

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO Y MORAL EL CASO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I. PLANTEAMIENTO

Las relaciones entre el derecho y la moral no siempre han sido cordiales. Lo fueron en la antigüedad, en la Edad Media y en parte de la Edad Moderna; pero ya en la Edad Moderna, y sobre todo en la Contemporánea, no fueron tan buenas. Creemos que deberían serlo, dentro de una tradición que ha abogado por su distinción, pero que también ha buscado conexiones fructíferas que puedan darse entre ellas.

No se trata de confundir derecho y moral, cosa que muchos tratan acertadamente de evitar, y por eso llegan a temer cualquier tipo de relación entre los dos. Se trata de preservar su distinción; pero, sin perderla, esforzarse por aclarar las relaciones benéficas que se pueden dar entre ellos (por ejemplo, esclarecer el problema de si una ley inmoral puede ser ley jurídica). Una de las corrientes que lucha por desvincular la ética y la moral ha sido el positivismo jurídico, sobre todo con el argumento de que se comete la famosa *falacia naturalista*.

Examinaremos sus puntos de vista, para hacer ver que no sólo esa acusación de falacia ha sido desechada y superada, sino que aun se ha llegado a buscar, en el seno del positivismo, en algunos de sus cultores, esas relaciones válidas y útiles entre derecho y moral, cosa que señalaremos al final de este trabajo. Comenzaremos con el alegato del positivismo jurídico en contra de la vinculación del derecho con la moral.

II. LA SEPARACIÓN DEL DERECHO Y LA MORAL

El positivismo surge de la búsqueda de una ciencia entendida como cálculo; da la primacía a la razón calculadora, y así se quiere una ciencia jurídica como las ciencias exactas. Es la eclosión de la modernidad. Se creyó que eso era el progreso. Que se llegaría al hombre realizado y libre. Pero —como señala Jesús Ballesteros—¹⁶ la modernidad también produjo el estatalismo, o politicismo, en el que el derecho pasa a servir al Estado, a la política, y el hombre queda a merced del gobierno.

Eso es lo que desembocó en el positivismo jurídico, ya que sólo es injusto lo que es contrario a la ley, y la ley la hace el Estado (Maquiavelo, Hobbes, Locke); el hombre es sólo un ciudadano (Hegel). También la modernidad produjo el economicismo; el hombre es un burgués o un proletario, un *homo faber*. La libertad económica llega a quitar la libertad política, pues el derecho servirá a la clase, concretamente a la burguesía. En el fondo es la defensa de los propietarios (Hume, A. Smith). Además, el utilitarismo apoya al positivismo jurídico, como se ve en Bentham y Austin.

En resumen, puede decirse que la escisión entre en *ser* y el *deber ser*, base de todo el positivismo jurídico, de inspiración formalista, en la línea que va de Bentham a Kelsen, pasando por Austin y Holmes, tiene en última instancia su inspiración en el empirismo de los autores ya citados, desde Maquiavelo a Hobbes, según el cual hay que limitarse a entender al hombre como es de hecho, dejando a un lado los ideales acerca de cómo debería ser.¹⁷

Se separa, así, la moral del derecho, porque la moral tiene que atender al deber ser, y sólo se puede atender al ser. Esta separación ocurre, creemos, desde los nominalistas, que anteceden

¹⁶ Ballesteros, J., *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 1986, pp. 30 y ss.

¹⁷ *Ibidem*, p. 42.

al empirismo inglés. Todos ellos fomentan la falacia naturalista, que desemboca en Hume.

En efecto, la mayoría de los modernos quieren tratar el derecho como juicio de hecho y no como de valor. Separan el derecho de la moral. La ley no necesita ser justa, sino que basta con que esté positivada por el Estado. Hay un voluntarismo: la ley no depende de la razón, sino de la voluntad (Hobbes, Austin, Kelsen). El derecho es una técnica aplicada a la sociedad (Roscoe Pound, Kelsen, Bobbio); está basado en la coacción, de modo que depende de la fuerza (Ihering, Holmes); es la violencia legítima (Max Weber, Alf Ross). Por eso Bobbio ha querido evitar el Estado gendarme, de la burguesía, y recuperar su función directiva o promocional. Pero esto implicaría rebasar la falacia naturalista y aceptar la injerencia de la moral en el derecho.

