

DEL POSITIVISMO ANALÍTICO A LA ETICIDAD DEL DERECHO
Aportaciones al debate actual entre iuspositivismo e iusnaturalismo¹

Carlos I. Massini Correas

Resumen: La delimitación del concepto de positivismo jurídico es relativamente sencilla, toda vez que sus mismos cultores se han encargado, en muy numerosas oportunidades, de definir y caracterizar qué entienden como concepción positivista del derecho. En ese sentido, Eugenio Bulygin ha escrito, refiriéndose fundamentalmente a Kelsen, que “los ingredientes más importantes del programa positivista (...) son la tesis de la positividad del derecho (todo derecho es derecho positivo, es decir, creado y aniquilado por medio de actos humanos), la concepción no cognoscitiva de normas y valores (escepticismo ético) y la tajante separación entre descripción y valoración, entre la creación y el conocimiento del derecho, entre ciencia del derecho y política jurídica” . Ahora bien, como la tercera afirmación se deriva directamente de las anteriores, podemos reducir las tesis positivistas centrales sólo a dos: (i) toda norma o principio jurídico es de fuente positiva, y (ii) no es posible conocer objetivamente la justicia o injusticia de las normas o principios jurídicos.

Abstract: The delimitation of the concept of legal positivism is relatively simple, since farmers have their own will, in very many opportunities to define and characterize what they understand as positivist conception of law . In that sense, Eugenio Bulygin wrote mainly referring to Kelsen, that " the most important ingredients of the positivist program (...) are the thesis of positivity of law (all law is positive law, ie , created and annihilated by Average human) acts, not cognitive conception of norms and values (ethical skepticism) and the sharp separation between description and evaluation , between creation and knowledge of the law , including legal theory and legal policy. " Now, as the third assertion follows directly from the above, we can reduce the central positivist thesis only two: (i) any law or legal principle is positive source, and (ii) it is not possible to objectively know the justice or injustice rules or principles.

¹El presente texto contiene el desarrollo de las ideas expuestas en un panel de debate, organizado por la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, sobre el tema “Iuspositivismo e iusnaturalismo” y en el que participaron los Profs. Eugenio Bulygin, Roberto Vernengo, Rodolfo Luis Vigo y el autor de estas líneas.

Palabras claves: positivismo-Kelsen-principios-empirismo-derecho natural-ética-derecho

Key Word: positivis-Kelsen-principles-empiricism-laws naturally-ethics-law

1. *El oscurecimiento de la problemática ética en el positivismo*

En una sugerente obra acerca de la justicia política, Otfried Höffe sostiene que, frente a la concepción clásica de la filosofía práctica, según la cual la tarea central del pensamiento jurídico y político es la búsqueda de las claves de una “dominación justa” o “poder racional”, es decir, de una supremacía legitimada desde el punto de vista racional-moral, el pensamiento contemporáneo opuso una doble negación: la primera, la negación anarquista, según la cual es necesario suprimir toda dominación, por resultar, todas ellas, radicalmente injustas; la segunda, la negación positivista, que descrea de la posibilidad de establecer la justicia o injusticia de una dominación; dicho de otro modo, en el positivismo se defiende la exclusión completa de la cuestión de la justicia del marco de las categorías jurídico-políticas². Esta negación positivista de toda posibilidad de crítica ético-discursiva de las relaciones autoritativo-jurídicas entre los hombres desde las categorías de la justicia, se volvió preponderante en la filosofía jurídica y política de la segunda mitad del siglo XIX y de la primera mitad del XX. Y tal fue su preponderancia, que tuvo la posibilidad de multiplicarse en una larga serie de “positivismos”: sociologista, judicialista, normativista-estatista, etc., que alcanzaron relevante importancia en diferentes países durante más de una centuria³.

De todas las diferentes versiones en que se ha presentado el paradigma positivista a lo largo del siglo en que alcanzó preponderancia, la que logró mayor perdurabilidad en el tiempo ha sido la que se denomina habitualmente “positivismo analítico”, o más sencillamente “concepción analítica del derecho”. La importancia que adquirió esta versión del positivismo en los ambientes académicos, especialmente en los anglosajones, así como la perdurabilidad y extensión geográfica de su

²Höffe, O., *Justice Politique*, trad. J-C. Merle, Paris, PUF, 1991, pp.11 ss.

³Vide. Carpintero, F., *Los inicios del positivismo jurídico en centro europa*, Madrid, Actas, 1993 y, del mismo autor, *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 115 ss.

influencia, justifican que intentemos una demarcación aunque sea somera de sus perfiles filosóficos, así como una breve crítica de sus principales afirmaciones y propuestas. En el cumplimiento de esta tarea, se precisará ante todo qué ha de entenderse por “positivismo jurídico”, para delimitar luego, dentro de su ámbito, a aquella versión que ha recibido el calificativo de “analítica”.

La delimitación del concepto de positivismo jurídico es relativamente sencilla, toda vez que sus mismos cultores se han encargado, en muy numerosas oportunidades, de definir y caracterizar qué entienden como concepción positivista del derecho. En ese sentido, Eugenio Bulygin ha escrito, refiriéndose fundamentalmente a Kelsen, que “los ingredientes más importantes del programa positivista (...) son la tesis de la positividad del derecho (todo derecho es derecho positivo, es decir, creado y aniquilado por medio de actos humanos), la concepción no cognoscitiva de normas y valores (escepticismo ético) y la tajante separación entre descripción y valoración, entre la creación y el conocimiento del derecho, entre ciencia del derecho y política jurídica”⁴. Ahora bien, como la tercera afirmación se deriva directamente de las anteriores, podemos reducir las tesis positivistas centrales sólo a dos: (i) toda norma o principio jurídico es de fuente positiva, y (ii) no es posible conocer objetivamente la justicia o injusticia de las normas o principios jurídicos.

Esta última tesis debe ser especialmente incluida en el concepto de positivismo jurídico⁵, toda vez que resulta difícil, si no imposible, sostener consistentemente la tesis (i) sin el apoyo o la justificación que le proporciona la tesis (ii). En efecto, la afirmación a ultranza de que sólo es derecho el producido autoritativamente por una fuente humana, así como de que todo lo producido autoritativamente por una fuente humana - conforme a ciertas formalidades - es derecho, con absoluta independencia de la eticidad mayor o menor de sus contenidos normativos, sólo resulta sostenible si se mantiene, al mismo tiempo, que

⁴Bulygin, E., “Validez y Positivismo”, en AA.VV., *Comunicaciones al Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho*, Tº I, La Plata, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, 1987, p. 244. Bulygin reitera esta afirmación en su trabajo “¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?”, en AA.VV., *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, ed. R. Vázquez, Barcelona, Gedisa, 1998, pp. 221 ss.

⁵En contra de esta afirmación, vide. Shiner, R., *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 39 ss.

la justicia o injusticia de esos contenidos no puede ser establecida objetivamente de un modo racional. Si por el contrario, se acepta la posibilidad de un conocimiento veritativo y objetivo de principios y valores éticos, en este caso, del conocimiento de las exigencias de la justicia en una situación o tipo de situaciones, resultará muy difícil mantener por mucho tiempo la independencia absoluta de la normatividad jurídica respecto de esas exigencias.

