

Herrera, Daniel A.

*En defensa de la moralidad del derecho
In defense of the morality of law*

Prudentia Iuris N° 79, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Herrera, D. A. (2015). En defensa de la moralidad del derecho [en línea], *Prudentia Iuris*, 79. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/defensa-moralidad-derecho-herrera.pdf> [Fecha de consulta:.....]

EN DEFENSA DE LA MORALIDAD DEL DERECHO *In Defense of the Morality of Law*

Daniel A. Herrera*

1. Planteo de la cuestión

En la primera *lectio* con la que iniciamos el año académico 2013 expuse sobre el tema: “En defensa de la racionalidad del Derecho”. Cicerón ya decía que la naturaleza del Derecho debíamos buscarla en la naturaleza del hombre, y ésta justamente en su especificidad es racional (lo que nos permite distinguirnos de los otros seres irracionales), por eso el Derecho debe fundarse en su ser racional. Por su parte, en el inicio del año académico 2014 expuse: “En defensa de la politicidad del Derecho”, en consonancia con la defensa de su racionalidad que hicimos aquella primera vez. Esto es posible por la estrecha relación que existe entre ambas dimensiones (la racionalidad y la politicidad), debido a que el hombre es un animal político, como decía Aristóteles (*zoom politykon*)¹, porque es un animal racional (*zoom logotykon*). A diferencia de otros animales, donde lo gregario se da en el orden instintivo, en el hombre la sociabilidad y la politicidad suponen la racionalidad².

Siguiendo la misma línea, este año voy a referirme a la moralidad del Derecho, a fin de completar la trilogía (racionalidad, politicidad y moralidad). De ahí el título de la presente *lectio*: “En defensa de la moralidad del Derecho”. Esto es así porque de la misma manera que el hombre es también un animal ético (*zoom ethykon*), es racional y así todo su obrar ético se funda en su racionalidad, por aquello de que el obrar sigue al ser (*operari sequitur esse*). De esta manera, lo que pretendo demostrar en la presente tesis es que tanto la politicidad del Derecho a la que me referí el año pasado, como a la moralidad del Derecho a la que me referiré en esta disertación se fundan en la racionalidad del Derecho abordada en la primera *lectio*. Por eso, en algunas partes de esta disertación me remitiré a las dos anteriores ya que las tres lecciones forman un conjunto.

* Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. El presente texto corresponde a la *Lectio brevis* del inicio del año académico 2015.

1 Cf. Aristóteles. *La Política*. L. I.

2 Cf. Tomás de Aquino. *Del Gobierno de los Príncipes*. Libro I. Capítulo I.

En esta exposición voy a utilizar los términos *moralidad* y *eticidad* como sinónimos, más allá de que algunos le dan sentidos distintos, a los que no me referiré por razones de tiempo, pues como dice Basso: “[...] la palabra *ética* procede del griego *ethos*, que significa *costumbre*, y equivale totalmente al término *moral* derivado del latín *mos*, de igual significado. Tanto en uno como en otro caso se expresa un modo *connatural* de obrar, o sea ‘por costumbre’ o ‘por hábito’. La ética o moral vendría a ser, consecuentemente, la ciencia que estudia la conducta humana o las costumbres de los hombres. Esta terminología fue la comúnmente utilizada durante muchos siglos. En la actualidad se ha dado a los términos *Ética* y *Moral* significados muy diferentes, en muchos casos ambiguos y, en otros, contrarios a los originales”³.

La cuestión a saber es si el Derecho tiene en su núcleo un contenido de moralidad o eticidad indisponibles o se trata de ámbitos separados; si el orden jurídico se vincula con el orden moral o se trata de órdenes independientes uno de otro. Esta cuestión acompaña al hombre desde el comienzo de su reflexión sobre la justicia y el Derecho y nunca ha desaparecido. La encontramos en el dilema de Antígona, que finalmente desobedece la ley positiva injusta del tirano que prohíbe dar sepultura a su hermano por ser contraria a la ley divina que ordena la misma, mostrando que el Derecho Positivo en su contenido no puede ser contrario al obrar o a las costumbres establecidas por una legislación superior divina.

También la encontramos en la tesis que Trasímaco defiende frente a Sócrates, reflejada en el libro I de la República de Platón: “Establecidas las leyes, los gobernantes demuestran que para los gobernados es justo lo que a ellos les conviene. ¿No castigan a quienes violan esas leyes como culpables de una acción injusta? Tal es, querido amigo, mi pensamiento: en todas las ciudades, la justicia no es sino la conveniencia del gobierno establecido. Y éste, de una u otra manera, es el que tiene poder. De modo que para todo hombre que razone sensatamente, lo justo es lo mismo en todas partes: lo que conviene al más fuerte”⁴. Si comparamos con el caso anterior, evidentemente Antígona era una insensata que desobedeció la ley del tirano. Sin embargo, Platón mostrará cómo Sócrates desbaratará tal argumento, al comparar que así como el médico no ordena lo conveniente para sí sino para el enfermo y el piloto no se propondrá como fin su propia conveniencia sino aquello que convenga a la nave que pilotea, “todo hombre que ejerce el gobierno como gobierno y cualquiera que sea el carácter de su autoridad, no examina y ordena lo conveniente para sí mismo, sino lo conveniente para el gobernado y sometido a su poder, y con este fin le procura cuanto le es conveniente y ventajoso, dice cuanto dice y obra cuanto obra”⁵. De esta manera, muestra que el contenido del Derecho no depende tanto de la voluntad del que dicta la ley, de hacer lo que quiera sin importar las consecuencias, sino más bien de la naturaleza de las cosas normadas por ella en tanto se ordenan al fin que le es propio.