III. LA ACUSACIÓN DE LA FALACIA NATURALISTA

La falacia naturalista (Hume, Moore) lleva a la *Wertfreiheit* de Weber, la ciencia jurídica tiene que estar libre de valoración. Recorre a la modernidad el deseo de un “cierre jurídico”, *more geométrico*, lo cual se ve desde Grocio, Pufendorf, Leibniz, hasta Windscheid, Merkel o Bergbohm-Weber-Kelsen. Adopta el método empirista con el formalismo. Oscila entre lo material y lo formal extremados. Es lo que se da en las escuelas “realistas”; unas son psicologistas, como la del norteamericano J. Frank y la de los nórdicos Hagerstrom y Olivercrona; y otras son sociologistas, como la del francés Duguit, la del alemán Ehrlich y la del escandinavo Ross.

Por eso Bobbio quiso conciliar los dos extremos: la ciencia jurídica es a un tiempo formal y empírica; lo primero, cuando conceptualiza, cosa que toca a la teoría general del derecho; lo segundo, cuando interpreta y aplica las normas; de ahí que sea comprensible que Bobbio hay ido mitigando su iuspositivismo,

criticándolo en cuanto a la ciencia jurídica,¹⁸ aunque lo retiene en otros muchos aspectos.

Veamos cómo se ha enjuiciado la falacia naturalista. Según Norbert Hoerster, para inferir un juicio normativo de uno descriptivo se puede usar una definición o análisis del significado. Por ejemplo: “La acción x es nuestro deber”, la cual puede equivaler a “La acción x nos ha sido ordenada por Dios”, y de ahí podemos pasar a decir que “La acción x se prescribe”.¹⁹

Moore, en 1903, se opone a esto, pues para él lo bueno no puede definirse; es un concepto normativo básico. Sobre todo, no puede definirse con un concepto descriptivo. Además, al ser básico, el concepto de lo bueno no deja lugar a ninguna duda, no requiere ni de descripción ni de análisis. De esta manera, no se puede obtener equivalencia o sinonimia que nos haga pasar de lo descriptivo a lo prescriptivo.

Frankena, en 1939, critica a Moore, por tener una noción de sinonimia muy estrecha, pues siempre cabe alguna ambigüedad. Su rechazo a definir lo bueno descansa en un dogma; y, como se sabe que la división de lo natural en cosas dadas y valores tendrá siempre una clase vacía (la segunda), está cerca de ser una *petitio*.

En seguimiento de Moore, durante los años cuarenta, Ayer y Stevenson insistieron en que los juicios éticos significan algo emotivo. Por eso Toulmin, en 1950, quiso introducir una lógica distinta de la inductiva y la deductiva, a saber: la normativa, la de la ética; pero no se le hizo mucho caso. Más bien se siguieron buscando caminos dentro de la lógica deductiva, para inferir válidamente el *debe* del *es*. De manera cercana a eso, pero en la línea de la metaética, Hare, en 1952, dice que los conceptos normativos tienen en el lenguaje la función de recomendar algo.

¹⁸ En trabajos tales como “Essere e dover nella scienza giuridica”, ponencia en el Congreso Mundial de Gardone Riviera, 1967, *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, 168, pp. 475-486. Hay trad. de A. Ruiz Miguel en Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, Valencia, Fernando Torres, 1980, pp. 201-224.

¹⁹ Hoerster, N., *Problemas de ética normativa*, México, Fontamara, 1992, pp. 14 y ss.

En cambio, J. R. Searle, en 1964, hace la inferencia tratando de explicitar el contenido ilocucionario y perlocucionario de tipo deóntico que se encuentra en las expresiones constatativas. Pasa de los enunciados de promesa a los de obligación. Claro que pone algunas condiciones suplementarias (pragmáticas), pero todas se cumplen.

Posteriormente, Mavrodes y Prior hacen, por adición, una disyunción con un enunciado descriptivo y otro normativo, y de ahí derivan la parte normativa por silogismo hipotético. Pero suena muy artificial, como la paradoja de Bunge.²⁰

Por eso es necesario acudir a algo distinto. Hay un tratamiento de la falacia naturalista, que es el de C. I. Massini, que ha sido muy beneficioso para la discusión actual. Massini trata la falacia en sus dos expositores principales, que son Hume y Moore. Hay diferencias de planteamiento, pero en el fondo es lo mismo: no se puede pasar del ser al deber ser, de lo descriptivo a lo prescriptivo, o de lo no normativo a lo normativo. Aunque se referían a la totalidad de sus antecesores, Hume se dirigió en concreto a Samuel Clarke, y Moore, a Sidgwick. Pero ambos incurren en lo mismo o prueban demasiado.