Dicho de otro modo, la afirmación simultánea: (i) de la cognoscibilidad veritativa de las exigencias de la justicia, y (ii) de la total independencia del derecho respecto de esas exigencias, conduce inevitablemente a una especie de esquizofrenia intelectual, según la cual existiría un deber estricto de obedecer un mandato que se reconoce objetivamente - con pretensiones de verdad - como grave y evidentemente inicuo. La realidad es que existe en el intelecto humano una intrínseca exigencia de unidad, un requerimiento de coherencia, que transforma en irrealizable la pretensión de sostener dos afirmaciones que implican de un modo riguroso una insalvable contradicción.

En efecto, la posibilidad de conocer verdadera y objetivamente las exigencias de la justicia lleva directamente a la proposición “alguna norma positiva no debe ser obedecida”, ya que sólo la justicia de las normas puede justificar racionalmente el deber de obediencia en el ámbito jurídico. Pero sucede que esa proposición, que es particular negativa, se opone contradictoriamente⁶ a la afirmación central del positivismo: “toda norma positiva debe ser obedecida”⁷, de modo que si una de estas proposiciones es verdadera, la otra habrá de ser necesariamente falsa. Es por ello que el positivismo, para mantener la verdad de su afirmación central, la llamada “tesis de la obediencia”⁸, debe necesariamente rechazar todos los supuestos que fundamentan su tesis contradictoria, en especial la doctrina cognitiva de la eticidad y de la justicia. De aquí se sigue inexorablemente que la única posibilidad lógica y epistémica para la

⁶Vide. Ziembinski, Z., *Practical Logic*, Dordrech-Boston-Warsawa, D. Reidel Publishing Company-Polish Scientific Publishers, 1976, pp. 77 ss.

⁷Vide. Picavet, E., *Kelsen et Hart. La norme et la conduite*, Paris, PUF, 2000, pp. 32 ss.

⁸Vide. Serna, P., “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, en AA.VV., *Las razones del derecho natural*, ed. R. Rabbi-Baldi, Buenos Aires, Ábaco-Universidad Austral, 2000, pp. 65 ss.

aceptación de la independencia conceptual del derecho respecto de las exigencias de la justicia, radique en la adopción de un radical escepticismo ético-jurídico, con la consiguiente negación de la posibilidad de conocer veritativamente proposiciones normativas o valorativas acerca de la justicia o la injusticia⁹.

Respecto de este escepticismo, resulta conveniente destacar que el principal objetivo de la crítica positivista es, esencialmente, la ética de matriz cristiana; efectivamente, si bien las dudas positivistas acerca de su cognoscibilidad se refieren teóricamente a todas las propuestas morales, el objetivo central contra el que se dirigen las impugnaciones resulta ser la moral cristiana y más especialmente la católica; esto se puso en evidencia en la Conferencia de Bellagio, en la que se reunieron, entre otros, Herbert Hart, Alf Ross, Norberto Bobbio y Uberto Scarpelli, para debatir acerca de la naturaleza del positivismo jurídico. En esa ocasión, al menos siete veces - según los cronistas del encuentro - se hizo referencia a que el positivismo jurídico debía considerarse como un valioso instrumento de lucha contra la moral católica¹⁰. Por su parte, la viuda de Herbert Hart no dudó en calificar a su marido como “muy anticristiano”, en un encuentro mantenido hace unos años con un investigador chileno¹¹.

2. *El positivismo analítico*

Si se intenta ahora precisar el calificativo de “analítico”, es necesario decir algunas palabras acerca de la concepción analítica del pensamiento filosófico¹². De un modo muy general, puede sostenerse que la

⁹Acerca de la noción de escepticismo y sus clases, vide. Hossenfelder, M., “Escepticismo”, en Krings, H. *et alii*, *Conceptos Fundamentales de Filosofía*, Tº I, Barcelona, Herder, 1977, pp. 639-649.

¹⁰Vide. Falk, R.A. y Schuman, S.I., “The Bellagio Conference on Legal Positivism”, en *Journal of Legal Education*, Nº 14, London, 1961, pp. 213-228.

¹¹Vide. Orrego Sánchez, C., *H.L.A. Hart, abogado del positivismo jurídico*, Pamplona, EUNSA, 1997, p. 404.

¹²Sobre la concepción analítica de la filosofía, vide. Rossi, J-G., *La philosophie analytique*, París, PUF, 1989; Tugendhat, E., *Introduzione alla filosofia analitica*, Genova, Marietti, 1989; Copleston, F., “Reflections on Analytic Philosophy”, en *On the History of Philosophy and Other Essays*, London, Search Press, 1979, pp. 100 ss.; sobre sus renovaciones actuales, vide. Nubiola, J., *La renovación pragmatista de la filosofía analítica*, Pamplona, EUNSA, 1994; acerca de la ética

concepción analítica de la filosofía se caracteriza: (i) por la primacía otorgada al estudio del lenguaje como “lugar” filosófico; (ii) por el uso de métodos de carácter analítico-descompositivo en el estudio de ese lenguaje; y (iii) por su concentración en las problemáticas lógicas, metaéticas y de la acción humana, con la consiguiente preterición del resto de los temas de la filosofía práctica, en especial de los ético-normativos¹³. También en general, puede decirse que dentro de esta filosofía de orientación analítica es posible distinguir dos grandes corrientes: la primera, que se identifica principalmente con el positivismo lógico, tiene una clara impronta empirista y toma a las ciencias positivas, la lógica formal y las matemáticas como modelo para sus análisis lingüísticos¹⁴; y la segunda, que procede de G.E. Moore, que considera al lenguaje ordinario y a los juicios del sentido común como el punto de partida de la filosofía. Cabe destacar, por otra parte, que estas dos grandes corrientes se encuentran presentes, a veces, en las diferentes etapas del pensamiento de algunos filósofos, como v.gr. L. Wittgenstein y G.H. von Wright.

En el campo de la ética, la filosofía analítica produjo diversos resultados según las diversas tradiciones que la dividieron; así, v.gr., la modalidad científicista-empirista desembocó en un decidido no cognitivismo ético, con la defensa a ultranza del valor argumentativo de la “ley de Hume” y la reducción de todo estudio racional posible en el ámbito moral al de la “metaética”, es decir, al del análisis lógico de lenguaje moral llevado a cabo en clave radicalmente empirista; los modelos más acabados de esta orientación del pensamiento fueron el emotivismo de Ayer y Stevenson y el prescriptivismo de Hare¹⁵. Por su parte, la orientación “oxfordiana”,

analítica, vide. Santos Camacho, M., *Ética y filosofía analítica*, Pamplona, EUNSA, 1975.

¹³Esta última afirmación debe ser matizada especialmente, ya que es posible encontrar en la tradición analítica pensadores abiertos a otro tipo de problemáticas, como v.gr. Alvin Plantinga, Elizabeth Anscombe, Peter Geach, Saul Kripke, Michael Dummett, Hilary Putnam y varios otros. Vide. Buersmeyer, K.A., Voz “Filosofía analítica”, en *Gran Enciclopedia Rialp*, Tº 25, Madrid, Rialp, 1981, pp. 762 ss.

¹⁴Vide. AA.VV., *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*, ed. A. Soulez, Paris, PUF, 1985.

