

MORAL PÚBLICA

DEBATES ACTUALES

Robert P. George

SOBRE EL AUTOR

Robert P. George

Robert P. George es profesor de Derecho de la Universidad de Princeton, donde ostenta la cátedra McCornick y es director del James Madison Program in American Ideals and Institutions, Asimismo es miembro del Consejo Asesor en Bioética de la Casa Blanca, fue delegado presidencial en la Comisión para los Derechos Civiles de Estados Unidos, y miembro del Panel internacional de la UNESCO sobre Ética en la Ciencia y Tecnología.

Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, realizó su doctorado en Oxford. Entre sus publicaciones destacan *In defense of Natural Law*, *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*, *The Clash of Orthodoxies: Law, Religion and Morality in Crisis*, así como también es co-autor de *Embryo: a Defense of Human Life* y *Body-Self Dualism in Contemporary Ethics and Politics*. Ha recibido numerosas distinciones e invitaciones académicas, entre las que destaca el haber estado a cargo del Dewey Lecture en la Universidad de Harvard el año 2007 —que acá reproducimos por primera vez en castellano bajo el título “Ley Natural”—.

El año 2008 recibió la “Presidential Citizens Medal” uno de los galardones cívicos más importantes.

MORAL PÚBLICA

DEBATES ACTUALES

ROBERT P. GEORGE

AGRADECIMIENTOS

Los editores quieren agradecer la generosidad de las siguientes revistas académicas y editoriales por permitir la publicación y traducción de los siguientes artículos:

El capítulo uno fue publicado originalmente como “Natural Law”, *Harvard Journal and Public Policy*, 31, 1(2008): 171-196; el capítulo dos como “Embryo Ethics”, *Daedalus*, 137:1 (Winter, 2008), pp.23-35. © 2008, by The American Academy of Arts and Sciences; el capítulo tres como “The Nature and Basis of Human Dignity”, *Ratio Juris*, vol.21, N° 1 (2008), pp.,173-193. © 2008 Blackwell Publishing Ltd.; el capítulo cuatro como “The Concept of Public Morality”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol.45 (2000), p.p. 17-31; el capítulo seis como “What’s Sex Got to do with it” Marriage, Morality and Rationality”, en Robert P. George y Jean Bethke Elshtain (eds.), *The Meaning of Marriage, Family, State, Market & Morals* (Dallas: Spence Publishing, 2006), pp. 142, 171. © 2006 The Witherspoon Institute; el 7 como “Business in a Decent and Dynamic Society”, en Samuel Gregg y James R. Stoner Jr. (eds.) *Rethinking Business Management: Examining the Foundations of Business Education* (The Witherspoon Institute, 2008),pp. 63-70.

Asimismo, agradecemos especialmente a María José Navia, quien realizó una estupenda y meticulosa labor de edición; a Miriam Rabinovich, por la traducción de los textos; a Alejandro San Francisco, por la revisión de pruebas de imprenta y otros trabajos asociados a la publicación de este libro; al profesor Patrick, quien entusiastamente prestó su consentimiento a la publicación del artículo de su coautoría “La naturaleza y fundamento de la dignidad humana”; a Claudia Guarda, por su apoyo en el diseño de portada, y al personal de Andros Impresores en general, quienes, una vez más, realizaron un trabajo de punta en

la edición de este libro aun cuando la inminente visita del profesor George hizo necesaria la impresión del libro en un plazo mucho más breve que el usual.

Estudio Preliminar en la primera edición

Robert P. George es profesor de Derecho de Universidad de Princeton, donde ostenta la cátedra McCormick y es fundador y director del *James Madison Program in American Ideals and Institutions*. Asimismo, es miembro del Consejo Asesor en Bioética de la Casa Blanca, fue delegado presidencial en la Comisión para los Derechos Civiles de Estados Unidos, y miembro del Panel Internacional de la UNESCO sobre Ética en la Ciencia y Tecnología.

Su carrera académica es sobresaliente: una vez egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad, realizó sus estudios de doctorado en Derecho en Oxford. Ha publicado varios libros y artículos en las editoriales y revistas más prestigiosas. Además, ha recibido numerosas distinciones e invitaciones académicas entre las que sobresale el haber dado el año 2007 la Dewey Lecture en la Universidad de Harvard —que acá reproducimos por primera vez en castellano bajo el título “Ley Natural”— el premio Sidney Hook Memorial de la Asociación Nacional de Académicos el premio Philip Merrill de la American Council of Trustees and Alumni, el Bradley Prize for Intellectual and Civic Achievement, y el Stanley Kelley, Jr. Teaching Award del Departamento de Política de la Universidad de Princeton.

El año 2008 recibió la “Presidential Citizens Medal” uno de los galardones cívicos más importantes de Estados Unidos.

Su obra ha tenido una gran repercusión en el debate público y académico. A nuestro juicio son tres las líneas matrices de su pensamiento:

La crítica al “liberalismo político”: una de las constantes del pensamiento de Robert P. George, y uno de los aspectos más atractivos, es su crítica del liberalismo en la forma en que lo han entendido, entre otros, John Rawls, Jürgen Habermas y Ronald Dworkin. La idea central que George desafía es el conocido postulado de que los debates morales fundamentales que dividen a una sociedad, (por ejemplo, aborto, uniones homosexuales, etc.) no pueden ser abordados desde una visión ética comprensiva sobre qué es lo bueno y qué es lo malo, sino sobre la base de una concepción de justicia menos controversial, que todos puedan compartir. Así —se dice— en estos debates no juzgamos lo buen o malo de ciertas conductas o relaciones, sino sólo si existe o no un derecho a realizarlas deducido desde otros derechos o principios políticos que están implícitos en nuestra cultura democrática.

George argumenta en contra de este punto de vista: es incorrecto debatir problemas esenciales sin abordar sus aspectos morales u ontológicos fundamentales, aun cuando éstos fueran controversiales. Así, por ejemplo, el debate del aborto no puede ser resuelto exclusivamente considerando si existe o no un derecho a la privacidad o autonomía de la mujer, sino que también se debe establecer si el no nacido es o no persona. Del mismo modo, el debate sobre el reconocimiento legal de las uniones homosexuales, no puede ser abordado exclusivamente sobre la base de consideraciones de igualdad, sino que requiere una exploración sobre el sentido y fin del matrimonio y en último término, sobre los bienes que hay en juego en la sexualidad. El lector encontrará una buena muestra de los argumentos de George en el artículo —publicado en el presente libro— “Democracia, Ley y Persona Humana”, en el que critica las teorías de dos de los autores más relevantes en la defensa de las ideas “liberales” John Rawls y Jürgen Habermas.

Esto empalma con otro aspecto de la crítica de George a la ortodoxia liberal: su defensa de la a veces llamada “legislación moral”. Un clásico debate en el mundo anglosajón ha enfrentado a los partidarios de que la ley respalde ciertas obligaciones morales, es decir, los partidarios de la legitimidad de imponer legalmente la moral, con aquellos que consideran dicha imposición ilegítima. El debate entre H.L.A. Hart y Lord Devlin es el referente obligado. George dedica uno de sus primeros y más influyentes libros —*Making Men Moral*¹— a la defensa de la legislación moral. Su polémica tesis es que no existe ninguna razón de tipo ético que impida que la legislación pueda promover una moralidad correcta. Obviamente, siempre puede haber razones de conveniencia que aconsejen no extremar la acción de la ley para evitar consecuencias peores que aquellas que se derivarían de su silencio. Pero para George no existen razones de principio para considerar toda imposición legal de la moral como ilegítima. En su obra George refuta uno a uno los argumentos de distintos autores que han rechazado la imposición legislativa de la moral —tales como John Rawls, Ronald Dworkin, Jeremy Waldron, Joseph Raz, entre otros—.

