

Repensar el Derecho hoy: entre la categoría  
rosminiana del deber y el jurisprudencialismo  
de Antonio Castanheira Neves

*Reconsidering the Law today: between the Rosminian  
category of duty and the Antonio Castanheira Neves's  
jurisprudentialism*

Por ANGELO ANZALONE  
Universidad de Córdoba

**RESUMEN**

*En este trabajo reflexionaremos sobre las potencialidades que algunas propuestas filosóficas presentan para abordar una mejor comprensión de lo jurídico. Nos referiremos especialmente a las categorías que Antonio Rosmini utilizó para rescatar la importancia del sentido del deber y a las que, más recientemente, Antonio Castanheira Neves propone para una relectura axiológica del derecho. Todo ello será útil para considerar los posibles riesgos que los actuales modelos de conocimiento jurídico presentan, con particular referencia a los planteamientos meramente científicos y teóricos.*

Palabras clave: *Filosofía. Derecho. Crisis. Jurisprudencia. Comunidad. Juristas.*

**ABSTRACT**

*In this work we will reflect on the potential that some philosophical proposals have for a better understanding of the juridicity. We will refer especia-*

*lly to the categories that Antonio Rosmini used to rescue the importance of the sense of duty and to which, more recently, Antonio Castanheira Neves proposes by an axiological rereading of Law. All of this will be useful to consider the possible risks that current legal knowledge models present, with particular reference to purely scientific and theoretical approaches.*

Keywords: *Philosophy. Law. Crisis. Jurisprudence. Community. Jurists.*

**SUMARIO:** 1. HOMBRE-PENSAMIENTO-DERECHO: ¿UNA RELACIÓN EN CRISIS? A MODO DE INTRODUCCIÓN. – 2. APUNTES PARA UN DERECHO TEMPLADO Y RESPONSABILIZADO. – 3. HECHOS Y DERECHOS, VALORES Y DEBERES. INGREDIENTES PARA UN PERSONALISMO AXIOLÓGICO (I): BREVES REFERENCIAS AL PRECEDENTE ROSMINIANO. – 4. INGREDIENTES PARA UN PERSONALISMO AXIOLÓGICO (II): EL JURISPRUDENCIALISMO DE ANTONIO CASTANHEIRA NEVES. – 5. EL DERECHO COMO (ÚNICA) ALTERNATIVA HUMANA. REFLEXIONES FINALES.

**SUMMARY:** 1. MAN-THOUGHT-LAW: A RELATIONSHIP IN CRISIS? BY WAY OF INTRODUCTION. – 2. NOTES FOR A TEMPERATE AND RESPONSIBLE LAW. – 3. FACTS AND RIGHTS, VALUES AND DUTIES. INGREDIENTS FOR AN AXIOLOGICAL PERSONALISM (I): BRIEF REFERENCES TO THE ROSMINIAN PRECEDENT. – 4. INGREDIENTS FOR AN AXIOLOGICAL PERSONALISM (II): THE ANTONIO CASTANHEIRA NEVES'S JURISPRUDENTIALISM. – 5. LAW AS (ONLY) HUMAN ALTERNATIVE. FINAL THOUGHTS.

## 1. HOMBRE-PENSAMIENTO-DERECHO: ¿UNA RELACIÓN EN CRISIS? A MODO DE INTRODUCCIÓN

Hace más de un siglo que Domenico Lanna, atento estudioso de Gambattista Vico y admirador del pensamiento tomista (al que atribuía eterna juventud), advirtió sobre la posible crisis del pensamiento filosófico-jurídico. En este sentido, el sacerdote de Caivano (Nápoles) percibía que el pensamiento crítico y el dominio de la filosofía habían sido invadidos por un sentimiento de abandono y desconfianza, abriéndose paso un mundo de meras opiniones, apariencias y verdades relativas o contradictorias. La necesaria referencia a la realidad objetiva iba desapareciendo y el problema especulativo del pensamiento y de la acción se iba suprimiendo; un terreno muy fecundo, por tanto, para el surgimiento de actitudes agnósticas que necesitaban aferrarse a alguna entidad asequible y demostrable<sup>1</sup>. El positivismo

<sup>1</sup> LANNA, D., «La crisi attuale della filosofia del diritto in uno studio ricostruttivo del prof. Biavaschi», *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, vol. 14, n. 3/4 (maggio-agosto 1922), p. 301.

jurídico, en efecto, reduciendo la realidad del derecho a la fuente normativa, esa entidad (ahora sí) descriptivamente asequible, no hizo otra cosa que separar el derecho de la moral y, de este modo, rescató lo jurídico de los debates (presuntamente) ideológicos; estos debían quedar confinados en las disputas de la Ética, para no restar certeza, autoridad y fuerza a la ley jurídica, ni a su productor, a su intérprete o a su aplicador. La Ciencia del Derecho, en este escenario, expulsaba de su seno la cuestión de los principios y, no solo epistemológicamente sino también ontológicamente hablando, eludía el problema de los valores o de la justicia como valor.

No obstante, los tiempos que vivimos parecen ofrecer orientaciones doctrinales críticas que, movidas por el afán de superar el racionalismo nomocéntrico de la dogmática estéril y peligrosa, así como el empirismo tecnocrático del utilitarismo, desean rescatar la tradicional aproximación filosófica al derecho, considerando este último como un fenómeno complejo, dinámico y abierto al diálogo (hacia dentro y hacia fuera). El derecho, así, no vive su dimensión de máxima certeza en la mera manifestación de la voluntad política de turno, siendo, en realidad, la manifestación de un complejo sistema lingüístico, histórico, filosófico, científico, jurisprudencial, práctico y teórico. El hombre de hoy debe aceptar que el dinámico, elástico y objetivo *ethos* jurídico, solo puede ser entendido y cortejado mediante un profundo cultivo de la cultura jurídica<sup>2</sup>. Por esta razón debería mantenerse, hoy más que nunca, la necesidad y la urgencia de las enseñanzas filosóficas en los modelos educativos, en general, y jurídicos, en particular. El jurista debe buscar el adecuado espacio para pensar y reflexionar sin dejarse devorar pasivamente por contextos sociales confusos, simplistas, políticamente mediocres, economizados y técnicamente juridificados; en suma, el jurista no debe ser reducido a un tecnócrata incapaz de entender crítica y culturalmente el derecho.

Probablemente se trate de una crisis, ya que, por una parte, y como hemos visto, el sacerdote Lanna iba avisando en ambientes transalpinos y, por otra, Delfim Santos, hace más de medio siglo, advertía en contextos lusitanos sobre los aspectos algo atípicos de la crisis cultural a la que nos íbamos a enfrentar. Según el filósofo portugués, vivir una crisis de

---

<sup>2</sup> En este sentido, ha sido observado que «La cultura jurídica es la memoria de los juristas, y hay pocas cosas más peligrosas que un jurista sin memoria, es decir, un experto en leyes o un habilidoso manejador de formularios que confunde los principios con los aforismos... Hay una «arqueología del pensamiento jurídico» que conviene preservar y no aplastar con el hormigón del olvido, de las ocurrencias, y del adanismo jurídico. Es preciso tener a la vista esa arqueología, cuidarla, conocerla y recordarla, incluso aunque su cuidado suponga frenar nuevas edificaciones ansiosas de erguirse, porque en sus yacimientos encontramos explicaciones convincentes que nos recuerdan cómo somos y hacen ver hacia dónde estamos yendo». PASQUAU LIANO, M., «Cultura jurídica y memoria de los juristas», *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 30, 2018, pp. 5-6.

ese tipo, normalmente, equivale a percibir un conjunto de valores culturales como incapaces para adecuarse al ideal que se pretende realizar; del mismo modo, una crisis puede implicar la percepción de la insuficiencia de un cierto ideal con respecto al sistema de valores preexistente. No obstante –y aquí encontraríamos lo atípico que caracteriza la experiencia contemporánea– se da la paradoja que nuestros tiempos presentan una crisis cultural de otro orden, ya que, si los hombres de un pasado no tan lejano caminaban poco seguros hacia metas claras y bien definidas, los hombres de hoy, en cambio, andan muy seguros, pero hacía metas poco claras, imprecisas y vagas. Como diría el pensador portugués, nuestra crisis es una aventura a la que le falta rutina, un querer al que le falta objeto, una aspiración de tipo meramente estético<sup>3</sup>. Ahora bien, si todo esto fuera cierto, deberíamos preocuparnos, pues no sería desacertado afirmar que un uso impropio de la materia jurídica, así como la promoción de ambientes jurídicos incultos, puede llegar a afectar la tutela jurisdiccional y efectiva de los derechos. Será necesario rehabilitar el genuino pensamiento jurídico, en sus clásicas formas abiertas al devenir y a las demandas ético-comunitarias, para que el jurista pueda obrar recta y virtuosamente en el ejercicio de su rol, mediante unas dinámicas apropiadas y con el manejo de unas categorías críticas que resulten cónsonas a la responsabilidad que le es intrínseca.