¹⁵Vide. Nino, C., “[La]Ética analítica en la actualidad”, en AA.VV., *Concepciones de la Ética*, ed. V. Camps et alii, Madrid, Trotta, 1992, pp. 131 ss.

volcada hacia el análisis del lenguaje ordinario y al estudio de sus “juegos”, produjo resultados de diverso tipo, pero en general más abiertos a la consideración de cuestiones de contenido y menos dogmáticos en cuanto a los supuestos filosóficos del análisis. Un modelo paradigmático de este tipo de estudios lo constituyen, entre otras obras, *The Varieties of Goodness*, de Georg Henrik von Wright¹⁶ y *The Virtues*¹⁷, de Peter Geach.

Por su parte, la concepción analítica del derecho o “positivismo analítico”, se enmarca a sí misma en la tradición de la semántica empirista desarrollada por Bentham¹⁸ y Austin y puede ser caracterizada principalmente por las siguientes notas: i) distinción tajante entre el derecho y la moral; ii) reducción del conocimiento y, en especial, de la ciencia jurídica, al análisis del lenguaje jurídico-positivo; y iii) empirismo noético y semántico, con sus consecuencias de radical escepticismo moral. En esta orientación corresponde mencionar a Uberto Scarpelli, John Mackie y Eugenio Bulygin. Por otra parte, pero centrándose en el estudio del lenguaje corriente y siguiendo el legado del “segundo” Wittgenstein, debe enumerarse a Herbert Hart, Genaro Carrió y el “primer” Carlos Nino.

Pero lo importante y verdaderamente decisivo en esta corriente - como en todo positivismo - radica en la decidida exclusión de la problemática de la justicia de las consideraciones que se conceptúa como estrictamente jurídicas. “Para que el positivismo jurídico y político no sea sólo un simple mito - escribe Höffe - es necesario que estos teóricos del derecho desarrollen un concepto del derecho y del Estado que no deje ningún lugar a la justicia. Sólo esta teoría del derecho es propiamente positivista”¹⁹. En un reciente volumen colectivo, un grupo de pensadores enmarcados en el positivismo analítico, desarrollan *in extenso* la doctrina de la separación conceptual del derecho con respecto a cualquier consideración ética objetiva, en especial en materia de justicia; “el orden

¹⁶Von Wright, G.H., *The Varieties of Goodness*, London, Routledge & Kegan Paul, 1972.

¹⁷Geach, P., *The Virtues*, Cambridge U.P., Cambridge, 1979.

¹⁸Vide. El Shakankiri, M., “Analyse du langage et droit chez quelques juristes anglo-américains, de Bentham à Hart”, en *Archives de Philosophie du Droit*, N° XV, Paris, Sirey, 1970, pp. 118 ss.

¹⁹Höffe, O., *o.c.*, p. 85.

jurídico y el orden moral - escribe Ulises Schmill - son distintos, con características estructurales diversas. Pueden ser considerados como dos órdenes entre los cuales hay, formalmente hablando, solución de continuidad, *i.e.*, un abismo infranqueable. El jurista no emite juicios de carácter moral *qua* jurista, como el moralista no lo hace [con los de carácter jurídico] en tanto permanezca dentro de los límites de su disciplina (...): este es uno de los postulados centrales del positivismo jurídico”²⁰.

Ahora bien, esta separación tajante entre el orden jurídico y las exigencias éticas de justicia, aceptada por una buena mayoría de los académicos a comienzos del siglo XX, comenzó a deteriorarse en la segunda posguerra, para finalmente colapsar en la década de los ‘70. Este colapso del positivismo llegó a ser aceptado aún por sus mismos defensores, uno de los cuales, Norbert Hoerster, pudo afirmar que “desde hace por lo menos cincuenta años es casi de buen tono, en la filosofía jurídica alemana, rechazar y hasta condenar el positivismo jurídico”²¹; y en el ámbito intelectual anglosajón, Ronald Dworkin sostuvo tajantemente que “el punto de vista del positivismo legalista es equivocado y, en definitiva, profundamente corruptor de la idea y del imperio del derecho”²². Las causas de ese colapso son múltiples y de muy diverso orden, en especial de carácter ético-político, jurídico-institucional y epistémico-filosófico. Haremos a continuación algunas breves referencias a cada una de ellas.

3. *La crisis del positivismo y sus causas*

En lo que respecta a las causas de carácter ético-político, es necesario hacer mención, en primer lugar, a la reacción moral que provocaron los totalitarismos comunista y nacionalsocialista, con sus campos de exterminio, sus métodos inhumanos de sumisión y la exclusión sistemática de categorías enteras de personas de la condición de sujetos de derecho. A mediados del siglo XX se hizo difícil, a una buena mayoría de las personas interesadas por la problemática ética, o simplemente

²⁰Schmill, U., “Derecho y moral: una relación externa”, en AA.VV., *Derecho y Moral*, cit., pp.285-86.

²¹Hoerster, N., *En defensa del positivismo jurídico*, trad. J.M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1992, p. 9.

²²Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge-Massachusetts, Harvard U.P., 1985, p. 115.

dotadas de una mínima sensibilidad moral, considerar como derecho, al menos en su significación central, a sistemas de normas intrínsecamente opresivos, excluyentes y aun criminales. Esta convicción generalizada alcanzó carácter institucional cuando los tribunales alemanes negaron condición jurídica a normas y resoluciones adoptadas por los organismos nazis de gobierno que implicaban graves violaciones de principios éticos en materia de justicia. En estos casos, la solución jurídica de las cuestiones planteadas se alcanzó recurriendo a la normatividad de principios transpositivos, considerados intrínsecamente justos con independencia de su establecimiento o reconocimiento por la legislación positiva²³. Es claro que en este contexto moral resultaba difícil sostener la independencia a ultranza de la legislación positiva respecto de pautas o criterios éticos, esa especie de esquizofrenia moral a la que hicimos referencia un poco más arriba.

Por otra parte, en el ámbito estrictamente jurídico-institucional, numerosos juristas pusieron en evidencia que, en los hechos y más allá de los casos a que hicimos referencia en el párrafo precedente, los tribunales de justicia tomaban en consideración pautas o estándares éticos en el momento de decidir las controversias que se llevaban ante los jueces; en este punto merecen ser destacados los trabajos de Ronald Dworkin, quien estudió el uso que se hacía en los tribunales norteamericanos de principios de carácter ético, en especial en los que denominó “casos difíciles”²⁴. Además, la universalización del discurso acerca de los “derechos humanos” y su paulatina incorporación como fuente de soluciones jurídicas en el marco de los diferentes derechos nacionales, hizo necesario concebir a esas facultades como estricto derecho, a pesar de su “positividad” menguada o inexistente y de su carácter inexcusablemente ético.

Además, y en este mismo ámbito de lo jurídico-institucional, el modelo kelseniano del derecho, que lo concebía como una coexistencia de sistemas jurídico-normativos estatales independientes y completos, se derrumbó, entre otras causas, como consecuencia de la

²³Vide. Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, trad. J.M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1997; asimismo, vide. Radbruch, G., Schmidt, E. y Welzel, H., *Derecho injusto y derecho nulo*, trad. J-M. Rodríguez Paniagua, Madrid, Aguilar, 1971.