3 Basso, D. M. OP. (1997). *Los fundamentos de la moral*. Buenos Aires. Educa, 13.

4 Platón. *República*. L. I, 338, e.

5 Platón. *República*. L. I, 342, e.

Planteada la cuestión la abordaré desde distintos momentos y perspectivas: 1) desde la separación del Derecho y la moral en el positivismo jurídico moderno; 2) desde la conexión construida entre Derecho y moral en el neoconstitucionalismo y el garantismo actual; 3) desde la conexión necesaria entre Derecho y moral en el iusnaturalismo clásico.

2. La separación entre Derecho y ética o moral en el positivismo jurídico moderno

Luego de muchos siglos en los que pacíficamente se reconocía la existencia del Derecho Natural al que el Derecho Positivo tenía que ajustarse, nuestra cuestión vuelve a aparecer con el surgimiento del positivismo en la modernidad, mediante una separación radical entre Derecho y ética o moral, entre Derecho y justicia. Si bien podemos citar a muchos referentes de este positivismo, su máximo exponente, sin dudas, fue Hans Kelsen, para quien el Derecho es un orden coactivo que podía tener cualquier contenido fijado por aquel que tiene la fuerza para imponerlo⁶. Mientras que fiel a su escepticismo moral, el problema de los valores es, en primer lugar, un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a estas preguntas es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo. Los valores determinados de ese modo, y sobre todo la definición de la idea de Justicia (dar a cada uno lo que le corresponde), no son para él más que fórmulas vacías que pueden servir para justificar cualquier orden social⁷. Así, mientras su idea de Derecho se identifica con la fuerza del que detenta el poder (como afirmaba Trasímaco), su idea de Justicia y de moral transita por los carriles del escepticismo relativista, negando la posibilidad de alcanzar la verdad en la moral, reclusa en el ámbito de la emoción y no de la razón.

Así lo afirma casi todo el positivismo jurídico, como por ejemplo Alf Ross, para quien el Derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza; en cambio, en el dominio de la moral o de los usos convencionales no hay legislador ni juez. Cada individuo decide por sí mismo lo que considera moral o propio. Del mismo modo, la desaprobación que es la sanción para las transgresiones a la moral y a los usos convencionales procede de cada individuo y no de la autoridad común⁸.

Un caso especial es el de Hart, que sin perjuicio de remarcar la separación entre Derecho y moral como una de las tesis centrales del positivismo jurídico al que él suscribe, reconoce que no sólo el Derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos, sino también que todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de

6 Cf. Kelsen, H. (1974). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 74 y 136.

7 Cf. Kelsen, H. (1982). *¿Qué es Justicia?* Ariel. Barcelona, 39 y 46.

8 Cf. Ross, A. (1974). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires. Eudeba, 58 y 60.

ciertas exigencias morales fundamentales. El asesinato y el uso irresponsable de la violencia no son sino ejemplos más obvios de la coincidencia entre las prohibiciones del Derecho y la moral. Además, hay una idea, la de justicia, que parece unir ambos campos. Sin embargo, también dice que las teorías que llevan a cabo esta estrecha asimilación del Derecho a la moral, con frecuencia parecen confundir, en último término, uno y otro tipo de conducta obligatoria, y dejar un lugar insuficiente para las diferencias de especie entre las reglas morales y las jurídicas y para las divergencias en sus requerimientos. Estas para él son por lo menos tan importantes como las semejanzas y convergencias que también podemos hallar⁹. De esta manera, en un lenguaje que suena escandaloso para un positivista, habla de que el sistema jurídico tiene que tener un contenido mínimo de Derecho Natural, que él circunscribe al “presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia; y esto reposa en el simple hecho contingente de que la mayor parte de los hombres desean continuar viviendo. Las acciones que llamamos naturalmente buenas son las exigidas para seguir viviendo [...] Dado el engarce de hechos naturales y propósitos humanos, que hacen que las sanciones sean a la vez posibles y necesarias en un sistema nacional, podemos decir que se trata de una necesidad natural, y alguna frase de este tipo se necesita también para expresar el *status* de las formas mínimas de protección a las personas, a la propiedad y a las promesas, que son características similarmente indispensables del Derecho nacional. Es de esta manera que debemos contestar a la tesis positivista que dice ‘el Derecho puede tener cualquier contenido’ (como decía Kelsen)”¹⁰. En suma, si bien afirma la separación entre el orden jurídico y el moral, reconoce la existencia de una conexión, que si bien no es necesaria, es al menos contingente y depende del hecho de que los hombres quieren seguir viviendo (supervivencia) y, por lo tanto, el Derecho se refiere a medidas para garantizar la existencia continuada y no a reglas para un club de suicidas¹¹.

Como antecedente filosófico de esta separación entre Derecho y moral podemos citar a Kant (de gran influencia sobre Kelsen), que distingue entre la legislación interna o autonomía de la moral y la legislación externa o heteronomía del Derecho (sin perjuicio de que esa legislación externa tenga su origen en el contrato social fruto de la autonomía de la voluntad política que da origen a la sociedad y al Estado). Y si bien ambos (Derecho y moral) persiguen como fin último asegurar la libertad del hombre, impidiendo que pueda ser rebajado a simple medio (para Kant el hombre siempre debe considerarse como un fin en sí mismo y nunca como un medio), mientras la moral lo hace desde el móvil del deber autónomo: “Obra de tal manera que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal”; el Derecho lo hace desde la coercibilidad externa como nota esencial, ya que sin ella la fuerza arbitraria de unos podría impedir a otros la actuación de su libertad. De ahí el supremo imperativo jurídico: “Obra externamente

9 Cf. Hart, H. L. A. (1977). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 9.

10 Hart, H. L. A. (1977). *El concepto de Derecho*. Ob. cit., 236 y 246.

11 Cf. ibídem, 238.

de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada cual según una ley universal de libertad”¹².