Desde una perspectiva histórica, la experiencia jurídica ha conocido soluciones de diferente índole sobre cómo hacer el derecho y sobre los modos de conocer el derecho. Esto se debe a que la vida jurídica participa de los binomios producción-interpretación y conocimiento-aplicación, tratándose de distintos momentos, no opuestos, que siguen atormentando autores y escuelas que, en ocasiones a sabiendas y en otras no, realizan un viaje entre categorías abstractas y manifestaciones concretas de la juridicidad. Esta dialéctica, en efecto, sirve para comprender que en el derecho viven dos momentos, uno cognitivo (teórico y necesario) y otro práctico, y para aceptar una yuxtaposición, entre teoría y práctica, entre abstracción y concreción, que no es oposición ni síntesis cerrada, sino enlace comunicativo que permite comprender la complejidad de la vida jurídica: conocimiento y acción, configuración teórica y desarrollo práctico. En este sentido, ha sido afirmado que el derecho, en abstracto, es pensamiento que, precediendo la acción, proyecta las acciones posibles, en un proceso nunca perfecto y cerrado<sup>4</sup>. La legalidad, por tanto, se

---

<sup>3</sup> Cfr. SANTOS, D., «Meditação sobre a Cultura», en *Obras Completas*, Tomo III, 2.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, pp. 395-397.

<sup>4</sup> Cfr. BATTAGLIA, F., *Curso de Filosofía del Derecho*, vol. II, trad. de Elías de Tejada, F., y Lucas Verdú, P., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1951, p. 109. Sobre las tensiones existentes entre categorías abstractas y manifestaciones concretas de lo jurídico, resulta interesante el estudio realizado por FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E., «Derechos humanos: del universalismo abstracto a la universalidad concreta», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 41, 1999, pp. 57-88.

manifiesta como momento abstracto de un proceso que desea asegurar cierta coherencia, adelantando y organizando el conjunto de las acciones posibles; una especie de esquema «lógico-normativo de las acciones posibles»<sup>5</sup> que pretende asegurar las condiciones de vida de la sociedad según una determinada estructura, evitando, básicamente, que la acción quede entregada al capricho.

Debemos reconocer que la experiencia jurídica moderna demuestra como la elaboración del mencionado proceso sea cosa del Estado, entidad que, habiendo conseguido ubicarse al centro de la vida social, ha atraído y poseído las múltiples manifestaciones sociales, coordinándolas en la suya<sup>6</sup>. A este respecto, Paolo Grossi señala que ese mero accidente histórico (el Estado) no debe justificar una concepción de derecho como simple conjunto de mandatos, ya que el derecho nace antes que la regla técnico-normativa, en el sentido que emana de un mundo relacional de posiciones y coordenadas con capacidad autoordenadora<sup>7</sup>; así, deberíamos entender que nunca podrá darse regla alguna que presupuesta a la acción sea su fiel espejo; es decir, no puede haber manifestación abstracta del derecho que preordinando la sociedad sea la sociedad. Este giro crítico puede resultar útil para sostener que, a pesar de su inclinación a consolidarse en un texto, no deberíamos reducir el derecho a «corteza reseca, privada de la vivificadora linfa vital que discurre por debajo»<sup>8</sup>, pues el mandato (insistimos, abstracto) solo es una orientación para la actividad práctica, auténtico motor creativo del *ethos* jurídico que no siempre se desvela anticipadamente<sup>9</sup>. Por tanto, y aunque en nuestros tiempos (¿de crisis?) resulte indudable que la manifestación normativa del derecho represente un aspecto central del proceso jurídico, creemos que dicha expresión no puede ser consagrada como exclusivo modo de vida de la juridicidad, siendo importante no confundir las manifestaciones formales del derecho con las encarnaciones de este.

Vaya por delante que no constituye objetivo de este humilde trabajo detallar, en su caso, sobre el tipo concreto de crisis que estaría atravesando el pensamiento jurídico<sup>10</sup>. En este sentido, con razón

<sup>5</sup> BATTAGLIA, F., *op. cit.*, p. 113.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 95-96.

<sup>7</sup> GROSSI, P., *La primera lección de Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 31-32.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>9</sup> Cfr. BATTAGLIA, F., *op. cit.*, p. 100.

<sup>10</sup> Tal y como el lector podrá comprobar, en este trabajo, y con peculiar referencia a los dos primeros epígrafes, se dedica algo de espacio a la crítica a la mera opinión y a las verdades relativas, a la recuperación de la tradicional aproximación filosófica al derecho, a la posible crisis cultural que vivimos y a la perspectiva histórica sobre cómo hacer y conocer el derecho. Todo ello con el objetivo final de presentar los postulados de dos grandes pensadores: el primero, perteneciente al tradicional panorama filosófico-jurídico y político italiano; el segundo, más reciente y en gran auge en contextos ius-filosóficos portugueses. En ambos casos, y desde nuestro humilde punto de vista, trataremos de explicar cómo sus propuestas pueden representar dos alternativas muy adecuadas a las tendencias formalistas, utilitaristas o analíticas.

ha sido afirmado que el término «crisis parece haberse instalado como una losa en nuestra conciencia y que se ha llegado a trivializar su significado en muchos aspectos»<sup>11</sup>; para ello, por tanto, es de justicia remitir a estudios bastante más lúcidos y recientes que han querido demostrar el modo en que la Filosofía del Derecho ha sufrido una verdadera «crisis de identidad»<sup>12</sup>, quizás por la necesidad de seguir las tendencias cambiantes del pensamiento humanista, en general, y las circunstancias o demandas científicas, culturales y sociales de referencia, en particular. En esta sede, realmente, se pretende avisar sobre el cortocircuito que el derecho –desde sus raíces, en su estructura y en su sistema actual– corre el riesgo de sufrir, ya que su esquizofrenia interna no hace otra cosa que anunciar la crisis del hombre mismo; este, en lugar de perseguir su primordial objetivo ético-comunitario, cuál sería la materialización de un proyecto de civilización constante –en libertad, solidaridad, dignidad, humildad y mediante una participación activa en los procesos de tomas de decisiones– prefiere esperar (o incluso requerir) la reiterada y cotidiana intervención del Estado Providencia. Un escenario perfecto para que se produzca la consecuente cooptación del derecho por otros sistemas socio-normativos, transformándolo en un sistema de normas meramente regulatorio al servicio de fines políticos, económicos, esporádicos y, no pocas veces, caprichosos; es así, en efecto, que la sumisión del derecho a otros sistemas sociales y normativos podría llegar a ser el definitivo cortocircuito de la auténtica juridicidad, tal y como la sumisión del hombre a cualquier otro fin que no sea él mismo representaría la negación de la idea de persona<sup>13</sup>. ¿Será posible reivindicar la autonomía del derecho y de la persona humana? ¿Seguirá siendo factible un discurso filosófico-jurídico que no sea axiológicamente indiferente? ¿Quedará alguna posibilidad para exigir una fundamentación crítica y éticamente humana para el derecho? Entre la consideración crítica de lo jurídico y su contemplación cognitiva media un abismo; dado el alto volumen de tendencias del segundo tipo, creemos oportuno presentar aquí –sin renunciar previamente a un breve esbozo del posible marco temático para poder encuadrarlas, leerlas y comprenderlas– algunas orientaciones que han querido rescatar la opción crítica, personalista y axiológicamente sólida.

<sup>11</sup> LLOREDO ALIX, L. M., «La Filosofía del Derecho en tiempos de crisis: en torno al estatus epistemológico de la filosofía jurídica», *Revista telemática de filosofía del derecho*, núm. 16, 2013 p. 110.

<sup>12</sup> GARCÍA FIGUEROA, A. J., «Un punto de vista más sobre la filosofía del Derecho», *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 19, 2002, pp. 333-356; y nuevamente LLOREDO ALIX, L. M., *op. cit.*, pp. 109-133.

<sup>13</sup> COELHO, N. M. M. S., «O princípio ontológico da historicidade radical e o problema da autonomia do direito: ensaio de aproximação filosófica do jurisprudencialismo», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, núm. 47, 2005, p. 246.

## 2. APUNTES PARA UN DERECHO TEMPLADO Y RESPONSABILIZADO

Leyendo el título de este epígrafe, el lector puede pensar que por «derecho templado» nos referimos a la misma idea de «diritto mite» (derecho dúctil) de Gustavo Zagrebelsky. En efecto, podríamos admitir que «templado» es el término que mejor se acerca a la idea de «mite», particularmente si nos referimos al modo de actuar de los hombres y al conjunto de fenómenos que son productos de su acción común: una persona templada sería ciertamente más fiable, en cuanto sensata, de una persona dúctil, pues en este último caso esa persona se podría prestar incluso a transformaciones inesperadas. Pero no queriendo entrar en estos tipos de cuestiones, y dejando al margen estas breves notas aclaratorias, retomamos el objetivo y vamos a ver si es posible apelar a un derecho sensato, responsable y responsabilizado, en su elaboración formal y en su vivencia material. Todos sabemos que el fenómeno jurídico inunda nuestras vidas y está presente en todos los rincones del obrar humano; el derecho, en este sentido, es invasivo, pues es molesto, como todo lo heterónomo. La invasión e inundación de materia jurídica es el resultado de un conjunto de decisiones que, dependiendo de la peculiar forma de organización política de cada contexto histórico-social, serán tomadas por el pueblo (al menos ficticiamente y a través de sus representantes). Ahora bien, no nos engañemos, no se trata de un modelo tan simple y armónico, ya que las tomas de decisiones en derecho son tareas propias de numerosos protagonistas y actores sociales. Tomar una decisión implica ciertas responsabilidades y consecuencias, piénsese, por ejemplo, a la actividad decisoria del legislador, quien utiliza «el lenguaje de la decisión abstracta y general, dirigida a ordenar el Estado como una totalidad armónica», o la del juez, quien utilizará «el lenguaje de la decisión concreta, dirigida a particularizar el contenido de la decisión abstracta, poniéndola en contacto con la vida real»<sup>14</sup>. En ambos supuestos entran en juego la responsabilidad y la necesaria sensatez, ya que: en el primer caso se trabaja y reflexiona sobre el «hombre abstracto», mientras que en el segundo no se «opera con abstracciones más o menos idealizadas, sino con la realidad viva y palpitante de cada caso»<sup>15</sup>. Tal y como ha sido observado por Gregorio Robles, es innegable que toda decisión implica una teoría de la decisión que, a su vez, abordará una teoría de la justicia, es decir una teoría de los valores y de los aspectos materiales que toda decisión contiene<sup>16</sup>. Es innegable, en efecto, que la actividad legislativa se dirige a la ordenación de la

---

<sup>14</sup> ROBLES, G., en *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 1, Ejemplar dedicado a: Problemas abiertos en la filosofía del Derecho, 1984, pp. 203-204.

