verdad (y puedo constatarlo) “que existen hechos”, sin embargo, no puedo verificar ni la existencia, ni la inexistencia de otras realidades más allá de lo empírico. En consecuencia, la afirmación “solo existen los hechos” sería una peculiar proposición metafísica negatoria de la metafísica. Ahora bien, como la metafísica no existe, las proposiciones metafísicas serían falsas o sin

<sup>5</sup> Cfr. Martín FARRELL, *La metodología del positivismo lógico-su aplicación al derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1979, pp. 22 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. David HUME, *Investigación sobre el entendimiento humano*, citado por Martín FARRELL, *ibid.*, p. 26.

<sup>7</sup> Ludwig WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Prólogo, trad. de Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Madrid, Alianza, 1993, p. 11.

<sup>8</sup> Cfr. Juan Carlos Pablo BALLESTEROS, “Metafísica y Lenguaje en Ludvig Wittgenstein”, en *Gladius*, 39, (1997), p. 19. En el mismo sentido, Francisco LEOCATA, *Persona, lenguaje, realidad*, Buenos Aires, Educa, 2003, pp. 40 y ss.

sentido, sólo pseudoproposiciones y, entonces, estaríamos inmersos en un razonamiento circular que no prueba nada, porque la afirmación de la inexistencia de la metafísica se basaría en la proposición de que “solo existen los hechos”, que sería una proposición metafísica, y por tanto no sería una auténtica proposición según esta concepción.

Basado en este prejuicio antimetafísico, el conocido principio o ley de Hume que establece la inderivabilidad de los juicios o proposiciones prescriptivas a partir de juicios o proposiciones descriptivas<sup>9</sup>, o la imposibilidad de derivar proposiciones imperativas de proposiciones indicativas como también proclama POINCARÉ<sup>10</sup>, se convierte en un postulado común a todo el pensamiento positivista analítico contra el derecho natural. Inderivación mal llamada luego falacia naturalista confundiéndola con la otra supuesta falacia vinculada con la anterior, que denunciara Moore respecto de las éticas naturalistas, en cuanto quieren definir lo bueno, a pesar de ser indefinible por ser un objeto simple y que por lo tanto no puede ser analíticamente dividido (como sucede con los objetos compuestos) lo que sería necesario para posibilitar su definición<sup>11</sup>. Este principio o ley de Hume se ha convertido en una barrera infranqueable que impide fundar las proposiciones prácticas (morales y jurídicas) en la realidad fáctica (únicamente describable por proposiciones teóricas empíricas), y mucho menos justificarlas en pseudoproposiciones metafísicas falsas y engañosas. En consecuencia, según HUME, las proposiciones prácticas no pueden ser ni verdaderas ni falsas, porque no son resultado de la razón sino del sentimiento, sin perjuicio de reconocer el papel preparatorio de la razón, para que el sentimiento realice el acto de apreciación moral<sup>12</sup>.

En realidad, como lo demuestra John FINNIS, los destinatarios de esta objeción humeana no son los que cultivan una ética realista clásica (ni ARISTÓTELES, ni TOMÁS DE AQUINO), sino más bien los partidarios de un iusnaturalismo racionalista, como por ejemplo Joseph BUTLER, Ralph CUDWORTH y particularmente Samuel CLARKE<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. David HUME, *Tratado de la naturaleza humana*, tomo II, par. I, sect. I, *in fine*: “En todos los sistemas de moral que he encontrado hasta aquí, he reparado siempre que el autor procede durante algún tiempo según la forma ordinaria de razonar, que establece la existencia de Dios o hace observaciones sobre la condición humana; después he tenido de pronto la sorpresa de encontrar que en lugar de las cópulas es o no es, habituales en las proposiciones, no encuentro sino proposiciones donde el vínculo está establecido por el debe o no debe. Este cambio es imperceptible, pero resulta sin embargo de la mayor importancia. En efecto, como estos debe o no debe expresan una nueva relación y una nueva afirmación, resulta necesario explicarlas; y al mismo tiempo se dé la razón de lo que parece inconcebible por completo: como se puede deducir esta nueva relación de otras que son enteramente diferentes”.

<sup>10</sup> Henri POINCARÉ, *últimos pensamientos*, p. 225: “Si las premisas de un silogismo están las dos en indicativo, la conclusión estará también en indicativo. Para que la conclusión pueda ser puesta en imperativo se necesitaría al menos que una de las premisas fuese ella misma imperativa. Ahora bien, los principios de la ciencia, los postulados de la geometría están y no pueden estar más que en indicativo; todavía pertenecen a este mismo modo las verdades experimentales y en la base de las ciencias no hay ni puede haber ninguna otra cosa. En consecuencia, el dialéctico más sutil puede hacer malabarismos con estos principios como quiera, combinarlos, disponer los unos sobre los otros. Todo lo que se obtenga estará en indicativo. Nunca obtendrá un enunciado que diga: haz esto o no hagas aquello, es decir, una proposición que confirme o contradiga la moral”, citado por Georges KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979, p. 23.

<sup>11</sup> Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *La Falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Edium, 1995, p. 20.

<sup>12</sup> Cfr. Georges KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, ob. cit., 1979, p. 19.

<sup>13</sup> Cfr. John FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 72.

Ahora bien, parece ser el propio HUME el que viola el principio por él proclamado cuando sostiene que hay que rechazar todo sistema de ética, por más sutil e ingenioso que parezca, que no se funde en los hechos y en la observación<sup>14</sup>. Al respecto señala FINNIS:

“En la medida en que su opinión ‘predominante’ es que los juicios morales son juicios sobre qué características y acciones despiertan aprobación o desaprobación en los hombres (de modo que como dice Hume, los sistemas de ética deberían estar ‘fundados en hechos y observaciones’), Hume obviamente intenta lograr la derivación lógicamente ilegítima”<sup>15</sup>.

Como señala Sergio COTTA, los que sí violan el principio o ley de Hume son los propios positivistas al derivar normas a partir de hechos. Del hecho de la existencia del Derecho positivo no podemos concluir que deba ser obedecido<sup>16</sup>.

## 2.2. El positivismo blando

Después de la segunda guerra mundial, el positivismo duro cae en una crisis profunda, terminal, ante la imposibilidad de dar una respuesta a la fundamentación de los derechos humanos frente a sus violaciones sistemáticas dentro del marco de ordenamientos jurídicos formalmente válidos y eficazmente vigentes. Esta situación hace que aparezcan varios intentos neopositivistas (unidos a la filosofía analítica que le da el soporte lógico al lenguaje positivista) que buscan compatibilizar una concepción positivista descriptiva del Derecho con la necesidad de reconocer la existencia, fundamentación y garantía de los derechos humanos, como es el caso de H. L. A. HART con el discutido contenido mínimo de moralidad o de Derecho natural<sup>17</sup>. Por su parte, otros positivistas prefieren ser coherentes con sus postulados, aún a costa de no resolver el problema del fundamento del orden jurídico y de los derechos fundamentales, como es el caso de A. ROSS: “Puedo considerar a cierto orden como un orden jurídico, y al mismo tiempo entender que mi deber moral más alto es derrocarlo”<sup>18</sup>. Entre ambas posturas podemos ubicar a Norberto BOBBIO con aquélla con la que abrimos este escrito<sup>19</sup>.

