

FILOSOFÍA
DEL DERECHO

FRANCESCO D'AGOSTINO

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Traducción castellana de
JOSÉ RODRÍGUEZ ITURBE
Profesor de la Universidad de La Sabana

Estudio introductorio de
RODOLFO L. VIGO



EDITORIAL TEMIS S. A.



Universidad de La Sabana

Bogotá - Colombia

2007



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Francesco D'Agostino, 2007.

© José Rodríguez Iturbe, para esta versión castellana.

© Editorial Temis S. A., 2007.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.

www.editorialtemis.com

correo elec.: editorial@editorialtemis.com

© Universidad de La Sabana

Campus Universitario Puente del Común

Km. 21 Autopista Norte de Bogotá.

Chía, Cundinamarca - Colombia

www.unisabana.edu.co

correo elec.: publicaciones@unisabana.edu.co

Hecho el depósito que exige la ley.

Impreso en Editorial Nomos S. A.

Carrera 39 B, núm. 17-85, Bogotá.

ISBN 978-958-35-0590-0

2251 200700002600

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

“De mí no diré nada”.
A Andrea y Luciana

ESTUDIO INTRODUCTORIO

ROBERTO VIGO

Profesor de la Universidad Austral (Buenos Aires)

Nos parece que antes de hablar del contenido mismo de este libro, o sea de la Filosofía del derecho del profesor de la Universidad de Roma, resulta conveniente introducir al lector hispanoparlante con algunas características formales que le son típicas, las que incluso podrán ser útiles para que luego se entienda más cabalmente su desarrollo sustancial.

No practica D'AGOSTINO una filosofía jurídica carente de versación en la filosófica estricta; más bien son permanentes las referencias sólidas a pensadores tan variados como HEIDEGGER, KANT, HEGEL, GADAMER, HUSSERL, etc. Se trata no de meras citas circunstanciales que puedan abonar el discurso iusfilosófico, sino de reflexiones y críticas provocadas por textos filosóficos que se despliegan en análoga perspectiva noética y que incluso lo habilita —sin prejuicio dogmático de escuela— a respaldarse oportunamente con autores con los que discrepa en otros puntos. Así recurrirá a HUSSERL, para refutar la ley de HUME; o a HEIDEGGER, para entender la relación entre derecho y tiempo; o a BERGSON y LUHMANN, para explicar la contingencia de las normas jurídicas; o a KANT, para poner de relieve el futuro cosmopolita del derecho; o a RAWLS, para hablar de una justicia conciliada con alguna verdad de lo humano; o a HABERMAS, avalando su pretensión por una responsabilidad ético-comunicativa; o a coincidir con HOLMES o ROSS sobre la creación normativa judicial.

La filosofía jurídica d'agostiniana no peca de un autismo jurídicista en donde, con ocasión del derecho, sólo se hable de derecho. Por el contrario, el autor, en sintonía con buena parte de la teoría contemporánea, es consciente que para poder entender u operar con el derecho es necesaria aquella apertura a otras disciplinas y realidades. Así, la política, la moral, la ecología, la religión, la economía, la psicología, etc., tienen un lugar pertinente a la hora de discursos y análisis jurídicos. Algunos ejemplos de esa riqueza interdisciplinaria pueden ser: los análisis en torno a la “no violencia” (cap. XVI), el capítulo XIV sobre “la justicia tributaria”, el largo estudio del “Estado de derecho” (cap. XIII), las reflexiones respecto al “trabajo y el tiempo libre” (cap. VI) o las consideraciones que formula sobre la decisión judicial en el capítulo VIII.