Ahora bien, sin perjuicio de la afirmación de la nota de coercibilidad externa como esencial del Derecho, que va a ser tomada *in totum* y sin beneficio de inventario por el positivismo posterior, va a ser en su concepción ética o moral donde encontramos la centralidad del pensamiento kantiano en la modernidad. Como señalara Benedicto XVI en el famoso discurso de Ratisbona: “En el trasfondo de todo esto subyace la autolimitación moderna de la razón, clásicamente expresada en las ‘críticas’ de Kant, aunque radicalizada ulteriormente entre tanto por el pensamiento de las ciencias naturales. [...] Esto implica dos orientaciones fundamentales decisivas para nuestra cuestión. Sólo el tipo de certeza que deriva de la sinergia entre matemática y método empírico puede considerarse científica. Todo lo que pretenda ser ciencia ha de atenerse a este criterio. También las ciencias humanas, como la historia, la psicología, la sociología y la filosofía, han tratado de aproximarse a este canon de valor científico. Además, es importante para nuestras reflexiones constatar que este método en cuanto tal excluye el problema de Dios, presentándolo como un problema a-científico o pre-científico. Pero de este modo nos encontramos ante una reducción del ámbito de la ciencia y de la razón que es preciso poner en discusión [...] Pero hemos de añadir más: si la ciencia en su conjunto es sólo esto, entonces el hombre mismo sufriría una reducción, pues los interrogantes propiamente humanos, es decir, de dónde viene y a dónde va, los interrogantes de la religión y de la ética, no pueden encontrar lugar en el espacio de la razón común descrita por la ‘ciencia’ entendida de este modo y tienen que desplazarse al ámbito de lo subjetivo. El sujeto, basándose en su experiencia, decide lo que considera admisible en el ámbito religioso y la ‘conciencia’ subjetiva se convierte, en definitiva, en la única instancia ética (aquí me permito agregar, que en la desconexión de la conciencia subjetiva con la ley natural objetiva se encuentra justamente la raíz del relativismo moral actual, denunciado por el Cardenal Ratzinger al inicio del cónclave que lo coronó Papa). Pero de este modo, el *ethos* y la religión pierden su poder de crear una comunidad y se convierten en un asunto totalmente personal (en el sentido de individual). La situación que se crea es peligrosa para la humanidad, como se puede constatar en las patologías que amenazan a la religión y a la razón, patologías que irrumpen por necesidad cuando la razón se reduce hasta el punto de que ya no le interesan las cuestiones de la religión y de la ética. Lo que queda de esos intentos de construir una ética partiendo de las reglas de la evolución, de la psicología o de la sociología, es simplemente insuficiente”¹³.

Así Kant va a negar la posibilidad de un conocimiento metafísico en el plano de la razón teórica (la existencia de Dios y la inmortalidad del alma son postulados necesarios pero de la razón práctica) y la ciencia moderna ya no va a tener por objeto

12 Cf. Truylol y Serra, A. (1976). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Madrid. Biblioteca de la Revista de Occidente, Tomo II, 302 a 305.

13 Benedicto XVI (12 septiembre 2006). *Fe, Razón y Universidad, recuerdos y reflexiones*. Ratisbona. Cf. www.vatican.va.

el ser con toda su carga ontológica, esencial y teleológica, sino que se va a reducir al conocimiento del *factum*, hechos percibidos como fenómenos (lo que se aparece) que puedo constatar empíricamente, así la ciencia jurídica moderna va a estudiar los hechos sociales que configuran el orden jurídico. De esta manera surge un indebido abismo entre el orden del ser (reducido a fenómeno) y el orden del deber ser (fruto de la subjetividad), como lo expresa el conocido principio de Hume, por el cual constituye una falacia lógica derivar el deber ser a partir del ser, contrariamente a lo sostenido por la filosofía clásica al afirmar que el deber ser se funda en el ser, porque el obrar (en el orden del deber ser) sigue al ser (*operari sequitur esse*), dado que cada ser obra conforme a su modo de ser. Este abismo se junta con el que surge en el orden del deber ser entre el deber moral y el deber jurídico, entre el orden interno autónomo y el orden externo heterónomo que surge del voluntarismo de quien detenta el poder dentro del Estado.

Justamente de la simbiosis entre el Derecho y el Estado moderno soberano que monopoliza la producción jurídica, va a surgir la moderna noción de Estado de Derecho a la que nos referimos el año pasado, donde distinguimos distintos modelos, más moderados (inglés, americano) o más radicalizados (francés), pero que en su versión moderna positivista, al no estar limitada por contenidos morales de ningún tipo, puede llegar y de hecho lo ha hecho a extremos de *arbitrariedad* legal como ha sucedido en los regímenes totalitarios del siglo pasado. Mientras que el Derecho que emana del Estado sigue las tradiciones jurídicas del Derecho Común y Consuetudinario, la conjunción entre Derecho y Estado (Derecho Estatal) servía para garantizar el orden jurídico y político. Ahora bien, cuando el voluntarismo legal excede los límites de lo tolerable y el Estado mismo se vuelve criminal (como en regímenes totalitarios a los que me referí anteriormente o cuando legaliza el aborto o la eutanasia como sucede en muchos casos actualmente), o sin ser criminal no respeta la naturaleza misma de las cosas que tiene que regular (como ha sucedido en Argentina con la institución del matrimonio), el “Derecho” que emana de él pierde su *status* intrínseco de jurídico y se convierte en violencia sobre las personas y las cosas, más allá de la aparente juridicidad extrínseca y una eficacia impuesta por la fuerza.

3. La conexión construida entre Derecho y ética o moral en el neoconstitucionalismo y el garantismo actual

El positivismo jurídico como filosofía jurídica dominante entra en crisis a mediados del siglo XX como consecuencia del colapso ocasionado por las aberraciones producidas en la Segunda Guerra Mundial realizadas por regímenes totalitarios que, traspasando el límite de injusticia tolerable según la conocida fórmula de Radbruch: *la injusticia extrema no es derecho* (reformulada por Alexy con posterioridad respecto al conocido caso de los guardianes del muro en la Alemania oriental comunista), instauraron el crimen de Estado, justificándolo en la juridicidad extrínseca del Derecho Positivo vigente y la obligación de su obediencia.