<sup>15</sup> ROBLES, G., «La decisión en el Derecho y la tópica jurídica», *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universidad de Palma de Mallorca, núm. 6, 1983, pp. 109-110.

<sup>16</sup> «Orto de la decisión es la implantación de valores» y «esta es una reflexión sobre el Derecho que debe ser teniendo en cuenta las coordenadas reales de la socie-

vida social, presentando un ineludible contenido político-valorativo; del mismo modo, la función judicial se propone resolver la complejidad del momento hermenéutico, reconstruyendo la previsión jurídica abstracta y concretizándola a la luz de sus coordenadas histórico-sociales<sup>17</sup>. En ambos casos entran en juego valores, prudencia, responsabilidad y sensatez, es decir las más profundas raíces y el auténtico contenido de las manifestaciones de lo jurídico.

Paolo Grossi ha definido los valores como aquellos principios o comportamientos resaltados y seleccionados por la consciencia colectiva entre otros muchos principios o comportamientos, siendo el resultado de una operación selectiva y espontánea que consiente alejar o aislar algunos principios del mundo de la relatividad, elevándoles a modelos a seguir; una operación, como decimos, espontánea, que la sociedad lleva a cabo para solidificar, en su devenir histórico, un cierto patrimonio ético. Y es en virtud de estas características, básicas y originarias, que los valores se presentan como realidad radical, es decir con raíces, siendo el derecho la forma que debe revestir esa sustancia. Entre forma y contenido, por tanto, debe existir comunicación, pues solo así el derecho llegará a ser una manifestación impregnada de lo radical, una realidad capaz de cumplir con esa tarea que le es propia: ordenar en el respeto de la concreta complejidad social. De no ser así, podríamos confundir el derecho con un mero conjunto de disposiciones, mandatos o imperativos absolutamente abstractos, y este sería el paso previo para su consideración como excelente instrumento de control de la realidad social<sup>18</sup>. El *ethos* jurídico brota de las profundas instancias espirituales de una comunidad capaz, aunque sea mínimamente, de auto-ordenarse; y el derecho debe mantener una dinamicidad que le permita traducir los valores y las necesidades histórico-sociales; jueces y legisladores, por tanto, deben mirar al derecho de la misma manera, en el sentido que deben considerarlo ni como «una corteza reseca ni tampoco una coraza que ahoga el crecimiento en libertad de una comunidad»<sup>19</sup>. Acudiendo a las agudas afirmaciones de Jacques Derrida, mantenemos aquí que una decisión jurídica –de la índole que sea– no podrá ser considerada justa por el mero hecho de haber seguido una regla, un procedimiento o un protocolo, sino también (o, sobre todo) por haber confirmado y asumido el conjunto de esas realidades radicales (raíces) que siempre entran en juego y que solo pueden brillar mediante un equilibrado, responsable y tem-

---

dad». ROBLES, G., en *Doxa*, cit., p. 204, y ROBLES, G., «La decisión en el Derecho y la tópica jurídica», cit., p. 110.

<sup>17</sup> Una «actualización en suma de la supuesta intención del legislador, de la naturaleza misma de las cosas juzgadas, de la forzoseidad o necesidad social, más apremiantes desde luego que la legalidad técnico-formal». FERNÁNDEZ DE ESCALANTE, M., «Justicia, Derecho, Derecho Natural, opción revolucionaria», en *AESJ*, vol. III, Granada, 1978, p. 219.

<sup>18</sup> GROSSI, P., *op. cit.*, pp. 28-29.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 30.

plado esfuerzo hermenéutico<sup>20</sup>. Sabemos, no obstante, que esta propuesta no es fácil de metabolizar.

Francesco Viola, entendiendo por ética de los derechos aquella ética en la que los mismos derechos representan «el valor prioritario y dominante» y «están cargados de una connotación moral»<sup>21</sup>, sostiene que las dificultades de las éticas tradicionales, junto a la inalcanzable autosuficiencia normativa de una ética de los derechos, empujan a la elaboración de una teoría de la justicia<sup>22</sup>. Pero una teoría de la justicia se enfrenta a un gran dilema, ya que debe tomar decisiones; concretamente, debe decidir si adoptar mecanismos de «neutralidad» o dinámicas de «preferencias». El iusfilósofo italiano ubica la teoría de la justicia en las cuestiones propias de la ética pública, en cuanto que su objeto de estudio es el conjunto de características que toda institución social y política debería presentar para ser considerada como respetuosa de los derechos y, por tanto, justa. Por esta razón la teoría de la justicia tiene a que ver con los derechos; y por esta razón la teoría de la justicia debe decidir, teniendo que optar entre posicionamientos neutrales, es decir meramente procedimentales, o no. En el primer caso, las reglas de las que se ocuparía son aquellas que gestionan los conflictos de libertades, teniendo un carácter procedimental que no le consiente guiar o mantener una concepción específica del bien<sup>23</sup>; en el segundo, al elaborar criterios para seleccionar ciertas preferencias consideradas socialmente legítimas para, después, transformarlas en derechos, será muy difícil que una teoría de la justicia pueda mantener una posición neutral. Además –como bien observa Viola–, estirando al máximo las dinámicas de la «preferencia», se llegaría al lado opuesto, es decir al perfeccionismo ético, terreno fértil para aquellas concepciones que sostienen la existencia de determinados intereses que indiscutiblemente deben ser convertidos en objetivos, en cuanto directamente relacionados a los bienes y a los valores intrínsecos al bienestar humano<sup>24</sup>.

Desde la neutralidad, la preferencia o el objetivismo, en esta sede interesa señalar que cualquier teoría de la justicia, para mostrarse sensata, templada y prudente, debería aspirar a ser el freno y el límite al eslogan de moda en la sociedad actual: derechos para todos y para todo. Esto requiere, cómo no, el rescate de la otra cara de la moneda, o sea la recuperación del sentido del deber, factor indispensable para la respetuosa búsqueda del bien común. Nosotros, en realidad, mantenemos que ninguna teoría de la justicia podrá presentarse absolutamente

---

<sup>20</sup> DERRIDA, J., «Diritto alla Giustizia», en *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Roma-Bari, Laterza, 1998, p. 27.

<sup>21</sup> VIOLA, F., «La ética de los derechos», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 22, 1999, p. 507.

<sup>22</sup> Definida por él como «punto de inserción entre la filosofía política, jurídica y moral». *Ibidem*, p. 516.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 515-516.

<sup>24</sup> Invocando la necesaria protección de «la “naturaleza” del ser de cuyo bien se trata». *Ibidem*, pp. 519-520.

«neutral» o meramente «procedimental», ya que toda teoría, como sabemos, requiere necesariamente un posicionamiento acerca de algo y no podrá quedar exenta de valoraciones. Probablemente, eso sí, será discutible el mayor o menor grado de valoración realizado sobre su objeto de estudio; pero la neutralidad y la mera procedimentalidad es, cuanto menos en la práctica, insostenible, pues toda teoría tiene una evidente vocación práctica y, sugiriendo un procedimiento en lugar de otro, realiza valoraciones. Del mismo modo, a las dinámicas del «preferencialismo» o del «objetivismo» deberían ponerse ciertos límites, cuanto menos procedimentales, para no caer en paternalismos que acabarían por amenazar seriamente las íntimas libertades humanas<sup>25</sup>. Se propone optar, por tanto, por esa vía intermedia que, no queriendo ser necesariamente la vía teórica de Juan Pablo III –ese Papa creado por el director de cine Paolo Sorrentino en sus guiones más recientes–, simplemente pretende recordar soluciones tomistas y aristotélicas. Se puede hacer. ¿Cómo? Promoviendo un diálogo crítico y constructivo entre la contingencia y la permanencia, entre la forma y la esencia, entre la inmanencia y la trascendencia; habrá que comenzar sustituyendo el principio de la felicidad por el principio de la responsabilidad, abandonando la dinámica del «hacer lo que quiero» y restaurando la del «hacer lo que debo». Así, el valor ontológico de la persona humana, y sus manifestaciones en sociedades política y jurídicamente organizadas, pasarán por dinámicas de auto-regulación que demuestren ser aptas para garantizar el cumplimiento de los deberes<sup>26</sup>. Pasamos, por tanto, al examen de algunas orientaciones filosófico-jurídicas que, desde un personalismo axiológicamente sólido, desean reivindicar las necesidades que hemos sucintamente expuesto.