Y hay varias respuestas. Una de ellas es aceptar que es una falacia, pero se niega que se incurra en ella. Así, Fagothey y Finnis dicen que Santo Tomás no cae en ella. Los principios prácticos son evidentes, y no se infieren de los teóricos. Massini reúne un buen número de textos del Aquinate en los que puede señalarse esto. Y aun concluye que los que verdaderamente violan la “ley de Hume” son los propios positivistas, que derivan normas de hechos: sentimientos, usos sociales, la voluntad del legislador o la de la clase dominante, etcétera.

²⁰ *Ibidem*, pp. 35-37. La paradoja de la adición es señalada por Mario Bunge, la cual consiste en adicionar mediante disyunción una premisa a otra, y después obtener, por *modus tollens*, lo que se desea. Pero Hugo Margáin señaló que ahí no hay paradoja, sino incorrecciones. Sobre esto véase Margáin, H., *Racionalidad, lenguaje y filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, pp. 62-64.

O'Connor atribuye la falacia a Santo Tomás, pero injustificadamente. En efecto, el Aquinate comienza con el primer principio práctico. Con él, aun cuando se introdujeran premisas descriptivas, está asegurada la carga prescriptiva, que no será extraída ilícitamente. Además, como dice el iusfilósofo austriaco Ota Weinberger, de puras proposiciones normativas no se puede seguir ningún precepto concreto. Y, como —según Öffe— la conclusión sigue a la parte más débil, tiene que seguirse una conclusión deóntica.

A semejanza de Moore, tampoco para Tomás lo bueno es definible. Al menos no en sentido estricto. Es una propiedad trascendental del ser y, por lo mismo, análoga (y lo análogo no tiene definición propia).

En cuanto a los enunciados normativos, Massini sigue a Kallinowski, para quien las normas tienen como significado ciertas proposiciones normativas, son entes intencionales cognoscitivos, *i. e.*, que hacen conocer la realidad. Tienen como referencia o designación ciertos estados de cosas, que consisten en relaciones de obligación o de libertad, relaciones deónticas reales, estructuras deónticas de la realidad, existentes de modo objetivo, sea en un mundo posible o en el actual. Hay algunas que existen por sí mismas entre el modo de ser del hombre y el valor de ciertas acciones, y otras son establecidas por los legisladores. Si el ente real no condicionara, directa o indirectamente, lo deontológico, estaríamos condenados a inventarlo siempre. Pero sólo los entes reales posibilitan relaciones reales en el ámbito de lo deóntico. Interpretamos y encontramos los valores en las cosas. Así recogemos el ser en el deber ser, sin falacia.

IV. DESCRÉDITO DE LA SEPARACIÓN DERECHO-MORAL

Dentro de la filosofía jurídica positivista, el pensador más influyente ha sido Hans Kelsen (en seguimiento de Max Weber). Kelsen

parece tratar de conciliar el formalismo y el empirismo mediante la conciliación de normativismo científico jurídico y análisis sociológico del derecho. Así, a la ciencia del derecho le toca estudiar la norma jurídica, y a la filosofía del derecho, la axiología jurídica. La filosofía del derecho estudia la dimensión axiológica del derecho. Kelsen lo dijo claramente en su respuesta a una encuesta de los *Archives de Philosophie du Droit en 1962*:

Creo que la filosofía del derecho y la teoría general del derecho tienen idéntica razón de existir. La filosofía del derecho busca responder a la cuestión de saber qué reglas *debe* adoptar o establecer el derecho; en otros términos, su objeto específico es el problema de la justicia. Siendo claro que la justicia es un postulado de la moral, la filosofía del derecho constituye una rama de la filosofía moral o ética. Su método es el método mismo de esta disciplina. Por el contrario, la teoría general del derecho tiene por objeto *el derecho tal como es*, es decir, el derecho positivo tanto nacional como internacional. Su objetivo consiste en analizar la estructura del derecho positivo y fijar las nociones fundamentales del conocimiento de este derecho.²¹