A pesar de ello, en Italia el positivismo estructuralista y formalista de raíz kelseniana tuvo su apogeo entre 1949 y 1965, como se manifiesta por ejemplo en el *Colloquio sul positivismo giuridico* de Belaggio en 1960 organizado por BOBBIO y D'ENTRÉVÈS, al que concurrieron la mayoría de los positivistas italianos entre los que se encontraban SCARPELLI, CATTANEO, GAVAZZI, entre otros, y al que también

<sup>14</sup> Cfr. David HUME, *Investigación sobre la moral*, Buenos Aires, Losada, 1945, p. 33.

<sup>15</sup> John FINNIS, ob. cit., p. 71.

<sup>16</sup> Cfr. Sergio COTTA, “Seis tesis sobre las relaciones sobre el derecho natural y el derecho positivo”, en *Persona y Derecho*, 8, 1981, pp. 151 y ss.

<sup>17</sup> Cfr. H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, pp. 239 y ss.

<sup>18</sup> Alf ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974, p. 34.

<sup>19</sup> Cfr. Norberto BOBBIO, “Sui Fondamento dei diritto dell' uomo”, ob. cit. En nuestra doctrina esta fundamentación es sostenida por Eduardo RABOSI conforme lo señala Genaro R. CARRIÓ, *Los derechos humanos y su protección*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, p. 21.



asistieron HART y ROSS como extranjeros. En el Coloquio se ratificaron las fuentes sociales del Derecho, su separación de la moral y la negación del Derecho natural. Esta posición entró en una profunda crisis a partir de 1966 como lo refleja la *Tavola Rotonda sul positivismo giuridico* celebrada ese año en Pavía, de la que participaron LEONI (quien la convocó), BOBBIO, SCARPELLI y FASSÓ, entre otros. Como muestra de la crisis podemos citar las palabras finales de Norberto BOBBIO:

“tomo nota de que el positivismo jurídico está en crisis, no sólo como ideología y como teoría, como lo demás yo mismo ya había admitido, sino también como modo de aproximación al estudio del Derecho. He comenzado diciendo que el positivismo jurídico nació como elección científica, pero me sea permitido reconocer ahora que detrás de la elección científica había una exigencia política. Políticamente, el positivismo es la aceptación del *status quo*. En cuanto tal, es buena o mala según se considere buena o mala la situación a conservar [...] ¿Queréis una conclusión? Habiendo venido con la idea de concluir: el positivismo ha muerto, viva el positivismo. Me parece en cambio, que nos iremos exclamando: el positivismo ha muerto, viva el iusnaturalismo”<sup>20</sup>.

Como señala Rodolfo VIGO, a partir de allí BOBBIO pasa de la concepción estructuralista formalista kelseniana a otra funcionalista promocional del Derecho: *Dalla struttura alla funzione*<sup>21</sup>.

Un proceso parecido se produce en el pensamiento anglosajón respecto a la inclusión o no de principios morales (especialmente referidos a los derechos fundamentales) en el sistema jurídico. Así, se distingue actualmente entre un positivismo incluyente (blando) y un positivismo excluyente (duro). Como dice Pedro SERNA:

“El positivismo incluyente tiene su origen en la crítica de Dworkin al positivismo de Hart y es el resultado de un intento de responder a dicha crítica, oponiéndose a ella en algunos puntos y mostrando en otros cómo los aciertos de Dworkin caben dentro de una teoría jurídica positivista reformulada pero fiel al modelo trazado por Hart. Frente a este modo de afrontar la crítica, del cual fueron pioneros Soper y Lyons, antes que el propio Hart, están aquellos otros discípulos de éste, encabezados por J. Raz, quienes sostienen que los argumentos de Dworkin han de ser rechazados en bloque (y así lo hace el propio Hart en el *proscriptum* agregó yo), y que el derecho no necesita, ni conviene a su naturaleza y a su función, incorporar criterios morales para su identificación. Con ello Raz y sus seguidores no sólo se oponen a Dworkin sino también al positivismo incluyente, que se ve de esta forma obligado a desarrollar sus puntos de vista entre el fuego cruzado del antipositivismo dworkiniano y el positivismo raziano, bautizado como ‘excluyente’ por Waluchow”<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Norberto BOBBIO, *Discurso final en la tavola rotonda sul positivismo giuridico*, citado por Rodolfo VIGO, *Perspectivas filosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, p. 126.

<sup>21</sup> Cfr. Rodolfo VIGO, *Perspectivas filosóficas contemporáneas*, *ibid.*, p. 126.

<sup>22</sup> Pedro SERNA, Prólogo al libro de Juan Bautista ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. XVII.

En consecuencia, el positivismo incluyente sostiene que los principios pueden ser reconocidos por los mismos criterios utilizados para las reglas según el modelo de HART, o sea, por la regla de reconocimiento, que sería de hecho empírica expresada como un enunciado desde el punto de vista de un observador externo que describe su existencia, sin que se vea obligado por ella. Regla que sólo existe, al decir de HART, como una práctica compleja, pero concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares al identificar algo como derecho por referencia a ciertos criterios<sup>23</sup>. Si esto es así, entonces el positivismo incluyente adolece de los mismos problemas de justificación que tienen el iuspositivismo hartiano y el excluyente: si la existencia de la regla de reconocimiento es una cuestión de hecho consistente en la constatación de ciertas prácticas, de este mero hecho no puedo concluir que aquellos que las cumplen lo hagan en virtud de reglas o principios que deban ser obedecidos sin que se produzca una indebida inderivación del deber ser a partir del ser, en violación del principio o ley de Hume que todos los positivistas reconocen.

Un caso emparentado con este positivismo incluyente o blando es el del neoconstitucionalismo, al modo como lo interpreta L. FERRAJOLI (filósofo del Derecho y penalista garantista italiano, discípulo de BOBBIO), constituyendo un nuevo paradigma que viene a reemplazar al paradigma positivista clásico que él denomina paleo-positivismo el cual se basaba en el *principio de la legalidad formal*. Ahora bien, es necesario aclarar que no todo constitucionalismo es positivista en este sentido, pues, por ejemplo ZAGREBELSKY al referirse a la conexión entre valores, principios y reglas a propósito de la doctrina de los principios de DWORKIN, se remite a algo anterior al propio poder constituyente<sup>24</sup> y que guarda una semejanza estructural respecto a la ley natural como señala Francesco VIOLA<sup>25</sup>.

Volviendo a FERRAJOLI, en el nuevo paradigma constitucionalista, como consecuencia de la positivización de los derechos fundamentales, estos operan como límites y vínculos sustanciales (ya no solo formales) a la legislación positiva, en lo que él llama *principio de estricta legalidad o legalidad sustancial*<sup>26</sup>. Para FERRAJOLI, estos derechos fundamentales que constituyen principios constitucionales son todos aquellos derechos subjetivos que le corresponden universalmente a “todos” los seres humanos que tengan el estatus de persona (ciudadanos y capaces de obrar) previsto previamente por una norma positiva preferentemente constitucional, como presupuesto de su idoneidad para ser titulares de situaciones jurídicas y/o autores de los actos que son ejercicio de éstas<sup>27</sup>. En consecuencia, si bien estos derechos fundamentales constitucionales constituyen *límites y vínculos sustanciales a la legislación positiva*, superadores del puro y duro positivismo legalista y formalista, sin embargo coronan un nuevo positivismo no puramente legal, sino supralegal constitucional, no meramente formal, sino también material o sustancial, cuyo

<sup>23</sup> H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, ob. cit., p. 137.