### 3. HECHOS Y DERECHOS, VALORES Y DEBERES. INGREDIENTES PARA UN PERSONALISMO AXIOLÓGICO (I): BREVES REFERENCIAS AL PRECEDENTE *ROSMINIANO*

No debería resultar difícil entender que la realidad fáctica, en todo ámbito de la vida humana, es un conjunto de hechos valorados que, a su vez, encarnan ciertos deberes; la praxis decisional, por tanto, tendrá necesariamente que ver con esas tres realidades: hechos, valores y deberes. Puesto que los deberes, en no pocas ocasiones, crean expectativas que, desde un punto de vista técnico-jurídico, son calificables como derechos, resultará que en el ámbito de las decisiones

<sup>25</sup> Lo hemos mantenido en otras ocasiones: no citamos referencias para garantizar el anonimato de este trabajo.

<sup>26</sup> Véase, en este sentido, la postura de ROBLES, G., *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 184-189.

jurídicas –de cualquier índole y rango– deben tenerse en cuenta dichas dinámicas, tratándose de una realidad pluridimensional donde participan hechos, valores, deberes y derechos (expectativas). Ahora bien, tanto el mundo de la ética como el del derecho están llamados a conocer, justificar, proponer, orientar, criticar y actuar en el ámbito de los hechos, en el mundo de los valores y en la esfera de los deberes, evitando caer en formalismos precarios o procedimentalismos mediante los cuales se pretende dar cobertura (ética y/o jurídica) a cualquier instancia (presuntamente) social. Para que el discurso ético consiga abrazar, desde un punto de vista material, al jurídico, debe tenerse presente, ante todo, al hombre, sin anteponer los intereses económicos o meramente comerciales. Justicia y bien común, en una acción jurídica templada y desde una misión ética responsable, podrán así ser rescatados como auténticos fines de un derecho concebido como aquel mínimo conjunto de necesidades morales exigidas por la sociedad. Tal y como observó el pensador francés Louis Lavelle, a veces pensamos que el problema del valor es una cuestión nueva, olvidándonos que la aproximación a esta problemática es tan antigua como la reflexión misma, ya que la especulación filosófica nunca ha dejado de poner la cuestión del valor entre sus principales preocupaciones, en cuanto los valores dan sentido a la vida del hombre, quien se esfuerza para descubrirlos y realizarlos en una vida espiritual que va más allá de la material y que la justifica al mismo tiempo<sup>27</sup>. En efecto, la vida material se caracteriza por que de sus hechos suelen brotar valores; y el sentido de obligatoriedad espiritual, para decidir abstracta o concretamente, en un sentido o en otro, no emana de los hechos, sino de los valores.

El juicio formulado sobre los hechos puede ser de dos tipos: o meramente descriptivo, derivado de la mera percepción, o estimativo, derivado de una valoración. Hechos y valores, por tanto, mantienen una firme relación, aunque no debemos confundirlos, ya que los hechos se perciben y los valores se estiman. Y es por esto que resulta posible, además de interesante, distinguir la calidad de algo y su virtud, en el sentido que la calidad es estática y la virtud dinámica: la calidad nos dice lo que la cosa es, la virtud nos dice lo que la cosa puede llegar a ser<sup>28</sup>. Esta última consideración es de fundamental importancia para sostener que cuando las cosas pierden su virtud, corren el riesgo de volverse inútiles y peligrosas, ya que además de no poder utilizarse para ningún propósito, puede que se presten para perseguir propósitos potencialmente peligrosos. En este sentido, Diego Medina advierte que la verdad de nuestra época parece ser una verdad material (una realidad casi indiscutible), aunque curiosamente se trate de una verdad hecha de verdades sin que verdaderamente

---

<sup>27</sup> LAVELLE, L., *Traité des Valeurs, I, Théorie générale de la valeur*, Paris, Les Presses universitaires de France, 1.<sup>re</sup> édition, 1950, 2.<sup>e</sup> édition, 1991, pp. V y IX.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 9.

se sepa lo que el hombre deba o no deba hacer (o para qué deba –o dejar de– hacer algo)<sup>29</sup>.

La orientación ética de la praxis –en nuestro caso jurídica pero aplicable, en general, a cualquier esfera del obrar humano– necesita más que nunca del rescate del sentido de los deberes; solamente así será posible orientarnos para marcar ciertos límites entre lo bueno y lo malo. Aunque sea muy difícil dar una definición de los valores, es incontestable su esencial característica: requieren su realización. La ética se propone la realización de los valores, no tratando directa y exclusivamente ni con los hechos ni con los valores, sino con los deberes. El deber, en efecto, encuentra su fundamento en el valor que pide su realización. Esta peculiar característica –como señalan Carlos Pose y Diego Gracia– plantea un problema de compleja resolución: el conflicto de valores. Es aquí donde lo abstracto y lo concreto vuelven a presentarse como dos regiones del mundo condenadas al diálogo y a la comunicación, puesto que hablar de deber equivale a tratar el mundo del «debería», que, aparentemente, se opone al mundo del «debe». En realidad, sin el primero sería difícil vivir en el segundo, tal y como sin el segundo el primero sería una mera especulación ilusoria<sup>30</sup>. Según Lavelle, los dos mundos resultan estar moldeados por nuestras preferencias, ya que la capacidad de preferir y las propiedades de lo preferido nunca dejan de entrar en juego en nuestras vidas. Prefiriendo no hacemos otra cosa que evaluar; evaluando estamos atribuyendo valor; la preferencia es, pues, un análisis del valor, tal y como el conocimiento es un análisis del ser. Esta dinámica, sin embargo, si llevadas a sus extremos, podría resultar peligrosamente constructivista (éticamente hablando), cosa que quizás nos obliga a recordar que una adecuada reflexión axiológica debería sí establecer diferencias y preferencias, pero dentro de distintas posibilidades contenidas en un orden jerárquico sin exclusiones<sup>31</sup>. Pose y Gracia mantienen la inevitable comunicación de los dos mundos, ya que, si los valores piden su realización, resulta imprescindible reflexionar sobre la forma y el contenido de las órdenes o mandatos resultantes de los juicios normativos o prescriptivos o de deber que tienen como vocación la realización del valor<sup>32</sup>. Pues bien, los hechos demandan el juicio descriptivo desde la percepción, los valores el juicio estimativo desde la valoración, los deberes el juicio prescriptivo desde la responsabilidad. Es probable que todo ello sea más factible apelando –como señalábamos– a un

<sup>29</sup> MEDINA MORALES D., «La verdad no nos pertenece. Reflexiones sobre Bioética», en *Bioética y Bioderecho*, Córdoba, SFD, 2009, p. 10.

<sup>30</sup> POSE, C., GRACIA, D., «Procedimiento o método de toma de decisiones», materiales de estudio y de trabajo publicados para el *Título de Experto en Ética Médica*, pp. 14-15, [https://www.ffomc.org/CursosCampus/Experto\\_Etica\\_Medica/U7\\_Procedimiento%20o%20metodo%20de%20toma%20de%20decisiones.pdf](https://www.ffomc.org/CursosCampus/Experto_Etica_Medica/U7_Procedimiento%20o%20metodo%20de%20toma%20de%20decisiones.pdf) (última consulta 16 de febrero de 2020).

<sup>31</sup> LAVELLE, L., *op. cit.*, p. 436 y pp. 439-441.

<sup>32</sup> POSE, C., GRACIA, D., *op. cit.*, pp. 14-15.

sentido de responsabilidad que representa la sustancia más idónea para ligar los deberes a su manifestación técnico-jurídica que solemos llamar derechos.

De las consideraciones anteriores resulta evidente que no podemos identificar y confundir lo absoluto (abstracto) con lo real (concreto), ya que –aunque sea necesario reflexionar para decidir sobre convicciones profundas, justificando necesidades o encontrando fundamento a deberes absolutos– en la práctica hay que actuar con responsabilidad, sabiendo contrastar la diversidad de posiciones que nos presenta y demanda cada situación concreta. No podemos limitarnos a una abstracción, es decir, a un aislamiento de posibles situaciones concretas invocando la búsqueda de la supuesta esencialidad que acomunaría a todas ellas. Hay que ir más allá y actuar, en lo concreto, tomando decisiones, en una dinámica prudencial que no debe priorizar ni el mero análisis de los hechos ni la jerarquización estática y absoluta de todos los posibles valores en juego. Apelar a una cierta prudencia responsable equivale a no confiar excesivamente en la fuerza de la ley para imponer criterios absolutos, ya que la capacidad humana, en su tarea de ofrecer soluciones a los problemas de la vida, debería conocer ciertos límites. Las circunstancias y las peculiaridades de los casos concretos, así como las consecuencias desencadenadas por la toma de decisiones, son factores para tener en consideración en cuanto sus efectos tienen relevancia en términos relativos y también absolutos. Resulta difícil absolutizar todos los posibles deberes concretos, como si fuéramos capaces de prever todo tipo de circunstancia. Incluso el deber absoluto de respeto hacia la persona humana presenta, en determinados casos, serias dificultades en su realización y materialización práctica.

