

1. PROPÓSITO. Es evidente que el tema que nos convoca es complejo, multifacético, abundante y persistentemente tratado, pero de una enorme y permanente importancia y actualidad para todas las teorías del derecho. Ello exige que inicialmente precisemos el punto de vista desde el cual analizaremos la cuestión. De ese modo, aclaremos que avalaremos la intrínseca y necesaria conexión entre racionalidad y derecho, respaldando nuestras tesis desde la perspectiva del realismo jurídico clásico o iusnaturalismo realista y, también, desde el llamado neoconstitucionalismo no-positivista en sus autores más representativos e importantes.

Por supuesto, que nuestro interés se focalizará en la razón práctica, dejando de lado la razón teórica, o sea, aquella que se limita a describir o contemplar (lo propio de un espectador) y no se compromete con regular o dirigir los comportamientos humanos (lo propio de un protagonista). Es claro que también esa razón teórica tiene conexiones necesarias e intrínsecas con el derecho, como se manifiesta en el campo de las reglas de la lógica, dado que ellas están presente en el terreno jurídico posibilitando inteligibilidad teórica. Apelar a la razón práctica y la decisiva distinción con la razón teórica supone remontarnos a Aristóteles<sup>1</sup>, cuyas enseñanzas fueron avaladas por Aquino en textos como el siguiente: “La verdad del entendimiento práctico se toma en sentido distinto que la verdad del entendimiento especulativo según se dice en el libro VI de la *Ética*. La verdad del entendimiento especulativo se obtiene por la conformidad del entendimiento con la cosa conocida; y como el entendimiento no puede conformarse infaliblemente con las cosas contingentes sino tan sólo con las necesarias, por eso ningún hábito especulativo de las cosas contingentes es virtud intelectual, sino que ésta versa únicamente sobre lo necesario. En cambio, la verdad del entendimiento práctico se obtiene por la conformidad con el apetito recto; conformidad que no tiene lugar en las cosas necesarias, que no dependen de la voluntad humana, sino tan sólo en las cosas contingentes, que pueden ser hechas por nosotros, bien se trate de lo agible interior, bien se trate de lo factible exterior. Por eso, la virtud del entendimiento práctico no se da más que sobre las cosas contingentes: el arte sobre lo factible, y la prudencia sobre lo agible”<sup>2</sup>.

Luego del predominio epistemológico auspiciado por el cientificismo que sólo confiaba —a tenor de lo enseñado en el *Círculo de Viena*— en juicios tautológicos (propios de la lógica y las matemáticas) y en los juicios verificables o a posteriori, vuelve en la segunda mitad del siglo XX a hablarse de otro modo de conocer, que es el propio del saber práctico. Tan es así, que se destaca un “movimiento de rehabilitación de la razón práctica”, el que puede expresar claramente los dos tomos editados por Riedel<sup>3</sup> en la década del 70, en donde apelando centralmente a Aristóteles y a Kant vuelve a

<sup>1</sup> Cfr. Aristóteles *Metafísica* VI 1:1025 b 25 ss.; *Ética Nicomaquea* I 3:1094 b 11ss.; 1103 b 26ss., 1112 a 18ss., 1139 a 1ss., 1139 a 17 ss., 1140 a 23 ss., 1142 a 24ss., 1179 a 17ss. y *passim*; *De Anima* II 9:432 b 28; III 10:433 a 14 aa.

<sup>2</sup> Tomás de Aquino “*Suma Teológica*”, I-II, q.5, a.3.

<sup>3</sup> AA.VV. *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, t. I y II, M. Riedel (ed.), Rombach, Freiburg i. B., 1972-1974; *Asimismo: AA.VV., Filosofia pratica e scienza política*, C. Pacchiani (ed.), Francisci, Albano, 1980. *Asimismo: AA.VV. Filosofia pratica e scienza política*, C. Pacchiani (ed.), Francisci, Albano, 1980.

confiarse en la capacidad de la razón para valorar o dirigir comportamientos humanos. Suscribimos plenamente las conclusiones de Giuseppe Zaccaria: "En efecto, si desde hace un tiempo se ha renunciado a la empresa desesperada de construir un sistema completo de leyes dictadas por la razón pura, la temática de la 'razón práctica' en el derecho es, por el contrario, más dinámica y fecunda que nunca: no pocas tendencias actuales se orientan precisamente en el sentido de una expansión del papel de la razón práctica en el fenómeno jurídico"<sup>4</sup>. El mismo Alexy, aludiendo a modelos de filosofía práctica, identifica tres posiciones básicas: aristotélica, kantiana y hobbesiana, a la que corresponde sumar la nietzscheana en tanto crítica radical de la razón práctica<sup>5</sup>; y luego de recordar que a juicio de Kelsen o Ross el concepto de razón práctica es "autocontradictorio", en tanto para ellos lo práctico corresponde al querer y no al campo del conocimiento, el profesor de Kiel destaca que aquellas discusiones sobre las diversas concepciones de dicha racionalidad "tienen una importancia que va mucho más allá de lo puramente académico. De lo que se trata es del fundamento normativo de la convivencia humana y de la autocomprensión del individuo y de la sociedad"<sup>6</sup>.

Hablar de razón práctica desde las dos perspectivas escogidas, implica hablar de razón moral o valorativa, confiando que por medio de aquella es posible respondernos racionalmente las preguntas vinculadas al bien humano o a la justicia. De ese modo, al hablar de moral no estamos hablando de una moral meramente social, positiva o vigente, sino de una moral racional o crítica desde la cual sí se puede juzgar aquella en orden a respaldarla o criticarla reclamando su remoción o cambio. En definitiva, confiar en una razón práctica implica confiar en que es posible acceder a la verdad práctica, más allá de las exigencias, fundamentos y problemas que suponen las exigencias metodológicas a esos fines.

2. LOS MARCOS TEÓRICOS. Recordemos algunas tesis centrales del iusnaturalismo clásico y del neoconstitucionalismo no-positivista que operarán como una especie de matriz de nuestro presente discurso.

En la visión aristotélica-tomista la razón práctica es regla y medida del obrar, por eso "la moral es la ciencia que enseña a los hombres a guiarse por la razón"<sup>7</sup> y "los preceptos morales son conformes con la naturaleza humana porque son requerimientos de la razón natural"<sup>8</sup>, por eso "las virtudes...son conforme con la naturaleza humana en la medida en que están de acuerdo con la razón; los vicios son contrarios a la naturaleza humana en la medida en que son contrarios al orden

---

<sup>4</sup> Giuseppe Zaccaria "Razón jurídica e interpretación", Cuadernos Civitas, Madrid, 2004, p.37, compilación y traducción de Ana Messuti.

<sup>5</sup> Robert Alexy "Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft" en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beihefts*, 1993, p.12 ss.

<sup>6</sup> Robert Alexy "El concepto y la validez del derecho", Gedisa, Barcelona, 1997, p.133; traducción de José M. Seña.

<sup>7</sup> "Scientia moralis docet hominis sit bona ex hoc quod et secundum rationem ractam...": *Comm. Eth. L.2, lec.2* ; y Confr. Louis Lachance "El concepto del derecho según Aristóteles y Santo Tomás", Buenos Aires, 1953, p.111, traducción Fernando N.A. Cuevillas, "Le Concept de Droit selon Aristote et S. Thomas", Les Editions du Levrier, Ottawa, Montreal, 1948.

<sup>8</sup> *Scriptum Super Libros Sententiarum Petri Lombardiensis*, IV, d.2, q.1, a.4, sol.1 ad 2.

de lo razonable”<sup>9</sup>. La ley (o sea el derecho, o mejor, la norma jurídica) es “rationis ordinatio”, y ella remite a “la comunidad o a la persona pública que tiene el cuidado de la comunidad”, pues “la fuerza coactiva la tiene únicamente la comunidad o la persona pública a la que pertenece infringir penas”<sup>10</sup>. En plena sintonía con esas enseñanzas, Francesco Olgiatti concluye: “decir que el derecho debe tener una justificación, equivale a afirmar que la primera nota esencial de la juridicidad es la racionalidad (lo irracional –como una banda de malhechores- es antijurídico)”, y “El derecho será derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar secundum rectan rationem”<sup>11</sup>. Giuseppe Graneris, desde la misma escuela del realismo jurídico clásico, afirma de mil maneras la imposibilidad de que haya derecho donde no hay razón<sup>12</sup>. La nueva escuela anglosajona de derecho natural, en autores como J. Finnis o R.P. George<sup>13</sup>, insiste que la actuación humana como natural o antinatural se deriva de su carácter razonable o irrazonable. Específicamente, el profesor de Oxford mencionado, afirma: “El criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad... El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano consiste en estar fuera del orden de la razonabilidad.... para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo a la naturaleza humana, sino qué es razonable”<sup>14</sup>.