<sup>24</sup> Cfr. Gustavo ZAGREBELSKY, “Diritto per valori, principi regole (a proposito della doctrina dei principi di Ronald Dworkin)”, en *Cuaderni Fiorentini*, 31. (2002), tomo II, pp. 865-897, citado por Francesco VIOLA, “Los derechos humanos: ¿una nueva forma de derecho natural?”, en Renato RABBI-BALDI CABANILLAS (COORD.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008, p. 172.

<sup>25</sup> Cfr. Francesco VIOLA, “Los derechos humanos: ¿una nueva forma de derecho natural?”, ob. cit., p. 171-172.

<sup>26</sup> Cfr. Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 66.

<sup>27</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 37.

contenido no resulta del arbitrio de la voluntad del legislador, sino de la voluntad del constituyente, sin por eso dejar el paradigma positivista. A este nuevo-viejo paradigma positivista le caben las mismas objeciones señaladas respecto al positivismo más duro y que podemos resumir en la ya mencionada violación al principio o ley de Hume que denunciara COTTA: del mero hecho de la existencia del Derecho positivo (aunque sea éste constitucional) no puede derivarse su obligatoriedad<sup>28</sup>.

### 3. FALACIAS Y VERDADES RESPECTO A LA RAZÓN PROCEDIMENTALISTA

Frente a esta situación del positivismo aparecieron intentos de superación de la oposición *iuspositivismo-iusnaturalismo*, buscando una tercera vía que se diferenciara tanto del positivismo en crisis, como del iusnaturalismo que consideraban superado a partir del principio o ley de HUME o de la llamada falacia naturalista de MOORE. Entre estos intentos podemos señalar a las distintas formas de constructivismo moral que ante la autoproclamación de la imposibilidad de descubrir estos principios en la realidad (que solo puede ser expresada por juicios descriptivos o de realidad, pero no a través de juicios prescriptivos o normativos propios del conocimiento práctico), buscan construirlos por medio de una *razón procedimentalista* a través de distintos caminos.

En su lección de despedida de la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich, titulada: “La Filosofía del Derecho en la posmodernidad”, Arthur KAUFMANN señala dos de esos caminos: 1) el *modelo del contrato* que establece los principios de justicia a partir de un consenso contractual originario e hipotético (J. RAWLS); 2) *el modelo del discurso racional* a través del cual la justificación racional lógica de las argumentaciones solo surge de las cualidades formales o procedimentales del discurso (J. HABERMAS). A su juicio, ambos modelos son infructuosos por pretender extraer contenidos desde la pura forma, lo que constituiría una falacia, proponiendo en su reemplazo una visión parcialmente formal y material que denomina *teoría convergente de la verdad*, a la que me referiré más adelante. Por eso, a diferencia del formalismo puro, para él la clave de la cuestión actual se encuentra en el problema de la verdad, en el problema del contenido del Derecho y la forma como se obtiene<sup>29</sup>. En esto coincide con lo que ya había señalado Georges KALINOWSKI en su conocido libro *El problema de la verdad en la moral y en el Derecho*<sup>30</sup>.

#### 3.1. El modelo del contrato (RAWLS)

No voy a descubrir nada, ni a ser original, si digo que RAWLS es hoy uno de los popes del pensamiento filosófico político contemporáneo. Incluso respecto a nuestra temática ha sido uno de los que ha revalorizado a su manera la idea de justicia

<sup>28</sup> Cfr. Sergio COTTA, “Seis tesis sobre las relaciones sobre el derecho natural y el derecho positivo”, ob. cit., p. 151 y ss.

<sup>29</sup> Cfr. Arthur KAUFMANN, *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1998, p. 39.

<sup>30</sup> Cfr. Georges KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, ob. cit., p. XIII.

como contenido necesario de las relaciones humanas en la estructura básica de la sociedad, superando con la aparición de su teoría de la justicia (desde los años setenta), al formalismo puro del positivismo dominante hasta entonces.

Sin perjuicio de ello su teoría, más allá del pretendido y no siempre bien justificado carácter empirista que él pretende darle, es un constructo artificial de la razón a partir de una hipótesis básica que es la posición original de igualdad, donde las personas ignoran cuál va a ser la posición que van a tener en la sociedad (velo de ignorancia). Esto los lleva a acordar, mediante un *contrato social hipotético* (versión aggiornada del contractualismo moderno), los dos principios de justicia básicos referidos especialmente a los derechos y deberes sobre los que se apoya toda la estructura social: 1) iguales libertades para todos, con los mismos derechos y deberes; 2) igualdad de oportunidades y justificación de las diferencias sociales (de riqueza, poder, etc.) en lo que llama el principio de diferencia que las admite en tanto y en cuanto al mismo tiempo redunden en beneficio de los menos aventajados. Incluso entre los principios existe un cierto orden porque el segundo supone la existencia y garantía del primero. Como él mismo sostiene, esta concepción no es original sino que está construida sobre la matriz kantiana donde los principios de justicia operan al modo de imperativos categóricos. No porque sea una interpretación rawlsiana del pensamiento de I. KANT, sino más bien (como él mismo dice) porque se trata de una interpretación kantiana de su teoría de la justicia como imparcialidad o equidad, que tal como la propone sería una primera parte de una teoría moral integral que él denominaría *rectitud* como imparcialidad o equidad<sup>31</sup>.

Con el correr del tiempo, y respondiendo a las distintas e importantes objeciones, va a modificar partes sustanciales de su teoría, especialmente a partir de su segunda gran obra, *Liberalismo político*, y que va a plasmarse en su reformulación final, convirtiéndola en una concepción política, no metafísica de la justicia como neutralidad. Los principales cambios son que se sustituye la concepción kantiana común a todas las partes por un nuevo punto de partida a partir de un pluralismo razonable (que solo excluye los extremismos y fundamentalismos), en el cual el kantismo es una concepción más pero no la única, y donde se busca alcanzar un consenso entrecruzado entre las distintas concepciones razonables. Consenso que sería político y, por ende, neutral respecto de las distintas concepciones razonables que lo componen. Sin perjuicio de ello, lo llamativo es que a pesar de la mencionada neutralidad política, las partes que celebran el contrato hipotético a través del consenso traslapado o entrecruzado llegan a los mismos principios de matriz kantiana que tenía la teoría en su versión original. Esto se ve más claro en la versión internacionalista de su teoría, que se refiere al Derecho de gentes y que se inspira en la noción de paz perpetua de I. KANT<sup>32</sup>.

En cuanto a las objeciones a la *Teoría de la Justicia*, HART señala que en la formulación de las libertades básicas y su prioridad no se explican suficientemente las razones por las cuales las partes en la posición original acuerdan estas libertades

<sup>31</sup> Cfr. John RAWLS, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 29.