Gusta el autor de practicar un diálogo respetuoso y racional con otras teorías opuestas o diferentes, en consecuencia, no se encontrarán

caricaturas de autores adscriptos a otras corrientes iusfilosóficas, ni tampoco una actitud destructiva que procure vanagloriarse de alcanzar destrucciones exhaustivas y definitivas. Más bien, la obra está escrita en positivo, o sea, sin empecinarse por señalar los errores de los otros, sino preocupada por formular las propias lecturas brindando las razones que las respaldan. Así, coincide con KELSEN en tanto su insistencia con el carácter sancionatorio de la norma jurídica. Incluso, por sobre afinidades no opta por un juego silencioso respecto de aquellas teorías a las que les corresponden ciertos reproches teóricos. Por supuesto que la disposición dialógica no implica diluir o silenciar convicciones. Por el contrario, es D'AGOSTINO un pensador valiente que no rehuye sus puntos de vista; de ahí que el lector encontrará incluso oportunas referencias a la dimensión trascendente del hombre o a la teología y la religión cristiana.

También merece subrayarse la originalidad que exhibe el índice de la obra. En efecto, no se trata de un listado de temas clásicos y troncales en los que frecuentamos los profesores de filosofía del derecho, sino que encontraremos problemáticas extrañas a aquella visión clásica tales como: el derecho y el tiempo, la justicia tributaria, los deberes del hombre, el principio de legalidad, la contingencia de las normas, etc. La originalidad se refleja tanto en los temas como en el abordaje de los mismos, en tanto no lo obsesiona a D'AGOSTINO llegar a prolijas y canónicas definiciones exhaustivas del tema, sino que más bien opta —con fidelidad heideggeriana— por un ejercicio de reflexión filosófica en donde la riqueza está muchas veces en el planteo o en lo que insinúa más que en las respuestas que alcanza. Esta riqueza de la obra la torna seguramente desalentadora para aquellos que buscan definiciones inequívocas para memorizar.

Por último, no podemos silenciar el manejo prolijo que el autor hace del lenguaje, e incluso su evidente rica cultura le permite recurrir con frecuencia a poetas o al lenguaje metafórico. Incluso en algunos de los artículos de este libro se atreve a preguntarse “¿que nos enseñan los poetas?” y su respuesta positiva apela desde EURÍPIDES a SHAKESPEARE, pasando por PLOTINO. La glosa d'agostiniana transita por HORACIO, EURÍPIDES, HERÓDOTO, SAN AGUSTÍN, el DANTE, LUTERO o el *Fausto* de GOETHE. Adscribiendo a los finos y rigurosos análisis lingüísticos típicos de HEIDEGGER, subraya D'AGOSTINO que la muerte como mero hecho naturalista (como *Müssen*) nos asimila a cualquier otro ser viviente, pero la muerte como débito (*Sollen*) hace de nosotros algo totalmente distinto respecto a cualquier otro ser viviente, pues la muerte (*Tod*) es propia sólo del hombre y no debe ser confundida con el deceso (*Ableben*) que puede golpear a los animales.

D'AGOSTINO es un filósofo que, además, es cristiano y, como tal, acepta que la fe confirma la razón y que la gracia sobreleva a la naturaleza, y desde esa matriz el lector encontrará frecuentes apelaciones a lo trascendente o a lo religioso. Así cuando analizando el Estado de Derecho (*Rule of Law*) y puntualizando su perspectiva fenomenológica advierte que la experiencia social no puede “ser cerrada y replegada en sí misma, sino que tiene siempre necesidad (si no quiere sofocarse en el más pobre formalismo) de una apertura trascendente”, pero con dicha apertura no está hablando de la contraposición entre lo terrenal (estatal) y lo espiritual, sino de un Estado que, para alcanzar a ser plenamente tal, debe apelar y respetar a la interioridad o la conciencia de sus ciudadanos. Otro ejemplo lo constituye la respuesta que brinda a la pregunta de porqué debemos pagar los impuestos, y su respuesta positiva descansa en un argumento político, como es que el Estado cuenta con el poder como para procurar el bien común y la armonía social, también en un argumento ético que descansa en la solidaridad social, pero agrega un argumento espiritual cual es el deber cristiano de atender a la pobreza.