Y es que para George, no son triviales la conducta y los valores que puedan tener los distintos ciudadanos, y quizás éste sea el punto donde más se aleja del liberalismo. No es éste un problema meramente privado que pueda dejar indiferente a la política. El liberalismo no parece considerar —no parece mirar— el problema de la cultura. Y sin embargo, las ideas y valores de las personas son relevantes tanto para la subsistencia de las instituciones

¹ *Making Men Moral: Civil Liberties and Public Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1993. Existe traducción al castellano: *Para hacer mejores a los hombres. Libertades civiles y moralidad pública*. Madrid: Ediciones Internacionales Universitarias, 2002.

(también las instituciones liberales) como para el progreso general de una sociedad. De ahí que tanto la autoridad política como los ciudadanos tengan deberes respecto de la preservación de lo que George llama —con una frase que ha pegado fuerte— la “ecología moral”, desarrollada en el artículo titulado “Moral Pública” en esta colección. De ahí también se sigue el interés que debiera tener la empresa en este problema, como lo explica en el artículo “Negocios en una sociedad decente y dinámica”.

La Ley Natural: Robert P. George realizó su doctorado en Oxford bajo la supervisión de John Finnis, uno de los teóricos del derecho más destacados de los últimos años, quien tiene el mérito de haber “resucitado” la tradición del derecho natural en el ámbito anglosajón, fundamentalmente en su libro *Natural Law and Natural Rights*².

De esta manera, George se inserta en la tradición de la ley natural y concretamente, en la llamada “nueva teoría de la ley natural”, caracterizada entre otras cosas por la aceptación de la llamada “falacia naturalista” (es decir, la aceptación de la no derivabilidad lógica de conclusiones normativas a partir de premisas puramente descriptivas —lo que no equivale a sostener que no depende también de nuestra naturaleza lo que es bueno o malo para nosotros—) y por la explicación de la moral por referencia a ciertos bienes humanos básicos, de carácter autoevidente que serían aquellos que constituyen la felicidad —más propiamente, la realización— humana. Una vida bien vivida es una vida en armonía con estos bienes (tales como la vida, la amistad, el conocimiento, etc.), es decir, una vida que transcurre abierta a la posibilidad de realizar todos ellos, sin obrar directamente en contra de ninguno.

La adopción de esta teoría moral no es trivial en las discusiones morales o jurídicas que George ha enfrentado. Como bien se refleja en el artículo “Ley Natural”, en el que explica varios aspectos de esta teoría a un público que mayoritariamente no la comparte —la comunidad de académicos y alumnos de Derecho de la Universidad de Harvard—, la ética fundada en la ley natural provee un fundamento sólido para abordar muchos de los debates morales más relevantes, tanto en la teoría del derecho como en la bioética y la política. George refuta algunas visiones caricaturescas de dicha teoría para luego explicar sus elementos fundamentales, defender su solidez para referirse a los problemas éticos y mostrar algunas de sus implicancias.

Debates sociales y culturales actuales: El profesor George ha sido una de las figuras académicas más activas en los grandes debates morales que enfrentan las sociedades

² *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980. Existe traducción al castellano y estudio preliminar de Cristóbal Orrego: *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

democráticas contemporáneas, particularmente la estadounidense. Tanto desde la cátedra académica y la tribuna de los medios de comunicación, así como en su rol de miembro del Consejo Asesor de Bioética de la Casa Blanca, George ha lidiado con algunas de las discusiones culturales más relevantes.

Así su faceta de intelectual público lo ha llevado a estudiar seriamente algunas de las instituciones que están en juego en lo que él ha denominado “el choque de las ortodoxias” —un enfrentamiento en el plano de las ideas entre lo que él denominaría una “ortodoxia progresista”, con sus propios dogmas, y una ortodoxia asentada en la tradición central de la ética occidental, inspirada, entre otras fuentes, por el cristianismo—³. Así destacan los aportes que George ha realizado a la comprensión de la institución del matrimonio, la personalidad moral del no nacido, la teoría de los derechos, como también sus versadas y agudas observaciones sobre derecho constitucional estadounidense.

Es quizás ésta una de las vetas del trabajo de George más atractivas y más interesantes para el gran público no especialista en los temas de teoría jurídica y moral. Muchos de estos debates tienen lugar en las páginas de los diarios y en los foros de discusión política, y sin embargo no siempre existe una argumentación sólida tras las posturas que se sustentan.

Los artículos “La ética del embrión” y “la naturaleza y fundamento de la dignidad humana” constituyen sendos esfuerzos por comprender quienes debieran ser los destinatarios de total protección moral. El primero constituye un esfuerzo por fundamentar, desde la evidencia científica y la rigurosa reflexión filosófica, la total personalidad moral del embrión —esto es, su reconocimiento como uno de nosotros, provisto de dignidad y protegido por el Derecho—, a la vez que explora las distintas objeciones que podrían plantear a esta tesis y las refuta. El segundo, escrito con el profesor Patrick Lee, pretende estudiar con mayor detalle el criterio para considerar a alguien “persona”: los autores proponen como criterio el poseer una naturaleza racional, siendo persona todos los individuos de la especie que tengan dicha naturaleza, como es el caso de la especie humana. Los autores se hacen cargo de posibles objeciones y de otras posturas rivales a la que proponen.

Otro de los debates esenciales que enfrentan algunas sociedades democráticas (y que en nuestro medio comienza a vislumbrarse) se refiere a la definición de la institución del matrimonio. Concretamente, el debate actual surge a raíz de la posibilidad de extender el matrimonio a parejas homosexuales. El debate en este punto parece cerrarse en ocasiones en una discusión sobre igualdad y libertades básicas. Sin negar esa área de discusión sobre

³ Ver Robert P. George. *The Clash of Orthodoxies: Law, Religion and Morality in Crisis*. Willmington, Delaware: ISI Books, 2001.

igualdad y libertades básicas. Sin negar esa área de discusión, el artículo del profesor George “What’s Sex Got to Do with it? Matrimonio, Moralidad y Racionalidad” —el título tiene un guiño *pop* a una canción de Tina Turner— posee, a nuestro juicio un elemento clave: ilumina el debate sobre el matrimonio mediante una reflexión profunda y cuidadosa sobre el fundamento y sentido de esta institución. Una adecuada comprensión del matrimonio, de su rol social, y de cómo se integra en el conjunto de una vida humana bien vivida, puede ser un elemento indispensable en la discusión sobre la legitimidad del reconocimiento jurídico de las uniones entre personas de un mismo sexo.

Por último, en el artículo “Negocios en una sociedad decente y dinámica”, George plantea algunas reflexiones sobre el rol de la empresa y de los negocios en el bienestar de una sociedad. Esta conferencia, dictada con anterioridad a la crisis económica desatada recientemente entrega algunos criterios especialmente valiosos frente a las preguntas que la crisis ha desatado. George defiende una idea servicial de la empresa, en la que destaca no sólo el lucro, sino además la lógica del servicio. En esta línea elabora sobre la idea de una sociedad buena, en la cual la empresa actúa como motor de dinamismo explicando de esta forma cómo la empresa tiene un interés en la pervivencia de ciertos valores en la sociedad. Quizás sea pertinente finalizar este Estudio Preliminar con una metáfora. El escritor chileno Roberto Bolaño describía su visión de lo que significaba escribir bien con una imagen: “correr por el borde del precipicio, a un lado el abismo sin fondo y al otro lado las caras que uno quiere, las sonrientes caras que uno quiere y los libros, y los amigos, y la comida”⁴.