²⁴Vide. Dworkin, R., “Is Law a System of Rules?”, en AA.VV., *The Philosophy of Law*, ed. R. Dworkin, Oxford, Oxford U.P., 1977, pp. 38-65.

internacionalización o globalización de las relaciones jurídicas, fenómeno del que el reciente “caso Pinochet” no es sino una muestra especialmente publicitada. Todas estas “nuevas realidades” han resultado un *experimentum crucis* para el positivismo normativista-estadista, que si bien ha intentado a veces recursos ingeniosos para explicarlas en el marco de un paradigma pensado reductivísticamente y para otros contextos, esos recursos no han alcanzado su objetivo y los pensadores positivistas han debido limitarse exclusivamente al tratamiento de alambicadas cuestiones lógico-semánticas sin relevancia social, interés moral, ni repercusión intelectual.

En tercer lugar, en el campo de lo estrictamente intelectual y, más precisamente, en el de la teoría del conocimiento y de la ciencia, resultó que el paradigma positivista, según el cual el conocimiento sólo podía ser denominado “científico” cuando reunía los caracteres de: (i) meramente experimental-exacto, (ii) puramente descriptivo y, por consiguiente, libre de cualquier tipo de valoraciones, conforme al *dictum* de Max Weber, y (iii) reducido a objetos materiales cuantificables, con el consiguiente estrechamiento del ámbito de la experiencia²⁵, no pudo ser ya más defendido consistentemente en sede científica. En especial, fue cuestionado el exclusivismo de ese modelo epistémico, tanto por los filósofos de la ciencia y epistemólogos (Kuhn, Feyerabend, Popper, etc.), como por filósofos generales, que impugnaron la adopción excluyente del modelo de las ciencias positivas como paradigma universal de todo conocimiento riguroso y propusieron alternativamente patrones cognoscitivos de carácter fenomenológico, hermenéutico, tópico-dialéctico, lingüístico-estructural o filosófico-práctico²⁶. Todo este conjunto de ideas se concretó de un modo ejemplar en el llamado “movimiento de rehabilitación de la filosofía práctica”²⁷, que puso en marcha toda una orientación destinada a superar las estrechas limitaciones del positivismo y de sus correlatos éticos: el emotivismo, el imperativismo, el

²⁵Sobre la noción positivista de ciencia y su crítica, vide. Meyer, H., *La tecnificación del mundo*, trad. R. de la Vega, Madrid, Gredos, 1966; Sanguineti, J.J., *Augusto Comte: Curso de filosofía Positiva*, Madrid, EMESA, 1977 y, del mismo autor, *Ciencia y Modernidad*, Buenos Aires, Carlos Lohlé, 1988.

²⁶Vide. Berti, E., *Le vie della ragione*, Bologna, Il Mulino, 1987.

²⁷Vide. AA.VV., *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Tº I-II, ed. M. Riedel, Freiburg i. B., Rombach, 1972-74; asimismo: AA.VV., *Filosofía práctica e scienza politica*, ed. C. Pacchiani, Albano, Francisci, 1980.

sociologismo, etc. En especial, diversas líneas de la contemporánea epistemología de las ciencias humanas y de las ciencias sociales se han pronunciado por una ampliación del ámbito de la experiencia en el campo de las realidades humanas, así como por una diversificación de los métodos cognoscitivos, adecuándolos a las características del objeto estudiado, y a las diversas perspectivas de abordaje de un mismo objeto; entre estos ensayos es necesario mencionar a las propuestas vinculadas a la filosofía hermenéutica, que promueven la adopción de un punto de vista interno a las prácticas sociales y la especial consideración de los contextos de sentido, de las tradiciones jurídicas y de las perspectivas interpretativas, consideradas en oposición a las semánticas²⁸.

Por otra parte, y también en el ámbito de los desarrollos intelectuales, se hizo evidente que la aplicación del método de análisis del lenguaje ordinario a las realidades prácticas - al derecho y a la política - conducía a conclusiones diametralmente opuestas a las defendidas por los positivistas analíticos; en efecto, de un examen completo y desprejuiciado del habla corriente acerca del derecho y, en general, de la normatividad de la conducta humana, surge con toda evidencia el recurso continuo e inevitable de ese lenguaje a instancias valorativo-normativas de carácter transpositivo. En este sentido, ha escrito Robert Spaemann que “la constante disputa en torno a la cuestión de si es razonable hablar o no de algo así como el derecho natural, no ha podido cambiar hasta ahora nada del hecho que sirve de base a la idea misma del derecho natural: los hombres distinguen acciones justas e injustas. Y el criterio último de esta distinción no es la adecuación de las acciones a las leyes positivas existentes, pues estos mismos hombres distinguen también leyes justas e injustas, sentencias justas e injustas (...). Si no hubiera nada justo por naturaleza, la discusión misma sobre temas relacionados con la justicia carecería de sentido”²⁹.

Una prueba indirecta pero contundente de lo que estamos afirmando, es que un notable filósofo del derecho como Herbert Hart, que pasa por

²⁸Vide. Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, trad. C. Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 35-71; asimismo, vide. Viola, F., “Herméneutique et droit”, en *Archives de Philosophie du Droit*, Tº 37, Paris, 1992, pp. 331-347. Sobre la filosofía hermenéutica, vide. Grondin, J., *Introducción a la hermenéutica filosófica*, trad. A. Ackerman-Pilári, Barcelona, Herder, 1999.

²⁹Spaemann, R., “La actualidad del derecho natural”, en *Crítica de las utopías políticas*, Pamplona, EUNSA, 1980, pp. 315-16.

haber sido un defensor acérrimo del positivismo jurídico³⁰, debió aceptar, en razón de su recurso programático al lenguaje corriente como base del análisis filosófico³¹, la existencia de un “contenido mínimo de derecho natural”, o de “una versión muy atenuada del derecho natural”³², así como la necesidad del reconocimiento de, al menos, un derecho subjetivo natural, el “derecho igual de todos los hombres a ser libres”³³. Aquí se pone de manifiesto cómo un pensador que hizo toda su vida profesión de positivismo jurídico, se vio constreñido a aceptar afirmaciones claramente contradictorias con las tesis positivistas, a raíz de que su recurso metodológico al lenguaje ordinario lo puso en contacto con un dato evidente de ese lenguaje: los hombres hablan acerca del derecho dando por supuesta la existencia de una instancia de valoración transpositiva; o dicho de otro modo, que la concepción corriente del derecho, al menos en su significación central, no remite sólo a las normas sancionadas por los estados, sino que incluye conceptualmente elementos principales de carácter ético³⁴.

4. *El redescubrimiento de la eticidad del derecho*

Ahora bien, esta crisis, pareciera que terminal, del positivismo jurídico de estricta observancia, y en especial del positivismo analítico, no ha implicado que la corriente predominante en la filosofía jurídica actual haya retornado lisa y llanamente al iusnaturalismo clásico; es más, ni siquiera que se considere a sí misma como propiamente iusnaturalista. Por el contrario, una buena cantidad de los pensadores no-positivistas o antipositivistas se encuentran empeñados hoy en día en una persistente búsqueda de una nueva vía que, sin recaer en el temido iusnaturalismo, provea al derecho de ciertos elementos que aparecen como racionalmente indispensables: ante todo, de una justificación racional de

³⁰Vide. Orrego Sánchez, C., *o.c.*, passim.