Una cierta mirada optimista hacia el futuro caracteriza la perspectiva d'agostiniana: después de las tragedias de la modernidad del siglo xx, como lo han sido el fascismo y el nazismo, el stalinismo y el drama de la ecología y después de los resultados de sus escisiones entre ética y política, individuo y comunidad, hombre y naturaleza, economía y derecho, se recupera en estos tiempos posmodernos la reflexión y demanda de justicia. Así, “la filosofía de la política y la filosofía de la historia parecen llamadas a ceder el paso a la filosofía de la justicia” (9-3). Desde esta convicción no puede sorprender el entusiasmo que tiene D'AGOSTINO por KANT a punto que llega a confesarse kantiano: es que el filósofo de Königsberg avala la aspiración por un derecho cosmopolita o universal en donde “la violación del derecho acontecida en un punto de la Tierra puede ser advertida en todos los puntos”.

Pero por sobre características formales de la obra corresponde que en esta presentación auxiliemos al lector con algunas respuestas centrales o sustanciales que constituyen la médula de la filosofía jurídica d'agostiniana expuesta en este libro.

Las fuentes de la filosofía jurídica d'agostiniana

Reconoce el autor explícitamente a GIUSEPPE CAPOGRASSI y SERGIO COTTA “como los grandes filósofos del derecho de las últimas décadas”, y no cabe duda de que la filosofía jurídica d'agostiniana se nutre de aquellas teorías, y a través de las mismas o directamente se hacen presentes SAN AGUSTÍN, TOMÁS DE AQUINO, HEIDEGGER, HUSSERL, GADAMER,

HEGEL y, por supuesto, KANT. Esta variedad de fuentes torna difícil identificar a D'AGOSTINO con algunas de las filosofías jurídicas actuales más notorias. Sin embargo, la filosofía jurídica d'agostiniana es clara o confesadamente iusnaturalista o no-positivista, aunque no típicamente iusnaturalista, dado que no busca establecer una juridicidad sustancial “dada” para el derecho positivo sino prefiere propuestas que transiten por el cómo o las formas desde la convicción que el hombre es una “animal hermenéutico” y que pensar es —heideggerianamente hablando— agradecer al ser por su disponibilidad a ser comprendido. De todas maneras, nos parece clara la impronta de aquellos dos grandes iusfilósofos italianos que se hace visible por el carácter constitutivamente antropológico que tiene la filosofía jurídica d'agostiniana que nos remite a la búsqueda del derecho en “las formas de vida de la experiencia humana” de CAPOGRASSI o a “las formas coexistentiales de la vida humana”, en COTTA. La perspectiva “fenomenológica” que sigue el autor nos suena fuertemente cottiana, en tanto no es un HUSSERL ortodoxo sino enriquecido sobre todo por HEGEL y HEIDEGGER, y que no desprecia lo histórico-empírico (lo universal sincrónico y la permanencia diacrónica del derecho) ni el sentido o sentir común de los hombres. Es cierto que tampoco parece preocuparle a D'AGOSTINO esa adscripción a una escuela determinada, lo que se revela en la libertad con la que recurre a argumentos de autoridad doctrinaria. Asimismo en el libro no aparecen buena parte de las polémicas sobre las que gira la filosofía jurídica actual, por ejemplo entre normas o reglas y principios; y tampoco hay un propósito deliberado de atender a las teorías jurídicas más en boga (así no constan sino aisladas citas de DWORKIN y ALEXY).

El derecho

El autor procura “la definición ontológica del derecho” y para ello se instala en el actuar humano afectado por la ambigüedad que le es propia (gozne entre dos mundos: encerrado en la finitud pero consciente del infinito) y que puede fomentar la agresividad, la violencia o el odio haciendo invivible la existencia o potenciar la colaboración, la amistad o los vínculos intersubjetivos que tornen vivible la existencia, pero el derecho remite —como la moral y la política— a reforzar los vínculos positivos entre los hombres desalentando o poniendo freno a los negativos como los enfrentamientos y las guerras. El derecho es actuar humano orientado a la paz, aunque para reconocer su especificidad debemos advertir que él es un instrumento pacificante con una particular estructura: asociativa y abierta. En efecto, el derecho no se instala en el ámbito cerrado de una determinada intencionalidad afectiva como lo es