Por supuesto que en el campo derecho corresponde hablar de la razón práctica prudencial, que es, precisamente, la que debe discernir la conducta o el precepto que disponga lo justo en concreto. Ella se vale de una premisa mayor, dictada por la sindéresis, que contiene el fin universal de procurar la felicidad u obrar el bien y evitar el mal, u obrar conforme a la razón; pero también cuenta la premisa menor referida a las circunstancias en la que corresponde actuar o decidir; lo que finalmente posibilita la conducta jurídica prohibida, permitida u obligatoria que se concluye a tenor de lo justo y el derecho vigente. Para el acto justo o el dictado de la norma justa se requiere, por un lado, que la razón práctica lo determine, y luego estará la voluntad queriendo y ejecutando lo justo. “La verdad del entendimiento especulativo se toma por la conformidad del entendimiento con la cosas... En cambio la verdad del entendimiento práctico se toma por la conformidad con el apetito recto; conformidad que no tiene lugar en las cosas necesarias, que no penden de la

---

<sup>9</sup> Tomás de Aquino “Suma Teológica”, I-II, q. 71, a. 2

<sup>10</sup> *Ibidem* q. 90, a. 4

<sup>11</sup> Francesco Olgiatti “El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino”, Eunsa, 1977, ps. 51 y 339; “Il concetto di giuridicità in San Tommaso d’Aquino”, Società editrice Vita e Pensiero, Milán, 1943, traducción Diorki y Juan A. Sardina Páramo.

<sup>12</sup> Cfr. Giuseppe Graneris “Contribución tomista a la filosofía del derecho”, Eudeba, Buenos Aires, 1973, p. 90; traducción Celina Ana Lértora Mendoza de “Contributi tomistici alla filosofia del diritto”, Società Editrice Internazionale, Turin, 1949. Otro testimonio de la intrínseca relación entre racionalidad y lo justo es R. Spaemann en “Lo natural y lo racional”, Rialp, Madrid, 1989.

<sup>13</sup> Cfr. J. Finnis “Aquinas: Moral, Political and Legal Theory”, Oxford University Press, 1988, ps. 90-94 y R.P. George “Kelsen y Santo Tomás sobre la doctrina de la ley natural” en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, t. 42, 2000, p. 67.

<sup>14</sup> John Finnis “Ley natural y derechos naturales”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 69, traducción de Cristóbal Orrego Sánchez con la colaboración de Raúl Madrid Ramírez, “Natural law and natural rights”, Clarendon Law series, 1992.

voluntad humana, sino en las contingentes que pueden ser hechas por nosotros<sup>15</sup>. La prudencia es formalmente intelectual en cuanto a su sujeto que es la razón práctica, pero es materialmente moral porque se ocupa de lo agible o la acción humana. Los prudentes son expertos, porque la prudencia requiere para adquirirse de la experiencia que posibilita el conocimiento de los actos singulares, y si bien le es útil el conocimiento de la filosofía moral, lo decisivo es ese conocimiento natural y vulgar que va obteniéndose en la vida. La prudencia, en tanto virtud, es el hábito del discernimiento sobre lo bueno concreto que corresponde realizar, y por eso que el prudente puede ser medida de lo bueno, así lo afirma Aquino: "...de ahí que se diga en el libro X de los *Éticos* que el virtuoso es y regla de los actos humanos"<sup>16</sup>, y también: "el virtuoso es norma de las obras humana, porque bueno es aquello que apetece el virtuoso. Y cosa parecida hay que decir de la rectitud del entendimiento, porque es verdadero aquello que así le parece al que tiene recto entendimiento, no lo que le parece así a cualquiera"<sup>17</sup>. Si bien la prudencia se ocupa de dirigir la vida buena, como un tipo de ella está la prudencia jurídica, que tiene por objeto el discernimiento y mandato de lo justo. Pero en la perspectiva del iusnaturalismo clásico no hay que perder de vista la importancia de la retórica (a la que Villey llama "cuna del derecho"<sup>18</sup>) en tanto no sólo el prudente debe determinar lo justo en concreto sino que debe esforzarse por persuadir al auditorio al que se dirige, y por eso Kalinowski<sup>19</sup> precisa que el razonamiento jurídico se nutre de tres elementos: lógicos-formales o de coacción intelectual, extra-lógicos o puramente jurídicos (presunciones, ficciones, etc) y para-lógicos, de persuasión o retóricos

Precisamente, Finnis reivindicando "el punto de vista interno o jurídico" auspiciado por Hart y Raz, aunque reprochándole no haber diferenciado dentro del mismo el "caso central" respecto a los "casos periféricos", concluye optando para que los conceptos a los que recurre el teórico-descriptivo sean seleccionados y empleados como son usados en la práctica por el *spoudaios* (equivalente al *phronimos* o prudente), de modo que "los intereses y la comprensión del hombre maduro y razonable proporcionan una mejor base empírica para la explicación reflexiva de los asuntos humanos"<sup>20</sup>. Desde esa matriz realista y en conexión con los otros niveles del saber práctico insistamos: "la ciencia puramente especulativa, como las matemáticas, no vale nada para la práctica de la virtud; la ciencia moral vale algo, o mejor vale mucho para vivir honestamente, porque traza las grandes líneas del bien vivir; pero la prudencia lo vale todo, porque orienta y ordena eficazmente toda la vida moral"<sup>21</sup>. Por supuesto, que si bien se habla de la prudencia como un hábito o virtud, cabe la posibilidad de tener juicios prudentes (discernimiento de la conducta buena o justa concreta o circunstanciada) aunque se carezca del hábito de formularlos, pero quien tiene el hábito puede realizarlos de manera fácil y deleitable. Reiteremos que podemos aludir a la razón práctica genéricamente refiriéndonos siempre a su objeto que es saber o dirigir los comportamientos humanos en orden al bien, pero dicha razón práctica tiene diferentes niveles

<sup>15</sup> Tomás de Aquino "Suma Teológica", I-II, q. 57, a. 5, ad. 3.

<sup>16</sup> *Ibidem* I, q. 1, a. 6, ad. 3

<sup>17</sup> Tomás de Aquino "In I Sent.", d. 17, q. 1, a. 4 ad. 2

<sup>18</sup> Michel Villey "Compendio de Filosofía del Derecho", Eunsá, Pamplona, 1981, t. II, p. 69.

<sup>19</sup> Georges Kalinowski "Introducción a la lógica jurídica", Eudeba, Buenos Aires, 1973, p. 148.

<sup>20</sup> John Finnis "Ley natural y derechos naturales" *ob. cit.* p. 49.

<sup>21</sup> Santiago Ramírez "La prudencia", Ed. Palabra, Madrid, 1982, p. 80.

noéticos, que van desde lo más universal o general hasta lo concreto o circunstanciado. Asimismo, recordemos que esa racionalidad si bien es posible centrarla en el mundo estrictamente jurídico, ella es inescindiblemente moral y política<sup>22</sup>.

Dentro de los autores neoconstitucionales actuales, nos parece evidente que uno de los que más empeño y ambición ha puesto para reconciliar la razón con el derecho es Robert Alexy. Es tesis central del profesor de Kiel: "El discurso necesita del Derecho para alcanzar realidad, y el Derecho necesita del discurso para lograr legitimidad", lo que incluye: "La teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional por formula dos exigencias fundamentales en relación con el contenido y la estructura del sistema jurídico: los derechos fundamentales y la democracia"<sup>23</sup>. El camino teórico para alcanzar aquellas conclusiones, parte de la "pretensión de corrección" de quienes formulan y actúan en el derecho, creándolo, interpretándolo, aplicándolo o ejecutándolo (paradigmáticamente el legislador y el juez), y así incorporan afirmaciones que conllevan implícita y necesariamente que las mismas son material y procedimentalmente correctas. El segundo paso es que esa pretensión incluye una "pretensión de fundamentabilidad", y aquí se cuenta con la "teoría del discurso práctico general" que posibilita por medio de un procedimiento de "argumentación práctica racional" alcanzar respuestas o normas correctas; en palabras del profesor alemán: "La teoría del discurso es una teoría procedimental de razón práctica. Conforme a ella, una proposición práctica o normativa es correcta (o verdadera) si y solo si ella es el resultado de un discurso práctico racional. Las condiciones de racionalidad discursiva pueden resumirse en un sistema de principios, reglas y formas del discurso práctico general. Este sistema comprende reglas que exigen la no-contradicción, claridad lingüística, fiabilidad de las premisas empíricas, ciertas consideraciones acerca de las consecuencias, la ponderación, la universalidad y la génesis de las convicciones normativas. Su núcleo procedimental está constituido por reglas que garantizan la libertad y la igualdad en el discursos. Estas reglas aseguran a cada individuo el derecho de participar en el discurso, así como el derecho a cuestionar o defender cualquiera de sus propias afirmaciones"<sup>24</sup>.