³¹Vide. Rodríguez Paniagua, J.M., *Historia del Pensamiento Jurídico*, Tº II, Madrid, U. Complutense, 1997, pp. 649 ss.

³²Vide. Hart, H.L.A., *El concepto de derecho*, trad. G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1977, p. 236 y passim.

³³Hart, H.L.A., “¿Existen derechos naturales?”, en AA.VV., *Filosofía Política*, ed. A. Quinton, trad. E.L. Suárez, México, FCE, 1974, pp. 84 ss.

³⁴Vide. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 276-77

la obligación jurídica, mas allá del mero *factum* del poder coactivo, sea éste estatal o social; y en segundo lugar, de una instancia de apelación ética, desde la cual sea posible juzgar crítica o valorativamente los contenidos del derecho positivo. Pero estos dos elementos son buscados con independencia de cualquier discernimiento de la realidad del hombre o de las cosas humanas y, en general, de cualquier tipo de conocimiento o de verdad en materias éticas o jurídicas. De acuerdo con esto, el iusfilósofo escocés Neil MacCormick afirma que “la explicación de Finnis de los bienes (humanos) básicos, parte de lo que todavía me parece una inaceptable versión del cognitivismo metaético (...). Yo permanezco en la búsqueda de una explicación del bien diferente y más constructivista...”³⁵.

En esta última frase del profesor de Edimburgo parece encontrarse la clave de la orientación central de la iusfilosofía contemporánea, es decir, del intento de establecer una cierta instancia de objetividad eticojurídica, sin que sea necesario para ello aceptar una concepción estrictamente cognitivista, y por ende veritativa, de la eticidad. Expresado en otras palabras, lo que se intenta por los autores transpositivistas contemporáneos es alcanzar las ventajas propias del iusnaturalismo clásico: su defensa de un fundamento racional de la normatividad jurídica y de un criterio objetivo de estimación ética, sin necesidad de comprometerse con la existencia de normas de carácter inexcusable, ni con la existencia de bienes humanos básicos, ni con la adopción de un punto de vista integralmente cognitivista respecto de las realidades eticojurídicas³⁶.

Conforme a esto, la gran mayoría de los pensadores enrolados en esta pretendida alternativa intermedia entre iusnaturalismo y iuspositivismo han adoptado, además de un cognitivismo a medias, una concepción explícita o implícitamente constructivista de la normatividad ética, es decir, una perspectiva según la cual los principios eticojurídicos son de algún modo “construidos”, “inventados”, “consensuados” o “elaborados” por los sujetos a través de un determinado procedimiento de la racionalidad práctica, entendida en sentido radicalmente constructivo. De este modo, la razón práctica, privada de todo supuesto continuístico objetivamente

³⁵MacCormick, N., “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, en AA.VV., *Natural Law Theory*, ed. R.P. George, Oxford, Oxford U.P., 1994, pp. 128-129.

³⁶Vide. Rescher, N., *Moral Absolutes. An Essay on the Nature and Rationale of Morality*, New York, Peter Lang Publishing, 1989.

dado, establece sólo los puntos de partida y las reglas del procedimiento racional necesario para alcanzar ciertos principios éticos que sean el resultado de una mera construcción mental-social³⁷.

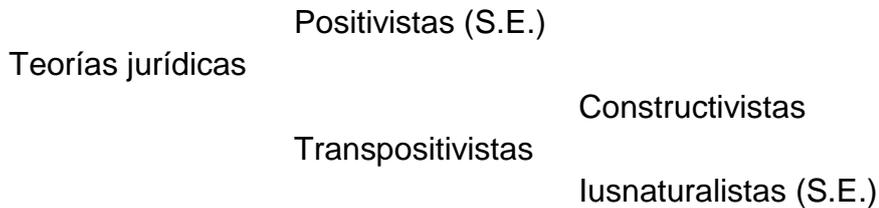
De aquí resulta que la división central de las corrientes iusfilosóficas contemporáneas no pase ya por la tradicional alternativa iusnaturalismo-iuspositivismo, sino antes bien por una división tripartita entre el positivismo jurídico remanente, el iusnaturalismo y las diferentes versiones constructivistas. Cabe recordar que, hasta hace pocos años, era posible dividir completamente las iusfilosofías vigentes en la dicotomía que existe entre, por una parte, aquellas doctrinas que aceptan la existencia de al menos un principio jurídico no positivo: iusnaturalismo y, por otra, aquellas que niegan la existencia de algún principio jurídico que no sea meramente positivo: iuspositivismo³⁸. Por el contrario, en nuestros días, es preciso realizar una nueva división dentro de las teorías consideradas, en un sentido amplio, como “iusnaturalistas”: aquella que existe entre: (i) las teorías que es posible denominar propiamente iusnaturalistas, ya que suponen una remisión al conocimiento de la naturaleza de las realidades humanas como fuente de objetividad ética, y (ii) aquellas otras que aceptan la existencia de principios eticojurídicos suprapositivos, pero cuya fuente y fundamento no radica en el conocimiento de la realidad, sino antes bien en alguna construcción procedimental de la razón práctica. En general, los defensores o divulgadores de este último tipo de teorías no aceptan que se los denomine “iusnaturalistas”; algunos se autodenominan “positivistas” con algún adjetivo, como v.gr. “conceptual”³⁹, mientras que otros intentan escapar a cualquier tipo de clasificación. De aquí que resulte más pertinente llamar “transpositivistas” a todas las doctrinas que aceptan la existencia de por lo menos un principio jurídico no positivo, efectuando entre ellas una subdivisión entre: (i) las teorías que efectúan algún tipo de remisión al conocimiento de las realidades humanas como fuente de objetividad ética, a las que denominaremos “iusnaturalistas” en sentido

³⁷Acerca de todos estos desarrollos, vide. Massini Correas, C.I., “Los dilemas del constructivismo ético”, en *Persona y Derecho*, vol. 36, Pamplona, 1997, pp. 167-219.

³⁸Vide. Soaje Ramos, G., “Diferentes concepciones del derecho natural”, en *El iusnaturalismo actual*, comp. C.I. Massini Correas, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 321 ss.

³⁹Por ejemplo: Nino, C.S., *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Paidós, 1984.

estricto (S.E.), y (ii) las teorías que no realizan esta remisión y se limitan a proponer algún tipo de construcción racional de los principios éticos, a las que denominaremos genéricamente “constructivistas”. Esta clasificación puede ser graficada esquemáticamente del siguiente modo:



5. *El iusnaturalismo en la coyuntura actual*

Luego de este diagnóstico general de la situación contemporánea de la filosofía jurídica, corresponde realizar ahora una breve indagación acerca de la situación y perspectivas del iusnaturalismo en la actualidad, así como de sus tareas más urgentes, de modo de precisar el sentido y alcances de las afirmaciones centrales propuestas por esa corriente en el debate contemporáneo. Y resulta necesario hacer esta indagación, en razón de que el iusnaturalismo tiene en nuestros días una relevante e impostergable tarea que cumplir, a raíz, fundamentalmente, del agotamiento o insuficiencia de las propuestas alternativas de fundamentación del derecho. Efectivamente, a la crisis terminal del positivismo jurídico, motivada principalmente por su incapacidad para dar respuestas aceptables a los más exigentes problemas éticojurídicos de la sociedad, se le suma la radical insuficiencia metaética de las respuestas elaboradas para esos mismos problemas por las diferentes versiones del constructivismo.