Esto va a dar lugar a que en torno a los países derrotados del eje (Alemania e Italia, a los que se agregarán décadas después España y Portugal) se vaya gestando un nuevo modelo o paradigma de Estado de Derecho conocido como Estado Constitucional de Derecho, donde por encima de las leyes se encuentran los principios o valores constitucionales cuyo contenido son los derechos humanos constitucionalizados junto a sus garantías, haciéndolos operativos por encima de las leyes. Dicho de otra manera, estos derechos humanos se identifican con los principios constitucionales u operan a modo de principios, en lo que va a ser el punto de partida de un proceso de constitucionalización de todo el derecho, tanto público como privado.

Esto se da simultáneamente con un proceso de internacionalización de los derechos humanos, tanto a escala mundial como regional. En el primer caso con la creación de la ONU y la sanción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y los posteriores Pactos de Derechos Civiles y Políticos por un lado, y Derechos Sociales y Económicos, por otro (1966), y una serie de convenciones sobre derechos en particular. Mientras en el plano regional, con la constitución de la UE y la Convención Europea de salvaguarda de los derechos humanos, por un lado, y la creación de la OEA en 1948 con la Declaración Americana de los Derechos Humanos y, posteriormente, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, pero que entra en vigencia en 1978, por el otro.

Este Derecho Internacional de los Derechos Humanos se constituye en un nuevo *ius cogens* o Derecho imperativo, transformado en virtud de los pactos y tratados internacionales en una especie de supraderecho por encima de los Derechos nacionales de cada uno de los Estados, que deben incorporarlo como parte fundamental del mismo, lo que constituye una verdadera transformación de la noción de soberanía nacional en el plano jurídico. Además de su contenido normativo con la inclusión de los tratados y pactos, tiene también una dimensión jurisdiccional con la creación de tribunales internacionales, como el Tribunal europeo de Estrasburgo o la Corte Interamericana, que ejercen el control de convencionalidad, por el que se realiza la adecuación del Derecho Interno (incluido el Constitucional) a las respectivas convenciones, por encima del control de constitucionalidad que realizan las cortes supremas o los tribunales constitucionales en cada uno de los países. Como decíamos el año pasado, este nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho viene a reemplazar al llamado Estado Legal de Derecho positivista y formalista.

Como decía Nino en su conocida obra, *Ética y derechos humanos*, estos derechos humanos serían “derechos morales” que operan como principios morales o se derivan de ellos, siendo juridizados al positivizarlos mediante el proceso democrático como un procedimiento sucedáneo del discurso moral, que permite alcanzar un consenso moral regimentado ante la imposibilidad de lograr un consenso absoluto y unánime¹⁴.

Algunos autores, como Dworkin o Alexy, distinguen entre principios y normas, diferenciándose del positivismo de estricta observancia que identificaba al Derecho

14 Cf. Nino, C. (1984). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires. Paidós, 26 y 239.

como un sistema cerrado de normas positivas. A diferencia de las normas que se identifican por su origen o *pedigree* en cuanto han sido sancionadas por el órgano competente y mediante el procedimiento formal correspondiente, los principios para Dworkin (lo que él llama los Derechos en serio) valdrían por el peso de su contenido que debe ponderarse para su adecuada interpretación y aplicación. Por su parte, Alexy distingue entre los *mandatos de optimización* (principios) que deben ponderarse de acuerdo a las posibilidades jurídicas (en relación con otros principios y con las normas) y fácticas (con los hechos) y los *mandatos definitivos* (normas) que se aplican *in totum* o no se aplican porque son desplazados por otras normas en caso de conflicto normativo o por principios en el caso de conflicto entre normas y principios. Sin perjuicio de la similitud de lenguaje, hay diferencias entre ambos, especialmente entre el consecuencialismo de Dworkin, cuando los principios (que no explica de dónde los saca, quedando más bien como una práctica social consuetudinaria, interpretada y aplicada autoritativamente por los jueces) los aplica (a mi juicio equivocadamente) a casos difíciles como el aborto o la eutanasia¹⁵, y el principialismo de Alexy, que si bien reconoce la necesidad de una metafísica para fundar los Derechos, no lo hace desde una perspectiva realista en el orden del ser sino neokantiana.

Una distinción semejante la encontramos en el *neoconstitucionalismo italiano* tanto de *Zagrebelsky* como de *Ferrajoli*. Para *Zagrebelsky*, los principios constitucionales con su apertura a los derechos del hombre y a los grandes principios de justicia limitan a la ley. Ahora bien, aunque para el jurista italiano los principios constitucionales no son de Derecho Natural, sino más bien la instancia suprema del Derecho Positivo, que justamente positiviza lo que hasta entonces era una prerrogativa exclusiva del Derecho Natural, sin embargo, en cuanto a la determinación de la justicia y de los derechos humanos, se asemejan, en su formulación universalista y abstracta, a los principios de Derecho Natural, sin serlos, lo que constituye una seria dificultad para su justificación desde el neoconstitucionalismo¹⁶. En cambio, para Ferrajoli (que actualmente reniega del neoconstitucionalismo y prefiere el rótulo de garantista), *todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia y no de forma*, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, como manifestación máxima del Derecho Positivo, los fines (que operan a modo de principios) a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado Constitucional de Derecho, por lo que no trasciende el ámbito del Derecho Positivo, e incluso del propio positivismo jurídico¹⁷. Ambos distinguen entre principios sustanciales o de contenido material (los derechos humanos individuales y colectivos), que constituye la esfera de lo que no es susceptible de decidirse por los poderes constituidos, y los principios procedimentales o puramente formales (la democracia y los demás procedimientos establecidos para la toma de decisiones en un Estado democrático).