La necesaria alteridad entre derechos y deberes, la intrínseca inter-subjetividad de lo jurídico, los problemas materiales y objetivos de la justicia, son ingredientes ya presentes en la propuesta del gran pensador Antonio Rosmini. De hecho –tal y como señalan Michele Nicoletti y Francesco Ghia–, cuando en Europa se asistió al auge de las instancias codificadoras, Rosmini irrumpe para que esos esfuerzos pudieran encontrar fundamento en la justicia. Pero lejos de ser considerada como un artefacto humano, la justicia se nos presenta –según el italiano– como esencia de las leyes, tratándose de un sentimiento ya puesto en el hombre, en su alma, y siendo una necesidad para todos los hombres; aunque su percepción pueda resultar compleja, todo hombre tiene capacidad para repugnar lo injusto: es decir, a las dificultades definitorias de la justicia, Rosmini opone las más simples dinámicas de comprensión de la injusticia, ya que el sentimiento de repugnancia hacia lo injusto no es un producto custodiado por doctos o teóricos, sino por el corazón de las personas. Es así que «Il primo e supremo dovere adunque é il dovere di aderire allá verità; di testificare il vero a noi stessi, di riconoscerlo dicendo a noi stessi: lo conosco-

mo, é così»<sup>33</sup>, o sea de reconocer las cosas en su verdad, una verdad que las personas pueden comprender mediante sus sencillas facultades de conocimiento. El conocimiento de las cosas es un acto necesario, mientras que su reconocimiento es un acto libre donde entra en juego la moralidad del hombre, ya que la persona –según Rosmini– conoce lo objetivo, pero queda libre de adherir subjetivamente a la realidad objetiva, pudiendo incluso rechazar su reconocimiento. La raíz del deber moral, por tanto, será ese acto de justicia (de reconocimiento) al que hemos aludido. La realidad jurídica, en cambio, deberá buscarse entre la moral y la eudemonología, ya que, por una parte, no puede reducirse a mera utilidad y, por otra, no puede ser del todo identificada con la moral. El derecho –para Rosmini– halla su unidad en la realidad unitaria de la persona que es su misma esencia. Por esto, de las dimensiones relacional y comunicacional de lo jurídico derivan las bases del personalismo *rosminiano*, ya que la potestad jurídica de un sujeto está necesariamente vinculada al reconocimiento ajeno. En virtud de la existencia de un básico y originario deber moral de respeto hacia la libertad del otro, y toda vez que esa libertad asuma tintes jurídicos, estamos en presencia del deber jurídicamente entendido. El derecho, pues, participa de un importante momento relacional y su fundamento ontológico descansa en esa idea de justicia que citábamos, es decir en la libre adhesión del sujeto al objeto (reconocido, y no simplemente conocido, en su verdad). Ha sido afirmado que se trataría de un «realismo ontológico» que cristaliza la primacía del deber respecto al derecho<sup>34</sup>. En efecto, la noción de deber –sugiere Rosmini– precede la noción de derecho, ya que «Se il diritto è una potenza morale per la quale l'uomo può adoperare quello che non gli è proibito, e che gli è tutelato dalla legge, fa bisogno che la nozion di dovere sia precedente e indipendente da quella di diritto [...] il dovere ha un'esistenza sua propria e precedente nell'uomo a quella del diritto: il dovere viene imposto dall'oggetto, mentre il diritto scaturisce, quanto alla sua materia, dal soggetto. Come l'oggetto ha un'essere dal soggetto umano indipendente, così il dovere ha un'esistenza indipendente dal diritto»<sup>35</sup>. Centro de la obligación jurídica es, por tanto, el reconocimiento y el respeto del otro sujeto; en este vínculo, la persona se encuentra obligada a omitir todo lo que directa o indirectamente puede dañar al otro; lo que hay que respetar, definitivamente, es la persona en todas sus actividades. Por esto, creemos que persona y derecho –en la filosofía *rosminiana*– son los dos elementos más importantes y actuales en nuestros tiempos.

<sup>33</sup> ROSMINI, A., *Filosofia del Diritto*, 27, Istituto di Studi Filosofici (Roma), Centro di Studi Rosminiani (Stresa), Città Nuova Editrice (Roma), 2013, p. 116.

<sup>34</sup> Una lectura ciertamente más profunda, y a la que hemos acudido para presentar aquí los postulados del filósofo italiano, ha sido realizada por NICOLETTI, M., GHIA, F., «Introduzione», en ROSMINI, A., *Filosofia del Diritto*, *op. cit.*, pp. 20-32.

<sup>35</sup> ROSMINI, A., *op. cit.*, pp. 196-197.

Francesco Coccopalmerio –intérprete de Rosmini– nos recuerda que vivimos una sociedad caracterizada por el derecho de las reglas, de los deseos y de las opiniones, ensombreciéndose bastante el valor intrínseco de la persona. Si promovemos un derecho meramente enjaulado y originado en la ley positiva, corremos el riesgo de caer en las formas más terribles de despotismo. Hoy, más que nunca, es necesario fundamentar derecho y justicia sobre bases objetivas. Para Rosmini el derecho es una facultad eudemonológico-moral, una realidad en la que coexisten moral y utilidad; un fiel espejo, en suma, de lo que ocurre en la persona humana, ente que se nos presenta como la realización sustancial del derecho. Este último se coloca entre ética y eudemonología, ya que Rosmini, en esa eudemonología embriagada por la moral que se eleva a momento inicial de lo jurídico, no duda en subrayar el factor más elemental y menos discutible del derecho, es decir el placer<sup>36</sup>. Pero no basta el derecho positivo para agotar la juridicidad, pues el derecho positivo, a su vez, necesita fundamentación y justificación. La solución *rosminiana* nos sugiere encontrar el fundamento último del derecho en la persona, no en el sentido de persona como titular de derecho, sino de la persona como (en sí misma) derecho. Por otra parte, y puesto que a cada deber no le corresponde necesariamente un derecho, pero sí a cada derecho un deber, la noción de deber precede a la de derecho; este, que brota de la eudemonología y concluye en la moral, siempre será hijo del deber y sin él no podría existir<sup>37</sup>. Con la lectura de Rosmini, por tanto, quedaría perfilada una atrayente propuesta para refutar aquellas líneas de pensamiento formalistas, utilitaristas o analíticas, y replantear aquel conjunto de oportunidades que probablemente se vieron interrumpidas por el proceso de deseticización del pensamiento jurídico. Una perspectiva, entre otras, que no pretende convencer a todos, pero que resulta interesante para repensar el derecho hoy. Como veremos a continuación –y con el objetivo de otorgar el justo y debido reconocimiento a las dimensiones axiológica, práctica y normativa del fenómeno jurídico– en el actual panorama filosófico-jurídico es posible encontrar propuestas que presentan ciertas características en común con la enseñanza del *roveretano*, y no necesariamente por haber adoptado y seguido explícitamente sus postulados, sino por el simple hecho de haber rescatado categorías especulativas muy parecidas y que pueden resultar útiles para no perder de vista que los problemas materiales y objetivos de la justicia deben seguir considerándose desde la necesaria alteridad entre derechos y deberes y desde la intrínseca intersubjetividad constitutiva de lo jurídico.

---

<sup>36</sup> Cfr. COCCOPALMERIO, F., «Diritto e Diritti nel pensiero filosofico e giuridico di Rosmini», *Iustitia. Rivista Trimestrale di Cultura Giuridica*, Anno LXIII, núm. 2, Aprile/Giugno, 2010, pp. 1-6.

<sup>37</sup> Así lo ha visto también BATTAGLIA, F., «La filosofia del diritto in Rosmini», en *Quaderni di Iustitia*, 31, Roma, Giuffrè, 1977, pp. 42-45.

#### 4. INGREDIENTES PARA UN PERSONALISMO AXIOLÓGICO (II): EL *JURISPRUDENCIALISMO* DE ANTONIO CASTANHEIRA NEVES

Más recientemente, y desde un similar enfoque axiológico personalista, António Castanheira Neves entiende que el derecho es un sistema de normas con vocación o intención práctico-axiológica en continuo devenir, cuya concreción se observa en la resolución del caso concreto. En este sentido, rechaza la identificación entre derecho y ley, siendo esta un mero instrumento al servicio de una intención axiológica que encuentra su realización práctica en la actividad jurisdiccional. Esto quiere decir que el derecho, en su manifestación técnico-normativa, es un mero proyecto que, mediante su necesaria referencia axiológica, puede encontrar desarrollo en la vida histórica de una comunidad a través de la resolución de casos y problemas jurídicos específicos. La propuesta *jurisprudencialista* de este filósofo portugués se presenta como una alternativa equidistante con respecto al positivismo y al funcionalismo jurídico<sup>38</sup>, intentado promover una concepción de la juridicidad a partir de su concretización. Es decir, si el positivismo jurídico, por una parte, corre el riesgo de impedir el enriquecedor esfuerzo hermenéutico, y el funcionalismo, por otra, desborda en la regulación de toda faceta social y acaba instrumentalizando la legislación al someterla o condicionarla (en su totalidad) a la actividad de la política, el *jurisprudencialismo* busca mecanismos de adecuación temporal, cultural y territorial de lo jurídico, sin perder de vista la necesaria seguridad jurídica y, al mismo tiempo, un equilibrado normativismo axiológico que encuentra su máxima expresión en la actividad jurisdiccional<sup>39</sup>. Castanheira Neves busca y encuentra esas componentes axiológicas a partir de la dignidad del hombre, un ser social y personal, un sujeto de derechos, pero sobre todo de deberes<sup>40</sup>. El hombre-persona, un ser

<sup>38</sup> Así lo afirma PEREIRA BORGES, I. C., «O jurisprudencialismo de António Castanheira Neves e o funcionalismo jurídico», *Quaestio Iuris*, vol. 11, núm. 04, Rio de Janeiro, 2018, p. 3214.