Estas insuficiencias pueden reducirse fundamentalmente a dos: la primera, la que hemos llamado “falacia procedimentalista”⁴⁰, y que consiste en la pretensión - quimérica e ilusoria - de extraer los contenidos de la eticidad - en especial de la juridicidad - del mero procedimiento formal del razonamiento práctico. “De hecho- ha escrito Arthur Kaufmann - este pensamiento de que la pura forma, el deber ser puro, podría producir contenidos y reglas de conducta concretas, que alejen el engaño de la percepción, ha ejercido una fascinación en muchos pensadores”⁴¹;

⁴⁰Massini Correas, C.I., *o.c.*, p. 195.

⁴¹Kaufmann, A., *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Bogotá, Temis, 1992, p. 43.

pero, continúa, “es imposible llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o del procedimiento, o por lo menos contando únicamente con éste. Es evidente el carácter circular de esta demostración, sea dicho esto sin ánimo de reproche, sino sólo a título informativo”⁴².

La segunda de las insuficiencias radica en que la objetividad deóntica que pretenden alcanzar los constructivistas a través de procedimientos, acuerdos o consensos racionales, no pasa de ser una objetividad “débil” o relativa, absolutamente incapaz de servir de fundamento válido a una normatividad especialmente “fuerte” como la jurídica. Dicho de otro modo, una objetividad que no alcanza su fundamento más allá de la conciencia y de la voluntad humana, sea ésta subjetiva o intersubjetiva, resulta radicalmente insuficiente para justificar racionalmente exigencias que se plantean de modo absoluto o sin excepción. Lo más que puede pretenderse, a partir de un fundamento de este tipo, es arribar a un acuerdo, siempre provisorio y revocable, acerca de ciertos parámetros de la convivencia, pero jamás a fundamentar rigurosamente normas de derecho inexcusables, como lo son fundamentalmente las de orden público o las de carácter penal; “ciertamente - escribe Georges Kalinowski - podemos darnos reglas de comportamiento pero, viniendo de nosotros, su fuerza obligatoria, en la medida en que pueden poseerla, depende enteramente sólo de nosotros: somos capaces de abandonarlas o cambiarlas en todo momento. ¿Podemos hablar en este caso de validez objetiva de normas instituidas para nosotros por nosotros mismos? Si la respuesta ha de ser aquí negativa, como es evidente, con mayor razón no podemos hablar de validez objetiva en el caso de normas que un hombre pretendiera establecer para otros. Y tomar en consideración a la sociedad en lugar del individuo no cambia en nada la cuestión”⁴³.

Ahora bien, es evidente que un conjunto de doctrinas jurídicas que no pueden justificar adecuadamente ni los contenidos, ni la fuerza deóntica de la normatividad jurídica, no están en condiciones de presentarse como doctrinas completas y consistentes acerca del derecho y, menos aún, de proponerse como alternativas válidas y superadoras tanto del

⁴²Kaufmann, A., “En torno al conocimiento científico del derecho”, en *Persona y Derecho*, N°31, Pamplona, 1994, p. 19.

⁴³Kalinowski, G., “Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit”, en *Archives de Philosophie du Droit*, N° 26, Paris, 1981, p. 339.

iuspositivismo como del iusnaturalismo. Y si a esto le sumamos el ya mencionado agotamiento del positivismo, se hace notorio que las doctrinas iusnaturalistas tienen una insustituible tarea por delante: fundamentalmente la de reproponer una instancia de fundamentación y crítica de las estructuras jurídicas que exhiba la necesaria solidez argumentativa y la suficiente fuerza racional.

Por otra parte, han aparecido en el horizonte intelectual de nuestro tiempo toda una serie de nuevos problemas y realidades que sólo pueden adquirir sentido normativo desde una perspectiva teórica de carácter “fuerte” u objetivo; entre ellas vamos a destacar sólo tres. La primera y más notoria es la necesidad de justificación racional y determinación nocional de los derechos humanos. En efecto, estos derechos poseen, según todos sus defensores y hasta sus detractores, una característica permanente: son “previos”, tanto en sentido deóntico como cronológico a cualquier derecho positivo⁴⁴; esto significa que no sólo no son conferidos originariamente por la legislación positiva de las diversas naciones, sino que se poseen aún en el caso de que esa legislación los desconozca o aún cuando los niegue expresamente. De aquí se sigue que la noción misma de estos derechos reclama la existencia de una instancia deóntica y valorativa transpositiva; dicho de otro modo, la existencia y validez de ciertos derechos cuyo título radica en la sola hominidad de sus sujetos⁴⁵, remite necesariamente a una instancia de apelación y fundamentación de carácter transpositivo y deónticamente fuerte, ya que de lo contrario no podríamos hablar estrictamente de “derechos”⁴⁶. Y es evidente, según lo que venimos afirmando, que esta instancia sólo puede encontrar su lugar en una perspectiva filosófica decididamente iusnaturalista.

La segunda de las problemáticas que requieren ineludiblemente una respuesta de parte del iusnaturalismo, es la que corresponde a la actual exigencia de una ética ambiental, surgida de la presencia acuciante de la crisis ecológica. La remisión al iusnaturalismo es aquí todavía más

⁴⁴Hervada, J., “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la Filosofía del Derecho”, en *Escritos de Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1986, p. 427.

⁴⁵Cfr. Massini Correas, C.I., *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 102 ss.

⁴⁶Cfr. Massini Correas, C.I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

notoria, toda vez que la existencia misma de una ética ecológica supone la aceptación de dos afirmaciones centrales: i) la existencia de un orden en la naturaleza, independiente de la razón y del querer humanos, y ii) que ese orden es, en algún sentido al menos, éticamente normativo para el hombre⁴⁷. Ahora bien, esas dos afirmaciones forman parte del núcleo central de las tesis iusnaturalistas, cualquiera que sea la versión del iusnaturalismo que se tome en consideración y, por lo tanto, es tarea propia del mismo iusnaturalismo desarrollarlas y explicitarlas.

Finalmente, los desafíos de la biotecnología y de la biomedicina que han dado origen a la contemporánea Bioética, implican también una inevitable remisión a los datos de la naturaleza biológica humana a los efectos de conformar una normatividad de carácter ético. Esto es absolutamente innegable, toda vez que aún las más “constructivistas” versiones de la Bioética⁴⁸ necesitan tomar apoyo nocional y deóntico en las realidades estudiadas por la biología humana; así por ejemplo, resulta indiscutible que los datos aportados por la biología de la reproducción, han de ser tomados en cuenta decisivamente en el momento de formular las normas éticas referidas al aborto provocado⁴⁹. En otras palabras, también aquí resulta necesario aceptar que existe un cierto orden objetivo en la naturaleza, y que ese orden determina de algún modo la normatividad del obrar humano en el ámbito de la biomedicina; es decir, dos afirmaciones innegablemente iusnaturalistas.