15 Cf. Dworkin, R. (1998). *El dominio de la vida*. Barcelona. Ariel.

16 Cf. Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid. Trotta, 115.

17 Cf. Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid. Trotta, 19.

En suma, en el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho habría una conexión construida a través de mecanismos procedimentales democráticos entre la moral y el Derecho. Entre los derechos humanos entendidos como “derechos morales” que constituyen los principios u operan como principios del nuevo orden y su juridización y positivización a través de los tratados, pactos y constituciones, buscando plasmar en la realidad el ideal utópico de la *Paz perpetua* propuesto por Kant, que más allá de si se trata o no de un proyecto de Estado Mundial o de un republicanismo cosmopolita es imposible (lo prueba la realidad) y, por tanto, es contrario a la paz imperfecta pero posible que pueda darse en la realidad.

Pues si bien este nuevo paradigma se ha generalizado e impuesto universalmente a través del proceso de internacionalización de los derechos humanos al que hice referencia, su aceptación no es pacífica y es puesta en tela de juicio en distintos lugares del planeta. Por un lado, por las mismas grandes potencias como sucede con USA, que no ha suscripto el Pacto de San José de Costa Rica, ni reconoce a la Corte Interamericana, pues no acepta otro derecho superior a su Constitución, ni otra jurisdicción por encima de su Corte Suprema; otro tanto sucede con Rusia, China u otras potencias que en el actual escenario internacional imponen sus condiciones sobre el resto de las naciones, o también por los distintos problemas que plantea el multiculturalismo frente a una globalización del modelo occidental y secularista de derechos humanos, como los ocasionados por los movimientos migratorios con su distintas culturas (a modo de ejemplo podemos citar el caso del uso del velo en Francia) o la de los llamados pueblos originarios (como sucedió con el caso de la comunidad wichi en Argentina). Por otro lado, por la amenaza cruenta del terrorismo fundamentalista, como por ejemplo Isis o EI (Estado Islámico) con los atentados terroristas y las ejecuciones filmadas en medio oriente, donde hoy día hay persecuciones y martirios por cuestiones de fe, especialmente de cristianos católicos como sucede en Irak o Siria, o la amenaza incruenta de otra forma de Estado Constitucional como son los nuevos constitucionalismos populares o más bien populistas, como se da especialmente en algunos países de Latinoamérica (Venezuela, Ecuador, Bolivia, etc.), donde muchas veces se confunde lo nacional con un sector o con los intereses del régimen de turno e incluso en algunos casos se violan derechos o libertades fundamentales (reconocidas en la propia Constitución) por razones políticas o de Estado, como por ejemplo en Venezuela.

Al respecto vuelvo a citar al Cardenal Ratzinger en una brillante conferencia sobre la crisis del Derecho (a la que me referí en la primera lección), pronunciada el 10 de noviembre de 1999, con ocasión de serle conferido el grado de doctor honoris causa en Derecho por la Facultad de Derecho de la universidad italiana LUMSA, donde señala dos riesgos actuales del Derecho:

1) El “final de la metafísica”, que en amplios sectores de la filosofía moderna se viene dando como un hecho irreversible, y que ha conducido al positivismo jurídico que hoy ha cobrado sobre todo la forma de teoría del consenso como fuente del Derecho (por el que solo hemos pasado de un positivismo legalista a otro constitucionalista y judicialista, por el cual se emparentan los modelos positivistas y neoconsti-

tucionalistas, agrego yo). Si la razón no está ya en situación de encontrar el camino a la metafísica (o sea a la verdad del ser), sólo quedan para el Estado las convicciones comunes de los ciudadanos, concernientes a valores, las cuales se reflejan en el consenso democrático. No es la verdad la que crea el consenso, sino que es el consenso el que crea no tanto la verdad cuanto los ordenamientos comunes. La mayoría determina qué es lo que debe valer (estar vigente) como verdadero y como justo. Y eso significa que el Derecho queda expuesto al juego de las mayorías y depende de la conciencia de los poderes de la sociedad del momento, la cual viene determinada a su vez por múltiples factores.

2) La disolución del Derecho a causa del empuje de la utopía, que parece menos actual de lo que era hace unos veinte años (decía Ratzinger hace dieciséis años), cuando había tomado forma sistemática y práctica en el pensamiento marxista. El punto de partida es aquí la convicción de que como el mundo presente es un mundo de opresión y de falta de libertad, ese mundo tiene que ser sustituido por un mundo mejor que, por tanto, hay que planificar y realizar. Esta imagen de la nueva sociedad se convierte en verdadera y única fuente del Derecho; por tanto, moral y jurídico es aquello que sirve al advenimiento del mundo futuro. Y con base en este criterio, en esta lógica se ha venido elaborando el terrorismo (el de antes y el de ahora, agrego yo), que se considera paradójica y plenamente como un “proyecto moral”; el homicidio y la violencia aparecen como acciones morales porque están al servicio de la gran revolución. También aquí se ha dado por descontado el “fin de la metafísica”, y lo que queda en lugar de ella es, en este caso, no el consenso procedimental de los contemporáneos (como en el supuesto anterior), sino el modelo ideal que representa el mundo futuro¹⁸. Como aquí se señala, el fundamento de la moral y el Derecho no está en el origen de las cosas sino en el futuro y se justifica maquiavélicamente la utilización de cualquier medio. Como consecuencia de ello se confunden los ámbitos, dado que tanto lo moral, como lo jurídico, lo político, lo económico y lo cultural, en general, están ordenados al ideal utópico que hay que alcanzar, sin importar cuál sea el camino para llegar.