el de la amistad o el del amor o caridad; pues en la relación jurídica la asociación se establece simple y abiertamente entre “socios” que están ligados o vinculados por la ley común de coexistencia. Así, no hay inconveniente en que el derecho recurra a la fuerza para garantizar la acción y la simetría entre socios, aunque la fuerza es incompatible con la amistad o la caridad. La experiencia jurídica instalada en la coexistencia asociativa y pacificante refiere a las reglas que han sido “siempre tradicionalmente consideradas esenciales para individualizar lo específico de la experiencia jurídica (al punto que en algunas experiencias lingüísticas ley y derecho son, de hecho, usados como sinónimos)”; pero D’AGOSTINO insiste en la distinción entre regla y norma, en tanto aquella no es mero producto de una voluntad prescriptiva, sino que está para garantizar que la relación entre los sujetos sea jurídica, y tal carácter de la norma se logra satisfaciendo diversos requisitos (así, por ejemplo, deliberación, promulgación, etc.), aunque fundamentalmente se requiere “racionalidad”, o sea, que tenga la capacidad de dar sentido a una relación intersubjetiva en concordancia con la justicia, pues ésta es “la cualidad específica de las reglas jurídicas” o “el principio estructurante de la relación intersubjetiva como relación jurídica”.

La justicia

Entiende D’AGOSTINO que uno de los signos del agotamiento de la época moderna es precisamente la recuperación del tema de la justicia como “tema específico de reflexión” que se expresa en autores tan variados como RAWLS, LÉVINAS, MACINTYRE, HABERMAS O APEL. Frente a la lógica de la inmanencia o del arbitrio voluntarista e individualista reclama el autor la idea de que las relaciones intersubjetivas deben conformarse a un orden objetivo, objetivamente cognoscible por los hombres y para ellos obligantes. Precisamente buscando la clarificación de la justicia en la experiencia jurídica, corresponde advertir que ella hace referencia a la alteridad, a la relación con el otro en cuanto otro (antes que en cuanto amigo, hermano, compatriota, correligionario, etc.). Por eso también descarta el autor supuestos tipos de justicia (“la justicia es una o no es”). En segundo lugar, la justicia crea un orden de libertad en tanto liga la libre voluntad de los hombres para hacerlos coexistir, no estableciendo qué deben querer los hombres para coexistir pacíficamente, sino cómo deben ellos querer para relacionarse recíprocamente como seres libres. En tercer lugar, la justicia se caracteriza por la igualdad en tanto quien actúa jurídicamente se comporte en el respeto de las reglas jurídicas, rechazando excepciones y privilegios. En sintonía con LÉVINAS, el autor afirma que “la verdad de la justicia no es agotable pragmáti-

camente” o que el proceso de la justicia es “quizás infinito”, pues lo propio de la justicia “no está tanto en los contenidos que ella impone a las normas jurídicas (contenidos que, como resulta evidente a todos, varían histórica y culturalmente), sino en la estructura que las normas jurídicas, en cuanto justas, deben asumir. La justicia en cuanto no nos dice qué deben querer los hombres para coexistir pacíficamente, sino cómo deben ellos querer para relacionarse pacíficamente como seres libres”.