Las referidas reglas alexyanas definen un discurso ideal que se constituye en una "idea regulativa" respecto a los discursos reales, de manera que "cualquiera que intente convencer con argumentos a un adversario presupone que éste debería estar de acuerdo en condiciones ideales. En este sentido, el discurso ideal como idea regulativa y la pretensión de corrección son las

---

<sup>22</sup> John Finnis "Natural Law and Legal Reasoning", en *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Robert P. George (ed.), Oxford University Press, 1992, ps. 134-157

<sup>23</sup> Robert Alexy "La institucionalización de la razón", *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, n° 43, 2000, ps. 237-238.

<sup>24</sup> Robert Alexy "La doble naturaleza del derecho", en "La doble dimensión del Derecho", Carlos Bernal Pulido (ed.), Palestra, Lima, 2011, p. 39. Cabe destacar que R. Alexy en "Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años" escribe: "Hoy creo que el discurso jurídico no debe separarse del concepto de verdad práctica", en "La doble dimensión del Derecho", ob. cit. p. 63.

dos caras de la misma moneda”<sup>25</sup>. Pero la teoría del discurso ofrece debilidades, la primera es el “problema del conocimiento” de la respuesta que se busca dentro de lo discursivamente posible, de ahí la necesidad del Derecho en orden a garantizar una decisión al respecto (las votaciones en el Parlamento es un ejemplo de ello). La segunda dificultad es la de la “observancia” de la repuesta alcanzada mediante el discurso práctico, para ello está el Derecho respaldado por la coerción. El tercer inconveniente es el de la “organización” de las acciones individuales y la cooperación para alcanzar objetivos y exigencias deseables, y a esos fines está el Derecho que organiza al mismo derecho. El derecho creado desde el discurso práctico no puede pretender sólo normas que permitan resolver todos los casos mediante subsunción, dado la vaguedad del lenguaje jurídico, la posibilidad de antinomias, la ausencia de normas y normas que imponen soluciones absolutamente incorrectas o injustas; esos inconvenientes suscitan en la teoría no-positivista de Alexy “una apertura necesaria del derecho” que implica: el argumento de los principios y la tesis del caso especial. “La pretensión de corrección conduce a que los principios, que constituyen las razones para crear tanto las reglas antiguas como las nuevas, sean incorporados al concepto de Derecho.... la pretensión de corrección exige que los principios morales que han de ser tomados en consideración por el Derecho sean correctos. Así, la corrección jurídica incluye elementos de corrección moral... Si la pretensión de corrección debe ser satisfecha, tal satisfacción debe ser una argumentación moral racional”<sup>26</sup>. La tesis del caso especial dice que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general, pues ambos tratan sobre lo que está ordenado, prohibido o permitido, pero el discurso jurídico no refiere a lo “absolutamente correcto sino a lo que es correcto en el marco de un sistema jurídico concreto”<sup>27</sup>, por ende, la argumentación jurídica está vinculada a la ley, al precedente y a la ciencia jurídica, y si en ellas está la respuesta fijada claramente y “no existen serias dudas en el aspecto de la corrección material, el caso será resuelto únicamente mediante lo autoritativo e institucional”<sup>28</sup>. En síntesis, en la ambiciosa teoría alexyana el derecho es “institucionalización de la razón”, que implica para todas las normas jurídicas sujetarlas a la pretensión de corrección y auspiciar como matriz de las mismas el discurso práctico argumentativo (en el que caben argumentos morales, éticos y pragmáticos)<sup>29</sup>, éste conlleva opciones discursivamente imposibles (por ej. la esclavitud) y opciones discursivamente necesarias (por ej. los derechos humanos). Concluyamos con Alexy que una norma o un sistema normativo que no formule explícita o implícitamente una pretensión de corrección, no pertenecen al derecho.

Comentando la tesis alexyana del discurso jurídico como caso especial del discurso práctico, Alfonso García Figueroa concluye de manera categórica: “...una norma deja de ser jurídica cuando ha perdido toda aptitud (toda su disposición) para formar parte de un razonamiento

---

<sup>25</sup> Robert Alexy “La institucionalización de la justicia”, Ed. Comares, Granada, 2005, p. 231; Edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane, traducción José Antonio Seoane, Eduardo R. Soderó y Pablo Rodríguez.

<sup>26</sup> Robert Alexy “La institucionalización de la razón”, en *Persona y Derecho*, Universidad de Navarra, vol. 43-2000, p. 245 y ss.

<sup>27</sup> *Ibidem* p. 248.

<sup>28</sup> *Ibidem*

<sup>29</sup> *Ibidem* p. 249.

práctico. Si una norma no sirve para articular una justificación en ningún caso posible, entonces no funciona... Toda norma se halla condicionada por su aceptabilidad discursiva<sup>30</sup>. Esta idea de aceptabilidad discursiva por supuesto que remite centralmente a Habermas con su reiterada tesis: "válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales"<sup>31</sup>, que implica que en "la fundamentación de las normas jurídicas hay que hacer uso de la razón práctica en todo el espectro de ésta"<sup>32</sup>, con la precisión que "en el procedimiento democrático de legislación debe agotar el potencial de racionalidad de las deliberaciones en toda su amplitud de posibles aspectos de validez, y de ningún modo únicamente desde la perspectiva moral de la generalización igualitaria de intereses"<sup>33</sup>.

3. PROYECCIONES DE LA NECESARIA CONEXIÓN ENTRE RAZÓN Y DERECHO. Sin perjuicio de haber adelantado lo central de las posturas teóricas en análisis respecto al tema de interés, nos parece procedente subrayar a continuación sintéticamente algunas tesis particulares que se derivan de aquellas matrices auspiciadas tanto por el realismo jurídico clásico como por el neoconstitucionalismo alexyano. Por supuesto que la nómina siguiente no pretende agotar las conexiones que hoy fácilmente se constatan entre el derecho y la razón, y así, con la sola pretensión de ejemplificar lo afirmado, advertimos que autores como Alexy aduce que la legitimación política o democrática de los jueces se logra por la vía de lo que denomina "legitimación argumentativa", de ese modo, los jueces se legitiman no electivamente – como los otros poderes – por ser elegidos por la sociedad, sino por respaldar sus decisiones con "razones" que la sociedad respaldaría en la medida que se constituyera como una comunidad de diálogo y contaran sus integrantes con conciencia constitucional.

3.1. La moral racional como límite de la existencia del derecho: La concepción del derecho desde el realismo jurídico clásico por supuesto que rechaza la posibilidad de reconocer como derecho a cualquier contenido, frente a la tesis hobbesiana "Auctoritas, non veritas, facit legem" se suscribe la enseñanza de Coke: "Veritas, non auctoritas, facit legem". Por eso, la conocida fórmula de Aquino: "la ley injusta es corrupción de la ley", aunque corresponde se entienda que dicha metáfora sólo excluye una injusticia extrema, por lo que Finnis ha precisado que la ley injusta no es ley en un sentido propio o focal<sup>34</sup>, pero sí lo es en un sentido secundario, además, pueden existir razones para cumplir la ley injusta según la valoración que haría el *spoudaios* o el *phronimos*.

---

<sup>30</sup> Alfonso García Figueroa "El neoconstitucionalismo excéntrico de Luigi Ferrajoli" en "Constitucionalismo y garantismo" Gema Marcilla ed., Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2009, p.126.

<sup>31</sup> Jürgen Habermas "Facticidad y validez", Trotta, Madrid, 1998, p.172

<sup>32</sup> *Ibidem* p.223

<sup>33</sup> Jürgen Habermas "Entre naturalismo y religión", Paidós, Madrid, 2006, p.99; traducción de Daniel Fabra, Francisco Javier Gil Martín, José Luis López de Lizaga, Pedro Madrigal y Juan Carlos Velasco de "Zwischen Naturalismus und Religion", Suhrkamp Verlag, Frankfurt del Meno, 2005

<sup>34</sup> Cfr. mi artículo "Consideraciones sobre la visión de John Finnis acerca de la tesis "la ley injusta no es ley", en Ley, moral y razón, Juan B. Etcheverry, UNAM, México, 2013, ps.119-140.