<sup>39</sup> Cfr. ANDREZA SILVA, A. J., «O conceito de direito na perspectiva jurisprudencial de Castanheira Neves», *A Barriguda, Revista Jurídica e Cultural*, v. 3, núm. 1, año 3, 2013, pp. 139 y 145. Sobre el concepto de justicia en Castanheira Neves, véase ALBERT MÁRQUEZ, J. J., «La idea de justicia en el pensamiento iusfilosófico portugués contemporáneo», *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 78, 2018/1, pp. 198-200.

<sup>40</sup> «O homem-pessoa e a sua dignidade é o pressuposto decisivo, o valor fundamental e o fim último que preenche a inteligibilidade do mundo humano do nosso tempo», una premisa necesaria para entender que «a pessoa é um ser pessoal e simultaneamente um ser social. Se se aliena ao perder-se ou ao degradar-se na sua personalidade, também não se realiza nem vem à epifania se si própria sem a mediação comunitaria». CASTANHEIRA NEVES, A., «O Direito hoje e com que Sentido? O problema actual da autonomia do direito», en *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 3, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 69.

comunicativo que debe desenvolverse en un horizonte dialéctico *con* y *para* los demás, en una misión común y no individual, es el auténtico protagonista del fenómeno jurídico que solo puede existir en virtud de la relación individuo-comunidad<sup>41</sup>. El *jurisprudencialismo*, en definitiva, pide maleabilidad técnico-normativa al legislador y flexibilidad mental al jurista (teórico y práctico), ya que se trata de una «perspectiva do homem (do homen-pessoa), i. é., aquela perspectiva em que o direito, com sua normatividade axiologicamente fundada, é assumida por, e está directamente ao serviço de uma prática pessoalmente intitulada e historicamente concreta, prática dinamizada pelas controvérsias também práctico-concretas, mas cuja intencionalidade capital é a realização nessa prática e através dela, como básica condição mediadora, do homem-pessoa convivente e assim do homem no “seu direito” e no “seu dever ou na sua responsabilidade”»<sup>42</sup>.

Se trata un modelo especulativo que, pretendiendo concebir el derecho con cierta autonomía normativa frente a la ley, otorga grandes cuotas de responsabilidad a la actividad decisoria del juez, donde en cada caso concreto cobra vida la adecuación social, cultural e histórica de la juridicidad. La actividad jurisdiccional, por tanto, al representar el ejercicio dinámico de la juridicidad aplicable, utiliza recursos axiológicos capaces de colmar lagunas, crear parámetros, resolver discrepancias y evitar arbitrariedades. Con razón ha sido observado que el *jurisprudencialismo* no fundamenta el derecho únicamente en la razón abstracta, contemplativa y universalizadora de la ley, sino en la actividad decisoria concreta que, en el respeto de la seguridad jurídica, confiere una adecuación jurídico-temporal, cultural y particularizada al proyecto normativo abstracto<sup>43</sup>. Se presenta, pues, como un modelo alternativo respecto a los formalismos alienantes o a los instrumentalismos disolventes, ya que desea rescatar la autonomía de una validez material que tiene lugar en la problemática judicante orientada por la perspectiva del hombre-persona, quien es sujeto activo y pasivo de esa práctica. En otros términos, con el *jurisprudencialismo* se desea recuperar el sentido de la práctica jurídica como *iurisprudentia*: «axiológico-normativa nos fundamentos, práctico-normativa na intencionalidade, judicativa no modus metodológico»<sup>44</sup>. En esta concepción, por tanto, el derecho

<sup>41</sup> Ya que «Ou estamos condenados a uma existencial incomunicabilidade comunitária e o direito deixa de ter sentido para a Existência como tal, ou a comunicação e integração comunitárias se revelam existencialmente autênticas e o direito encontra na própria Existência o seu fundamento. No primeiro caso, o direito será contra o homen –unas das formas da sua alienação; no segundo caso ele será expressão da sua própria humanidade essencial». CASTANHEIRA NEVES, A., «O papel do jurista no nosso tempo», en *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, p. 20.

<sup>42</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema –os modelos actualmente alternativos de realização jurisdiccional do Direito», en *Digesta*, vol. 3, *op. cit.*, p. 176.

<sup>43</sup> Así lo desglosa ANDREZA SILVA, A. J., «O conceito de direito na perspectiva jurisprudencial de Castanheira Neves», *op. cit.*, pp. 146-149.

<sup>44</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «Entre o legislador, a sociedade e o juiz», *cit.*, p. 189.

no es un mero instrumento normativo, sino una combinación de norma y valor, cuya validez encuentra fundamento en el universo práctico, en cuanto la referencia valorativa es el conjunto de relaciones intersubjetivas de la vida práctica. La norma jurídica, en constante evolución concreta, postula un compromiso práctico y convoca una exigencia axiológica que manifiesta sus opciones en el sistema jurídico. En este sentido, Castanheira Neves considera que el sistema jurídico es un conjunto de opciones axiológicas que consta de principios, normas, jurisprudencia y dogmática. Así, en la resolución del caso concreto, momento fundamental para verificar y confirmar la intención axiológica de la juridicidad en su concretización histórico-social, habrá que conocer las normas positivas en juego, así como los precedentes judiciales y la elaboración doctrinal. El problema decisorio, en suma, es de tipo práctico y requiere una mediación judicativa capaz de desenvolverse en las complejas y ricas cuestiones hermenéuticas, donde, a pesar de la dinamicidad necesaria, no debería haber espacio para decisiones arbitrarias o generadoras de inseguridad jurídica. La decisión concreta no puede ser considerada como un medio para alcanzar cualquier fin, pues, en cambio, debe ser capaz de manifestar un contenido práctico y axiológico que encontrará apoyo en el material dogmático y jurisprudencial; una decisión que, al mismo tiempo, y en virtud de sus contenidos siempre enriquecedores, expresará nueva materia para el sistema dogmático-jurisprudencial que le dio apoyo<sup>45</sup>.

Entre la magna e interesante literatura del iusfilósofo portugués –cuyos principales escritos han sido recientemente recopilados en los tres volúmenes de *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*–, encontramos algunos trabajos muy significativos para percibir en qué medida su perfil y sus propuestas pueden resultar útiles para repensar el derecho hoy. Nos referimos a «Questão-de-Fato –Questão-de-Direito– ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)», «O papel do jurista no nosso tempo», «Justiça e Direito» y «O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito». Los dos primeros son útiles para completar la sucinta presentación de la propuesta metodológica del autor, mientras que los dos últimos servirán para dirigirnos hacia unas humildes reflexiones conclusivas. La distinción entre «cuestiones de hecho» y «cuestiones de derecho» es una problemática que atormenta a Castanheira Neves desde el comienzo de su producción intelectual. Analizando las principales corrientes de ideas que reflexionan sobre lo jurídico, el portugués cree que dicha distinción no siempre ha recibido la atención que merece, puesto que –se pregunta– puede tratarse de un serio e interesante problema *acerca de dos* entidades objetivas distintas, *sobre dos*

---

<sup>45</sup> Hemos utilizado los comentarios de PEREIRA BORGES, I. C., «O jurisprudencialismo de António Castanheira Neves e o funcionalismo jurídico», *op. cit.*, pp. 3220-3225.

objetos distintos o *dado por dos* contenidos significativos y conceptuales diferentes; pero también –sigue hipotizando– puede que se trate de dos cuestiones correlativas y que integran un problema específico y unitario<sup>46</sup>. Veamos en qué términos. En primer lugar, y desde un punto de vista *dogmático*, la distinción entre conceptos de hecho y conceptos de derecho presenta un contenido que va siendo determinado en función de la lectura teológico-normativa de determinados institutos jurídicos o cuestiones presentes en el derecho positivo. De este modo –según Castanheira Neves– cuando la legislación o la doctrina delimitan el contenido normativo positivo de un instituto jurídico, no tienen más remedio que acudir (a sabiendas o no) a esa distinción para enunciar los conceptos jurídicos que definen los elementos integrantes de las diversas hipótesis legales; es decir, cuando se habla, por ejemplo, de «dolo», de «promesa», de «acto o hecho jurídico», de «validez negocial», etc., no se hace otra cosa que evocar contenidos que llevan consigo la necesaria distinción entre materia fáctica y materia jurídica, ya que en ambos casos (hecho y derecho) se trata de contenidos objetivos e intencionales que tienen su fundamento y criterios decisivos en las directas intenciones normativas del derecho positivo y a la luz de las interpretaciones doctrinales: se trata, en definitiva, de conceptos determinados jurídicamente en el seno del derecho y para el derecho. En segundo lugar, a este sentido dogmático de la distinción podemos añadir o acompañar una perspectiva *epistemológica*; en este caso –según el iusfilósofo de Tábuá– resulta difícil no darse cuenta que existe una gran cantidad de situaciones y relaciones jurídicas que emergen de la autónoma constitución de la vida social, a través de un autónomo estatuto normativo que demuestra su eficacia incluso más allá de las determinaciones formales del derecho positivo, pudiéndolo, por qué no, cogerlo de sorpresa o contradecirlo (*praeter* o *contra legem*). Lo que se nos quiere transmitir y recordar, en el fondo, es que cuando (jurídicamente hablando) calificamos «de hecho» alguna realidad concreta, es debido a que se trata de realidades que son ya jurídicas, con la única diferencia que su juridicidad no se expresa mediante los clásicos esquemas de la ley positiva. Una vez más, por tanto, se trata de una distinción que opera en el seno del derecho y en función de sus intenciones normativas, una distinción puesta en escena ya sea mediante manifestaciones formales (legales) ya sea mediante entidades culturales objetivas. En último lugar, el tercer posible sentido de la citada distinción es de tipo *metodológico*, lo que Castanheira Neves define como el sentido que surge al explicitarse el problema normati-

---

<sup>46</sup> Así introduce el breve texto extraído de la más extensa monografía *Questão-de-Facto–Questão-de-Direito– ou o Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, Coimbra, Livraria Almedina, 1967. Nos referimos a CASTANHEIRA NEVES, A., «A distinção entre a Questão-de-Facto e a Questão-de-Direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de “revista”», en *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, p. 483.

vo del derecho. Su posición es muy clara: el derecho no puede prescindir del hecho y el hecho no puede prescindir del derecho, ya que una *quaestio juris* es siempre una *quaestio juris* de una determinada *quaestio facti*, del mismo modo que una *quaestio facti* es necesariamente una *quaestio facti* de una determinada *quaestio juris*. Sinceramente creemos que la correlación necesaria entre ambos polos difícilmente puede ser mejor explicada, ya que (metodológicamente hablando) se sostiene que el derecho concretamente substantivado trasciende y asume, al mismo tiempo, las cuestiones de hecho y de derecho, siendo el resultado y la síntesis de ambas<sup>47</sup>.