El derecho natural

El punto crucial de éste es la definición de naturaleza y ésta constituye “el primero y más inquietante de nuestros problemas”. Más allá que la “naturaleza ama ocultarse” —según HERÁCLITO— el hombre debe “trascenderla” y alcanzar una lectura metafísica que le permitirá percibirla como normativa. Así podrá advertir la duplicidad entre facticidad (su fragmentarse en entes múltiples y diversos que son asumidos como objeto de estudio por las distintas ciencias) y la razón de ser que le es propia (su logos) y que constituye el objeto de la indagación filosófica. Si nuestro ser viene comprendido por nosotros como “vacío de ser”, nuestra naturaleza es la de quien está llamado y tiene la potencialidad de llenar ese vacío (al menos en vía tensional), y se puede concluir que “la norma fundamental de nuestro existir será en toda circunstancia de nuestra existencia un ser tensionalmente dirigido a la realización en su plenitud de ser”. Esta exigencia de llegar a ser lo que eres, se da en el hombre desde la libertad que no es elección arbitraria de acción “sino la posibilidad que nosotros tenemos (y a la cual podemos también renunciar) de decir sí a nosotros mismos, reconociendo nuestra naturaleza y asumiéndola como normativa”. Esa razón de ser o logos permite leer el mundo “dotado de sentido” y “el derecho natural puede apropiadamente ser definido como el orden de la existencia”. Así queda posibilitada la réplica a la falacia naturalista de HUME, porque la naturaleza se percibe en función de su logos, de su esencia, como teleológicamente orientada; pero describir esencias corresponde de hecho a una valoración que no es arbitraria o subjetiva. El comportamiento debido —aquel exigido por el derecho natural antes incluso de ser estatuido por la autoridad— es “aquél por medio del cual lo real se manifiesta al hombre como un universo signifiante y permanece mediante la acción humana en la propia identidad no meramente empírico-factual, sino esencial”. Comportamientos como la violencia homicida, la mentira o la violación de promesas son contrarios al “derecho natural”, no porque violen normas éticas o religiosas, sino porque alteran en sí mismas el orden intrínseco

de la realidad y el uso mismo del lenguaje común que entiende la promesa como un compromiso que debe ser mantenido, la verdad como aquello que no debe ser nunca alterado, la violencia como la más grave deformación de la coexistencia social.

La experiencia del historicismo, más que erradicarlo, ha fecundado el pensamiento iusnaturalista, dándole una mayor ductilidad conceptual e imponiéndole una atención más vigilante a la justificación de las propias buenas razones. El iusnaturalismo ha resurgido por una doble conciencia: que la historicidad no está en contradicción con sus propios postulados —y así se ha hablado de un derecho natural dinámico o de contenido variable— y que la razón, de la cual el iusnaturalismo continúa a hacerse extremo defensor, no es extrínseca sino intrínseca al derecho positivo mismo (por eso COTTA ha podido llamar al derecho positivo justificado como “derecho natural vigente”). Como las reglas del lenguaje no pueden ser remitidas a un superlenguaje que constituya la medida de todas las lenguas singulares, sino que son inmanentes al lenguaje mismo y constituyen a tal punto el índice de expresividad no pueden ser violadas, so pena de la incomprensibilidad. Así, el derecho natural no está contenido en un super código, sino en las mismas normas de derecho positivo del cual constituye la razón de ser fundamental, eliminada la cual el derecho positivo mismo decae en algo sin sentido, con la consecuencia de que su obligatoriedad tiende a perderse con extrema rapidez. La antigua intuición agustiniana según la cual una ley que no sea justa no merece propiamente el nombre de ley, mantiene hoy vigencia, pues el derecho positivo cuando no es percibido como justo (es decir, cuando no está internamente regido por la razón) viene rápidamente desatendido y continúa viviendo una existencia puramente formal, y ni siquiera el continuo apoyo del poder coercitivo puede dar razón de ser a aquello que constitutivamente carece de razón. D’AGOSTINO reivindica explícitamente la doctrina tomista que admite la mutabilidad del derecho natural *per additionem* (por adición) y su historicidad “en su capacidad de crecer en la conciencia histórica de la humanidad”. La fuerza y especificidad del derecho natural reside no en su eternidad e inmutabilidad sino es su “no arbitrariedad”, de ahí que ha sido utilizado “como argumento contra el poder y no como fundamento del poder”.