La vida de un académico es parecida: el académico también puede decidir moverse en el filo entre lo conocido y lo desconocido, entre las preguntas que nadie se ha planteado ni contestado aún, y las tradiciones intelectuales de larga data que nos nutren de conceptos para iluminar lo que hay en el abismo. Ciertamente ésta ha sido la opción académica de Robert P. George: sea desafiando algunas de las teorías liberales más firmemente asentadas en el mundo académico al que pertenece, sea adentrándose en la vanguardia de los debates bioéticos y culturales, el autor de estos artículos parece ir corriendo por una línea imaginaria teniendo en un costado el acantilado de los problemas que no han sido explorados y al otro la tradición central del pensamiento moral occidental cuyos conceptos ha intentado recuperar.

⁴ “Discurso por la aceptación del premio Rómulo Gallegos”

El éxito de esta empresa lo podrá evaluar el mismo lector. Los editores esperamos que estos artículos, representativos de sus actuales incursiones académicas, constituyan un aporte a la discusión de debates actuales tanto públicos como académicos.

Francisco J. Urbina

Santiago Legarre

Santiago de Chile y Buenos Aires, 2009

LEY NATURAL⁵

Oliver Wendel Holmes, el filósofo del derecho y juez a quien con admiración Richard Posner apodará “el Nietzsche americano”⁶, puso en las mentes de muchos una cierta imagen de lo que se presume que tratan las teorías de la ley natural y una serie de razones para suponer que estas teorías están erradas y son incluso ridículas. A pesar de que tengo mis propias razones para admirar parte del trabajo de Holmes —pese, más que debido, al nietzscheanismo [admirado por el juez Posner—, creo que todas las ideas y enseñanzas de Holmes sobre la ley natural son erradas. En otro trabajo he presentado una crítica detallada del pensamiento de Holmes⁷, que no repetiré aquí. En vez de eso, este artículo ofrece una descripción constructiva de lo que de hecho tratan las teorías de la ley natural, señala por qué la idea de la ley natural y de derechos naturales es mucho más plausible de lo que las personas influenciadas por Holmes suponen, y muestra cómo las teorías de la ley natural se parecen y difieren de las principales explicaciones de la racionalidad práctica y de los juicios morales que proporcionan la base que justifica la ley positiva así como también los estándares para su evaluación crítica.

Las teorías sobre la ley natural son reflexiones críticas que explican los aspectos constitutivos del bienestar y la realización de las personas humanas y de las comunidades

⁵ Robert P. George “Natural Law”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 31,1 (2008): 171-196. Reproducido y traducido con la autorización correspondiente.

Este artículo fue presentado originalmente como la John Dewey Lecture en Filosofía del Derecho en la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard., el 9 de abril del año 2007. Estoy profundamente agradecido de la Decana Elena Kagan y de los profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard por el honor de haberme invitado a regresar a mi alma mater en esa ocasión. Fui introducido al proyecto de la reflexión filosófica sobre el derecho y los sistemas legales, y a la compleja red de relaciones entre ley y moral, por mis profesores de Harvard: Lewis Sargentich, Charles Fried, Richard Parker, Henry Steiner, Harold Berman, Dan Coquillette y Roberto Unger. Ellos me impulsaron en el que se convirtió en el trabajo de mi vida. Tengo con ellos una enorme deuda de gratitud y es un placer el poder reconocerla aquí. Algunas de las materias de este artículo aparecen en una entrevista que otorgué publicada como “Natural Law & Human Rights: A Conversation”, en Elizabeth M. Bucar & Barbara Barnett (eds.), *Does Human Rights Need God?* (2005), pp. 134- 144.

⁶ Richard A. Posner, “Introduction”, en Richard A. Posner (ed.), *The Essential Holmes : Selection From the Letters, Peeches, Judicial Opinions, and Other Writings* of Oliver Wendell Holmes, Jr. (1992),pp. xxviii, (citando su comparación de ambos en Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (1990), pp. 239-242).

⁷ Ver Robert P. George, “Holmes on Natural Law”, en Jean De Groot (ed.), *Nature in American Philosophy* (2004), p.127.

que conforman. Las proposiciones que recogen los aspectos fundamentales de la prosperidad humana son directivas, (es decir, prescriptivas) para nuestro pensamiento sobre qué hacer y qué no hacer (nuestra razón práctica) —y son, u ofrecen, más que razones simplemente instrumentales para la acción o el autocontrol—. Cuando estos principios fundantes de la reflexión práctica se consideran en su conjunto (es decir se integran), traen consigo normas que pueden excluir determinadas opciones y requerir otras opciones ante situaciones que involucran una elección moral significativa. Las teorías sobre la ley natural, por lo tanto, proponen identificar los principios de una acción correcta —los principios morales— especificando el primer y más generalizado principio moral, i.e., que uno debiera elegir y actuar de manera compatible con una voluntad de realización integral del ser humano.³ Entre estos principios está⁸ el respeto por los derechos que posee la gente simplemente en virtud de su humanidad —derechos que, en justicia, los otros están obligados a respetar y los gobiernos no sólo deben respetar, sino en la medida de lo posible, también proteger—.

Los teóricos de la ley natural entienden que la realización del ser humano —el bien humano— es multifacética. Hay muchas dimensiones irreducibles del bienestar humano lo que no niega que la naturaleza humana sea determinada, sino que afirma que aun cuando es determinada, es compleja. Somos animales, pero animales racionales. Nuestro bien integral incluye nuestro bienestar intelectual, moral y espiritual. Somos individuos, pero la amistad y la sociabilidad son aspectos constitutivos de nuestra prosperidad. Formamos lazos con otros no sólo con fines instrumentales, sino debido a nuestra comprensión de las inherentes satisfacciones que existen al juntarse en una variedad de tipos formales e informales de asociación y comunidad. De diversas maneras que son enormemente relevantes para la reflexión y el juicio moral, el ser humano es realmente un animal social. Al reflexionar sobre los bienes básicos de la naturaleza humana, especialmente aquéllos más inmediatamente concernientes a la vida social y política, los teóricos de la ley natural proponen llegar a un firme entendimiento de los principios de justicia, incluyendo aquellos principios que llamamos derechos humanos. A la luz de lo que ya he dicho acerca de cómo los teóricos de la ley natural entienden la naturaleza humana y el bien humano, no debe sorprender que dichos teóricos rechacen tanto el individualismo extremo como el colectivismo.

⁸ Sobre el principio de la moralidad y sus especificaciones, ver John Finnis, Joseph M. Boyle, Jr y Germain Grisez, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism* (1987), pp. 281-287.

El individualismo pasa por alto el valor intrínseco de la sociabilidad y tiende a visualizar a los seres humanos de manera atomística. Reduce todas las formas de asociación humana al valor instrumental que éstas poseen. El criticar este reduccionismo no es negar que algunas formas de asociación sean por cierto sólo instrumentalmente valiosas, o que virtualmente todas las formas de asociación humana tengan valor instrumental además del valor intrínseco que pudieran tener, sino que, por el contrario, es recordar que la sociabilidad es un aspecto intrínseco del bienestar y la realización humana.

De manera similar el colectivismo compromete la dignidad de los seres humanos porque tiende a instrumentalizar y subordinar su bienestar a los intereses de unidades sociales más grandes. Reduce al individuo al estatus de simple pieza en el engranaje, cuya prosperidad es simplemente un medio en vez de un fin para otras cosas —tales como el gobierno, los sistemas legales públicos y privados y otras instituciones creadas por miembros de comunidades humanas en aras de su bien común— que por muy nobles e importantes que sean (o como dijo Aristóteles “grandiosas y semejantes a los dioses”⁹) son, a fin de cuentas, simples medios.

Tanto los individualistas como los colectivistas han formulado teorías acerca de la justicia y de los derechos humanos, pero dichas teorías son altamente insatisfactorias. Se basan en interpretaciones gravemente erróneas de la naturaleza y del bien humanos. Ni los unos ni los otros pueden hacer justicia al concepto de *persona* humana —es decir, un animal racional que es depositario de un valor intrínseco (y, como tal, un fin en sí mismo, que jamás se puede tratar legítimamente como mero vehículo para los objetivos de otros) pero cuyo bienestar incluye *intrínsecamente* relaciones con otros y el ser miembro de comunidades formales o informales en las que tiene, en justicia, tanto derechos como responsabilidades—.