La definición del derecho propuesta por Finnis es perfilada progresiva o “gradualmente”<sup>35</sup> dado que incluirá inicialmente un análisis estrictamente formal (the main features of legal order, que sintéticamente son: “el derecho es un orden coactivo” y “el derecho regula su propia creación”), seguido por otro parcialmente formal (the Rule of Law, las ocho características incluidas por Fuller en su derecho natural formal) y finalmente a definition of law. Precisamente ésta definición del derecho <sup>36</sup>se apoya en las reglas jurídicas producidas por una autoridad determinada y efectiva para una cierta comunidad que posibilita resolver razonablemente los problemas de coordinación en orden al bien común. El origen y la orientación más radical del derecho lo constituye el núcleo pre-moral de los bienes humanos básicos, pero siempre se requiere de la razón práctica para efectuar derivaciones, precisiones o elecciones. Más aún, en orden a la razonabilidad jurídica que produce o reconoce el derecho, ella remite a una razón práctica sustancial pero también a una razonabilidad práctica procedimental o metodológica identificada con nueve exigencias. El derecho en Finnis es “el sendero común para perseguir el bien común”<sup>37</sup>, pero “la autoridad del derecho, depende... de su justicia”<sup>38</sup>, y el objeto de ésta es el bien común, aunque los derechos humanos expresan las exigencias de la justicia o son una “expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común”<sup>39</sup>. Los derechos humanos son “una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica”<sup>40</sup>, y “el acto de poner el derecho (sea judicial o legislativamente o de cualquier otra forma) es un acto que puede y debe ser guiado por reglas y principios morales; que esas normas morales son una cuestión de razonabilidad objetiva, no de capricho, convención mera decisión”<sup>41</sup>, de ahí también que Finnis concluya “no se ha de olvidar que hay normas de justicia que jamás pueden ser superadas o dejadas sin efectos, correspondientes a los derechos absolutos del hombre”<sup>42</sup>.

Ha sido Robert Alexy, al hilo de la sentencia de Nuremberg y la condena a los guardianes del muro de Berlín, un defensor de la fórmula de Radbruch que proclamaba: “la injusticia extrema no es derecho”<sup>43</sup>. De ese modo, para generar derecho se requiere necesariamente que el derecho no supere ese umbral de injusticia extrema, como violación grave y evidente de los derechos humanos, y la prevención para aquellos que se despreocupan de ese control de la validez racional o moral del derecho es la eventual responsabilidad jurídica por crear o aplicar un derecho que no es tal por su déficit racional o moral. De un modo más genérico, el profesor de Kiel no duda en afirmar “los sistemas normativos que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección, no son sistemas jurídicos. Todo sistema jurídico formula una pretensión de corrección. En este sentido la pretensión de corrección tiene relevancia clasificatoria. Sólo en un sentido indirecto o metafórico, puede un observador llamar “sistema jurídico” a un sistema

---

<sup>35</sup> J. Finnis “Ley natural y derechos naturales”, ob.cit.p.321.

<sup>36</sup> Cfr. mi libro “Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas”, Abeledo Perrot, Buenos Aires. 2006, ps.378-396.

<sup>37</sup> J. Finnis “Ley natural y derechos naturales”, ob.cit.p.291.

<sup>38</sup> Ibidem p.289.

<sup>39</sup> Ibidem p.243.

<sup>40</sup> Ibidem p.227.

<sup>41</sup> Ibidem p.317.

<sup>42</sup> Ibidem p.315.

<sup>43</sup> Cfr. mi libro (coord.) “La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)”, Fontamara, México, 2008.



normativo que no formula ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección<sup>44</sup>. Precisamente, en base a ese argumento de la corrección, concluye Alexy que ni los órdenes absurdos (“cuando un grupo de individuos es gobernado de una manera tal que no son cognoscibles ni fines coherentes del o de los gobernantes ni tampoco los gobernados pueden perseguir permanentemente sus fines<sup>45</sup>), ni los depretatorios o de bandidos (hay reglas dictadas por los bandidos pero con el único objeto de explotar a los dominados, por ejemplo para matarlos y vender sus órganos), no son sistema jurídicos desde un punto de vista conceptual y al margen de que puedan lograr una vigencia duradera.

Recordemos que la definición alexyana no positivista del derecho incluye, por un lado, la legalidad conforme al ordenamiento y la eficacia social, pero su especificidad reside en la dimensión ideal, racional, crítica o de corrección material o moral. En definitiva, el derecho tiene una doble naturaleza, pero ésta es una “abstracta y formal”, por lo que para “poder llegar a determinar su contenido concreto y estructura, esta tesis debe ser explicada en el marco de un sistema. La forma política que se expresa mediante esta construcción es la del constitucionalismo democrático o discursivo<sup>46</sup>. Alexy se encarga de analizar al positivismo excluyente o exclusivo, mencionando a Josph Raz, al que rechaza desde el punto de vista del participante en tanto se plantea preguntas y propone argumentos acerca de cual es la respuesta correcta de un problema jurídico dentro del sistema en el que se encuentra. También descarta al positivismo incluyente o inclusivo, de Jules Coleman, que deja librado a la contingencia qué sea lo que el derecho positivo en efecto ordene. Igualmente no acepta al no-positivismo exclusivo que postula la inexistencia jurídica toda norma que sea injusta o contenga algún demérito moral. Finalmente, refuta al no-positivismo superinclusivo en tanto admite la validez jurídica cualquiera sea el demérito moral o la incorrección moral. La conclusión alexyana lleva a una conexión calificadora que restringe la pérdida del carácter jurídico cuando los deméritos morales son de una evidente y grave injusticia extrema. El profesor alemán cita en coincidencia a su postura a Tomás de Aquino y a Finnis, por eso, puede entenderse la conclusión a la que arriba Bernal Pulido cuando escribe: “las tesis de Alexy retoman las banderas de la teoría del derecho natural, tal como las postularan Tomás de Aquino o los clásicos de la Escuela de Salamanca, y en tiempos más recientes autores como John Finnis en Oxford<sup>47</sup>.

Quizás un modo más jurídico de aludir al límite que pone la moral o la razón a la existencia del derecho sea referirnos a la validez jurídica entendida por normatividad justificada. Precisamente Nino, luego de recordar que la noción de validez jurídica asociada a justificación racional es “prevaliente en la filosofía jurídica tradicional”, explica: “predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma en particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar.... Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o

---

<sup>44</sup> Robert Alexy “El concepto y la validez del derecho”, Gedisa, Barcelona, 1997, p.40; traducción José M. Seña.

<sup>45</sup> Ibidem p.38.

<sup>46</sup> Robert Alexy “La doble naturaleza del derecho” en La doble dimensión del Derecho, Carlos Bernal Pulido (ed.), Palestra, Lima, 2011, p.30.

<sup>47</sup> Carlos Bernal Pulido “La tesis de la doble naturaleza del derecho” en La doble dimensión del derecho, ob..cit, p.25 .

de una norma, esto equivale a negar su existencia....el significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas<sup>48</sup>. En igual sintonía, pero desde las filas del iusnaturalismo Sergio Cotta afirma: "la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es por consiguiente, el fundamento de aquella"<sup>49</sup>, por eso "la norma vigente consiste en el nexa triádico enunciado deóntico-justificación-interpretación"<sup>50</sup>. En base a ésta teoría nosotros mismos hemos esbozado<sup>51</sup> –junto a otros autores como Ollero, Ballesteros y el mismo Cotta- que el derecho natural quizás se pueda asimilar al derecho positivo plenamente válido, incluyendo en esos requisitos: racionalidad orgánica, racionalidad procedimental, racionalidad sistémica, racionalidad lógica-lingüística, racionalidad teleológica, racionalidad empírica o científica, racionalidad sociológica, racionalidad axiológica, racionalidad fáctica y racionalidad intencional.

Negar que hay exigencias de racionalidad práctica –sustancial y procedimental- para que el derecho exista como tal, implica admitir que cualquier contenido puede ser derecho, incluso aquel absurdo o gravemente irracional. Vale la pena recordar que es jurisprudencia pacífica de la Corte Suprema de Justicia argentina que el derecho resulta incompatible con lo evidentemente irracional.

3.2. La moral racional contenida en el derecho: Más allá del límite que pone la moral o la razón al derecho a tenor de lo señalado en el punto anterior, corresponde ahora aludir a que dentro del derecho, precisamente la razón reclama que se opte por la mejor respuesta jurídica dentro de las disponibles en el mismo. A ese respecto advierte Alexy la excepcionalidad del límite moral del derecho identificado con la "injusticia extrema"<sup>52</sup>, pero que resulta habitual o normal que en cualquier sistema jurídico mínimamente desarrollado contenga principios (además de reglas), pues éstos son contenido moral y forma jurídica, o también: "principios o valores son lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto deontológico, y en otro caso bajo un aspecto axiológico"<sup>53</sup>. Los principios alexyanos (recordemos que los derechos humanos tiene esa estructura diferente a las reglas) son "mandatos de optimización" que pretenden lo mejor según las posibilidades fácticas y jurídicas implicadas en el caso, por ende, reclaman del jurista que las opere, que no se conforme con cualquier respuesta dada, sino que haga el esfuerzo por viabilizar o consagrar la mejor respuesta jurídica para el caso que se trate. En orden a posibilitar la mejor

---

<sup>48</sup> Carlos S. Nino "La validez del derecho", Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 8.