Estas últimas son consideradas como cosas metajurídicas, no objetivas, sino que expresan intereses y sentimientos. Es ideología; en todo caso, es historia de las doctrinas jurídico-políticas o de la filosofía política. Así lo considera Bobbio (en su obra *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*). Pero, más que cuestiones metajurídicas, son de filosofía del derecho —al modo como en la lógica muchas cosas que se empezaron a estudiar como metalógicas finalmente se aceptaron como de filosofía de la lógica. Se trata de la perspectiva más universal alcanzable en el terreno de lo jurídico—. Y el iuspositivismo ha frenado mucho la riqueza de esta perspectiva. Por eso ha llegado a hablarse de cierta crisis del iuspositivismo.

²¹ “Respuesta a la encuesta”, *APD*, 1962, p. 131.

V. LA CRISIS DE LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL

Según Bobbio, la crisis actual del iuspositivismo afecta lo que él llama el iuspositivismo metodológico, no el teórico ni el ideológico; por eso rechaza estos dos últimos, y retiene aquél, como el núcleo fuerte. Es el formalismo jurídico que excluye las consideraciones sociológicas y valorativas. A ese positivismo jurídico se adhirió Bobbio en *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*²² y en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*.²³ Pero se ve un cambio en 1966, en su intervención en la *Tavola Ronda sul positivismo giuridico*,²⁴ donde habla de la crisis del principio de la distinción entre derecho que *es* y derecho que *debe ser*, en el cual estriba el positivismo. Acepta que la superación del positivismo se debe a la “naturaleza de las cosas”, que salva ese *hiatus*, la idea de principios generales del derecho y la revalorización del papel de los jueces (jurisprudencia), porque donde el derecho se halla en continua formación, los confines de lo que es y lo que debe ser se ven superados.

El positivismo nació como decisión científica, pero detrás de ella hay una exigencia política. Supone la aceptación del *statu quo*. Bobbio mantiene esta crítica en “Essere e dover essere nella scienza giuridica”,²⁵ donde declara que la pretensión de *Wertfreiheit* (o de que el derecho está libre de valoración) es ya insostenible. En su participación en el simposio *Las ciencias humanas en Italia hoy*,²⁶ habla del descrédito en el que ha caído el positivismo, pues los juristas no usan a los filósofos del derecho (positivistas). Pero de mayor importancia es su trabajo “Dalla struttura alla funzione”,²⁷ donde dice que el positivismo formalista sirve de

²² A cargo de N. Morra, Turín, Librería Universitaria, 1960.

²³ Milán, Comunità, 1965.

²⁴ Pavía, 1966, mayo, Milán, Giuffrè, pp. 69-73.

²⁵ En la *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 168, pp. 475-486.

²⁶ *Le scienze umane in Italia oggi*, Bolonia, Il Mulino, 1971, p. 276.

²⁷ En *Nuovi studi di teoria del diritto*, Milán, Comunità, 1977, pp. 14 y ss.

control social y coacción, y, en contra de Kelsen, trata de superar eso y destaca el papel directivo o promotor del derecho. Pasa de la visión estática a la dinámica, en la que comienza a aceptarse una teleología en el derecho. Y esto ya es un atisbo de la conexión de derecho y moral.

Por su parte, también H. L. A. Hart desea conciliar el formalismo y el empirismo, con su distinción entre punto de vista interno (lógico-formal) y punto de vista externo (sociológico), que corresponde a ciencia jurídica y sociología jurídica, según lo trataba Kelsen. Hart, al principio, por ejemplo en *Derecho y moral*, sostenía la separación de los dos órdenes. Pero en *El concepto de derecho* niega que el derecho pueda tener cualquier contenido, y afirma un contenido mínimo del derecho natural, que consta del “no matarás”, de la delimitación de las libertades, de la igualdad mínima y del cumplimiento de las promesas (aunque los relativiza a la primacía del principio de utilidad). Acepta como válido el derecho vigente, pero distingue validez amplia (vigencia formal) y validez restringida (que exigiría la adecuación a criterios morales) y rechaza esta última. También disminuye su positivismo —y hasta parece apartarse de él— al aceptar el valor de las normas primarias puramente directivas, lo que le permite salvar el carácter jurídico del derecho internacional, cosa que no podría hacer un positivista fuerte. En “El derecho en la perspectiva de la filosofía. 1776-1976”,²⁸ analiza críticamente a su sucesor en Oxford, R. Dworkin, y señala que en 1776 se abrió una etapa, con un fragmento de Bentham (sobre la legislación), que separaba el ser y el deber ser, y dice que esa etapa está ahora cerrándose y acabándose. El ser y el deber ser vuelven a conectarse. El utilitarismo olvidaba la inviolabilidad de la persona, y es necesario abrir nuevas perspectivas, por lo que estamos al final de una etapa y al comienzo de otra, la iniciada por Dworkin. Hart sigue la misma línea en “Un nuevo desafío al positivismo jurídico”.²⁹