Ahora bien, el problema que no puede resolver este nuevo paradigma tal como está planteado, ya sea en las corrientes de raíz empiristas (Dworkin), neokantianas (Alexy, Habermas, Rawls, etc.), neoconstitucionalistas (Zagrebelsky) o garantistas (Ferrajoli), es el de la fundamentación o justificación racional de los derechos humanos para alcanzar un fundamento sólido y objetivo que permita superar el plano de la subjetividad o intersubjetividad variable y relativa. Como dije en la lección del pasado año, no vamos a discutir la importancia que tienen los derechos humanos y los procedimientos en el mundo actual y que puede considerarse un avance o progreso frente a modelos positivistas y formalistas, pero más que principios (evidentes o derivados inmediatamente de principios evidentes) son más bien *postulados* proclamados como tales por razones ideológicas, políticas o de estructura gnoseológica,

18 Cf. Ratzinger, J. (10 de noviembre de 1999). *La crisis del derecho* (palabras de agradecimiento por su Doctorado Honoris Causa pronunciadas en la universidad italiana LUMSA).

como sucede con el apriorismo de raíz kantiana. A diferencia de los principios, los postulados no se justifican ni se fundamentan sino que justamente se postulan o proclaman y a partir de ellos se pretende fundar toda la estructura posterior. Todo esto tiene una consecuencia sumamente importante pues al no tener que justificarse pueden postularse nuevos sin límite, como sucede con algunos “derechos humanos” creados o inventados a partir del dogma de la autonomía de la voluntad sin que respondan a la intrínseca estructura y dinámica del ser humano. En realidad, los derechos humanos existen como una dimensión esencial del ser humano y como tal deben ser protegidos, y esto hay que decirlo para que no quede lugar a equívocos, pero no son en sí mismos principios fundantes, sino más bien fundados. Si fueran fundantes en sí mismos no tendría sentido plantearse la cuestión central del fundamento de los derechos humanos. La dignidad humana y los derechos que se siguen de ella sólo pueden fundarse en la esencia humana, en la naturaleza racional (que supone lo biológico), moral y política del hombre, pues no existen en el hombre aislado, sino inmerso en la comunidad, por eso una de las notas esenciales del Derecho y de los Derechos es su referencia al otro (*alteridad*) que se perfecciona en la reciprocidad y en la armonía o concordia (*synalagma* y *koinomya*). Lo mismo sucede con los llamados principios procedimentales que tampoco son en sí mismos fundantes, dado que el sólo y mero procedimiento o método no puede ser fundamento de realidades sustanciales o de contenido material, sino que más bien son válidos en tanto y en cuanto estos procedimientos se fundan en los principios de justicia (formal y material), a los que tienen que respetar. Claro que en este caso ya no estaríamos en esta perspectiva neoconstitucionalista y garantista, sino más bien en una perspectiva clásica como veremos seguidamente.

4. La conexión necesaria entre Derecho y ética o moral en el iusnaturalismo clásico

Luego de ver tanto el modelo iuspositivista de separación entre Derecho y moral, como el neoconstitucionalista y garantista de conexión construida entre el Derecho y la moral a partir de la prioridad de los Derechos (morales) respecto al Derecho (que los hace jurídicos al positivizarlos y garantizarlos), viene bien volver a las fuentes y ver cómo es la relación entre Derecho y moral en el pensamiento iusnaturalista clásico.

Esta concepción clásica no parte ni de los derechos individuales y presociales (cuya noción comienza con la vía moderna nominalista con Ockam), ni de las leyes jurídicas positivas como única expresión del Derecho (como señala la tradición positivista), sino de la misma realidad, de la realidad moral de la ordenación de los actos humanos (medios) al bien (fin) y de la realidad jurídica de la ordenación del objeto de los actos de justicia (medios) al bien común (fin).

Así en la tradición central de Occidente el Derecho será lo que para Aristóteles era el *to-dykayon*, para los romanos el *ius/tum* y para Tomás de Aquino la *ipsa res*

iusta (la misma cosa justa). Al respecto dice Tomás de Aquino en su *Comentario a la ética a Nicómaco de Aristóteles*, libro V, lección XII: “[...] los juristas (romanos) llaman *ius/tum* (Derecho) a lo mismo que Aristóteles denomina *to-dykayon* (lo justo). Isidoro expone en el libro de las Etimologías, que se dice Derecho como si se dijera *lo justo*”¹⁹. Justamente, Tomás de Aquino va a constituir el momento cumbre de esta tradición que hace en la famosa cuestión 57 del *ius/tum* (*lo justo*) el objeto de la justicia (en el que termina el acto de justicia) aún sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente, sea con intención virtuosa o no. En este punto, va a apoyar Graneris su controvertida expresión de amoralidad subjetiva del Derecho²⁰.

Por otra parte, también hay que destacar que lo justo o el Derecho (*ius*), en su relación con la ley como cierta razón del mismo (*ratio iuris*), constituye el eje central de la concepción analógica del Derecho, por la cual puedo llamar Derecho (*ius*) tanto a la misma cosa justa, como a la ley, al arte de discernir lo justo de lo injusto o a las potestades o facultades (Derechos Subjetivos) que se siguen de ella. De esta manera, el Derecho o *ius* es tanto objeto de la justicia (*lo igual*), como de la prudencia, al ser la ley un acto de esta (*lo legal*), que coincide con la definición de Aristóteles del *to-dykayon* como *to-nomykon* (lo legal) y *to yson* (lo igual), al ser al mismo tiempo un *medio real* (en tanto objeto de la justicia, su medio se establece en referencia a otro y no al propio sujeto como sucede en el resto de las virtudes) y un *medio de razón* (en tanto objeto de la prudencia, al ser esta la virtud que rectifica a la razón en su función práctica).

En consecuencia, el acto de justicia de dar a cada uno lo suyo es un acto segundo respecto a la determinación del *ius* como acto primero, dado que no puedo dar al otro lo suyo, si primero no conozco qué es lo suyo (*ius*) del otro, como refiere otro texto del Aquinate en la *Suma contra Gentiles*, 2,28: “Siendo el acto de justicia dar a cada uno lo que es suyo, al acto de la justicia precede otro acto por el cual alguien se apropia de algo, según consta por las cosas humanas, pues uno trabajando merece que se convierta en suyo lo que el retribuyente le da por acto de justicia. Por tanto, aquel acto por el cual, en un principio, alguien se apropia de algo, no puede ser acto de justicia”²¹.