<sup>32</sup> Cfr. John RAWLS, *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001; *Justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.

básicas y sus reglas de prioridad<sup>33</sup>. DWORKIN, por su parte, realiza una objeción parecida, pues si bien comparte los dos principios de justicia que coinciden con el principio “de igual consideración y respeto”, propuesto por él, no está de acuerdo con su justificación a través de un contrato hipotético, al que considera totalmente innecesario, además de negarle su carácter contractual<sup>34</sup>. Para DWORKIN, dentro de un modelo constructivo, estos derechos en serio que constituyen los principios son naturales, aunque no entendidos en forma ontológica o metafísica<sup>35</sup>.

### 3.2. El modelo del discurso (HABERMAS)

Volviendo a la cuestión presentada por HABERMAS citando a BÖCKENFÖRDE que planteamos al comienzo, la misma tendría en realidad dos aspectos: 1) cognitivo; 2) motivacional. En efecto, dice HABERMAS:

“En el aspecto *cognitivo*, la duda se refiere a la cuestión de si, después de la completa positivación del Derecho, la estructuración del poder político sigue admitiendo una justificación o legitimación secular, es decir, no religiosa sino posmetafísica. Pero aun en el caso de que se acepte esa clase de legitimación, en el aspecto *motivacional* se mantiene la duda de si es posible estabilizar a una colectividad de cosmovisión pluralista desde lo normativo (es decir, más allá de un mero *modus vivendi*) sobre la base de un consenso de fondo que no pasaría de ser, en el mejor de los casos, un consenso meramente formal, limitado a procedimientos y principios”<sup>36</sup>.

En el mismo sentido, en *Facticidad y validez* ya había distinguido entre la validez formal o legitimación y la validez social o fáctica, o sea la vigencia<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> H. L. A. HART, “Rawls on liberty and its priority”, en *University of Chicago Law Review*, 40-3, (1973), pp. 542-555; reproducido por Norman DANIELS (comp.), *Reading Rawls*, New York, Basic Books, 1975, pp. 239-252. Ambos citados por John RAWLS, *The Basic Liberties and Their Priority*, trad. Jorge Vigil Rubio, University of Utah Press and Cambridge University Press, 1982, p. 30.

<sup>34</sup> Cfr. Ronald DWORKIN, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 385-388.

<sup>35</sup> Cfr. *ibid.*, p. 267.

<sup>36</sup> Jürgen HABERMAS, *Las bases premorales del Estado Liberal*, ob. cit. p.31.

<sup>37</sup> Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 95: “El sentido de esta validez jurídica solo se explica por la simultánea referencia a ambos polos, es decir, a la validez social o fáctica, es decir, a la vigencia, por un lado, y a la legitimidad o validez, por otro. La *validez social* de las normas jurídicas se determina por el grado de imposición, es decir por la aceptación que cabe esperar en el círculo de los miembros de la comunidad jurídica de que se trate. [...] Por el contrario, la legitimidad de las reglas se mide por la desempeñabilidad o resolubilidad discursiva de su pretensión de validez normativa, y en última instancia atendiendo a si han sido producidas en un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, o a si por lo menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales. La legitimación de una regla es independiente de su imposición o implementación fáctica. Pero a la inversa, la validez social y el seguimiento fáctico de las normas varía con la fe en su legitimidad por parte de los miembros de la comunidad jurídica, y esa fe se apoya a su vez en la suposición de legitimidad, es decir, de la fundamentabilidad de las normas de que se trate”. En otras palabras, agrega: “La positividad del derecho lleva aneja la expectativa de que el procedimiento democrático de producción del derecho fundamente o funde una presunción de aceptabilidad racional de las normas estatuidas. [...] Pues sin respaldo religioso o metafísico, el derecho coercitivo, cortado a la medida de un comportamiento al que no se exige sino que se ajuste a la ley, sólo puede conservar ya su fuerza de integración social haciendo que los *destinatarios* de esas normas jurídicas puedan a la vez entenderse en su totalidad como *autores* racionales de esas normas. Por este lado el derecho moderno se nutre de una solidaridad que se concentra en el papel de ciudadano y en última instancia proviene de la acción comunicativa”.

Ahora bien, la confusión de los aspectos cognitivo y motivacional es el problema que HABERMAS le critica a RAWLS, cuando sostiene que en la fundamentación de sus famosos principios de justicia confunde la cuestión de la justificación racional de los mismos a través de un contrato hipotético, con los de su aceptación efectiva en un consenso real<sup>38</sup>. Según HABERMAS, los liberales han puesto el acento en la “libertad de los modernos”, en primer lugar, la libertad de creencia y de conciencia así como la protección de la vida, la libertad personal y la propiedad, es decir, el núcleo del Derecho privado subjetivo. Mientras, el republicanismo, por el contrario, ha defendido la “libertad de los antiguos”, es decir, aquellos derechos de participación y comunicación política que posibilitan la autodeterminación de los ciudadanos. ROUSSEAU y KANT ambicionaron deducir ambos elementos simultáneamente de la misma raíz, esto es, de la autonomía moral y política. También RAWLS sigue esta intuición. Sin embargo, de la estructuración en dos etapas de su teoría se sigue una prioridad de los derechos básicos liberales que deja al proceso democrático en cierta medida en la sombra<sup>39</sup>. Dice HABERMAS:

“En cambio, si se concibe el proceso democrático no a la manera positivista de Kelsen o Luhmann, sino como método para crear legitimidad a partir de la legalidad (es lo que he defendido en *Facticidad y validez*), no surge ningún déficit de validez que hubiera que rellenar mediante eticidad (es decir, que hubiera que rellenar recurriendo a sustancia normativa prejurídica) [...] se presenta esta otra concepción, inspirada por Kant, de una fundamentación autónoma de los principios constitucionales, que, tal como ella misma pretende, sería racionalmente aceptable para todos los ciudadanos”<sup>40</sup>.

En otras palabras, para HABERMAS, el “lazo unificador” que BÖCKENFÖRDE echa de menos es el proceso democrático mismo en el que, en última instancia, lo que queda a discusión es la comprensión correcta de la propia Constitución. En un sentido parecido, Carlos NINO propone a la democracia como sucedáneo del discurso moral, como última fuente de legitimación de la que surgen tanto las normas como los derechos<sup>41</sup>. La respuesta es que el Estado de Derecho, articulado en términos de constitución democrática, garantiza no sólo libertades negativas para los miembros de la sociedad que, como tales, de lo que se preocupan es de su propio bienestar, sino que ese Estado, al desatar las libertades comunicativas, moviliza también la participación de los ciudadanos en una disputa pública acerca de temas que conciernen a todos en común.

Ahora bien, aquí es importante resaltar que la objeción de HABERMAS a RAWLS (dentro del mismo pensamiento posmetafísico) se centra en la cuestión de la fundamentación o justificación racional de la teoría, o sea, respecto a su valor epistemológico. HABERMAS opone el carácter veritativo del consenso frente a la neutralidad propia de la noción de razonabilidad rawlsiana. Por eso, RAWLS considera que la doctrina

<sup>38</sup> Cfr. Jürgen HABERMAS y John RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. Gerard Vila Roca, introducción a cargo de Fernando Vallespín, Barcelona, Paidós, 2000, p. 65.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>40</sup> Jürgen HABERMAS, *Las bases premorales del Estado Liberal*, ob. cit., p. 39.