El derecho positivo. (La sanción)

Al margen de lo que diremos en cuanto a la interpretación judicial, no se detiene demasiado D’AGOSTINO en el análisis de ese derecho puesto por la autoridad o la sociedad. Quizás una de las claves que puede expli-

car ese silencio es la prevalencia de la lectura ontológica o metafísica y la tesis —de raigambre cottiana aludida arriba— de que el derecho positivo es derecho natural vigente. Por supuesto que el autor no puede suscribir nociones de validez jurídica meramente sistémicas (aunque aceptables, notoriamente insuficientes), y estima que el punto crucial reside en la “justificación” de las normas que coincide en la obligatoriedad de las mismas. La ley positiva “cuando es verdaderamente ley y no *corruptio legis* (corrupción de la ley) es siempre, de alguna manera, obligatoria en conciencia”. “La intervención del legislador tiene —afirma D’AGOSTINO— un carácter imperativo *secundum quid* en tanto ordena no para imponer su propia voluntad, sino para hacer objetivamente patentes las reglas de las relaciones sociales”; en definitiva, el legislador “existe para ser instrumento de esa *recta ratio*. La ética del derecho es la “ética de la dignidad del hombre” y, coherentemente, recuerda el autor la lucha antipositivista de RADBRUCH por la justicia (como valor axiológico) frente a la certeza del derecho (como valor estrictamente legal). Que “Auschwitz no se repita” —según la fórmula de ADORNO— es la exigencia de no deshumanizar al derecho, y los derechos del hombre hoy hablan a los juristas de “específicos a priori éticos”.

No es pensable un derecho sin sanción, no tanto porque sea la única garantía de cumplimiento del derecho sino porque ella restablece la simetría social evitando que la coexistencia desencadene en arbitrio y atropello. Por eso, la sanción se justifica desde una teoría retributiva que tutela y promueve la coexistencia social y no para volver a los hombres más buenos, más prudentes o que triunfe una política social. Ejemplificando con el derecho tributario no duda en escribir D’AGOSTINO: “un sistema fiscal considerado equitativo por los coasociados, aunque tenga un débil poder de sanción, dará siempre mejores resultados que un sistema considerado inicuo, aunque dotado de un duro poder de sanción”. El derecho es una técnica, básicamente occidental, de solución justa y no violenta de las controversias (“justa en cuanto no violenta, no violenta en cuanto justa”). El problema de la justificación de las normas es científicamente ineludible porque abarca la identificación misma de las normas jurídicas, y ese problema no puede reducirse a la validez desde el ordenamiento. Cuando el positivismo recurre a la paz para justificar las normas, recurre a un argumento parcialmente positivista dado que reenvía a un criterio axiológico y meta-positivo o iusnaturalista.

Derecho y moral (pluralismo y relativismo)

El mero conocimiento del bien o del deber como principio no nos garantiza su realización ni lógica ni axiológicamente. Lógicamente,

porque quien conoce no por ello está en condiciones de formular el juicio para concretarlo e instalarlo en el mundo; y axiológicamente, porque la capacidad de obrar el bien depende filosóficamente de la libertad y teológicamente de la gracia. El pluralismo y la tolerancia deben ser asumidos como principios referidos a la verdad implícita en las visiones singulares del mundo que a su vez remiten al respeto a la dignidad de la persona. Pluralismo no significa que todas las opiniones sean registradas en su materialidad cuantitativa, sino complacerse en la variedad de las visiones del mundo como signo no de dispersión de la verdad sino de riqueza de su manifestarse. Tolerancia significa “que todas las opiniones son acogidas y respetadas porque sólo mediante su dialéctica es posible hacer brotar, en la forma adecuada a nuestra experiencia, es decir, en vía indirecta, el principio de la verdad, que es inherente a la cuestión concretamente en discusión y que ningún debate podrá nunca definitivamente agotar en su contexto”. El derecho como forma del saber característicamente dialógica vive estructuralmente de esta síntesis de pluralismo y tolerancia, pues el diálogo es el espacio real en el cual el logos viene a emerger en una de sus innumerables posibles configuraciones. En el campo de las culturas cada una de ella está llena de una especie de anhelo por lo universal, y así el pluralismo de culturas no justifica un relativismo axiológico sino expresa una especie de exceso del ser del hombre respecto a todas las formas expresivas de su ser, advirtiéndose que, si bien las formas expresivas de lo humano son, en principio, inagotables, no cualquier forma expresiva puede, *per se*, ser portadora de lo humano en cuanto tal.