Algunos me preguntan si los teóricos de la ley natural suponen que los derechos “están amarrados a nuestra naturaleza”. Desgraciadamente, esta metáfora tiende más a confundir que a explicar. Hay derechos humanos si existen principios de razón práctica que nos mueven a actuar o a abstenernos de actuar de determinadas maneras por respeto al bienestar y dignidad de las personas cuyos intereses legítimos pueden verse afectados por lo que hacemos. Desde luego que yo creo que esos principios sí existen. No pueden ser pasados a llevar por consideraciones de utilidad general. (Por lo tanto una acabada defensa de cualquier descripción de la ley natural debe incluir una crítica atinada a explicaciones

⁹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea* 1094b10

utilitarias, consecuencialistas o agregativas el razonamiento moral)¹⁰. A nivel muy general, nos llevan, como decía Kant, a tratar siempre a los seres humanos como fines jamás sólo como medios. Cuando comenzamos a detallar esta regla general, podemos identificar importantes deberes negativos, como el deber de abstenernos a esclavizar personas.

Aun cuando no *necesitamos* plantear el asunto en términos de “derechos”, es perfectamente razonable, y en mi opinión útil, hablar de un *derecho* a no ser esclavizado y referirse a la esclavitud como una violación de los *derechos* humanos. Es un derecho moral que tienen las personas —un derecho que cada comunidad está moralmente obligada a proteger por ley— no en virtud de pertenecer a una raza, a una clase o a un grupo étnico determinado, sino simplemente en virtud de nuestra humanidad¹¹. En ese sentido constituye un *derecho* humano. Pero existen, además de los deberes negativos y sus correspondientes derechos, ciertos deberes positivos. Podemos formular éstos también en el lenguaje de los derechos, aunque en este punto es especialmente importante tener claridad acerca de quiénes deben respetar y cómo se debe respetar un determinado derecho. Algunos dicen, por ejemplo, que la educación o la salud son derechos humanos. No dejan de ser razonables quienes así se expresan, pero se necesita decir mucho más si se desea hacer una aseveración que tenga significado. ¿Quién se supone debe proveer educación y salud a quién? ¿Por qué estas personas o instituciones deben ser los proveedores? ¿Qué lugar debe ocupar la provisión de educación o salud en la lista de prioridades sociales y políticas? ¿Es mejor que la educación y la salud sean proporcionadas por los gobiernos a través de sistemas socializados o por los sectores privados en el mercado? Estas preguntas van más allá de la aplicación de los principios morales. Requieren de juicios técnicos (por ejemplo económicos) y prudenciales, incluyendo juicios que pueden variar dependiendo de la contingencia a la que se ven enfrentadas las personas de una sociedad dada en un momento dado. Rara vez existe una única respuesta correcta. La respuesta a cada pregunta, además puede llevar a más preguntas, y los problemas pueden ser extremadamente complejos, mucho más complejos, por ejemplo, que el tema

¹⁰ Para una crítica sobre el tema, de un eminente teórico contemporáneo de la ley natural, ver John Finnis, *Fundamentals of Ethics* (1983), pp. 80-108.

¹¹ Con la frase “nuestra humanidad” me refiero más precisamente a la naturaleza de los humanos como seres racionales. La naturaleza de los seres humanos es una naturaleza racional. Es en virtud de nuestra naturaleza racional que nosotros los seres humanos poseemos una dignidad profunda e inherente. Sin embargo, lo mismo se cumpliría para seres no humanos cuya naturaleza sea racional, de existir estos seres. En el caso de los humanos, incluso los individuos que aún no han adquirido la capacidad de ejercer inmediatamente el pensamiento conceptual y otros actos racionales, e incluso quienes la hayan perdido temporal o permanentemente, y, por cierto, incluso quienes no la poseen, nunca la han poseído, y (a falta de un milagro) jamás la poseerán, poseen una naturaleza racional.

de la esclavitud, en el cual una vez identificado un derecho, su universalidad y los términos básicos de su aplicación quedan bastante claros. Todos tienen el derecho moral a no ser esclavizados, y todos tienen una obligación, en estricta justicia, de abstenerse de esclavizar a otros; los gobiernos tienen la obligación moral de respetar y proteger el derecho y hacer cumplir la obligación correspondiente¹².

Hasta aquí la discusión nos ha dado una idea del camino que debemos seguir en la identificación de los derechos humanos. Sin embargo, el argumento debe construirse teniendo en cuenta cada derecho putativo y en muchos casos surgen complicaciones. Por ejemplo, un derecho humano básico que casi todos los teóricos de la ley natural reconocen es el derecho de una persona inocente a que no se le mate ni se le mutile (acaso mediante tortura). Este es un derecho que se viola cuando alguien hace de la muerte o el daño a otra persona el objeto preciso de su acción. Es el derecho que sienta las bases de las normas que prohíben dispararle a no combatientes, incluso en guerras justificadas, y de las normas contra el aborto, la eutanasia, la matanza de rehenes, y la tortura de prisioneros, aun como forma de prevenir desastres. Sin embargo, al examinar estas normas una por una, surgen complicaciones. En el caso del aborto, algunos argumentan que los seres humanos en su etapa de desarrollo embrionario o fetal aún no reúnen las condiciones para ser considerados seres humanos y por ende carecen de derechos humanos. Igualmente en el caso de la eutanasia, algunos argumentan que las personas en coma irreversible o con retardo severo, o los dementes, no (o ya no) califican como poseedoras de derechos. A mi juicio, estos argumentos son errados¹³, pero para los presentes fines, sólo diré que las personas que no comparten mi convicción de que los seres humanos en las primeras etapas de su desarrollo y las personas en condiciones de deterioro grave poseen derechos, pueden

¹² Dicho esto no deseo sugerir que exista una diferencia más marcada entre derecho positivos y negativos que se justifique. Aun en el caso de los derechos negativos, a veces es relevante preguntarse cómo se debería respetar un derecho y quién, si alguien, posee la responsabilidad particular para protegerlo. Es más, podría darse el caso de que no exista una única respuesta correcta sobre qué lugar debería ocupar la defensa de ese derecho en la lista de prioridades sociales. Consideremos, por ejemplo, el derecho a no ser sujetos de un ataque o agresión. Aunque resulte obvio que los individuos tienen la obligación de respetar este derecho, y es igualmente obvio que los gobiernos tienen la obligación de proteger a las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción de aquellos que estén dispuestos a violarlo, las diferentes comunidades difieren razonablemente no sólo en lo que respecta a los medios que se usan para proteger a las personas de ataques y agresiones, sino además en lo que respecta a los recursos que se destinan para proteger a las personas de las violaciones de este derecho. Mis agradecimientos a Allen Buchanan por este punto.

¹³ Para una explicación más detallada sobre las razones para sostener que el estatus moral de un ser humano no depende de la edad, tamaño, etapa de desarrollo, condición de dependencia, ver Robert P. George y Christopher Tollefsen, *Embryo: A Defense of Human Life* (29008)

sin embargo afirmar que *quienquiera* que califique como persona está protegido por la norma en contra de la matanza directa de inocentes.