<sup>41</sup> Carlos NINO, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 1984, p. 243.

de HABERMAS es comprensiva a diferencia de la suya que es política. Así, para RAWLS las personas en la posición original serían un mecanismo de representación destinado a formular una *conjetura* que desde luego puede ser incorrecta, o sea, que los principios de justicia establecidos en el contrato social hipotético son razonables. A diferencia de la situación ideal del discurso de HABERMAS que es un mecanismo analítico que da cuenta de la verdad o validez de los juicios tanto de la razón teórica como de la razón práctica<sup>42</sup>. Como dice Eduardo QUINTANA:

“Habermas encuentra la vía superadora del agotamiento de la razón moderna, en el lenguaje, entendido pragmáticamente como comunicación intersubjetiva, mediante el cual se rehabilita la razón preterida por los antimodernos, pero a la vez limitada a una funcionalidad distinta a la propuesta de los ilustrados e iluministas. Considera que existe una razón o ‘logos’ immanente al uso del lenguaje, no ya como un mero instrumento lingüístico a la manera de la filosofía analítica, sino para encontrar la clave que permita el verdadero encuentro del hombre con el hombre. [...] Por tanto, recurre a las renacidas fuentes contemporáneas que han hecho del lenguaje el nuevo ‘lugar’ de la filosofía. La comunicación intersubjetiva mediada por el lenguaje, será entonces el filón desde donde debe abreviar todo conocimiento tanto teórico como práctico, culminando en el emancipatorio que es la base filosófica de la sociología, la ética, la política y el Derecho”<sup>43</sup>.

Ahora bien, la acción comunicativa se basa en la razón comunicativa que empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico a través del cual se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida<sup>44</sup>.

Arthur KAUFMANN critica ambos modelos, pues la pretensión de hacer derivar principios de contenido sustantivo de un mero procedimiento formal de argumentación es lógicamente una falacia (procedimentalista), pues nada puede obtenerse en la conclusión que no esté contenido en las premisas<sup>45</sup>. Como dice MASSINI, la *falacia procedimentalista* es similar a la que Otfried HÖFFE ha denominado *falacia normativista*, para oponerla a la supuesta “falacia naturalista”, y que consiste en la pretensión, completamente ilegítima, de extraer normas concretas de contenido, sólo de normas generales formales<sup>46</sup>. Por otra parte, el procedimiento es construido a partir de las intuiciones de contenido que se quieren justificar por un lado, y por otro, se pretende derivar estas intuiciones de aquel procedimiento cayendo en una justificación circular que no justifica nada, lo que constituye lógicamente una *falacia*.

<sup>42</sup> Jürgen HABERMAS y John RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, ob. cit., pp. 84 y 85.

<sup>43</sup> Eduardo Martín QUINTANA, *Filosofía jurídica, política y moral en Jürgen Habermas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, p. 27.

<sup>44</sup> Cfr. Jürgen HABERMAS, *Facticidad y Validez*, ob. cit., pp. 65-67.

<sup>45</sup> Arthur KAUFMANN, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, ob. cit., p. 49

<sup>46</sup> Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, “Del positivismo analítico a la justicia procedimental: la propuesta aporética de John Rawls”, en *Persona y Derecho*, 44, (2001), p. 194.

### 3.3. La teoría convergente de la verdad y la equiparación ser-deber ser

A diferencia de RAWLS y HABERMAS, KAUFMANN mantiene las reglas del pensamiento procesal —aunque impuro— al reconocer elementos de carácter material en el proceso de construcción, pero alejado de todo ontologismo. El Derecho, por ejemplo, no resulta ni de una naturaleza (como en el iusnaturalismo), ni de la formulación general abstracta de la ley (como en el positivismo). Estos son, en cierta forma, sólo materia prima de la cual, de un *acto de formación procesal* (la jurisprudencia y en general la actividad jurídica), debe surgir el *Derecho concreto*. Así no puede darse una *precisión objetiva del Derecho por fuera del proceso de creación jurídica*. Ahora bien, a diferencia de los procesalistas puros, para él el Derecho sí tiene un objeto, un tema, cuyo contenido material es obtenido de la realidad mediante la experiencia, evitando caer así en la falacia procedimentalista<sup>47</sup>.

Atento a que, según sus propios dichos, no se puede ir más atrás de KANT y de su pensamiento procesal, plantea una superación del esquema sujeto-objeto. En la verdad que consistiría en la perfección del acto de conocimiento, podemos distinguir un aspecto o momento objetivo que proviene del mismo objeto común y un aspecto o momento subjetivo que se refiere a los juicios provenientes de distintos sujetos, pero que convergen sobre el objeto o tema común. En este sentido, *la teoría de la convergencia de la verdad* (que no es ni sólo objetiva, ni sólo subjetiva, sino subjetiva-objetiva) se ubica en un punto intermedio entre la teoría de la correspondencia de la *ontología sustancial* propia tanto del pensamiento iusnaturalista que atribuyó contenido absoluto al Derecho, como del positivismo legalista que identificó al Derecho con la ley positiva (dada como algo enteramente objetivo)<sup>48</sup>, y la teoría consensual del *funcionalismo* propio del pensamiento constructivista procesal puro, tanto en el modelo del contrato (RAWLS) como el del discurso (HABERMAS)<sup>49</sup>.

En efecto, para KAUFMANN *el Derecho en el sentido estricto de la palabra no reside ni exclusivamente en la norma, ni exclusivamente en el caso, sino en su relación recíproca*. Por tanto, el Derecho no es algo sustancial, es *relación*, es la *correspondencia entre el ser y el deber ser*<sup>50</sup>. Para KAUFMANN, conforme a la *teoría de la equiparación*: ni la ley general-abstracta, ni el caso individual-concreto se encuentran en el mismo plano categorial (la ley en el del deber ser, el caso en el del ser), para poder ser subsumidos entre sí, primero deben *equipararse*: la ley, por medio de la interpretación, a un *tipo legal* con su consecuencia jurídica, y el caso, por medio de la construcción, a un *supuesto de hecho*, con lo cual estos actos no se producen en forma que esté uno junto al otro, o uno detrás del otro, sino en una simultaneidad de relaciones recíprocas (no se puede subsumir un caso bajo una norma, sino tan sólo un supuesto de hecho bajo una consecuencia jurídica establecida en un tipo legal). El fundamento de esta comprensión de la norma legal y creación del Derecho lo constituye la *analogía entre deber ser y ser*. La norma abstracta del

<sup>47</sup> Cfr. ARTHUR KAUFMANN, *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, ob. cit., pp. 42-43.

<sup>48</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 41.

<sup>49</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 46 y ss.

<sup>50</sup> ARTHUR KAUFMANN, "El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él", en RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS (coord.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2000, p. 246.



deber ser alcanza en el Derecho su concreta existencialidad. No hay derivación del deber ser a partir del ser, sino una correspondencia analógica, mediante un *tertium comparationis*, que lo constituye el sentido o *ratio iuris*<sup>51</sup>.