Una yuxtaposición necesaria, en suma, de la materia vigente en el *ethos* jurídico, desde sus iniciales apariencias concretas hasta sus finales manifestaciones prácticas, pasando también, como no, por los momentos de abstracción presentes en los esquemas lógicos normativos de las acciones posibles, que más arriba definíamos como legalidad. Es así como de un aparente abismo, entre un polo y otro, llegamos a la necesaria consideración unitaria del problema, mediante una lectura trialista –es decir dogmática, epistemológica y metodológica– propuesta por Castanheira Neves para que el problema de la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho no sea considerado como un falso problema y no quede abandonado a tratamientos intelectuales superfluos, meramente abstractos o irrelevantes. Está en juego –según este autor– la correcta consideración de la autenticidad e intencionalidad de lo jurídico, de todas sus vertientes y en todas sus articulaciones. La misión que incumbe a todo jurista, teórico o práctico que sea, consiste en la consideración y reconstrucción crítica del sentido del derecho, frente a las contemplaciones meramente teoréticas o cognitivas. El jurista, así, en lugar de actuar como mero técnico y perito de datos preconstituidos, debe obrar como «un vivo e vigilante intérprete dos tempos»<sup>48</sup>, teniendo que realizar una tarea que le pide esfuerzo y responsabilidad. Esa reconstrucción crítica del derecho puede realizarse, en primer lugar, mediante la búsqueda del fundamento de la validez de lo jurídico; en segundo lugar, a través de la agudización del sentido de función humana y social de lo jurídico; por último, estudiando el modo en que el jurista puede cumplir esa tarea que la construcción del derecho le impone<sup>49</sup>. Rômulo Geraldo Pereira –estudiando y presentando la propuesta *jurisprudencialista* a la comunidad científica brasileña– observa que de la búsqueda del fundamento de la validez del derecho dependerá la posible solución de las restantes dos cuestiones; esta investigación, además, debe necesariamente ser tratada en el seno del pensamiento jurídico, siendo una cuestión que permite la comprensión radical de cualquier problema jurídico. En efecto, para que el jurista

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, pp. 498-512.

<sup>48</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «O papel do jurista no nosso tempo», en *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, p. 44

<sup>49</sup> *Ibidem*, pp. 9-10.

pueda encontrar soluciones adecuadas a los problemas que se les plantean, sin actuar como un mero perito, necesita comprender el fundamento que otorga legitimidad a la maquinaria jurídica en su conjunto. Este fundamento –según Castanheira Neves– no debe ser buscado en conceptos predeterminados, sino extraído de la intención ético-comunitaria que une los hombres en comunidades de personas; en este sentido, «la idea de derecho es la intención axiológica de realización comunitaria», siendo (el derecho) «intención y dimensión de la propia persona moral situada axiológicamente en la realidad de la convivencia ética, donde asume intención comunitaria en cuanto que esa intención comunitaria es condición real de existencia de la persona como persona»<sup>50</sup>. Si el derecho, de este modo, se nos presenta como un proyecto axiológico de la vida comunitaria que permite al hombre vivir como persona, resulta sencillo –insiste Rómulo Geraldo Pereira– comprender que la función humana y social de lo jurídico consiste justamente en hacer viables las relaciones humanas en una armoniosa, digna y libre convivencia ético-comunitaria.

Quedaría, por tanto, la tercera cuestión, referida al esfuerzo metodológico que la comunidad de juristas debe hacer para realizar histórica y concretamente el derecho. La vía *jurisprudencialista* es muy clara. En primer lugar: el derecho es un conjunto de expresiones muy complejo (decisiones, reglas, principios, valores, sentencias, etc.) y el jurista no puede confundirlo con su mera manifestación legislativa, pues de otro modo cerraría las puertas al específico y necesario dinamismo que enriquece el devenir histórico de la juridicidad. En segundo lugar: al aplicar el derecho, el jurista debe siempre tener presente que está trabajando con un instrumento de realización comunitaria y que, por esta razón, «el *prius* metódico se encuentra en el caso concreto vital sobre cuya validez jurídica deberá pronunciarse y no sobre la mera formulación lógica de la norma»; como vemos, pues, sigue presente esa necesaria tensión entre cuestiones *de facto* y cuestiones «de derecho» que citábamos anteriormente. En último lugar: en su labor de realización del derecho, el jurista debe respetar la intención axiológica de la expresión jurídica, reivindicando su autonomía frente a otros intereses funcionales o pasajeros<sup>51</sup>. Definitivamente, vemos como la aproximación teórica y científica, si elevadas a únicas y exclusivas vías de comprensión de lo jurídico, no serán capaces de evitar la degradación del derecho, en cuanto insuficientes para concienciar al jurista sobre las responsabi-

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 39-40. La traducción es nuestra.

<sup>51</sup> *Ibidem*, 46-49. La traducción de las afirmaciones que encontramos entrecomilladas sigue siendo nuestra. Para entender el esquema de recuperación de la vía crítica que propone Castanheira Neves, nos ha resultado de gran ayuda el trabajo de GERALDO PEREIRA, R., «A importância da educação superior emancipatória no processo de superação da crise interna do direito e do pensamento jurídico: um caminho através da metodologia jurisprudencialista de António Castanheira Neves», *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, Minas Gerais, v. 1, núm. 2, Jul./Dez. 2015, pp. 145-147.

lidades que directamente derivan de su estatuto social y moral: esto es, la delicada tarea de administrar el derecho y mantenerlo al servicio del hombre<sup>52</sup>. Así, la verdadera intención del derecho se presenta en dos formas, una negativa y otra positiva: en el primer caso, se trata de impedir al hombre el olvido de sí mismo; en el segundo, de afirmar su ser y, consecuentemente, su valor. El problema –según Castanheira Neves– es que esta intención, para encontrar cumplimiento, presenta exigencias específicas, ya que la realidad jurídica, en general, y la comunidad de juristas, en particular, deben ser capaces de preservar, tutelar, garantizar y explicitar el proyecto axiológico que la comunidad presenta en su existencia histórica, a través de actitudes críticas y no meramente contemplativas, respetuosas hacia el hombre y no al servicio de otros fines que no sean auténtica, espiritual y radicalmente jurídicos<sup>53</sup>.

## 5. EL DERECHO COMO (ÚNICA) ALTERNATIVA HUMANA. REFLEXIONES FINALES

Para percibir el significado de estas últimas afirmaciones, creemos necesario recordar que Castanheira Neves habla de tres factores, o verdaderas causas, que determinan la posible pérdida del sentido del derecho. Primera: desde el legalismo moderno e ilustrado, la estatalización del derecho ha determinado su casi total politización. Segunda: la contingencia decisoria de tipo formal sigue animando el empuje del positivismo jurídico y, por esta razón, asistimos a una casi total positivización del derecho. Tercera: se acentúa notablemente la socialización del derecho o, lo que es lo mismo, su instrumentalización finalista. Las consecuencias –a juicio del portugués– son evidentes. Hoy tratamos con un derecho que se ha convertido en un mero expediente regulativo y organizativo, un aparato al servicio de estrategias políticas, un instrumento al servicio de oportunidades político-sociales que a veces omiten los valores y los fines propios de lo jurídico, imponiéndole una índole meramente programática y reglamentar. Esta situación, por tanto, de muchas leyes y muy poco derecho determina un

<sup>52</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «O papel do jurista no nosso tempo», cit., p. 32.

<sup>53</sup> «Pois essa intenção (o direito) é aquela que vimos ser –uma tarefa problemática a realizar historicamente em acto– não pode ela prescindir de um mediador que, assumido aquela intenção, haja de ser o sujeito deste acto. É certo que o sujeito da juridicidade é a própria comunidade social enquanto comunidade ética, mas esta não será susceptível de realizarse como tal se o seu próprio projecto axiológico não lhe for explicitado e fundamentado criticamente. Se a comunidade subsiste na sua existencia histórica, o projecto e a totalização axiológicos serão sempre uma intencionalidade criticamente espiritual. Ora esta é justamente –cremo-lo bem– a verdadeira função do jurista: a de assumir criticamente a ideia de direito e de realizar histórico-concretamente, na explicitação constituinte do próprio direito». *Ibidem*, p. 43.