La posibilidad de identificar algunos principios normativos universales no es para adoptarlos como normas fundamentales de códigos positivos cosmopolitas, sino que ello sirva para mostrar la fundamental capacidad de comunicación de todas las culturas y, en consecuencia, de todos los individuos. Juzgar una cultura no significa compararla con otra considerada como óptima, sino verificar su coherencia interna reflexionando específicamente sobre ella, pues, el universal que da forma a las culturas no es, en efecto, ni objetivado ni objetivable, “no es un mero hecho sino un principio constitutivo” y que para captarlo hay que recurrir a un “juicio reflexivo” y no a un “juicio determinante”; por ello, la “crítica filosófica a las culturas (como la crítica moral al actuar del individuo singular) es una tarea de principio interminable”. Ni siquiera la Declaración es un “absoluto” de justicia, porque el absoluto no puede reducirse a fórmulas lingüístico-normativas. Por ello, corresponde, en primer lugar, reconocer los límites culturales inherentes a la Declaración, y, en segundo lugar, inventar un lenguaje nuevo, a través del cual culturas que se han ignorado o combatido por siglos puedan fecundarse

recíprocamente permaneciendo cada una en su propia identidad. Sin embargo, los derechos humanos aparecen como el único gran absoluto ético de nuestro tiempo y un indicio de una nueva fase en la unificación espiritual de la humanidad, gracias a la cual —para usar la expresión kantiana— “la violación del derecho ocurrida en un punto de la Tierra pueda ser advertida en todos los puntos”.

Derecho y política (Estado y bien común)

El análisis fenomenológico concretado de la estructura del derecho pone al desnudo sus límites, en tanto ella es “frágil y fría” pues no tiene la robustez de la política ni el calor de la amistad. Aquí interesa sobre todo detenernos en la diferenciación con la política, atentos a que mientras a ésta la anima una lógica centrípeta que identifica a los miembros del grupo en un “nosotros colectivo” y el que lo infringe puede ser considerado traidor, al derecho siendo una estructura abierta lo anima una asociación universal en donde no existe otra condición para establecer una relación jurídica que el reconocimiento del otro como otro, es decir, como hombre, y el que infringe un vínculo jurídico incurre en incumplimiento.

Frente a la alternativa entre el modelo individualista de Estado y el modelo organicista, D'AGOSTINO opta por éste último en tanto presupone en los conciudadanos un bien común, un bien que, en cuanto común, es objeto del interés y del cuidado de todos. El Estado es la estructura de la vida colectiva que mediante el derecho está orientada al bien común, y la prioridad del Estado sobre los derechos individuales sólo puede comprenderse sin riesgo de totalitarismo desde la lógica del bien común. El bien común debe ser objetivo, “es decir, no determinado voluntariamente, o según las meras inclinaciones de los hombres”, sino consistente en la “posibilidad misma de vivir en común, de ser comunidad”, posibilidad que el derecho debe garantizar siendo el horizonte de toda voluntad que se compatibiliza con la voluntad de los otros en un sistema general de compatibilidad. No le corresponde al Estado o al derecho hacer felices a los coasociados sino ponerlos en la condición de serlo. La noción de bien común en la comunidad política conlleva y desemboca en el “bien de la entera familia humana” o sea la autolimitación de la soberanía de los Estados singulares a favor de la instauración de una comunión humana supranacional o un bien común planetario. Si se tiene el coraje de adoptar el lenguaje de la utopía, se puede quizá afirmar que la historia ha comenzado a dar sus primeros pasos para la construcción de aquel integral Estado de derecho “universal y homogéneo” en el cual y solo en el cual, sea posible hacer la hipótesis de un reconocimiento universal, no utilitarista sino ontológico de los hombres.