De todo lo sostenido hasta ahora, se desprende con claridad que el iusnaturalismo, cualquiera sea la forma concreta con que se presente, tiene en los tiempos actuales al menos dos responsabilidades de primer orden: (i) la de otorgar una fundamentación adecuada a la normatividad jurídica y (ii) la de constituir una instancia de valoración y crítica del derecho positivo. Pero además, esta responsabilidad se acrecienta en razón de la existencia de toda una serie de nuevas problemáticas eticojurídicas que requieren, para su solución integral y coherente, la adopción de un punto de partida iusnaturalista. Dicho en otras palabras, ocurre que, sin un replanteo o reformulación de la teoría del derecho

⁴⁷Cfr. Massini Correas, C.I., “Dignidad humana y Derecho Ambiental”, en *O Direito*, Nº 127-III-IV, Lisboa, 1995, pp. 341-349.

⁴⁸Vide. Hare, R.M., *Essays on Bioethics*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

⁴⁹Vide. Sgreccia, E., *Manual de Bioética*, trad. V.M. Fernández, México, Diana, 1996, pp. 55-60.

natural, los más relevantes desafíos que la contemporaneidad arroja a la inteligencia ética, no sólo no alcanzan una respuesta satisfactoria, sino que ni siquiera resulta posible iniciar seriamente el camino de su resolución.

6. Las exigencias actuales de la teoría del derecho natural

Ahora bien, ese replanteo y esa reformulación de la teoría del derecho natural no pueden ser realizados, para que cumplan positivamente su cometido, de cualquier manera que sea; del mismo modo que la conciencia contemporánea requiere una respuesta de carácter iusnaturalista a la inteligencia ética, también plantea ciertas exigencias para su formulación y desarrollo. En otras palabras, no cualquier presentación de la teoría del derecho natural podrá llenar adecuadamente los cometidos que la vida y la inteligencia actuales requieren de ella. Por esta razón, es necesario iniciar la búsqueda de una fórmula intelectual que haga posible a las doctrinas iusnaturalistas llenar su misión de modo completo y convincente; esto último, porque al tratarse en el caso de la teoría del derecho natural de una elaboración racional de carácter práctico, concretamente eticojurídico, es preciso transmitirla convincentemente a nuestros contemporáneos, es decir, convencer a los hombres de los inicios del siglo XXI del acierto y virtualidades de las afirmaciones centrales de esa teoría.

En general, es posible sostener a este respecto que hoy en día existen tres líneas fundamentales en el pensamiento iusnaturalista, que concretan tres modos de presentar la necesaria reformulación de la teoría del derecho natural; la primera de ellas, que podemos denominar “integrista”, se caracteriza por su rechazo de principio de todas las aportaciones de la filosofía y la metodología modernas y contemporáneas, así como por su pretensión de conservar intocada la doctrina tomista acerca del derecho natural, aún en los menores detalles formales y de presentación. Para estos autores, Tomás de Aquino ya dijo todo cuanto podía decirse en esta materia y cualquier pretensión de agregar, desarrollar, reformular o corregir las afirmaciones tomistas, significa inexorablemente desvirtuar y hasta falsear irremediabilmente la teoría del derecho natural.

A este tipo de doctrinas puede responderse con unas acertadas palabras de Cornelio Fabro, cuando escribía que “estos problemas (los propuestos por la sociedad y la ciencia contemporánea; CIMC) no existían ni podían existir en el tiempo de Santo Tomás; por lo tanto, para esos problemas no

se puede encontrar en su obra soluciones ya dadas. Y aunque tuviésemos hoy en día un pensador de la estatura espiritual del Aquinate, es probable que él solo no bastara para resolver los problemas de nuestra época post-galileana y post-cartesiana⁵⁰. Pero no sólo los problemas han cambiado, sino que también han progresado notablemente ciertas áreas de la Filosofía, fundamentalmente la Lógica y la Metodología; en ese sentido, resulta irrazonable cerrarse *a priori* a la mayor precisión lograda por la lógica formal contemporánea⁵¹, así como rechazar los nuevos modos de análisis filosófico desarrollados por la Semiótica, la Hermenéutica, la Fenomenología o la Filosofía Analítica.

Por otra parte, es evidente que limitarse a repetir, en el más estrecho sentido de esta palabra, las conclusiones a que arribó el Aquinate luego de una indagación trabajosa, revolucionaria para su tiempo, superadora de los lugares comunes de su época y sedienta de realismo y objetividad, no aparece como un modo correcto de filosofar *ad mentem Sancto Thomae*⁵²; sobre todo si se tiene en cuenta que pocos filósofos pusieron el acento más que Tomás de Aquino en la necesidad de remitirse constantemente a la experiencia como fuente raigal de todos los conocimientos, en especial de los correspondientes a la filosofía práctica⁵³.

Además, esta mera repetición dogmática de contenidos establecidos de modo definitivo, significaría una negación rotunda de cualquier tradición filosófica viva; y como no es posible pensar sino dentro de los marcos de una cierta tradición de pensamiento y como no hay tradición sin evolución⁵⁴, la pretensión de detener el proceso del pensamiento en un momento dado de la historia, significaría una ruptura en el desarrollo de un modo determinado de pensar y se cegarían, de ese modo, las fuentes

⁵⁰Fabro, C., *Introduzione a San Tommaso*, Milano, Ares, 1983, pp. 356-357.

⁵¹Vide. Kalinowski, G., *La logique déductive*, Paris, PUF, 1996.

⁵²Vide. Breton, S., “Sur la difficulté d’être thomiste aujourd’hui”, en AA.VV., *Le statut contemporain de la philosophie première*, comp. Ph. Capelle, Paris, Beauchesne, 1996, p. 342.

⁵³Vide. Elizondo Aragón, F., “Conocer por experiencia”, en *Revista Española de Teología*, nº52, Madrid, 1992, pp. 5-108.

⁵⁴Vide. Spaemann, R., “Anotaciones al concepto de fundamentalismo”, en *Scripta Theologica*, Nº 25, Pamplona, 1993, pp. 1071-1086.

de la meditación filosófica. En este mismo sentido, cabe recordar las acertadas palabras de Jacques Maritain, acerca de que el tomismo “es una doctrina *abierta*, un hambre y una sed de verdad jamás saciadas, una doctrina indefinidamente progresiva; y una doctrina *libre* de todo, salvo de la verdad: libre frente a ella misma, a sus imperfecciones a corregir y a sus vacíos a colmar (...); a los cambios y reformas requeridos por una mejor visión de las cosas y a los avances y profundizaciones exigidas por una investigación siempre en progreso”⁵⁵.

La segunda de las corrientes del pensamiento iusnaturalista es la que conviene llamar “progresista”, en razón de su intento de dejar de lado varias de las notas constitutivas del iusnaturalismo en aras de una mayor aceptación o difusión de esa doctrina. En esta corriente se integra, entre otros, el pensamiento del profesor de Princeton, Jeffrey Stout, quien sostiene que para que una postura iusnaturalista no resulte “crecientemente nostálgica en su tono y quijotesca en su desempeño”, o aparezca como “una antigua (*quaint*) reliquia de una época precientífica”⁵⁶, es necesario dejar de lado la doctrina de la verdad como correspondencia con la realidad, además de todo “complicado esquema metafísico”, y adoptar una teoría “minimalista” del derecho natural, que aparezca como concordante con las afirmaciones de la contemporánea filosofía de la ciencia. Sólo de este modo, concluye Stout, será posible salvaguardar la noción de “verdad de las proposiciones morales”, que es el núcleo remanente y válido de la teoría del derecho natural⁵⁷.