Esta explicación de los derechos humanos que da la teoría de la ley natural, está relacionada con una noción particular de la dignidad humana. En ella, las capacidades humanas naturales para el razonamiento y la libertad son fundamentales para la dignidad de los seres humanos —la dignidad que está protegida por los derechos humanos—. Los bienes básicos de la naturaleza humana son los bienes de una criatura racional —una criatura que, a menos que esté discapacitada o impedida de hacerlo, desarrolla de manera natural y ejerce las capacidades para deliberar, juzgar y elegir—. Estas capacidades son semejantes a las de Dios (aunque, por supuesto, de manera limitada). De hecho, desde el punto de vista de la teología constituyen un cierto compartir —por cierto de manera limitada, pero real— del poder divino. Esto es lo que a mi juicio quiere decir la (de otra forma más enigmática) enseñanza bíblica que dice que el hombre está hecho a imagen y semejanza de Dios¹⁴.

Ya sea se reconozca o no la autoridad de la Biblia o se crea en un Dios personal, los seres humanos poseen un poder que tradicionalmente se ha atribuido a la divinidad —es decir, el literalmente sobrecogedor poder de ser causa no causada—. Este es el poder para visualizar un posible estado de cosas, captar el valor de hacer que suceda, y luego actuar por elección (no por simple impulso o instinto) para hacer que suceda. Dicho estado de cosas puede ser indistintamente el desarrollo de alguna habilidad intelectual o la obtención de algún conocimiento, la creación o la apreciación crítica de una obra de arte o llevar a cabo la comunión marital. Su importancia cultural o moral puede ser inmensa o —lo que es más común— bastante pequeña. Lo que importa es que se trata de un producto de la razón y de la libertad humana. Es el fruto de la deliberación, el juicio y la elección. Podemos, si queremos, considerar como tema aparte el hecho de si los seres capaces de tales poderes pueden existir independientemente de una fuente divina que sea la base de su ser. Pero pienso que no tiene sentido afirmar que los seres cuya naturaleza es el desarrollo y ejercicio de tales poderes carecen de dignidad y derechos y, en consecuencia, pueden ser tratados como simples cosas, instrumentos o propiedades. En este punto comparto la opinión de colega amigo y ateo Jeffrey Stout quien argumenta algo bastante similar, en el sentido de

¹⁴ Ver Génesis 1:26 (Nueva Versión Internacional) (“...y Dios dijo “Hagamos al ser humano a nuestra imagen y semejanza...””).

que los no creyentes, también pueden ratificar la dignidad humana y los derechos humanos fundamentales¹⁵.

Ahora bien, ¿cuál es la autoridad de este punto de vista sobre la naturaleza humana, el bien humano, la dignidad humana y los derechos humanos? Los teóricos de la ley natural se interesan en las *razones* inteligibles que tiene la gente para actuar y elegir como lo hace. Estamos particularmente interesados en las razones que se pueden identificar sin necesidad de apelar a ninguna autoridad aparte de la autoridad de la razón misma. Con esto no estoy negando que con frecuencia sea razonable reconocer y recurrir a una autoridad religiosa o laica (por ejemplo, legal) para decidir qué hacer y qué no hacer. Por cierto, los teóricos de la ley natural, como, por ejemplo, Ives Simon, han hecho importantes contribuciones para entender por qué y cómo las personas pueden a veces estar moralmente obligadas a someterse y ser guiadas en sus actos por autoridades de diversa índole¹⁶. Incluso en este punto, no obstante, la especial preocupación de los teóricos de la ley natural tiene que ver con las *razones* que tienen las personas para reconocer y respetar la autoridad. Simplemente no apelamos a la autoridad para justificar la autoridad.

Uno se podría preguntar, por lo tanto, si los seres humanos son efectivamente racionales. ¿Podemos discernir alguna razón inteligible para las acciones y elecciones humanas? Todo el mundo reconoce que algunos fines o propósitos que se persiguen a través del accionar humano son inteligibles por lo menos en la medida que proveen un medio hacia otros fines. Por ejemplo, las personas trabajan para ganar dinero, y que lo hagan es perfectamente racional. El dinero es un medio valioso para muchos fines importantes. Nadie pone en duda su valor instrumental. Ni siquiera los escépticos niegan la existencia de bienes instrumentales. La pregunta es, por el contrario, si algunos fines o propósitos son inteligibles por proveer *razones más que simplemente instrumentales* para actuar. ¿Hay bienes que sean intrínsecos aparte de los bienes instrumentales? Los escépticos niegan que existan fines o propósitos inteligibles que hagan posible una acción *motivada* por la razón. Por el contrario, los teóricos de la ley natural sostienen que la amistad, el conocimiento, la virtud, la apreciación de lo estético y otros fines y propósitos determinados son intrínsecamente

¹⁵ El profesor Stout dejó más que claro su punto de vista en una conferencia en la Universidad de Princeton en 2003. Ver Jeffrey Stout "Comment on Secularism, Law and Public Policy" en el *James Madison Program in American Ideals and Institutions Conference on Faith and the Challenges of Secularism* (Oct 11, 2003), disponible en : <http://web.princeton.edu/sites/madison/calendar/video/Faith%20&%20Challenges.html>; ver también Jeffrey Stout, "Truth, Natural Law, and Ethical Theory", en Robert P. George (ed.) *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (1992), p.71.

¹⁶ Ives R. Simon, *A General Theory of Authority* (1962).

valiosos.¹⁷ Son inteligiblemente “dignos de elección”, no simplemente como medios hacia otros fines, sino fines en sí mismos. No se les puede reducir a emoción, sentimiento, deseo, u otros factores motivadores subracionales —ni se puede explicar su atractivo inteligible exclusivamente en términos de ellos—. Estos bienes humanos básicos son un aspecto constitutivo del bienestar y la realización de las personas humanas y de las comunidades que conforman, y en consecuencia proporcionan las bases de los juicios morales, incluyendo nuestros juicios relativos a la justicia y a los derechos humanos.

Por supuesto que hoy en día hay muchos que abrazan doctrinas filosóficas o ideológicas que niegan las capacidades humanas que, en mi opinión, son el centro de la dignidad humana. Ellos adoptan un punto de vista netamente instrumental y esencialmente no cognitivista de la razón práctica —por ejemplo, la idea de Hume de que la razón no es nada más que la “esclava de las pasiones”¹⁸— y argumentan que la experiencia humana de deliberar, juzgar y elegir es ilusoria. Los fines que las personas persiguen, insisten, están en última instancia determinados por factores motivacionales, como los sentimientos, las emociones, o los deseos. Hobbes les ha enseñado a suponer que “[L]os pensamientos son a los deseos como exploradores o espías, para escudriñar y encontrar el camino hacia las cosas deseadas”¹⁹. La acción verdaderamente motivada por la razón es imposible para criaturas como nosotros. No hay más que razones meramente instrumentales para actuar y no bienes humanos básicos.

Si los partidarios de esta visión no cognitivista y subjetiva del accionar humano están en lo cierto, entonces toda actividad ética sería una farsa y la dignidad humana un mito. Pero, a mi juicio, ellos se equivocan. Por cierto no pueden ofrecer ninguna explicación de las normas de la racionalidad a la que deben recurrir al intentar exponer argumentos en contra de la razón y la libertad que sean consistentes con el negar que las personas son capaces de más que de una mera racionalidad instrumental y de una verdadera libertad de elección. Germain Grisez y Joseph Boyle, en conjunto con el fallecido Olaf Tollefsen, presentan un poderoso argumento en este sentido en contra del escepticismo y la negación del libre albedrío en el libro *Free Choice: A Self-Referential Argument*²⁰. Ellos no niegan y yo tampoco, la presencia de emociones en la acción humana; están presentes y en varias ocasiones éstas (u otros factores subracionales”) realizan el trabajo motivador principal.

¹⁷ Ver por ejemplo, John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (2da edición, i982), pp,59-127.

¹⁸ David Hume, *A Treatise of Human Nature* (Clarendon Press 1888(1739)), libro II, parte III, δ III, 415.

¹⁹ Thomas Hobbes, *Leviathan* (Edwin Curley (ed.) Hackett Publ’g Co. 1994 [1651]) paarte1, cap. vii, 41.