<sup>49</sup> Sergio Cotta "Justificación y obligatoriedad de las normas", Ceura, Madrid, 1987, p. 23; traducción Antonio Fernández Galiano de "Giustificazione e Obbligatorietà delle Norme", Giuffrè, 1981.

<sup>50</sup> *Ibidem* p. 29.

<sup>51</sup> Cfr. "¿Cuándo una norma jurídica es válida?" en mi libro "Constitucionalización y judicialización del derecho", Porrúa, México, 2013, ps. 201-204.

<sup>52</sup> "Antes del umbral de la injusticia extrema, una lesión de la moral no tiene como consecuencia que la norma en cuestión o la decisión en cuestión pierdan el carácter jurídico, es decir, que no sea derecho (conexión clasificante) sino sólo a que ella constituya una norma o una decisión jurídicamente defectuosa (conexión cualificante)": Robert Alexy "El concepto y la validez del derecho", *ob. cit.* p. 83.

<sup>53</sup> Robert Alexy "Sistema jurídico, principios y razón práctica" en "Derecho y razón práctica", Fontamara, México, 1993, p. 16, traducción de Manuel Atienza

respuesta, Alexy advierte la necesidad de ponderar los principios en conflicto, por ese camino racional se procura "evitar posibles intervenciones a derechos fundamentales que generen costos innecesarios para los demás principios" (mediante la regla de adecuación y la de necesidad) y también "la optimización relativa a los principios contrapuestos"<sup>54</sup> (regla de proporcionalidad en sentido estricto). Escribe terminantemente Alexy: "La ponderación, solo bajo el supuesto de que sea racional, es un método adecuado e indispensable para determinar el contenido definitivo de los derechos fundamentales"<sup>55</sup>, y en aras de esa racionalidad llega a proponer la fórmula o ecuación matemática para pesar los principios en conflicto. En definitiva, los principios aportan al mejor derecho, exigido por la pretensión de corrección, subsando racionalmente los problemas generados por las reglas.

Es indiscutible que en la teoría del realismo jurídico nunca se defendió la idea de un derecho reducido a reglas en donde se contemplaban supuestos fácticos genéricos a los que se les imputaban ciertas consecuencias jurídicas; más bien, la tesis siempre fue que en el derecho además de reglas existían principios desde los que los juristas controlaban la validez de las reglas y generaban excepciones equitativas cuando la solución para el caso resultaba injusta. Más allá de expresiones principialistas en clave iusnaturalista como la de Del Vecchio en su conocida obra "Los Principios Generales del Derecho" en donde se los identifica con una "ratio iuris de carácter universal"<sup>56</sup>, nos interesa seguir aludiendo a una de las voces más reconocidas de esa teoría en nuestro tiempo que es John Finnis. El profesor de Oxford, si bien no es absolutamente claro en tanto su definición del derecho se asocia a reglas producidas ("law has been used with a focal meaning so as to refer primarily to rules made"<sup>57</sup>), sin embargo, hay espacio en su teoría para los principios: "la preocupación principal de una teoría de la ley natural es identificar de esa manera los principios y los límites del imperio del derecho, y encontrar las formas en que las leyes razonables, con toda su positividad y mutabilidad, han de ser derivados (no deducidos, normalmente) de principios inmutables-principios que reciben su fuerza de la razonabilidad, no de cualesquiera actos o acontecimientos originantes"<sup>58</sup>. Claro está que con aquel núcleo de primeros principios (communissima) no tenemos todavía derecho, y para tal fin, necesitamos del proceso de derivación, que según las enseñanzas tomistas, transita por el doble camino de la deducción o conclusión y el de determinación. Si bien Finnis admite los dos, le pone al primero fuertes restricciones, de modo que termina, en buena medida, identificándose o mezclándose con el segundo. Específicamente el profesor de Oxford menciona trece "principios generales del derecho"<sup>59</sup> (general principles of law) que son obtenidos por deducción desde los primeros principios, y esa proximidad los hace formar parte de la ley natural, más en concreto, esos trece principios formarían parte del ius gentium y "son esencialmente principios para sistemas de

---

<sup>54</sup> Robert Alexy "Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años" en "La doble dimensión del Derecho", ob.cit.p.66.

<sup>55</sup> Ibidem p.69.

<sup>56</sup> Giorgio del Vecchio "Los principios generales del derecho", Ed. Bosch, Barcelona, 1933, p.8, traducción Juan Ossorio Morales.

<sup>57</sup> John Finnis "Natural Law and Natural Rights" Oxford, Clarendon Press, 1992, p.276.

<sup>58</sup> John Finnis "Ley natural y derechos naturales" ob.cit.p.379.

<sup>59</sup> Ibidem p.314.

derecho positivo, y de hecho se han de encontrar virtualmente en todos esos sistemas”, pero esos principios exigen del juez y del legislador “innumerables elaboraciones que en la mayoría de los casos participa de la segunda forma de derivación. Esta segunda forma, la pura determinativa mediante una elección autoritativa más o menos libre, no solamente está ella misma conectada con los principios básicos... los bienes humanos básicos, sino que también está controlada por principios formales de amplio alcance y por otros principios estructurales (en forma tanto de primer orden como de segundo grado) que a su vez derivan de los principios básicos según la primera forma de derivación”<sup>60</sup>. En síntesis, Finnis además de los principios intrínsecos de la ley natural o derivados de ellos que se vinculan a los límites impuestos a la capacidad creadora del derecho, también emplea la distinción entre principios de primer grado y principios de segundo grado, privilegiando a éstos últimos que “tienen que ver con la interpretación y aplicación de otras reglas o principios”<sup>61</sup>, incluso los aludidos trece “principios generales del derecho” mencionados, son igualmente de segundo grado.

3.3. La moral o propósito racional del operador jurídico: Coincidimos totalmente con Josep Aguilo<sup>62</sup> cuando conecta concepciones teóricas del derecho con concepciones de ética judicial. Los autores neoconstitucionalistas que confían en la razón práctica, confían en el discernimiento racional de la mejor conducta, pero en el caso de la matriz dialógica propuesta por Alexy (inspirada en Habermas), una de las exigencias de la misma es la sinceridad de los participantes y la pretensión de alcanzar aquella verdad práctica; por ende, eso habla de una cierta exigencia moral del discurso moral que se hace presente en el discurso jurídico a tenor de que éste es un caso especial de aquel. Esas exigencias morales también se hacen presente cuando el juez pretende encontrar la respuesta correcta para el caso que debe resolver, de tal manera que si él afirma aquello en lo que racionalmente no cree y sólo pretende algún resultado ventajoso, estará asumiendo un camino jurídica y moralmente erróneo, o no plenamente discursivo. El profesor de Kiel es categórico en sostener que en las afirmaciones y decisiones jurídicas plantean necesariamente una pretensión de correcta, y negarlo no sólo implicaría una incorrección moral, además de contradicción performativa<sup>63</sup>. Frente a los riesgos de las éticas dialógicas de prescindir de la dimensión subjetiva de la moralidad es interesante traer a colación la palabra de una autorizada representante de dichas perspectivas, como lo es Adela Cortina quien afirma: “...creo que a lo largo de la polémica entre neor aristotélicos y neokantianos se ha ido configurando un concepto excesivamente pobre de ética procedimental, un concepto que puede ampliarse reconstruyéndolo desde las ideas de valor y télos, hasta dar lugar incluso a una ética de virtudes o de actitudes, que complementará el reciente discurso de Habermas sobre la justicia y la solidaridad...”<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> John Finnis “Ley natural y derechos naturales” ob.cit.p.316.

<sup>61</sup> Ibidem p.313.

<sup>62</sup> Josep Aguilo “Dos concepciones de la ética judicial” en Doxa, n° 32, ps.515 a 540.

<sup>63</sup> Robert Alexy “Teoría de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p.313.

<sup>64</sup> Adela Cortina “La ética discursiva”, en Historia de la Etica, ed. Victoria Camps, t.III, Editorial Crítica, Barcelona, 1989, p.554.