Esto es cierto, pero justamente es posible esta correspondencia si traspasamos la barrera artificial respecto a KANT que levanta el propio KAUFMANN. En el sistema kantiano, en el cual toda la moral se funda en el imperativo categórico y en la idea del deber propia de la razón práctica, totalmente separada e incommunicada con el orden del ser (fenoménico) propio del conocimiento de la razón pura, es imposible hablar de equiparación o analogía entre el deber ser y el ser. Para poder hacerlo tenemos que salirnos de este sistema de pensamiento y volver a una filosofía realista donde no sólo hay equiparación o analogía entre el orden del ser (no sólo fenoménico sino ontológico) y del deber ser, o entre las inclinaciones naturales y los principios o preceptos prácticos, sino que todo deber ser (*bonum*) se funda en el ser (*esse*), lo ético en lo óntico, lo axiológico en lo ontológico conforme la conocida tesis de J. PIEPER<sup>52</sup>.

De esta manera, su teoría de la convergencia, como punto intermedio entre la teoría de la correspondencia (empírico-fenoménica) y la teoría consensual de la verdad, adolece de los mismos problemas de estas dos. Por una parte, al no trascender del plano de lo puramente fenoménico y, por otra, en el plano subjetivo, sólo alcanza un punto de referencia intersubjetivo relativo. Para superar estos problemas no alcanza la postura ecléctica de KAUFMANN, sino más bien, la fundamentación metafísica de la teoría de la correspondencia, que no se limita a la correspondencia empírico-fenoménica del empirismo, sino que alcanza la correspondencia con la esencia misma de las cosas como su razón de ser más profunda.

### 3.4. ¿Derechos humanos sin metafísica? (ALEXY)

Puesto que la existencia de los derechos humanos en definitiva depende de su fundamentabilidad, para ALEXY sólo esta última determina si los mismos son más que una ilusión. El problema de la fundamentabilidad puede sintetizarse para él en la cuestión de si pueden ser justificadas las normas o reglas morales que con pretensión de prioridad garantizan los derechos universales, fundamentales y abstractos. Y, de ser posible, cómo se justifican. Esto demuestra que el problema de la fundamentación de los derechos humanos no es otra cosa que un caso especial del problema general de la fundamentación de las normas morales.

Para responder esto, sostiene ALEXY que es de una importancia decisiva el que los derechos humanos presuponen más una metafísica (en el sentido de la filosofía trascendental de KANT) que una ontología. Entonces, cuando el individuo hace uso de la —para él— necesaria competencia del afirmar, interrogar y argumentar, en tal uso presupone el reconocimiento del otro como participante del discurso con

<sup>51</sup> Cfr. Arthur KAUFMANN, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 1999, p. 278.

<sup>52</sup> Josef PIEPER, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974, p. 15.

igualdad de derechos como autónomo. Reconocer a otro como autónomo significa reconocerlo como persona. Pero las personas tienen un valor y una dignidad. Para ALEXY, esta tesis “metafísica” tiene su fuente no sólo en la estructura del mundo, ni tampoco sólo en la razón del individuo, sino en la estructura de la comunicación (en el sentido de HABERMAS). Por eso esta metafísica en cuanto constructiva puede ser contrapuesta a la metafísica tradicional que él denomina empática (omnicomprensiva, necesaria, normativa y con una “dimensión religiosa salvífica”). Una metafísica constructiva, en cambio, tiene un carácter racional y a la vez universal, concluyendo personalmente en la siguiente tesis: *los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal*<sup>53</sup>.

Es importante destacar en el pensamiento de ALEXY una revalorización de la razón práctica, como así también la centralidad de los derechos fundamentales y de su sujeto, la persona humana, dentro de una concepción constitucionalista moderada. Sin embargo, al asumirlo desde una razón procedimental, le cabe la misma objeción ya planteada por KAUFMANN de pretender extraer contenidos materiales a partir de premisas formales o procedimentales.

#### 4. FALACIAS Y VERDADES RESPECTO A LA RAZÓN PRÁCTICA

Por otra parte, existe hoy una revalorización de la razón práctica fundada en la sólida filosofía perenne. Esta revalorización es asumida por una buena parte del pensamiento iusfilosófico contemporáneo, como sucede con un sector de la lógica deóntica (por ejemplo KALINOWSKI), o con el neotomismo y el siempre vigente iusnaturalismo clásico. Sin perjuicio de ello, quisiera detenerme en una escuela o línea de pensamiento contemporáneo que ha tenido una gran trascendencia en la actualidad. Me refiero a la *nueva teoría de la ley natural* o también conocida como *teoría neoclásica de la ley natural*, cuyo origen se remonta a mediados de la década de los sesenta en los Estados Unidos, a partir de la obra de Germain GRISEZ, y que luego se extendió a gran parte del pensamiento angloamericano, principalmente en John FINNIS, pero también en Joseph BOYLE, Kevin FLANERY, Martín RHONHEIMER, Lawrence DEWAN y Stephen BROCK<sup>54</sup>. A fin de no extenderme demasiado me voy a limitar al pensamiento de GRISEZ y FINNIS.

Ambos reafirman el valor de la razón práctica con prescindencia o independencia de la razón especulativa, y sostienen que si bien la misma constituye una de las funciones de una única razón o inteligencia, parte de primeros principios evidentes que tienen por contenido los bienes humanos básicos como objeto de las inclinaciones naturales y, por tanto, no son derivados de la razón especulativa o teórica. A partir de allí desarrollan los distintos niveles del conocimiento práctico los cuales dirigen la acción humana y rematan en la acción. En una obra conjunta dicen:

<sup>53</sup> Cfr. Robert ALEXY, *¿Derechos humanos sin metafísica?*, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, *Ideas y Derecho*, Buenos Aires, 2008, p. 24.

<sup>54</sup> Cfr. Adela LÓPEZ MARTÍNEZ, *El debate anglo-americano contemporáneo sobre la teoría tomista de la ley natural*, Roma, Edizioni Università Della Santa Croce, 2006.

“Nunca hemos dicho que no se pueda pasar de verdades metafísicas y/o fácticas junto con principios del razonamiento práctico a conclusiones normativas. Nuestro punto más bien era que no puede haber deducción válida de una conclusión normativa sin un principio normativo y de este modo que los primeros principios prácticos no pueden derivarse de especulaciones metafísicas”<sup>55</sup>.

De esta manera, hacen suyo el principio o ley de Hume que establece que no se puede pasar de premisas descriptivas en el orden del ser a conclusiones normativas en el orden del deber ser. Por tanto, para justificar racionalmente conclusiones normativas, por lo menos una de las premisas de las que se parte tiene que ser normativa. En realidad, en Hume el ser se reduce al mero *factum* (al hecho como fenómeno que percibo) por lo que es lógicamente imposible derivar conclusiones prescriptivas de proposiciones puramente descriptivas de hechos.