²⁰ Joseph M. Boyle, Jr., Germain Grisez y Olaf Tollefsen, *Free Choice. A Self-Referential Argument* (1976)

Sostenemos que las personas pueden tener, y a menudo, y a menudo tienen, razones básicas para sus acciones —razones proporcionadas por fines que ellos entienden como humanamente realizantes [fulfilling] y que *desean precisamente como tales*—. Estos fines también están presentes en la motivación²¹.

Ahora, si estoy en lo cierto al afirmar que la razón humana es capaz de identificar los derechos humanos como una genuina justificación de las obligaciones para con los demás derechos que poseen las personas en virtud de la ley natural (lo que se ha denominado “derechos naturales”), ¿cómo podemos explicar o comprender los fracasos generalizados en reconocimiento y respeto de los derechos humanos y otros principios morales? Como seres humanos, somos animales racionales. Somos propensos a cometer errores intelectuales y morales y somos capaces de comportarnos de manera exageradamente poco razonable, especialmente cuando nos desvían emociones poderosas que en contra de lo que demanda la razón. Incluso cuando obedecemos a nuestras conciencias, como estamos moralmente obligados a hacerlo podemos equivocarnos. Un juicio, a pesar de haberse formulado escrupulosamente, puede estar equivocado. Algunos de los más grandes pensadores en la historia de la humanidad no reconocieron el derecho humano a la libertad religiosa. Su falla, a mi juicio, se debió a un conjunto de errores intelectuales sobre lo que dicho derecho presupone e implica. Las personas que cometieron estos errores no eran ni unos tontos ni unos canallas. Los errores no eran obvios, y sólo tras mucha reflexión y debate se pudo aclarar el asunto.

Por supuesto, a veces las personas no reconocen ni respetan los derechos humanos debido a que tienen motivos de interés personal para ello. En la mayoría de los casos de explotación, por ejemplo la falla fundamental es moral, no intelectual, aunque en algunos casos las fallas intelectuales y morales están estrechamente relacionadas. El egoísmo, los prejuicios, el partidismo, la vanidad, la codicia, la lujuria, la animosidad y otras transgresiones morales pueden, de manera a veces bastante sutil, impedir juicios éticos acertados, incluyendo juicios relativos a los derechos humanos. Las culturas o subculturas

²¹ Ver por ejemplo, Christine M. Korsgaard. “The Normativity of Instrumental Reason”, en Garret Cullity & Beris Gaut (eds.), *Ethics and Practical Reason* (1997) p.215. >Aunque ella se identifica con la tradición kantiana (en vez de la aristotélica) de la ética, la distinguida filósofa moral de Harvard. Christine Korsgaard plantea un punto de vista similar cuando arguye que no puede existir una racionalidad práctica verdadera —ni siquiera una instrumentalista compuesta por imperativos hipotéticos— salvo que existan “algunos principios racionales que determinen cuáles fines son dignos de preferir o perseguir”, *ibid*, p.230m}, algunos “principios normativos que nos conducen a adoptar determinados fines “ *ibid*, p.220 y “algo que confiera carácter normativo a nuestros fines”, *ibid*, p.250, al proveer (lo que ella describe como) “razones incondicionales para tener determinados fines, al parecer, principios incondicionales para tener determinados fines, al parecer principios incondicionales de los que derivan esas razones” *ibid*, p.252.

pueden verse infectadas en su totalidad por fallas morales que enceguecen a un gran número de personas impidiéndoles ver verdades relacionadas con la justicia, e ideologías hostiles a estas verdades casi siempre van a ser tanto la causa como el efecto de dichas fallas. Consideremos, por ejemplo, el caso de la esclavitud en el sur de Estados Unidos antes de la Guerra de Secesión. La ideología de la supremacía blanca fue tanto una causa de la ceguera de muchas personas con respecto a la maldad de la esclavitud, y un efecto de la explotación y la degradación de sus víctimas.

Pasemos ahora de manera más focalizada a la cuestión de Dios y la fe religiosa en la teoría de la ley natural. La mayoría de, pero no todos, los teóricos de la ley natural son teístas. Creen que el orden moral, como cualquier otro orden de la experiencia humana, es lo que es debido a que Dios lo crea y lo sostiene como tal. Para explicar la inteligibilidad del orden creado, infieren la existencia de una inteligencia libre y creativa —un Dios personal—. Efectivamente, ellos suelen argumentar que el libre albedrío creativo de Dios es lo que al fin de cuentas proporciona la única explicación satisfactoria de la existencia de las inteligibilidades que los humanos llegan a comprender en cada uno de los campos de búsqueda de conocimiento.

Los teóricos de la ley natural no niegan que Dios puede revelar verdades morales, y la mayoría cree que Dios ha elegido revelar muchas de estas verdades. Sin embargo, también afirman que, muchas verdades morales, incluyendo algunas que son reveladas, también se pueden entender a través de la reflexión ética y no sólo por medio de la revelación. Ellos afirman, junto con San Pablo, que existe “una ley escrita [en los] corazones” incluso de los gentiles quienes no conocían la ley de Moisés²² —cuyo conocimiento es suficiente para la responsabilidad moral—. Por consiguiente, las normas básicas que prohíben el asesinato y el robo, por ejemplo, aunque reveladas por medio del Decálogo, son accesibles y cognoscibles incluso independientemente de la revelación especial de Dios²³. Podemos conocer la ley natural, y podemos moldear nuestra conducta a sus términos en virtud de nuestras capacidades humanas naturales para deliberar, juzgar y elegir.

La ausencia de una fuente divina de la ley natural sería desconcertante, tal como la ausencia de una fuente divina en cualquier orden inteligible de la experiencia humana, sería desconcertante. El desconcierto de un ateo bien podría hacerlo reconsiderar la idea de que no existe una fuente divina del orden que percibimos y entendemos en el universo. Dicha reconsideración figura en las explicaciones que ofrecen algunos eminentes pensadores

²² Romanos 2:15 (Nueva Versión Internacional).

²³ Ver Sto. Tomás de Aquino, *Summa Theologic* I – II Q, art. 2, Q 100, art.1.

modernos de su conversión desde una u otra forma de secularismo a la fe religiosa; entre los filósofos angloparlantes se incluyen Elizabeth Anscombe, Michael Dummett, John Finnis, Alasdair MacIntyre, Peter Geach, y Nicholas Rescher. Es mucho menos probable lograr que alguien llegue a la conclusión de que nuestra percepción es una ilusión o que nuestro entendimiento es engañoso, aunque, por cierto, esto es lógicamente posible. Desde luego, el desconcierto puede no necesariamente llevar a la fe religiosa, incluso para aquellos que aceptan nuestra percepción de que la razón y la libertad están justificadas epistémicamente. Consideremos, por ejemplo, a Michael Moore, un distinguido teórico contemporáneo de la ley natural para quien es “obvio que no existe nada que responda a una concepción personal de Dios y que la necesidad humana de crear esta criatura de ficción es la única explicación de por qué tantas personas han optado por lo contrario respecto a esta cuestión”²⁴.

Por lo tanto, surge una pregunta: ¿es posible que la ley natural —suponiendo que realmente existen principios de ley natural— proporcione la base para un régimen de leyes sobre derechos humanos sin que haya consenso sobre la existencia y la naturaleza de Dios y el papel que tiene Dios en los asuntos humanos? A mi entender, quienquiera que reconozca las capacidades humanas de razonamiento y libertad posee una buena base para confirmar la existencia de la dignidad humana y los derechos humanos básicos. Estas bases permanecen inalteradas ya sea que se haga o no referencia a la pregunta de la existencia de una fuente divina para el orden moral cuyos principios discernimos a través de las preguntas relativas a la ley natural y los derechos naturales. Personalmente, pienso que la respuesta a esta pregunta es sí: debemos estar abiertos a la posibilidad de que Dios se haya revelado en formas que refuerzan y complementan lo que se puede conocer sin ayuda alguna a través de la razón. Pero no necesitamos una respuesta consensual, siempre que estemos de acuerdo en las verdades que la originaron —concretamente que los seres humanos al poseer los (literalmente *impresionantes*) poderes de la razón y la libertad (poderes “divinos”) son portadores de una profunda dignidad que está protegida por ciertos derechos básicos—.