Ahora bien, el problema de la determinación de lo justo (*ius/tum*) nos lleva a la cuestión de su fundamento. Allí tanto Aristóteles, como el Derecho Romano y Tomás de Aquino distinguen entre lo justo determinado por la naturaleza de las cosas humanas (*lo justo o Derecho Natural*) y lo justo determinado por convención pública o privada (*lo justo o Derecho Positivo*), más allá de que en Tomás, a diferencia de los anteriores, esta distinción se extiende e integra analógicamente con la analogía de la ley en cuanto razón (*ratio*) que abarca desde las leyes humanas (positivas) hasta su fundamento último en la ley eterna y su participación en el hombre (ley natural). Extensión e integración por la cual podemos ir desde el *ius* (lo justo natural o posi-

19 Tomás de Aquino, *Comentario a la ética a Nicómaco de Aristóteles*. Libro V, lección XII.

20 Cf. Graneris, G. (1977). *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 45.

21 Tomás de Aquino. *Suma contra Gentes*. 2, 28.

tivo) a su *ratio iuris* (la ley natural o positiva) y volver desde la *ratio iuris* al *ius*. De esta manera, el *Derecho Natural* (lo justo natural y su fundamento en la naturaleza del hombre y de las cosas humanas expresada en la ley natural) es el principio o fundamento de validez por el cual todo el Derecho (tanto Natural como Positivo) adquiere *valor*; así como el *Derecho Positivo* (tanto consuetudinario como convencional o legal) es su principio de concreción y vigencia por el cual todo el Derecho (tanto Natural como Positivo) adquiere *vigor* en su dimensión espacio-temporal. Sobre ambos encontramos la ley eterna que es Dios mismo en tanto *razón* última y fundamento de todo lo demás.

En definitiva, siguiendo al Aquinate hay que señalar que las leyes jurídicas positivas en cuanto regla y medida de lo justo positivo se derivan de la ley moral natural por dos vías: 1) como conclusión (deducida a través de un razonamiento silogístico); 2) como determinación (prudencial, teniendo en cuenta tanto los principios universales como las circunstancias particulares). Por tanto, toda ley que se contrapone a la ley natural más que ley será corrupción de la ley, respondiendo de esta manera al dilema de Antígona del que hablamos al principio²². Dicho esto hay que aclarar que las leyes jurídicas positivas no prohíben todos los actos viciosos de los que se abstiene un hombre virtuoso conforme a la ley moral natural, sino sólo los más graves y especialmente aquellos que ocasionan perjuicio para los demás, ya sea otro particular o la sociedad en su conjunto²³. De la misma manera, no ordenan todos los actos de todas las virtudes sino sólo aquellos que se dirigen al bien común, sea de manera inmediata o mediata²⁴. En este sentido, Aristóteles señala que la Justicia General, a través de las leyes (por la que es también llamada Justicia Legal), ordena el acto de todas las virtudes, pero no absolutamente en cuanto a la perfección del sujeto que actúa, sino en cuanto debidas en orden al bien común (como, por ejemplo, los actos de fortaleza que tienen que realizar como deber de justicia aquellos que tienen que defender la Patria o la sociedad)²⁵.

De la misma manera, hay que aclarar que en la mencionada derivación de las leyes jurídicas positivas respecto de la ley moral natural puede darse cierta imperfección por defección, por la cual la justicia (y su opuesto la injusticia) admite grados, lo que hace que Aristóteles diga que la ley recta establece lo justo rectamente, mientras que las improvisadas lo hacen a la ligera²⁶, o Tomás de Aquino señale que las leyes humanas pueden ser justas o injustas, ya sea según su fin (si se ordenan o no al bien común), según su autor (si excede o no la potestad del legislador) o según su forma (en cuanto respeta o no la proporción igualitaria en orden al bien común). Pero aclara que mientras las leyes injustas que atentan contra un bien humano obligan en conciencia salvo si su injusticia es mayor que la injusticia de desobedecer

22 Cf. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. 95, 2

23 Cf. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. 96, 2.

24 Cf. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. 96, 3.

25 Cf. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. LV, I.

26 Cf. ídem.

la ley (lo que habilita tanto lo que hoy llamamos la objeción de conciencia como la desobediencia civil), las que atentan contra un bien divino (como las que ordenan la idolatría) no obligan nunca, pues citando a Pedro y los apóstoles, “es necesario obedecer primero a Dios que a los hombres” (Hechos de los Apóstoles, 5,29)²⁷.

Al respecto dice Casaubón: “[...] la filosofía y ciencia del Derecho no necesitan descartar de su tratamiento, ni los ordenamientos relativamente injustos, ni siquiera los absolutamente injustos; y pueden hacerlo siempre que no den al nombre de Derecho la misma acepción en los tres diversos casos. Por ello, no es necesario descartar el Derecho Natural, ni la nota de justicia como esencial al Derecho, para que las disciplinas jurídicas, filosóficas o positivas tengan una amplitud objetiva tan grande como la que tienen las posiciones que niegan lo uno o lo otro. Más aún su amplitud es mayor, porque estudian también el Derecho Natural y lo justo *simpliciter*. Y tienen aún otra ventaja; jerarquizan debidamente los ‘objetos materiales’ que entran dentro de su especificante ‘objeto formal’, sin igualarlos en una gris e indiferente descripción de todos los órdenes normativos dotados de coactividad o de legitimidad positiva y coactividad. La jerarquía es: 1) derecho justo, o sea *simpliciter*; 2) derecho relativamente justo o *secundum quid* y 3) derecho injusto”²⁸. Por eso Aristóteles sostenía que “las cosas contrarias pertenecen a la misma facultad, como lo blanco y lo negro a la vista, y a la misma ciencia, como lo sano y lo enfermo a la medicina”²⁹.