Lamentablemente, no parece que esta versión “radical”, “progresista” o “al día” de la teoría del derecho natural pueda llenar satisfactoriamente sus cometidos fundamentales; en efecto, si se niega la posibilidad de toda visión metafísica de la realidad y se replantea la noción de verdad de un

⁵⁵Maritain J., *El campesino del Garona*, trad. E. De Cáceres, Bilbao, Desclée, 1967, p. 181. Vide. Kalinowski, G., “La pluralité des philosophies et l’actualité de Saint Thomas d’Aquin”, en *Sapienza*, Nàpoli, N° 20-2, 1967.

⁵⁶Stout, J., “Truth, Natural Law, and Ethical Theory”, en AA.VV., *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Ed. R.P. George, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 95. En un sentido similar, vide. Arntz, J.T.C., “Concepto de derecho natural dentro del tomismo”, en AA.VV., *El derecho natural*, ed. F. Böckle, Barcelona, Herder, 1971, pp. 82-112.

⁵⁷Idem., pp. 72-82. Para la crítica de esta doctrina, vide. Hittinger, R., “Varieties of Minimalist Natural Law”, en *American Journal of Jurisprudence*, N° 34, Notre Dame, 1989.

modo meramente constructivista, coherentista o consensualista⁵⁸, no será posible alcanzar la objetividad “fuerte” que requiere el derecho - y la ética en general - para su justificabilidad deóntica; tampoco será posible - ya lo hemos visto - que ese derecho natural “construido” de un modo “mínimo”, pueda servir de instancia de apelación ética para la valoración de la praxis jurídica, ya que una instancia de ese tipo no puede ser sino “máxima”, es decir, dotada de la suficiente capacidad de constricción racional como para hacer posible la crítica y el discernimiento valorativo del derecho socialmente “puesto”. En otras palabras, este iusnaturalismo “mínimo” adolece de las mismas deficiencias que las concepciones constructivistas y, en consecuencia, les son aplicables en toda su extensión las mismas críticas que hemos formulado oportunamente.

Por lo tanto, y como se desprende de las razones expuestas, la solución a los problemas que se plantean al iusnaturalismo en la actualidad no puede venir sino de una tercera vía que, a la vez que se enmarque en la rica tradición de la teoría realista del derecho natural⁵⁹, intente repensar sus doctrinas centrales y dar una respuesta adecuada, plausible y operante a los nuevos problemas que presenta la sociedad postindustrial y posmoderna. Ante todo, repensar las tesis fundamentales del iusnaturalismo con la ayuda de los instrumentos nocionales aportados por la contemporánea metateoría de las ciencias y las más recientes direcciones de la lógica formal; en este sentido, las contribuciones efectuadas a la teoría del derecho natural por Georges Kalinowski aparecen como paradigmáticas⁶⁰. También resultará de enorme utilidad tomar en cuenta los trabajos realizados por quienes, como Sergio Cotta, han explorado la ayuda que puede prestar la utilización matizada del método fenomenológico para la aprehensión de la experiencia ética, punto de partida imprescindible de toda doctrina realista del derecho natural⁶¹. Asimismo, resulta de gran interés la consideración de los ensayos de reformulación de las tesis iusnaturalistas a partir del marco nocional de la filosofía hermenéutica, tal como los realizados por

⁵⁸Vide. Keller, A., *Teoría general del conocimiento*, trad. C. Gancho, Barcelona, Herder, 1988, pp. 117 ss.

⁵⁹Vide. Simon, Y., *The Tradition of Natural Law*, New York, Fordham U.P., 1967.

⁶⁰Vide. Massini Correas, C.I., *Derecho y Ley según Georges Kalinowski*, Mendoza, EDIUM, 1987.

⁶¹Vide, Samperi, R., “Sobre el pensamiento filosófico-jurídico de Sergio Cotta”, en prensa en la revista *Idearium*, Mendoza, 1997.

Francesco D'Agostino⁶² Por otra parte, cabe precisar que esta utilización de instrumentos nocionales provenientes de la semiótica, la lógica formal, la hermenéutica o la fenomenología, puede contribuir positivamente a otorgar al pensamiento iusnaturalista un rigor, una precisión y una sistematicidad de la que a veces ha carecido.

Y en lo que respecta a las nuevas problemáticas éticas y a la exigencia de una respuesta por parte del iusnaturalismo, es especialmente pertinente tener en cuenta los trabajos llevados a cabo por los autores anglosajones agrupados en la que ha sido llamada “Nueva Escuela de Derecho Natural”, en la que se destacan notablemente los numerosos trabajos del profesor de Oxford, John Finnis. Ellos no sólo han debatido, precisado y desarrollado numerosos puntos de la metaética iusnaturalista, sino que han abordado temas concretos de la ética normativa y la filosofía del derecho, desarrollándolos con un rigor y una extensión que merecen ser destacados. Entre estos temas se encuentran el del aborto, el de la moralidad de la conducta homosexual, el de la contracepción y el de la disuasión nuclear. En sus trabajos es posible percibir la importancia que tiene, para la solución de los problemas éticos contemporáneos, la adopción coherente de un punto de vista iusnaturalista⁶³.

También es necesario recalcar aquí, que en esta tarea de rehabilitación del iusnaturalismo, desempeña una función importante la valoración y crítica del pensamiento ético y jurídico contemporáneo, sobre todo en sus versiones constructivistas y positivistas remanentes, en la medida en que proponen soluciones insuficientes o desviadas a la compleja problemática de la fundamentación y valoración de la praxis jurídica. Esta labor crítica resulta indispensable, toda vez que ayuda a precisar las cuestiones, a profundizar los puntos de vista y a otorgar el necesario rigor a las formulaciones del pensamiento iusnaturalista.

De lo que se trata, en definitiva, en esta tarea de revivificación y reformulación de la teoría del derecho natural, es de partir de la larga y rica tradición del iusnaturalismo realista y, apoyándose firmemente en sus tesis centrales, desarrollándolas y precisándolas a la luz de las mejores

⁶²Vide. D'Agostino, F., “Hermenéutica y derecho natural. Después de la crítica heideggeriana de la metafísica”, en AA.VV., *Las razones del derecho natural*, ed. R. Rabbi-Baldi, Buenos Aires, Ábaco-Universidad Austral, 2000, pp. 301-314.

⁶³Boyle, J., “Natural Law and the Ethics of Traditions”, en *Natural Law Theory*, cit., pp. 21 ss.

contribuciones de la filosofía contemporánea, encarar la doble tarea de proponer soluciones a los problemas eticojurídicos que plantea acuciantemente nuestro mundo, y de presentar de un modo comprensible y convincente para el hombre actual la enorme riqueza de la doctrina realista del derecho natural. Esto significará indudablemente una contribución más del iusnaturalismo al mejoramiento de la convivencia y a la apertura de vías siempre novedosas para la promoción de la excelencia humana, así como una aportación de especial valor a la gran *conversatio*⁶⁴ filosófica que se desenvuelve permanentemente a través del tiempo y a lo largo de los lugares, las naciones y las culturas.

⁶⁴Vide. Finnis, J., “Prólogo”, a Massini Correas, C.I., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco-Universidad Austral, 1999, p. 11.