²⁸ En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 33, 1978, p. 317.

²⁹ En *Sistema*, núm. 36, 1980, pp. 12 y ss.

VI. EXAMEN DE UNA OBJECCIÓN A LA RELACIÓN DERECHO-MORAL

En un sugestivo libro, Francisco Laporta aborda las relaciones del derecho con la moral.³⁰ Por supuesto, la relación principal es aquella en la que la moral critica una ley por el hecho de ser injusta o moralmente inicua. Dado que ésa es precisamente la postura del iusnaturalista, Laporta pone una dificultad al iusnaturalista en cuanto a eso. Alguien puede juzgar éticamente un sistema jurídico desde dentro de él o desde fuera de él. Y tanto uno como otro podría hacer su juicio desde una ética autoritaria o desde una ética crítica.

Pues bien, la tesis de Laporta es que el iusnaturalista que sostiene sin paliativos la relación necesaria entre derecho y moral la única visión que puede tener es la autoritaria. Se refiere solamente a un caso:

...aquel en el que dicho enunciado es emitido por un *observador* externo sobre una *norma aislada* que satisface los criterios de *pertenencia* a un sistema y es *vigente empíricamente* pero, para las pautas de *moralidad crítica* de ese observador, es inmoral. En este significado decir “Esto es derecho válido pero inmoral” no es en absoluto contradictorio y, por tanto, en este significado *no* hay una conexión necesaria entre derecho y moral.³¹

Si únicamente nos atuviéramos al punto de vista interno, llegaríamos a un relativismo muy extremo, en el que no sería posible enjuiciar moralmente al derecho. Laporta quiere evitar eso, y por ello tiene que aceptar la posibilidad y validez del enjuiciamiento del derecho por un observador moral externo. De hecho, hay que ponerse en el nivel metanormativo, sobre la vinculación moral de un derecho, que es la que conecta derecho y moral.

³⁰ Laporta, F., *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1995.

³¹ *Ibidem*, p. 106.

Entonces Laporta dice que el observador externo es el único que puede contrastar una práctica con pautas morales críticas, por no estar implicado en ella, pues el interno sólo conoce la moralidad en la que está implicado y no puede salir de ella (en el momento en que la criticara dejaría de ser interno). Por eso el interno que acepta que hay conexión necesaria entre derecho y moral lo único que dice es que acepta las normas jurídicas como pautas morales válidas; y esto sólo puede referirse a la moralidad posible para él: la crítica. Aquí vemos ya un desliz, pues Laporta nos ha dicho que el observador interno no puede tener una moral crítica, por estar implicado en ella, ya que siempre será positiva o autoritaria. Y es cuando Laporta establece que el observador externo que conecta moral y derecho se refiere a la moralidad positiva, y dice la trivialidad de que siempre que hay un orden jurídico, alguien cree moralmente en él.³² Pero antes había dicho que el observador crítico es el externo, el único que puede hacer un contraste de pautas morales. Hay algo que no se sigue aquí. Pero veamos. Laporta añade:

Entiendo por iusnaturalista, precisamente, a alguien que afirma la existencia de esa conexión necesaria o conceptual y que, además, y simultáneamente, la une a la afirmación de que hay valores o pautas morales objetivos y cognoscibles, de tal forma que si el derecho no incorpora de algún modo dichas pautas o valores no merece, en sentido estricto, la calificación de “derecho” o, lo que es lo mismo, a “eso” no le cuadra el concepto o el nombre de “derecho”. ¿Dónde estaría situado este iusnaturalista? Me parece que, necesariamente, tendría que alimentar la pretensión de hablar como un *observador externo* y objetivo que afirma la conexión conceptual entre derecho y moralidad crítica.³³

Dice que tal posición es inútil, ya que se encontrarán muchas situaciones que sean justas o moralmente buenas, y no por

³² *Ibidem*, p. 113.