En cambio, el realismo clásico no es alcanzado por esta supuesta falacia ni desde el punto de vista lógico, ni mucho menos ontológico en su fundamento *in re*. Respecto al primero, porque los principios de los que la razón práctica parte no son conclusiones derivadas deductivamente de proposiciones teóricas, sino que son principios evidentes *per se*, nota que la razón en su función práctica descubre, empezando por el primer principio: *se debe hacer el bien y evitar el mal*, que opera como principio de no contradicción práctico y que como tal se encuentra explícita o implícitamente (entimemas) en todos los razonamientos prácticos que se siguen de él. En cuanto a su fundamento ontológico, si bien los principios prácticos no se infieren deductivamente por un razonamiento a partir de proposiciones teóricas, se apoyan en ellas para entender la evidencia de sus términos y fundamentalmente porque la realidad que se expresa por la noción de *Ser*, como dijimos, no se reduce al mero *factum* (del empirismo humeano), a los hechos brutos, sino que contiene en su mismo ser su *telos*, su deber ser que la razón descubre en forma de principios a partir de la experiencia de la propia realidad<sup>56</sup>.

En consecuencia, cada uno de estos principios es captado por la inteligencia (nous) o razón (logos), ya sea teórica o práctica, sin necesidad de ningún discurso o razonamiento a partir de algún principio o premisa anterior, sino a partir de un contacto inmediato con la realidad, a través de una inducción abstractiva o abstracción inductiva<sup>57</sup>. Más allá del orden hay una vinculación necesaria entre inducción y abstracción, pues como dice C. FABRO, actúan conjuntamente en la adquisición progresiva de lo inteligible, aunque desde puntos de vista diferentes: la *inducción*, fenomenológicamente, la *abstracción*, metafísicamente<sup>58</sup>. A su vez, a

<sup>55</sup> John FINNIS y Germain GRIZEZ, “The Basic Principles of Natural Law: A Reply to Ralph McInerney”, en *The American Journal of Jurisprudence and Legal Philosophy*, 26, (1981), p. 24, citado y trad. Adela LÓPEZ MARTÍNEZ, ob. cit., p. 167.

<sup>56</sup> Cfr. Georges KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, ob. cit., pp. 134 y concordantes; *Concepto, fundamento y concreción del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982, pp. 89 y ss.; Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *La Falacia de la falacia naturalista*, ob. cit.; Daniel Alejandro HERRERA, “¿Es posible una argumentación más allá del iusnaturalismo o del iuspositivismo?”, ob. cit., p. 194.

<sup>57</sup> Cfr. Georges KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, ob. cit., p. 118. Adela LÓPEZ MARTÍNEZ, *El debate anglo-americano contemporáneo sobre la teoría tomista de la ley natural*, ob. cit., p. 80.

<sup>58</sup> Cornelio FABRO, *Percepción y pensamiento*, Pamplona, Eunsa, 1978, p. 277, citado por Lamas FÉLIX, en *La experiencia Jurídica*, Buenos Aires, Instituto de estudios filosóficos Santo Tomás de Aquino, p. 269.

cada núcleo de principios (teóricos y prácticos) corresponde un hábito intelectual: el *habitus principiorum* para los principios teóricos o especulativos, y la *sindéresis* para los principios prácticos<sup>59</sup>, que constituyen el contenido de la ley natural, de la ley inscrita en el propio ser del hombre, en la persona humana, y a partir de la cual podemos alcanzar conclusiones y soluciones racionales y razonables con el fin de dirigir la acción humana, tanto en el plano individual como social.

En suma, todo conocimiento (ya sea teórico o práctico) se funda sobre la noción de ser *porque lo que primeramente cae bajo la aprehensión es el ente* y así, mientras la inteligencia o razón teórica contempla el ser bajo la razón de *verum* (verdad), el intelecto o razón práctica lo considera bajo la razón de *bonum* (bien). Por tanto, al ser un trascendental convertible con el Ser, el Bien y lo bueno no son definibles por el género próximo y la diferencia específica, ni son objeto de un concepto propiamente dicho, sino más bien de un juicio por el cual afirmo o niego algo<sup>60</sup>. Por esto, respecto al realismo clásico, no sólo no le es aplicable una indebida derivación del ser al deber ser, sino que tampoco es alcanzada por la supuesta “falacia naturalista” de MOORE que denuncia la violación de la indefinibilidad del bien o de lo bueno.

Ahora bien, dejando por un momento el realismo clásico y volviendo a GRISEZ y FINNIS, podemos decir que luego de señalar la coincidencia básica común que está en la base del pensamiento de ambos, se pueden distinguir algunas diferencias importantes entre ellos. Por una parte, en GRISEZ la razón práctica a partir de esos primeros principios desarrolla un derrotero totalmente independiente de la razón especulativa (en este aspecto similar a KANT aunque difiere en cuanto al contenido). En cambio FINNIS, sin perjuicio de la distinción y actuación diferente de la razón especulativa y la razón práctica, reconoce algunos puentes o vías de comunicación como por ejemplo cuando sostiene que sin perjuicio de que la naturaleza humana no sea captada desde fuera por juicios de la razón especulativa, sino interiormente por la razón práctica, a través de la experiencia personal de las inclinaciones naturales y de los bienes humanos básicos a los que están ordenadas, si la naturaleza humana fuese diferente las formas básicas del bien captadas por el entendimiento práctico serían distintas, pues estas lo son para los seres humanos conforme a la naturaleza que tienen<sup>61</sup>.

Por otra parte, afirma también que si bien no es necesario remontarse a Dios para justificar el razonamiento práctico que se deriva de los primeros principios evidentes de la ley natural, admite su inclusión como una explicación adicional necesaria, de la misma manera que sostiene que si bien se puede explicar el movimiento molecular sin referirse a un creador increado, no implica que no sea necesario una explicación adicional y que la existencia de un creador increado (Dios) no sea esa explicación<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2.

<sup>60</sup> Cfr. Carlos Ignacio MASSINI CORREAS, *La Falacia de la falacia naturalista*, ob. cit., p. 38; Daniel Alejandro HERRERA, “¿Es posible una argumentación más allá del iusnaturalismo o del iuspositivismo?”, ob. cit., p. 195.

<sup>61</sup> Cfr. John FINNIS, *Ley Natural y Derechos Naturales*, ob. cit., p. 67.

<sup>62</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 81.

En definitiva, la explicación adicional es en realidad la explicación fundamental, o sea, la explicación del fundamento, no sólo del obrar humano, sino del hombre mismo, aunque no sea necesario remontarse a él para justificar racionalmente el razonamiento práctico (probado por su referencia a los primeros principios evidentes) por el que se dirige dicho obrar. Así, podemos distinguir la razón práctica de la razón metafísica, pues los principios de la primera no son conclusiones de la segunda (de serlo no serían principios primeros), sin perjuicio de reconocer que la razón práctica en última instancia, como todo conocimiento humano, se funda en la razón metafísica que considera al ser en cuanto ser.