En el pensamiento clásico la verdad práctica requería de la intención recta, por eso Aquino destaca: "la verdad del entendimiento práctico se toma de distinta manera que la verdad del entendimiento especulativo, como se dice en el Libro VI de los *Éticos*. En efecto, la verdad del entendimiento especulativo se toma de la conformidad del entendimiento a la cosa conocida. Y como el entendimiento no puede conformarse infaliblemente a las cosas contingentes, sino sólo a las cosas necesarias, ningún hábito especulativo sobre cosas contingentes es virtud intelectual, sino sólo sobre cosas necesarias. En cambio, la verdad del entendimiento práctico se toma de la conformidad al apetito recto; conformidad que no tiene lugar en las cosas necesarias, que no dependen de la voluntad humana, sino solamente en las cosas contingentes, que pueden ser hechas por nosotros, bien sean actos interiores, bien sean operaciones exteriores. Por consiguiente la virtud del entendimiento práctico versa solamente sobre las cosas contingentes: sobre las cosas producibles, el arte, y sobre lo agible, la prudencia"<sup>65</sup>; precisa igualmente el Aquinate: "La prudencia se da realmente en la razón como en su propio sujeto, pero presupone, como principio, la rectitud de la voluntad"<sup>66</sup>.

También habla de virtudes judiciales Manuel Atienza "como ciertos rasgos de carácter que deberían poseer —y quizás posean— los jueces"<sup>67</sup> que posibilitan cierta anticipación o previsibilidad de las soluciones jurídicas para los casos concretos. El catedrático de Alicante, apoyándose en MacIntyre vincula el "buen juez" con esas virtudes judiciales, en cuanto cualidades adquiridas, cuya posesión y ejercicio promueven modelos de excelencia y la obtención de ciertos bienes internos para toda la comunidad que participa en la práctica del derecho. El núcleo de la tesis acerca de las virtudes judiciales es que hay ciertos rasgos adquiridos en el carácter o la personalidad de algunas personas que los hacen más idóneos para cumplir la función judicial; aunque aclara Atienza que "las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales..... las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial"<sup>68</sup>. De esa derivación final en la ética del juzgador también se hace cargo Perfecto Ibañez cuando afirma: "la legitimación del juez es legal, pero la forma necesariamente imperfecta en que se produce su sujeción a la ley, tiñe de cierta inevitable ilegitimidad las decisiones judiciales (Ferrajoli), en la medida en que el emisor pone en ellas siempre algo que excede del marco normativo y que es de su propio bagaje; creo que una última exigencia ética dirigida al juez de este modelo constitucional es que debe ser muy consciente de ese dato, para ponerse en condiciones de extremar el (auto) control de ese plus de potestad de decidir"<sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Tomás de Aquino "Suma Teológica", I-II, q. 57, a. 5, ad. 1.

<sup>66</sup> *Ibidem* I-II, q. 56, a. 2, ad. 3.

<sup>67</sup> Manuel Atienza "Virtudes judiciales" en "Jueces y Derecho", Compiladores: M. Carbonell-H. Fix-Fierro-R. Vazquez, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 17.

<sup>68</sup> Manuel Atienza "Ética Judicial" en *Cuestiones judiciales*, Fontamara, 2011, México, p. 153.

<sup>69</sup> Perfecto Ibañez "Ética de la función de juzgar" en *Ética de las profesiones jurídicas*, Fernández Fernández J.L. y Hortal Alonso A., Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2001, p. 79.

Admitir que dentro de las respuestas jurídicas disponibles cabe exigir racionalmente que se escoja la mejor, y que corresponde que sea derrotada o exceptuada la norma cuando su solución para el caso conlleva una solución absurda, supone conferir al derecho de una flexibilidad que le hace ganar en valor para la sociedad y sus integrantes. La presente conexión también tiene respaldo en la jurisprudencia constitucional argentina que reconoce la posibilidad de soluciones equitativas y que se procure siempre que prevalezca la más valiosa de las soluciones disponibles.

3.4. La objeción moral racional frente al derecho: En la visión del neoconstitucionalismo afirmando los derechos humanos como una juridicidad reconocida, universal e indisponible, no resulta tolerable la alternativa de una obediencia al derecho incondicional o sin considerar su contenido. La obediencia al derecho se plantea como un deber "prima facie", es decir derrotable, y así en autores como Dworkin se postula el respaldo moral y constitucional respecto a la desobediencia civil ejercida de buena fe por el disidente. Explícitamente Alexy reconoce que "la moral puede estar vinculada con el derecho positivo, en primer lugar, a través de la inclusión de principios y argumentos morales en el derecho; en segundo lugar, por medio de que el contenido posible del derecho sea delimitado por la moral; y, en tercer lugar, porque la moral fundamenta un deber de obediencia al derecho"<sup>70</sup>; y respecto a ésta última conexión precisa el profesor de Kiel: "Sólo los que conceden prioridad absoluta al valor moral de la seguridad jurídica no podrán admitir nunca que el deber moral general de obediencia al derecho pueda retroceder por razones morales. Todos los demás tienen arduos dilemas morales que resolver caso por caso"<sup>71</sup>, aunque reconoce que la cláusula que "la injusticia extrema no es derecho" permite a los no positivistas resolver los casos más graves y notorios.

El análisis de Carlos Nino sobre la obligación de obedecer el derecho parte de la tesis que el sistema jurídico –con las autoridades y sanciones que le son inherentes– se justifica en tanto y en cuanto él es un medio necesario para preservar y promover derechos humanos<sup>72</sup>, y prestando atención a los casos de un derecho democrático, distingue entre la situación del juez (u otro funcionario) y la del súbdito, para luego considerar la posición moral de un juez frente a un súbdito que se ha considerado moralmente facultado a desobedecer el derecho. Más allá de las sutiles distinciones que efectúa el profesor argentino, lo que interesa destacar es que no suscribe ninguna obligación absoluta de obedecer al derecho, y reconoce tanto la "objeción de conciencia" (opera cuando un individuo cree que una obligación jurídica está en conflicto con sus principios morales o religiosos) como la "desobediencia civil" (consiste en la inobservancia de normas jurídicas que se consideran injustas con el propósito de modificarlas).

Pasando a autores iusnaturalistas clásicos que no dudan en respaldar a los derechos humanos, recordemos que en Finnis el significado focal de autoridad queda vinculado –en terminología tomada de Raz– a "razón excluyente", por eso leemos: "En cualquier caso, la autoridad carece de utilidad para el bien común a menos que las disposiciones de los que poseen la autoridad (o las que surgen de la formación de reglas autoritativas consuetudinarias) sean tratadas como razones

<sup>70</sup> Robert Alexy "Derecho y Moral" en "La institucionalización de la justicia", Comares, Granada, p.18.

<sup>71</sup> Ibídem p.23.

<sup>72</sup> Carlos Nino "Ética y derechos humanos", Paidós, Buenos Aires, 1984, p.244.

excluyentes, i.e. como razones suficientes para actuar a pesar de que el súbdito no habría adoptado la misma disposición y aunque en realidad considere que la disposición existente es en algún aspecto (o en algunos aspectos) irrazonable, no plenamente conveniente para el bien común”<sup>73</sup>. Así también el profesor de Oxford reconoce la obligación moral prima facie de obedecer al derecho<sup>74</sup> y que las reglas jurídicas gozan de “fuerza excluyente”<sup>75</sup>, ésta última afirmación la avala con ejemplos tomados de Tomás de Aquino, aunque con la advertencia que San Buenaventura no coincidía en respaldar la propuesta de que un juez debe respetar el derecho aun cuando sabe que es inocente aquél que ha sido condenado por pruebas jurídicamente inadmisibles. Coherente con esas tesis, Finnis entiende que la proposición que “la ley que es defectuosa en su racionalidad es ley sólo en un sentido diluido”, no se ofrece “como aplicable inmediatamente en un tribunal de justicia (o en otro contexto intrasistemático)”<sup>76</sup>. De todo el marco teórico señalado, el profesor de Oxford concluye que “la objeción de conciencia no es un principio o fundamento generalmente válido para eximirse de la ley”<sup>77</sup>.

Más allá de la opinión de Finnis, estimamos que un complemento ineludible del análisis de la ley injusta es el derecho a la objeción de conciencia que cubre cierto incumplimiento de la norma jurídica en función de razones morales que puede invocar su destinatario. Ese derecho, cubre los reparos razonables del ciudadano o funcionario frente a la violencia moral que le provoca la prescripción en cuestión, y así el derecho como institución se pone al servicio de un auténtico bien común que no tolera sustancializar fines que fagociten al bien de las personas de carne y hueso. Para el iusnaturalismo clásico no puede haber dudas del valor racional o moral –también específicamente jurídico– que corresponde asignarle a la conciencia de aquél que debe obedecer a la ley<sup>78</sup>, y una manifestación de ese respeto al destinatario por sobre ficciones impuestas por el iuspositivismo legalista, puede ser que ya Tomás de Aquino justificaba a aquél que incumplía la ley por ignorancia no culpable dado que la ignorancia convertía al acto en involuntario<sup>79</sup>, y también se exime de pena cuando la involuntariedad es total o se disminuye la pena cuando hay una voluntariedad disminuída por flaqueza o pasión<sup>80</sup>. Es que si la ley es dictamen de la razón práctica, no parece posible aceptar un cumplimiento dogmático e indiscriminado de todos los destinatarios, incluídos a aquellos que sin poner en riesgo la subsistencia de la sociedad y el derecho, pueden aducir razones morales personales que justifican su pretensión de no cumplirla. De nuestra parte, no dudamos en brindarle amplia cobertura al derecho de objeción de conciencia que, en definitiva, responde a una perspectiva del derecho plenamente al servicio de cada hombre o ciudadano. El freno a la obligatoriedad de la norma se basa en el respeto a las convicciones morales del destinatario en la medida que ellas resulten racionales.