³³ *Ibidem*, p. 114.

eso serán jurídicas. Y entonces necesitará algún criterio adicional para reconocer cuáles son las situaciones jurídicas. Allí encuentra Laporta la paradoja: “Resulta que el iusnaturalista propone un criterio fuerte de juridicidad (la justicia, el bien común, etc.) y se ve obligado a apelar a un criterio subsidiario o ulterior ¡precisamente respecto a los componentes básicos de mayor «jerarquía» del sistema!”.³⁴

Pero aquí hay un *non sequitur* o, por lo menos, una equivocación en la que incurre Laporta. Él describe una situación demasiado abstracta. No se trata de que el iusnaturalista venga únicamente armado con la regla de que todo lo que sea justo deba ser normado jurídicamente; no existe ese “antropólogo jurídico” que llegue así a una cultura distinta y examine de esa manera sus instituciones jurídicas. Recuérdese la situación de un misionero español, por ejemplo Bartolomé de las Casas —que era iusnaturalista— cuando llegó a América, y examinó algunas instituciones jurídicas de los aztecas y las declaró injustas. Primero tuvo que detectarlas o conocerlas como jurídicas y luego aplicó su criterio moral para evaluarlas. A menos que la situación de *insider* y *outsider* se difuminen en el caso de Las Casas, que trató de atenuar la situación de los sacrificios humanos y otras cosas, y, sin embargo, las declaró inmorales y, por lo tanto, según sostenía Santo Tomás, como leyes que se autocancelan. No se ve clara, no, la paradoja de Laporta; ni siquiera en el caso extremo de llegar a una cultura desconocida en la que cueste trabajo discernir qué cosas están normadas jurídicamente y tengan que ser evaluadas moralmente.

Según Laporta, la juridicidad o competencia de lo jurídico sólo podría saberse entonces por recurso a lo formal, no a lo material; esto es, a la autoridad competente que emite las leyes. Por eso agrega:

Pues bien, si esto es así el iusnaturalista que se ha visto obligado a conceder una dimensión moral a las normas de competencia se

³⁴ *Ibidem*, p. 115.

encuentra con un severo problema. Había planteado como exigencia para poder hablar de derecho el que las normas cumplieran con un criterio material de justicia y como esto era insuficiente había añadido un criterio complementario de identificación de normas jurídicas a través de normas de competencia: serían *jurídicas* aquellas normas *justas* emanadas de una autoridad, pero no de una autoridad cualquiera, sino de una autoridad moralmente legítima. Y ahora vemos que sus dos criterios no pueden convivir porque las normas de competencia como razones morales “independientes del contenido” y “perentorias” tienden a ignorar precisamente la consideración de la justicia del contenido de las normas de conducta. El criterio material de justicia se ha esfumado y el iusnaturalista se encuentra con que para mantener su teoría de la conexión necesaria entre derecho y moral tiene que hacer descansar la moralidad del derecho en la autoridad que lo crea, y nada más. El derecho sería entonces *moral* porque emana de una autoridad moral, cualquiera que sea el contenido de sus normas. Y esto hace desembocar al iusnaturalismo en una ética del tipo “mandato divino”, es decir, le hace desembocar en algo incompatible con una ética ilustrada o crítica: en la idea de que el poder como razón moral perentoria nos ahorra la práctica del debate moral sobre el contenido de las normas.³⁵

Pero tampoco esto es verdad. No se ha acudido sólo a lo formal y se ha desechado lo material; pues, aunque el iusnaturalista hable —como hace Santo Tomás— de que sólo es jurídicamente válida una ley que emite la autoridad competente, eso no significa que sólo se deba atender a la autoridad para ver lo que es jurídico, con lo cual se esfumaría la posibilidad de una moralidad crítica, y sólo quedaría la autoritaria o positiva. En efecto, el que algo tenga que ser emitido por la autoridad competente y moral para ser ley es sólo condición necesaria, pero no suficiente; precisamente para que sea suficiente tiene que ser moralmente justa. Una autoridad moral, por definición, ¿cuál es? Sólo se puede ver si es moral por las leyes que emana. Hay incluso autoridades que

³⁵ *Ibidem*, pp. 119 y 120.

son morales por el origen, pero pueden volverse inmorales por el desempeño, por su actuación jurídica.