Por consiguiente, si existe un conjunto de normas morales, incluyendo normas de justicia y derechos humanos, que puedan conocerse a través del cuestionamiento racional, el entendimiento y el juicio, aun independientemente de cualquier revelación especial, estas normas pueden proporcionar las bases para un régimen internacional de derechos

²⁴ Michael S. Moore, “*God Without God*” en Robert P. George (ed.), *Natural law, Liberalism, and Morality* (1996), pp. 249, 259.

humanos. Por supuesto, no debemos esperar un consenso. Hay escépticos morales que niegan la existencia de verdades morales. Hay fideístas de varios credos religiosos que sostienen que las verdades morales no se pueden conocer sino a través de la revelación especial de Dios. E incluso, entre quienes creen en la ley natural, habrá diferencias de opinión acerca de su contenido e implicancias en determinadas cuestiones, incluyendo algunas de importancia. De lo anterior se desprende que nuestra condición permanente es la de discutir y debatir estos temas tanto en materia de filosofía abstracta como de política práctica. En otro trabajo he criticado ciertas referencias sobre moralidad política delineadas por el fallecido John Rawls a partir de lo que él apodó “el hecho del pluralismo razonable” pero no niego que sea un hecho sino, por el contrario, lo afirmo²⁵. Existen las “cargas del juicio”: las cuestiones éticas pueden ser difíciles. En circunstancias de libertad política, se puede esperar que personas razonables de buena voluntad desarrollen puntos de vista divergentes, incluso sobre algunos asuntos morales de profunda importancia, e incluso sobre la cuestión de quién cuenta como miembro de la comunidad humana y, como tal, alguien con respeto a quien hay obligaciones de justicia que cumplir.

A veces se considera motivo de vergüenza para la ley natural el pensar que algunas grandes figuras medievales de la tradición de la ley natural no reconocieron —y por cierto, incluso negaron— los derechos humanos que teóricos contemporáneos de la ley natural y otros sostienen y consideran fundamentales. Tomemos, por ejemplo el derecho humano básico de libertad religiosa, o lo que la constitución de Estados Unidos llama el derecho al libre ejercicio de la religión²⁶. Este derecho no fue ampliamente reconocido en el pasado e incluso fue negado por algunos destacados teóricos de la ley natural. Ellos pensaron equivocadamente que una amplia concepción de la libertad en materia de fe presupone un relativismo religioso o indiferentismo, que conlleva que los votos religiosos sean inmorales o no valederos, o la completa subordinación de las comunidades religiosas al Estado²⁷. Es interesante que cuando la Iglesia Católica se declaró firmemente a favor de la libertad religiosa, planteándolo enérgicamente en el documento *Dignitatis Humanae* del Concilio Vaticano II, ésta presentó tanto un argumento fundamentado por la ley natural como un argumento fundamentado en fuentes específicamente teológicas. El argumento de la ley

²⁵ Ver Robert P. George, *The Clash of Orthodoxies: Law and Morality in Crisis* (2001), pp.52-53; ver también Robert P. George & Christopher Wolfe, “Natural Law and Public Reason”, en Robert P. George & Christopher Wolfe (eds.), *Natural Law and Public Reason* (2000), pp.51-52-53.

²⁶ Constitución de EE.UU, enmienda 1.

²⁷ Para un análisis breve pero profundo, y para algunas citas útiles, ver John Finnis, *Moral Absolutes. Tradition, Revision, and Truth* (1991) p.26 y nota 50.

natural acerca de la libertad religiosa se basa en la obligación de cada persona a perseguir la verdad en los asuntos de la religión y a vivir en conformidad con sus juicios realizados a conciencia²⁸. Esta obligación se encuentra, a la vez, arraigada en la proposición de que la religión —que se considera como una búsqueda cuidadosa de la verdad respecto a las fuentes supremas de significado y valor— es una dimensión crucial del bienestar y la realización humana. Está entre los bienes humanos básicos que nos proporcionan la motivación racional para nuestras decisiones al elegir. El derecho a la libertad religiosa se deriva de la dignidad del hombre como consciente buscador de la verdad.

Obviamente, las personas que rechazan la interpretación de la ley natural de la dignidad humana y los derechos humanos diferirán de lo que entienden los teóricos de la ley natural respecto de lo que constituye progreso y decadencia. Desde un cierto punto de vista teológico, el tipo de libertad religiosa que defienden los teóricos de la ley natural contemporáneos será considerado como una licencia para la herejía y la irresponsabilidad religiosa. Las ideas de la ley natural serán vistas como una forma de laicismo liberal retóricamente diluido. Por el contrario, desde el punto de vista de cierto tipo de laicismos liberal, las ideas de la ley natural con respecto al aborto, la sexualidad y otros temas morales candentes, serán consideradas intolerantes y opresivas —una forma de fundamentalismo religioso aderezado con filosofía—. Al final de cuentas, las ideas de la ley natural, como las ideas teocráticas o las del liberalismo laico, deben sostenerse o caer por sus propios méritos. Quienquiera se pregunte si son lógicas o ilógicas debe considerar cuidadosa y desapasionadamente los argumentos que las apoyan y los contraargumentos que señalan sus críticos.

Quisiera ahora referirme a las formas en que las teorías de la ley natural se parecen y diferencian de los enfoques utilitarios y otros enfoques consecuencialistas, por una parte, y de los enfoques kantianos o deontológicos por otra. Al igual que las interpretaciones utilitaristas y a diferencia de las kantianas, las teorías de la ley natural se preocupan fundamentalmente del bienestar y la realización humana y, por cierto, consideran los bienes humanos básicos como el punto de partida de la reflexión ética. Sin embargo, a diferencia de las interpretaciones utilitarias, las teorías de la ley natural entienden las formas básicas del bien humano (como aparecen en las opciones para las elecciones morales significativas) como inconmensurables, de manera tal que dejan sin sentido la estrategia

²⁸ Concilio Vaticano II. Declaración sobre la libertad religiosa: *Dignitatis Humanae* (1965) § 2-3, reimpresso en Austin flannery, OP., Council II. *The Conciliar and Post Conciliar Documents* (edición revisada, 1988) pp.800-801.

utilitaria de elegir la opción que en general y a la larga prometa conducirnos a la mejor proporción neta de beneficio/daño (cualquiera sea la forma en que se entienda y defina “beneficio” y “daño”). Los teóricos de la ley natural comparten el rechazo de los kantianos por las explicaciones sumatorias de la modalidad que consideran el lograr consecuencias suficientemente buenas, o el evitar las suficientemente malas, como la justificación de decisiones que en circunstancias ordinarias hubieran excluidas de haberse aplicado los principios morales. Sin embargo, a diferencia de los kantianos, los teóricos de la ley natural no creen que las reglas morales se puedan identificar y justificar si considerar lo integralmente directivo de los principios de la razón práctica, que dirigen las elecciones y acciones humanas hacia lo que es humanamente satisfactorio y la alejan de lo que va en contra del bienestar humano. Los teóricos de la ley natural no creen en normas morales puramente deontológicas. El razonamiento práctico consiste en razonar *tanto* sobre lo correcto con sobre lo “bueno”, y ambos están conectados. El contenido del bien humano configura las normas morales que se aplican en los juicios sobre elecciones y acciones correctas (e incorrectas). Las normas morales en sí son consecuencias de los principios prácticos primarios que nos llevan hacia los aspectos básicos del bienestar o la realización humana. Lo íntegramente directivo de estos principios prácticos primarios está articulado en el principio maestro de la moralidad y sus especificaciones en las normas morales.