---

<sup>73</sup> J. Finnis “Ley Natural y derechos naturales”, ob.cit. p.380.

<sup>74</sup> *Ibidem* p.370.

<sup>75</sup> *Ibidem*

<sup>76</sup> *Ibidem* p.321.

<sup>77</sup> *Ibidem* p.317.

<sup>78</sup> Cfr. Jorge Guillermo Portela “La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia”, Educa, Buenos Aires, 2005.

<sup>79</sup> Tomás de Aquino, “*Quodlibetum*” 1,9,3.

<sup>80</sup> Tomás de Aquino “*Suma Teológica*” I-II, q.105, a.2

3.5. El saber jurídico como saber práctico: Más allá de los diversos saberes jurídicos pensamos que es conveniente centrar nuestra atención en los tres paradigmáticos: filosofía del derecho, ciencia del derecho y saber aplicativo, resolutorio o prudencial. Alexy se ha ocupado específicamente sobre “la naturaleza de la filosofía del derecho”<sup>81</sup>, definiendo a la filosofía como una reflexión general y sistemática sobre lo que existe (metafísica, o mejor: ontología), sobre lo que debe hacerse o es bueno (ética) y sobre cómo es posible el conocimiento de ambas cosas (epistemología). En cuanto a la filosofía del derecho en el profesor alemán, su especificidad reside en su objeto: el derecho, y en su propósito de responder sobre el concepto o la naturaleza (nota de la evolución) del mismo; ésta última cuestión se desglosa en dos problemas centrales: a) la pregunta por la entidad que tiene el derecho, y aquí aparecen la norma y el sistema normativo; y b) el problema de la validez del derecho que incluye sus dos dimensiones: por un lado, la real o fáctica (expedición autoritativa y eficacia social), y, por el otro, la dimensión crítica o ideal que indaga sobre la corrección, moralidad o legitimidad del derecho. Es interesante la confesión que hace Alexy en 2011, en el sentido que en sus obras juveniles (“Teoría de la Argumentación Jurídica” 1978 y “Teoría de los derechos fundamentales” 1985) había asumido enfoques anti-esencialistas<sup>82</sup>, que atribuye a la influencia analítica de su maestro Günther Patzig y a la filosofía crítica de Habermas, pero que luego se abrió al problema de la naturaleza del derecho, y no simplemente de su concepto o definición. E incluso el profesor alemán admite que “la filosofía jurídica no puede evitar hacer frente a preguntas metafísicas”<sup>83</sup>, por eso para sostener los derechos se requiere de alguna metafísica. Completamos esas consideraciones recordando que Alexy reivindica las conexiones que tiene la filosofía del derecho con las otras ramas de la filosofía práctica (filosofía moral y política). Además de filosofía del derecho, Alexy reconoce explícitamente a la ciencia del derecho, con sus seis relevantes funciones en y para el derecho: estabilización, progreso, descarga, técnica, control y heurística<sup>84</sup>. Por supuesto que también en la gnoseología alexyana hay un papel especial para la aplicación del derecho en función de los casos<sup>85</sup>, procurando siempre –como se vio– la mejor respuesta jurídica, o con mayor precisión: la tesis de la respuesta correcta como “idea regulativa” de la razón.

A los fines de señalar la perspectiva gnoseológica del realismo jurídico clásico hay que partir que el derecho cuenta con distintos niveles de generalidad y universalidad, desde los primeros principios a las conclusiones obtenidas por razonamientos dialécticos o retóricos que parten de premisas verosímiles o plausibles, en tanto aprobadas por todos, por la mayoría o los sabios, por ende, recordando la central enseñanza aristotélica que “es propio del hombre instruido buscar la

---

<sup>81</sup> Cfr. Robert Alexy “La naturaleza de la filosofía del derecho”, *Doxa* 26(2003), ps. 145-160.

<sup>82</sup> Robert Alexy “Algunas reflexiones en torno a cómo mi pensamiento jurídico ha ido desarrollándose con el paso de los años” en “La doble dimensión del Derecho”, *ob.cit.* p. 77

<sup>83</sup> *Ibidem* p. 83

<sup>84</sup> Robert Alexy “Teoría de la argumentación jurídica”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 255, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo de “Theorie der Juristischen Argumentation”, Suhrkamp, 1978

<sup>85</sup> Cfr. Laura Clérico “Los casos en el modelo de la ponderación orientado por reglas. El modelo alexyano de la ponderación con el modelo especificacionista de Moreso” en “La doble dimensión del Derecho”, *ob.cit.* ps. 205-244



exactitud en cada género de conocimiento en la medida en que lo admite la naturaleza del asunto....tan absurdo sería aprobar un matemático que empleara la persuasión como reclamar demostraciones exactas a un retórico<sup>86</sup>; puede fácilmente concluirse la procedencia de distintos tipos de saberes jurídicos, aunque queda claro que en materia de ciencia jurídica específica ella encuentra escasa resonancia en la tradición. De todas maneras, autores de la escuela, como Martínez Doral<sup>87</sup> se han esforzado por establecer la diferenciación entre filosofía jurídica, ciencia jurídica y prudencia jurídica, e incluso dicho autor español, alude a que la “cultura jurídica” consistiría en la unidad y síntesis de esos tres modos de conocimiento jurídico. Massini, asumiendo una concepción analógica de la ciencia, admite la posibilidad de una ciencia jurídica en tanto se estudie crítica y valorativamente el derecho positivo desde la perspectiva de los principios jurídicos universales, o sea, un saber que dependerá de la filosofía en tanto debe asumir esos principios, pero que también resultará “explicativo en la medida en que se descubra las causas de la realidades jurídicas y universal, en cuanto trascienda la contingencia y singularidad de un sistema jurídico determinado”<sup>88</sup>. Por parte de Finnis, su perspectiva gnoseológica es amplia y variada, así apela a la colaboración entre la filosofía práctica y la ciencia social descriptiva sobre los aspectos técnico-procedimentales, de modo que el “punto de vista interno” del spoudaios no sólo necesita de la filosofía, sino que se requiere conocer el derecho positivo y vigente de la sociedad en el que se pronuncie. Aquellos saberes jurídicos a medida que descienden a los problemas concretos y circunstanciados van aumentando en practicidad y en las notas que caracterizan a dicho saber, por eso leemos en Aquino “Acercas de los actos humanos sobre los que versan los juicios y son exigidos los testimonios, no pueden darse una certeza demostrativa, ya que dichos actos tiene por objeto cosas contingentes y variables, y, por lo tanto, es bastante la certeza probable, que alcance la verdad en la mayoría de los casos”<sup>89</sup>.

En la causa “Portillo” la Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró el derecho a la objeción de conciencia, y de ese modo, se adaptó el derecho a las convicciones racionales íntimas de los destinatarios como para que su cumplimiento no le genere perjuicios innecesarios y evitables. Es doctrina jurisprudencial que el fin del derecho es servir al hombre y a su sociedad, de manera que sin daño a la sociedad corresponde eximir el cumplimiento de la norma cuando lo resiste aquello en lo que cree racionalmente su destinatario.

3.6. Medios morales racionales para la eficacia del derecho: Esta última conexión nos introduce no tanto en temas conceptuales, sino más bien, de orden fenoménico, histórico o empírico. Nos referimos a que el derecho tradicionalmente ha confiado su eficacia en la coerción, o sea en la amenaza de que se le infringirá un daño al que no lo respeta. Kelsen identificó la juridicidad con la coerción y afirmó: “Decir que un orden jurídico es eficaz significa simplemente que la conducta del agente se ajusta a dicho orden”. Sin embargo, a los mismos fines de la eficacia, han ido apareciendo en el último tiempo el empleo de medios que se toman del campo moral racional, tales como

---

<sup>86</sup> Aristóteles “Ética a Nicómaco” I,3,1094, b 12.

<sup>87</sup> Cfr. J.M. Martínez Doral “La estructura del conocimiento jurídico”, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963.

<sup>88</sup> Carlos I. Massini “La prudencia jurídica”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 119.