Se da, pues, una revisión reflexiva y a posteriori de la moralidad de la ley, y no como la que imagina Laporta, que es inexistente. En efecto, el iusnaturalista revisa lo que es tenido como jurídico, y después ve si en verdad es moral; y no, como él supone, sólo lo que sea vigente y moral es visto por él como jurídico y después evaluado para ver si es tal. Eso ciertamente sería redundante. Pero ha fabricado artificialmente una situación que atribuye al iusnaturalista, y que no es el caso.

VII. NECESIDAD DE LA VUELTA AL DERECHO NATURAL COMO FUNDAMENTO ONTOLÓGICO DEL DERECHO

Según Ballesteros, hay dos movimientos que han influido para volver la vista al iusnaturalismo: la filosofía jurídica de la “naturaleza de la cosa” y la rehabilitación de la filosofía práctica. Además, el que se ha recuperado es el iusnaturalismo aristotélico-viquiano. El iusnaturalismo de Aristóteles y de Vico tienen un carácter más práctico o prudencial (fronético) que el racionalista, y por ello está más abierto a la historia; y quita el dualismo de órdenes normativas natural y positivo.

Para Aristóteles, en efecto, hay una justicia natural, pero es variable; por ello tiene primacía la *epikeia* en el orden jurídico. Lo equitativo es mejor que lo justo, pues la equidad rectifica la justicia legal. Dada la índole de las cosas prácticas, en ellas no se puede usar igual la ley universal, tiene que fallar en algunos casos. Esa posibilidad de fallos hace atender a las circunstancias. Ahora bien, la *frónesis* apoya a la *praxis*, como la *techne* a la *poiesis*. Tanto Gadamer como Habermas reconocen que la ética aristotélica pasaba directamente a la *praxis*, a diferencia de lo que sucede de Hobbes en adelante.

Pero, a pesar de que no se puede aplicar sin más la ley universal, las leyes siguen rigiendo, sólo que se aplican prudencial-

mente. Es la aplicación, no la ley, la que es prudencial. Aunque los principios tienen carácter histórico, no por ello se vuelven meramente discrecionales; oscilan entre la necesidad y la historicidad. Su historicidad no impide que sean incuestionables, y son cuestionables sin que se vuelvan convencionales. Este planteamiento de la ley puede dar cuenta a un tiempo de la regla y de la excepción, pues la *frónesis* se encarga de buscar la verdad práctica, tanto la de la regla como la de la excepción. Por ese carácter doble, que ve lo necesario y lo contingente, evita el escepticismo y el relativismo morales. Bien dice Jesús Ballesteros: “El derecho natural no pretende en modo alguno ser un orden jurídico distinto y separado respecto al derecho positivo, sino que no es otra cosa que la raíz del único orden jurídico”.³⁶ No hay dualismo de órdenes (natural/positivo), sino que son uno y el mismo. Pero el natural es como la raíz y el positivo el tronco, lo implícito y lo explícito, lo originario y lo derivado, lo permanente y lo contingente. “Desde esta perspectiva, lo que ha dado en llamarse «concepción no normativa del derecho natural» puede considerarse como dominante no sólo dentro del panorama de la filosofía iusnaturalista contemporánea, sino también dentro del pensamiento clásico”.³⁷

Es lo que supo ver Radbruch. Se niega el carácter normativista del derecho natural en los no racionalistas; y va junto con la afirmación de la prioridad ontológica de la vida humana. El derecho natural es simplemente un conjunto de principios generales, y no un sistema jurídico cerrado que se puede aplicar sin mediación a la situación concreta.

El aristotelismo ha dado al iusnaturalismo, como lo más valioso, el método; pero en cuanto a los contenidos, el discurso del Estagirita —dice Ballesteros, y estamos de acuerdo con él— está en muy buena parte obsoleto. Lo más valioso es la irreducibilidad del hombre a ciudadano, la dignidad humana como previa a

³⁶ Ballesteros, J., *op. cit.*, p. 106.

³⁷ *Ibidem*, p. 107.

cualquier grupo. Es lo que da el cosmopolitismo, desde el estoico Panecio de Rodas hasta Vitoria o Vico. Aristóteles y el racionalismo lo vuelven a poner en un estado. Hegel es el último iusnaturalista en este sentido estatista.³⁸ En cambio, Panecio, Cicerón, Séneca, Agustín, Tomás, Vitoria, Vico y Kant van más a la razón.