En suma, podemos ubicar a lo moral y a lo jurídico como aspectos de la realidad práctica que se refiere a *lo agible* (obrar humano), distinguiéndose del ámbito de *lo factible* (hacer humano), por el cual el conocimiento del primero se alcanza por la ciencia ética o moral en cuanto a su verdad universal (admitiéndose la posibilidad de una verdad práctica en la moral y en el Derecho), siendo regido por el saber prudencial en cuanto a su concreción particular y circunstancial; mientras que el conocimiento del segundo (*poietico*) se logra por medio de las artes o técnicas (*ars o tecné*), sin perjuicio de la primacía del primero respecto del segundo, en cuanto a que el hacer como toda actividad humana está limitado y sometido a la ética o moral.

Ahora bien, dentro de la ética o moral podemos distinguir una ética o moral individual y una ética o moral social. Dentro de esta ética o moral social podemos ubicar a la Ciencia Jurídica o Derecho entendido analógicamente como ciencia, que estudia el obrar jurídico o Derecho entendido como lo justo (de la misma manera podemos ubicar a la Política y lo político o a la Economía y lo económico). En consecuencia, el Derecho tiene respecto a la ética o moral una relación de parte a todo, pues sería un mínimo de ética o moral (como dijimos, no ordena los actos de todas las virtudes ni prohíbe los actos de todos los vicios a los que se refiere la ética o moral), exigible públicamente (en tanto esos actos exigidos o esas prohibiciones se ordenen al bien común). Además podemos señalar que la perspectiva del jurista se distingue

27 Cf. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. 96, 4.

28 Casaubón, J. A. (1978). “Estudio crítico sobre la lógica del ser y lógica del deber ser en la Teoría Ecológica”. En *Ethos*, Revista de Filosofía Práctica. Buenos Aires, N° 2-3, 46.

29 Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Libro V. Lección I.

de la del moralista, pues mientras éste ve el acto en su integralidad (tanto en cuanto a su objeto como a la virtud del sujeto), aquel (el jurista) lo ve en la perfección de su objeto (la ordenación del acto al bien común), sin tomar en cuenta la virtud o falta de ella en el sujeto (aunque sí requiera la voluntariedad del acto, más allá de que falte la constante y perpetua voluntad o habitualidad de la virtud). En consecuencia, si bien no se confunde el Derecho y la moral, se los distingue, pero no para separarlos sino más bien para integrarlos como la parte (Derecho) al todo (moral).

5. Reflexión final

Todas estas cuestiones pueden parecer abstractas o muy filosóficas pero sin embargo están relacionadas a dilemas morales y jurídicos muy concretos. Efectivamente, según cuál sea la concepción del Derecho y la moral será la respuesta a estos dilemas. Esta respuesta variará según nos ubiquemos desde una separación radical, como la que propone el positivismo; desde una conexión construida en forma subjetiva, como sucede con la moral kantiana o intersubjetiva, basada en el mero consenso circunstancial, como sucede en el neoconstitucionalismo y garantismo; o finalmente desde una conexión necesaria fundada en la naturaleza de las cosas humanas, como en el iusnaturalismo clásico.

Entre estos dilemas podemos señalar los siguientes: 1) el estatuto del embrión humano; 2) la manipulación genética y embrionaria; 3) la fecundación artificial o asistida; 4) el aborto; 5) la eutanasia; 6) la eugenesia; 7) la naturaleza o desnaturalización del matrimonio; 8) la identidad; 9) las cuestiones planteadas por la llamada voluntad procreacional; 10) la sexualidad natural y su sustitución por el género construido, etc.

Volviendo al principio, podemos ver la íntima relación entre moralidad, politicidad y racionalidad del Derecho, pues sólo un derecho que reconozca (no que construya) un núcleo de moralidad intrínseca y una politicidad también intrínseca mediante la ordenación al bien común puede dar respuesta a estos dilemas y al sentido mismo de la existencia tanto personal y como comunidad. Y esto es posible en tanto y en cuanto la juridicidad, la moralidad y la politicidad se funden en la racionalidad, o sea, en la naturaleza racional del hombre.

Aquí podemos ver la equivalencia entre naturaleza y razón. Todo obrar humano se orienta a un fin (*telos*), que tiene razón de *bien*, y que descubrimos por la razón en la propia naturaleza humana como principio de operaciones en orden al fin. Así podemos apreciar también la equivalencia de los principios *kataphysys* (obrar conforme a la naturaleza) y *katalogos* (obrar conforme a la razón), pues la naturaleza y la razón en el hombre no se separan, ni se oponen, sino que se implican recíprocamente por ser el hombre naturalmente racional. Por lo cual obrar conforme a la razón (recta) es obrar conforme a la naturaleza (criterio de rectitud de la razón). El hombre es un animal político (*zoom polytykon*) y un animal ético (*zoom ethykon*) porque es un animal racional (*zoom logotykon*).

Por último, tenemos que decir que el hombre es un animal racional (*zoom logotykon*), que tiene en sí (*per se*) una naturaleza racional, aunque finita y creatural, en tanto participa (*per participationem*) de una racionalidad infinita y creadora que se identifica con Dios mismo. Por eso el *kataphysys* (obrar conforme a la naturaleza) y el *katalogos* (obrar conforme a la razón) se fundan en el *katatheos* (obrar conforme a la razón y voluntad de Dios). Esta verdad de la participación de la creatura humana respecto del Creador a la que podemos acceder por la razón, los cristianos la podemos ver confirmada, ampliada y profundizada por la Fe en la revelación del misterio de Dios, resumido magistralmente por San Juan en el prólogo de su evangelio: “Al principio era el Logos y el Logos estaba con Dios y el Logos era Dios. Al principio estaba con Dios. Todas las cosas fueron hechas por medio del Logos. Y sin Él no se hizo nada de todo lo que existe [...] y el Logos se hizo carne y habitó entre nosotros. Y nosotros hemos visto su gloria. La gloria que recibe del Padre como Hijo único, lleno de gracia y de verdad”³⁰.

³⁰ San Juan 1, 1 a 3 y 14.