«consumismo de derecho», es decir, una continuada e imparable producción técnica de dudable contenido valorativo, entregada principalmente a burócratas y peritos técnico-legales.

¿Será posible, en este escenario, recuperar el auténtico sentido del derecho al que nos referíamos anteriormente? Desde el punto de vista político-jurídico, y frente al Estado de Derecho de la exclusiva «legalidad», se hace indispensable la reafirmación del Estado de Derecho «material» al servicio de la dignidad de la persona humana; el plan axiológico-normativo, por su parte, exige la reiterada proclamación y defensa de los derechos del hombre, reafirmando su indisponibilidad para las instancias estatales y reconociéndolos como principios normativos y criterios de validez de la ley; en un sentido institucional, además, es importante reflexionar sobre el principio de separación de poderes, reforzando al poder judicial, con el fin de considerarlo como indispensable creador de derecho y para que el derecho consiga una definitiva y verdadera autonomía frente a los poderes políticos; en términos doctrinales, finalmente, la recuperación del sentido del derecho requiere unas adecuadas aproximaciones de tipo «metodológico», «dogmático» y «normativo»: en el primer caso, la realización del derecho no debe confundirse con la aplicación de la ley; en el segundo, se debe asumir el sistema jurídico como pluridimensional y no meramente legal; en el último, lejos de agotar el derecho vigente en la ley, debería fomentarse la constitución de un orden translegal<sup>54</sup>.

Comenzamos a entender, en definitiva, el motivo principal o, quizás más correctamente, la reivindicación capital que da nombre a la propuesta de Antonio Castanheira Neves: *jurisprudencialismo*. Y es que, en una sociedad que presenta una fuerte pluralización ética, el derecho por valores va creando expectativas de cierta racionalidad en el seno de la comunidad de los juristas, en general, y de los jueces, en particular. Esto, evidentemente, parece amenazar uno de los pilares básicos de las culturas jurídicas de *civil law*, esa idea de decisión colectiva general y abstracta acompañada —como bien señala Scaccia— por una fuerza racional y un valor moral superiores respecto a la decisión del caso concreto (como podría ser, por ejemplo, una sentencia)<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «O Direito como alternativa humana. Notas de reflexão sobre o problema actual do direito», en *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 294-296. En este sentido, y recordando las palabras de Celso (*ius est ars boni et aequi*), Diego Medina sostiene que el derecho es el arte propio de los juristas para transmitir y conservar bienes entre los miembros de una comunidad. De este modo, el jurista tendrá que realizar una labor artística, ya que no le será fácil moverse en el tejido normativo que compone un ordenamiento jurídico con el objetivo de buscar, encontrar y realizar un «producto» capaz de satisfacer a los miembros de la comunidad. Cfr. MEDINA MORALES, D., «El arte del derecho. La ley como instrumento del operador jurídico», en *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2015, p. 561.

<sup>55</sup> SCACCIA, G., «Valori e diritto giurisprudenziale», en *Relazione al convegno Valori e Costituzione: a cinquant'anni dall'incontro di Ebrach*, Roma, Luiss-Guido Carli, Facoltà di Giurisprudenza, 26 ottobre 2009, p. 14, <http://www.ginoscac->

En este trabajo hemos visto que las corrientes filosóficas citadas solo quieren ir de lo necesario a lo posible, y no de lo posible a lo imposible, ya que este último discurso no les pertenece. En este sentido, esa condición de existencia empírica y ontológica de la persona en comunidad –sobre la que se nos invita a reflexionar– simplemente tiene la intención de dar forma objetiva a la consciencia jurídica de cualquier comunidad humana de nuestros tiempos, para que los tejidos comunitarios sean capaces de no recusar al derecho como una de sus dimensiones constitutivas.

Esta llamada a la consciencia axiológico-jurídica, para ser puesta en escena concreta y prácticamente, necesita de un mediador, de un sujeto comunitariamente auténtico y legítimo de la intención jurídica, un sujeto institucional idóneo para realizar el derecho en medio de los pluralismos y de los conflictos, un sujeto con vocación universalmente integrante e imparcial. Ese sujeto –según Castanheira Neves– es el juez, lo encontramos en los tribunales y en la función judicial independiente y apartada de cualquier sectarismo o tendencia partitocrática. Por una parte, pues, el derecho necesita de jueces ideológicamente neutrales y que puedan moverse en condiciones de independencia social e institucional; por otra, el pensamiento jurídico tiene el deber y la responsabilidad ético-social de ayudar al poder judicial en la afirmación, revelación y determinación constitutiva del derecho. Para los jueces y el pensamiento jurídico, o para los juristas en general, se presentan esfuerzos análogos, ya que todos ellos tienen la tarea de saber vencer los obstáculos que la realización de la justicia les presente, adoptando (insistimos) una actitud crítica, responsable y templada, no técnicamente contemplativa.

Es así como el *jurisprudencialismo* de Castanheira Neves llega a sostener que el verdadero Estado democrático, el verdadero Estado de Derecho, es el Estado de justicia y de jurisdicción<sup>56</sup>. Sabemos que existen múltiples referencias filosóficas que pretenden conectar el derecho a la justicia, apreciándose, en muchas de ellas, la no confusión rotunda entre legalidad y justicia. Jacques Derrida, en este sentido, no dudaba en afirmar (¿con demasiado pesimismo?) que «cada vez que aplicamos tranquilamente una buena regla a un caso particular, a un ejemplo correctamente subsumido, según un juicio determinante, el derecho obtiene quizás –y en ocasiones– su ganancia, pero podemos estar seguros de que la justicia no obtiene la suya. El derecho no es la justicia. El derecho es el elemento del cálculo, y es justo que haya derecho; la justicia es incalculable, exige que se calcule con lo incalculable»<sup>57</sup>.

---

cia.it/wp-content/uploads/2018/05/40-Valori-e-diritto-giurispr....pdf (última consulta 20 de febrero de 2020).

<sup>56</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «Justiça e Direito», en *Digesta*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 285-286.

<sup>57</sup> DERRIDA, J., *Fuerza de ley: el fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Editorial Tecnos, 1997, pp. 38-39.

Pues bien, interesándonos por esa (*derridiana*) justicia por venir, y aludiendo a su necesaria realización histórico-concreta, ¿cuáles son, en suma, las coordenadas finales para repensar el derecho hoy? ¿Es verdaderamente posible mantener el derecho como única alternativa humana? El itinerario que se sugiere consiste en recordar, primeramente, las condiciones esencialmente constitutivas del derecho para, después, reivindicarlo como necesidad insustituible. La primera de esas condiciones es de tipo «mundanal»: por mundo se entienden todos los mundos posibles, en sentido físico, natural, cultural e ideal; esta condición requiere la consideración de los hombres *con* los otros y *a través* de los otros, donde la intersubjetividad nos permita comprender la condición social de su existencia. Así, podemos entender la segunda condición, de tipo «antropológico-existencial»: la kantiana insociable sociabilidad humana determina una dispersión y desorientación caótica que necesita, para ser resuelta, de un segundo tipo de naturaleza humana, la del orden, de la unidad, de la integración y de la institucionalización. Pues bien, desde este orden de necesidades y posibilidades emerge la exigencia de un «fundamento normativo» de validez corresponsable: una validez constituida por valores, donde la intersubjetividad afirma nuestros derechos y nuestros deberes, donde el imperativo jurídico es ser persona y respetar los demás como personas.

He aquí que el derecho se presenta como una posible solución al problema, ya que, en su esencia constitutiva, el hombre se erige a sujeto ético mediante su propio reconocimiento como persona, siendo, esta, una condición que puede darse o no, pues las probabilidades de fracaso, evidentemente, existen. Si las dos primeras condiciones, por tanto, no dependen directamente del hombre y son expresiones naturales de la humanidad, la tercera condición sí, ya que dependerá de cómo el hombre sea capaz de comprenderse y reconocerse en un encuentro intersubjetivo, normativo y valorativo<sup>58</sup>. Poder, ciencia y política, o, lo que es lo mismo, un orden de necesidades, posibilidades o finalidades, son ciertamente reales alternativas humanas que podrían servir para resolver los problemas planteados por aquellas condiciones «mundanal» y «antropológico-existencial» que citábamos.

Lo que ocurre es que, en esta encrucijada, las estrategias científicas, las decisiones técnicas y la organización finalista, corren el riesgo de acabar con el derecho como categoría ética: el universo jurídico es práctico y axiológico, no meramente estratégico, científico, decisorio o político. El hombre de hoy se mueve entre exigencias de satisfacción, seguridad, dignidad y responsabilidad; pero debe decidir si ser sujeto o meramente objeto, debe elegir si buscar beneficios verdaderamente a su favor y no encubiertamente en su contra, debe saber si le resulta interesante reivindicar dinámicas dialogantes y par-

---

<sup>58</sup> CASTANHEIRA NEVES, A., «O Direito como alternativa humana», cit., pp. 297-299.

icipativas o ser relegado a espectador pasivo y domesticado. Por todo ello, creemos oportuno asumir que el derecho se presenta como la única alternativa humana, sin la pretensión de huir del progreso, pero sin que se progrese a consta del derecho. No podemos exigir un derecho en contra de la evolución técnico-científica, ni de la opción política, igual que tampoco podemos permitir que se desvíe y se obvие, en nombre de supuestas exigencias de legalidad o de expedientes políticos pasajeros, lo que de ético y humano reside en esa práctica social que con tanta fuerza ha sido presente en todo tipo de mundo: el derecho<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 308-310.