<sup>89</sup> Tomás de Aquino “Suma Teológica”, II-II, q, 70, a. 2.

apelar al arrepentimiento del agresor, al perdón de la víctima, a rendir homenaje al ofendido, a exigir capacitación de las autoridades, etc. En efecto, estamos aludiendo a la llamada justicia restaurativa, a la justicia transicional y también al repertorio de decisiones que por ejemplo se incluyen en algunas de las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (pedidos públicos y formales de disculpas o asunción de culpas, cursos de capacitación, levantar monumentos o recordatorios, etc). Se trata en definitiva, de procurar restablecer racionalmente los lazos sociales dañados apelando a gestos o comportamientos que traduzcan un propósito justificado en orden a la mejor convivencia. Se busca comprometer en la solución de los problemas jurídicos a la sociedad, a las víctimas y a las familias, y así el juez, la policía y la sanción pasan a un segundo plano y el protagonismo lo adquieren la víctima, el ofensor y sus contextos sociales. Quizás, este nuevo recurso en manos de los juristas guarde relación con el reclamo que hiciera el Bobbio de la "teoría funcional"<sup>90</sup> de pensar en un derecho preventivo y premial, y no solo un derecho a posteriori y sancionatorio.

4. CONCLUSIÓN. Más allá de algunas precisiones o correcciones que nos atreveríamos a hacer a un artículo de E. Pattaro<sup>91</sup> en el que analiza críticamente un trabajo de N. Bobbio sobre "la racionalidad en el derecho", nos parece que puede con utilidad reproducirse las cuatro concepciones que identifica sobre el modo de entender las relaciones entre razón y derecho: 1) iusnaturalismo racionalista del XVI y XVII: la razón humana es capaz de conocer principios verdaderos y evidentes del derecho (razón fuerte) y deducir desde ellos de manera rigurosa conclusiones necesarias (razón fuerte); 2) Tomás de Aquino: la razón humana es capaz de conocer principios verdaderos y evidentes del derecho (razón fuerte), pero no es capaz de derivar de ellos conclusiones necesarias, sino solamente plausibles (razón débil) frente a problemas jurídicos concretos; 3) Perelman: la razón humana es capaz de conocer solamente principios verosímiles o aceptables del derecho (razón débil) y puede alcanzar conclusiones plausibles, pero no necesarias (razón débil); y 4) Peczenik, Aarnio: la razón humana es capaz de conocer solamente principios verosímiles y aceptables del derecho (razón débil), pero desde ellos puede alcanzar conclusiones necesarias (razón fuerte).

A tenor de lo manifestado en el presente artículo, creemos que podemos arribar a las siguientes conclusiones:

4.1. Además de razón teórica hay razón práctica que tiene por objeto responder las preguntas referidas al bien y a la justicia. Puede resultar de interés destacar los desarrollos que en materia de esa facultad cognoscitiva humana se comprueban en las tres últimas décadas del siglo XX a punto que se habla en la filosofía de una "rehabilitación de la razón práctica" inspirada preferentemente en Kant o Aristóteles.

---

<sup>90</sup> Cfr. "La teoría funcional del derecho en Norberto Bobbio" en mi libro "Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, ps. 125-166.

<sup>91</sup> Enrico Pattaro "La razón en el derecho. Comentario a Norberto Bobbio", *Doxa* 2 (1985), ps. 147-152. En la cuarta concepción Pattaro incluye a Alexy junto a Peczenik y Aarnio, pero ello nos parece discutible.

4.2. La racionalidad práctica permite enjuiciar las morales sociales en orden a su respaldo o cuestionamientos. Sin duda, que las fórmulas utilizadas en los Tratados de Derechos Humanos reconociéndolos (no creándolos) como universales e inalienables, implican un respaldo a los límites racionales indisponibles que tiene una autoridad que pretende pronunciarse en esos temas que además de jurídicos, son también morales o racionales.

4.3. La racionalidad práctica tiene una dimensión sustantiva o material que impacta en el contenido del derecho que se crea o aplica, pero también una dimensión procedimental o formal que se hace presente exigiendo un determinado modo o camino a la hora de la formulación del derecho. Esa racionalidad práctica es inescindiblemente además de jurídica, también política y moral, en tanto su criterio central es el bien o la justicia real, sin ningún riesgo de juridicismo o insularismo jurídico (Nino).

4.4. Desde el realismo jurídico clásico se afirma que el derecho es inescindible de la vida social y su objeto es que a cada uno se le respete lo que le corresponde procurando el buen vivir en sociedad, por ende, la ley injusta solo puede ser considerada ley en un sentido impropio pero no focal, y en caso, de que esa irracionalidad resulte grave corresponde desconocerla. En clave alexyana el derecho implica la institucionalización de la razón práctica discursiva, por ende, conlleva la pretensión de corrección, y así cuando se supera el umbral de la injusticia extrema se aborta la posibilidad de crear derecho.

4.5. En el derecho vigente además de reglas que prevén soluciones jurídicas a ciertos casos genéricos, están los principios que no contemplan supuestos fácticos determinados pero que posibilitan la obtención de las mejores respuestas jurídicas. En Alexy esos principios son "mandatos de optimización", en tanto reclaman de los juristas que escojan racionalmente la mejor respuesta, contando para ello de reglas racionales para la ponderación de los principios en conflicto. El realismo jurídico clásico nunca adoptó una visión estrictamente normativista, en tanto el derecho que se ponía en la sociedad se derivaba prudencialmente para los casos, buscando la justicia y el bien común político, aportando la retórica a la aceptación de esa solución jurídica.

4.6. Entrar a un discurso con pretensión de obtener racionalmente la mejor o más justa solución para un problema jurídico, implica en el jurista un propósito coherente con ese objetivo. La verdad práctica en el iusnaturalismo realista requiere del juicio racional prudente que apela a la rectitud del querer o de la voluntad, por eso la certeza que proporciona la prudencia es "intelectual-afectiva"<sup>92</sup>. Por supuesto, que cuando hay el hábito de la prudencia la obtención del juicio bueno o justo se logra con prontitud, facilidad y agrado. También Alexy o Habermas contempla para el diálogo racional ciertas exigencias éticas de los que intervienen en el mismo, entre ellas la sinceridad dado que lo que afirman debe hacerse con la convicción que es lo correcto. Más claramente, autores neoconstitucionalistas como Atria llega a postular virtudes judiciales en orden a realizar del mejor modo el trabajo del jurista.

---

<sup>92</sup> Santiago Ramirez "La prudencia", Palabra, Madri, 1978, p.46.

4.7. Resultaría irracional exigirle al destinatario del derecho que cumpla con el mismo a pesar de los daños que el mismo le genera a tenor de sus convicciones morales racionales. No se trata de caprichos o convicciones irracionales o absurdas, sino de reparos al cumplimiento que lucen justificados, por ende, cabe eximirlo en base a la objeción de conciencia formulada. Por supuesto que más allá de contemplar esa posibilidad, siempre será necesario visualizar y ponderar las circunstancias en la que se esgrime aquella pretensión. Se trata en definitiva, de otra manifestación del derecho de respetar los obstáculos racionales a su cumplimiento, en tanto que éste sólo se reclama dogmática e irracionalmente. Las teorías neoconstitucionalistas no dudan en una ratificación amplia de ese reclamo racional implicado en la objeción de conciencia, pero también ésta resulta coherente con la perspectiva propia del iusnaturalismo realista.

4.8. Reconociéndose la razón práctica, y habiendo surgido el derecho desde esa matriz, resulta sencillo concluir que el saber jurídico es práctico, por ende, asume valoraciones y se preocupa para que el derecho sea el mejor. Ese propósito cognoscitivo es variado, yendo desde la filosofía jurídica hasta el saber aplicativo, pasando por el nivel propio de la ciencia jurídica que no se limita a describir sino que también le interesa la crítica y mejora racional del derecho. Hacer lecturas iusfilosóficas no sólo resulta imprescindible en orden a saber cual es la "naturaleza" del derecho, sino que ese esfuerzo cognoscitivo incluye la presencia de la metafísica si se pretende sostener tesis como la de los derechos humanos.

4.9. El cambio de paradigma en el Estado, el Derecho y el Jurista en orden a reforzar las conexiones entre los problemas jurídicos y la racionalidad de su solución, no sólo se revela en el terreno de los conceptos, sino también en el campo más institucional. Una prueba de ello lo constituye la justicia restaurativa, la justicia transicional y los medios reparadores incluídos en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en donde se deja de confiar sólo en la coerción jurídica y se buscan medios que busquen la reconciliación o la reparación que racionalmente aparece justificada en orden a la mejor convivencia.

4.10. Afirmar la racionalidad en el derecho le brinda al mismo un valor superior y evita exigencias injustificables o ininteligibles para la sociedad, y así el derecho se constituye en un medio y no en un fin en sí mismo.