Otro dato que nos hace pensar en los derechos naturales como relacionando el derecho con la moral es lo que en la filosofía analítica del derecho se ha llamado “derechos morales” (*moral rights*), y que están muy cercanos a los derechos naturales. Inclusive, Hart reconoce que hay

...principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo* del Derecho Natural, en contraste con las construcciones más grandilocuentes y más controvertibles que a menudo han sido enunciadas bajo ese nombre.³⁹

Reconoce que ese contenido tiene cinco puntos: 1) con base en la vulnerabilidad humana, se da el no matarás; 2) la igualdad aproximada, como control de desigualdades; 3) el altruismo limitado, como control de la agresión; 4) recursos limitados, como control del reparto, y 5) comprensión y fuerza de voluntad limitados, en vistas a coaccionar para la colaboración. Además, dice que se puede usar la palabra “derecho” (como en “derecho natural”) sin que tenga un poder compulsivo; basta que tenga un poder razonable, como se usa la expresión “derecho internacional” para aludir a un sistema que no tiene ninguna coercitividad.⁴⁰

Otra cosa en la que se ve que las nociones de derechos naturales o de derechos humanos se dan en la relación del derecho con la moral es lo que atestigua Michel Villey, quien dice que el

³⁸ Bobbio, N., “Hegel y el iusnaturalismo”, *Diánoia*, núm. 13, 1967, pp. 55-78.

³⁹ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 238 y 239.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 246.

derecho natural clásico está vinculado a la noción de justicia.⁴¹ Santo Tomás define el *ius* o derecho como lo que es justo (*id quod iustum est*) y como el objeto de la justicia (*obiectum iustitiae*). Por eso la finalidad del jurista era el servicio de la justicia. El mismo arte jurídico consiste en descubrir la solución justa. Y la justicia tiene como fin dar a cada uno lo suyo (*suum cuique tribuere*). La justicia es “ante todo una obra intelectual (antes del estadio ulterior de la ejecución), busca determinar una relación, la relación conveniente entre las cosas distribuidas entre las personas”.⁴² La justicia legal es la más propia del jurista, y la que más necesita reglas. Dada esa significación moral del arte jurídico, el jurista es un agente de la moral.

Sin embargo, el derecho no se asimila a la moral, sólo se inserta en ella. Kant separó hecho/derecho. De ahí su fracaso. Y también el de los iusnaturalistas subjetivistas como los neokantianos Stammler y Del Vecchio, junto con “algunos neotomistas demasiado infieles a Sto. Tomás”.⁴³ La clave está en el objetivismo naturalista del Aquinate: “Al método subjetivo que pretende deducir la justicia de los principios de la razón interna, se acaba de oponer otro método que la busca fuera de nosotros mismos, en el mundo exterior. Henos aquí en el corazón de la doctrina del derecho natural”.⁴⁴ Es que el mundo circundante no es sólo un orden físico, sino también algo rico en valores.

VIII. CONCLUSIÓN

No parece, pues, que se puedan separar tan fácilmente la moral y el derecho, en vista de que tampoco se pueden separar nítidamen-

⁴¹ Villey, M., *Consideraciones en pro del derecho naturales clásico* (trad. de “Abregé du droit naturel classique”, *Archives de philosophie du droit*, 1961, por E. Garzón Valdés), Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 26.

⁴² *Ibidem*, p. 31.

⁴³ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 66.

te el derecho que es y el derecho que debe ser. Es una variante de la dicotomía, pretendidamente tan tajante, entre el ser y el deber ser o el hecho y el valor. Ya está siendo reducida, y ya no se considera tanto un paso en falso o falaz, según la falacia naturalista. Cada vez más se muestra a las corrientes actuales —por ejemplo a la filosofía analítica y a la filosofía pragmatista— el carácter no falaz de ese paso, como fue claro, por ejemplo, para el aristotelismo y el tomismo. Inclusive muchos iusfilósofos recientes, que tenían grandes reservas o una gran desconfianza frente a ese paso, han acabado por aceptar que es inevitable, y que además lo damos de continuo. Igualmente inevitable se les muestra a muchos, como a Bobbio, Hart y Dworkin, la necesidad de volver a vincular el derecho con la moral.