## 5. CONCLUSIÓN

En la actualidad nos movemos en una concepción antropocéntrica, donde hay una impresionante y a veces hasta exagerada revalorización de la antropología, no de la antropología fundada en el ser o en la naturaleza del hombre, sino de una antropología empírica o constructiva, ya sea que por su propia limitación epistemológica estudie el fenómeno humano sin llegar a las raíces de su ser, o que al negar una esencia humana (al modo como lo hace J. P. SARTRE, por ejemplo) la construya libremente sin reconocer límites objetivos que surgen del propio ser del hombre<sup>63</sup>. Al decir de E. TUGENDHAT, la antropología ha desplazado a la metafísica como filosofía primera<sup>64</sup>.

Frente a este panorama es pertinente recordar el llamado realizado por Juan Pablo II en *Fides et ratio* 83:

“Solo deseo afirmar que la realidad y la verdad trascienden lo fáctico y lo empírico y reivindicar la capacidad que tiene el hombre de conocer esta dimensión trascendente y metafísica de manera verdadera y cierta, aunque imperfecta y analógica. En este sentido, la metafísica no se ha de considerar como alternativa a la antropología, ya que la metafísica permite precisamente dar un fundamento al concepto de dignidad de la persona por su condición espiritual. La persona, en particular, es el ámbito privilegiado para el encuentro con el ser y, por lo tanto, con la reflexión metafísica [...] Un gran reto que tenemos al final de este milenio es el de saber realizar el paso, tan necesario, como urgente, del fenómeno al fundamento”<sup>65</sup>.

La revalorización de lo humano es positiva, pero resulta paradójico que se haga a expensas de su naturaleza. Quizás nunca como ahora se hable tanto de derechos humanos, pero al mismo tiempo, al no remitirse a una condición humana común en el orden del ser, no se les reconoce estos derechos a todos los hombres, sino sólo a aquellos a los que se les atribuye arbitrariamente el estatus de persona, negándosele a otros a pesar de ser naturalmente seres humanos (como sucede hoy con los embriones humanos, fetos, enfermos que han perdido la conciencia, etc.).

<sup>63</sup> Cfr. Jean Paul SARTRE, *El existencialismo es un humanismo*, Buenos Aires, Ediciones del 80, 1984.

<sup>64</sup> Cfr. Ernst TUGENDHAT, *Antropología en vez de metafísica*, Barcelona, Gedisa, 2007.

<sup>65</sup> Juan Pablo II, *Fides et Ratio*, 83.

Es imposible justificar racionalmente los derechos fundamentales si no los arraigamos en la naturaleza humana, que conocemos no solo por la razón teórica o especulativa, sino también por la razón práctica en los primeros principios del obrar humano que constituyen el contenido de la ley natural y que tienen como sujeto al hombre, a todos y cada uno de los hombres que por el sólo hecho de serlo y fundados en su condición humana, son personas, titulares tanto de derechos como de deberes. En otras palabras, para terminar parafraseando a BOBBIO con quien iniciamos esta presentación, podemos decir: muerto el positivismo y ante la insuficiencia del procedimentalismo, el iusnaturalismo está vivo. ¡Viva el iusnaturalismo!

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, "Menschenrechte ohne Metaphysik?", *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52, trad. Eduardo R. Soderó, 2004.
- BALLESTEROS, Juan Carlos Pablo, "Metafísica y Lenguaje en Ludvig Wittgenstein", en *Gladius*, 39, 1997.
- BOBBIO, Norberto, "Sui fondamento dei diritto del' uomo", en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, abril-junio de 1965, fasc. II, Milano, Dott - A. Giufré, 1965.
- COMTE, Augusto, *Curso de Filosofía positiva*, Buenos Aires, Libertador, 2004.
- COTTA, Sergio, "Seis tesis sobre las relaciones sobre el Derecho natural y el Derecho positivo", en *Persona y Derecho*, 8, 1981.
- DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1999.
- FABRO, Cornelio, *Percepción y pensamiento*, Pamplona, Eunsa, 1978.
- FARRELL, Martín, *La metodología del positivismo lógico-su aplicación al derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1979.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.
- FINNIS, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980.
- FINNIS, John y Germain GRISEZ, "The Basic Principles of Natural Law: A Reply to Ralph McInerny", en *The American Journal of Jurisprudence and Legal Philosophy*, 26, 1981, citado y trad. por Adela LÓPEZ MARTÍNEZ, *El debate anglo americano contemporáneo sobre la teoría tomista de la ley natural*, Roma, Edizioni Università Della Santa Croce, 2006.
- 370 HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid, Trotta, 1998.

- HABERMAS, Jürgen, *Las bases premorales del Estado Liberal*, diálogo con el Cardenal Joseph RATZINGER en la Academia de Baviera, enero 2004, en *La Nación*, 28 de junio de 2005.
- HABERMAS, Jürgen y John RAWLS, *Debate sobre el liberalismo político*, trad. de Gerard Vila Roca, introducción a cargo de Fernando Vallespín, Barcelona, Paidós, 2000.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977.
- HART, H. L. A., "Rawls on liberty and its priority", en *University of Chicago Law Review*, 40-3, 1973.
- HERRERA, Daniel Alejandro, "¿Es posible una argumentación más allá del iusnaturalismo o del iuspositivismo?", en Francisco PUY MUÑOZ y Jorge Guillermo PORTELA (eds.), *La argumentación jurídica. Problemas de concepto, método y aplicación*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2004.
- HUME, David, *Tratado de la naturaleza humana*, tomo II, par. I, sect. I, Buenos Aires, Eudeba, 2000.
- HUME, David, *Investigación sobre la moral*, Buenos Aires, Losada, 1945.
- JUAN PABLO II, *Fides et Ratio*.
- KALINOWSKI, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979.
- KAUFMANN, "El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él", en RABBI-BALDI CABANILLAS Renato (coord.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2000.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 1999.
- KAUFMANN, Arthur, *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1998.
- LEOCATA, Francisco, *Persona, lenguaje, realidad*, Buenos Aires, Educa, 2003.
- LÓPEZ MARTÍNEZ, Adela, *El debate anglo americano contemporáneo sobre la teoría tomista de la ley natural*, Roma, Edizioni Università Della Santa Croce, 2006.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, *La Falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Edium, 1995.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, "Del positivismo analítico a la justicia Procedimental: La propuesta aporética de John Rawls", en *Persona y Derecho*, 44, 2001.

- NINO, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Paidós, 1984.
- PIEPER, Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974.
- QUINTANA, Eduardo Martín, *Filosofía jurídica, política y moral en Jürgen Habermas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- RAWLS, John, *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.
- RAWLS, John, *justicia como equidad- una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2002.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1974.
- SARTRE, Jean-Paul, *El existencialismo es un humanismo*, Buenos Aires, Ediciones del 80, 1984.
- SERNA, Pedro, Prólogo al libro de Juan Bautista ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1994.
- TUGENDHAT, Ernst, *Antropología en vez de metafísica*, Barcelona 2007, Gedisa.
- VIGO, Rodolfo, *Perspectivas filosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.
- VIOLA, Francesco, "Los derechos humanos: ¿una nueva forma de derecho natural?", en Renato RABBI-BALDI CABANILLAS (coord.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2008.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. Jacobo Muñoz e Isidoro Reguera, Madrid, Alianza, 1993.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, "Diritto per valori, principi regole (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)", en *Quaderni Fiorentini*, 31, 2002, tomo II.