Este punto de vista presupone del libre albedrío —es decir, que la elección no es exclusivamente un producto de fuerzas externas, ni de factores motivacionales internos pero subracionales, tales como el simple deseo—. Por lo tanto, una teoría acabada de la ley natural incluirá una descripción de los principios de razón práctica, incluyendo las normas morales como proveedoras de una guía racional para el libre albedrío, y una defensa del libre albedrío como una posibilidad genuina. Esto supone el rechazo del racionalismo riguroso, según el cual todos los fenómenos son considerados como causados. Se entiende a los seres humanos —a algunos seres humanos, por lo menos, a veces— como parciales causas sin causa de las realidades a las que dan existencia, *por razones, pero mediante elecciones que son libres ya que están subdeterminadas por la razón y por las pasiones*. En la descripción de la ley natural del accionar humano, la libertad y la razón se vinculan mutuamente. Si las personas no fueran realmente libres para elegir entre diferentes opciones —libres en el sentido de que nada sino la misma elección establece cuál opción se elige— la acción verdaderamente motivada por la razón no sería posible. Si la acción motivada por la razón no fuera posible, la experiencia que tenemos del libre albedrío sería ilusoria.

Los filósofos de la tradición de la ley natural, que se remontan hasta Aristóteles, han puesto énfasis en el hecho (o, en todo caso, en lo que creemos que es el hecho) de que por medio de nuestras elecciones y acciones no sólo alteramos estados de cosas en el mundo externo a nosotros, sino que también, al mismo tiempo, nos determinamos y constituimos nosotros mismos —para bien o para mal— como personas con un carácter determinado²⁹. El reconocimiento de esta autoconfiguración o la calidad “intransitiva” de las elecciones moralmente significativas nos conduce a enfocarnos en las *virtudes* como hábitos que nacen de una elección correcta, que nos orientan y predisponen a realizar más elecciones correctas, especialmente ante las tentaciones de comportarnos de forma inmoral. La gente a veces pregunta si la ley natural tiene que ver con reglas o virtudes. La respuesta es que tiene que ver con ambas. Una teoría acabada de la ley natural identifica los criterios para distinguir el bien del mal así como los hábitos o atributos del carácter que predisponen a las personas a elegir conforme a estos criterios y, por lo tanto, de manera compatible con lo que podríamos llamar —tomando prestada una frase de Kant— la buena voluntad, la voluntad que va en pos de la realización humana integral.

Los seres humanos no viven como individuos aislados, sino en familias, en grupos emparentados, clanes y varias formas de asociaciones políticas. Y, como se dijera anteriormente, los teóricos de la ley natural sostienen que entre los aspectos irreductibles de la realización humana se encuentran varias formas de armonía y unidad con otros, por lo que proponemos una descripción del bien de las comunidades, incluyendo las comunidades políticas. El bien común político se entiende no como un bien humano adicional que va a la par de los demás, sino como el fortalecimiento de las condiciones en las cuales las personas pueden prosperar a través de la cooperación mutua como conciudadanos. Existe un bien común porque (1) los bienes humanos básicos son aspectos de la prosperidad de todos y cada uno de los miembros de la familia humana: (2) muchos de estos bienes se pueden disfrutar, o disfrutar con mayor plenitud, a través de acciones mancomunadas para lograrlos; y (3) la acción mancomunada en sí puede ser intrínsecamente satisfactoria dado que los humanos son ciertamente “animales políticos” cuyo bien integral incluye intrínsecamente las dimensiones sociales.

El bien común de cualquier sociedad humana exige el establecer y mantener gobiernos que legislen y apliquen las leyes. La ley y el gobierno son necesarios no sólo debido a que los seres humanos a veces se tratan unos a otros de manera injusta e incluso se comportan

²⁹ Ver por ejemplo, ética Nicomaquea supra nota 4, e1113b5-13

depredadoramente entre ellos, sino principalmente debido a que la actividad humana con frecuencia debe ser coordinada por prescripciones autoritativas y otros ejercicios de autoridad para asegurar el logro de las metas comunes. Consideremos el simple caso de la reglamentación del tránsito en una autopista. Aun en una sociedad de perfectos santos, la ley y el gobierno serían necesarios para establecer y mantener un sistema para regular el tránsito en aras del bien común de conductores, ciclistas peatones y quienquiera se beneficie del transporte seguro y eficiente de bienes y personas en las autopistas. Debido a que es común que no exista un esquema normativo unívocamente razonable o deseable, sino sólo diferentes esquemas posibles con diferentes beneficios y costos, se deben recurrir a la autoridad gubernamental para elegir y establecer un de los esquemas posibles. En ese tipo de casos la autoridad es necesaria ya que la unanimidad es imposible. La autoridad sirve al bien común al prescribir algo y hacer cumplir sus términos. Asumiendo que no exista corrupción u otra injusticia involucrada en la elección de un determinado esquema para la regulación del tránsito o en el hacer cumplir sus términos, podemos considerar esto como un caso focal de autoridad legal desde el punto de vista de la explicación que da la teoría de autoridad legal desde el punto de vista de la explicación que da la teoría de la ley natural a esta materia. Por supuesto, la explicación acabada comenzaría por identificar los bienes humanos que los distintos reglamentos que regulan el tránsito pretenden promover y proteger, incluyendo, pero no limitándose a, la protección de la vida y la salud humana, y los males que tratan de aliviar. En la descripción se observaría que en una ausencia de un esquema de regulación legalmente estipulado y aplicado, estos bienes estarían en constante peligro y que, incluso los conductores de buena voluntad que estuvieran haciendo su mejor esfuerzo por ser cautelosos, chocarían unos con otros o crearían una congestión vehicular que podría evitarse fácilmente con el establecimiento prudente de esquemas coordinados de con normas de conducción. En ese caso, se estaría justificando la legitimidad de la autoridad gubernamental para llevar a cabo las prescripciones requeridas, no porque el esquema que se elija sea el único deseable, sino más bien por la necesidad de un esquema al que se le dé carácter de ley.

Legislar y aplicar las leyes son funciones y responsabilidades primordiales de una autoridad política legítima. La justificación de la ley es servir al bien común protegiendo los bienes de las personas y de las comunidades que las conforman. Donde las leyes son justas y efectivas, las autoridades políticas cumplen con sus obligaciones para con las comunidades a las que sirven. En la medida que las leyes sean injustas o no efectivas, no cumplen con su misión de servir al bien común. Como dijo Tomás de Aquino, el objetivo mismo de la ley

es servir al bien común³⁰. En ese sentido, en su definición, la ley es: “una ordenación de la razón, para el bien común y dada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”³¹. Puesto que el sentido moral de la ley es servir al bien integral de los seres humanos — como personas— las leyes en contra de las muchas formas de fechorías son necesarias y apropiadas en las sociedades humanas. La definición de Santo Tomás de la ley también requiere de algún individuo, grupo o institución que ejerza la autoridad en las comunidades políticas y satisfaga esta función de autoridad moral al traducir determinados principios de la ley natural a la ley positiva reforzando estos principios con sanciones legales —es decir, con la amenaza de castigo por quebrantar la ley—. En este sentido, las autoridades que actúan con justificación derivan las leyes que dictan (ley positiva) de la ley natural o, lo que es equivalente, traducen los principios de justicia y moralidad política de la ley natural en reglas de la ley positiva.

Inspirados por Tomás de Aquino, quien a su vez encontró inspiración en Aristóteles, los teóricos de la ley natural sostienen que toda ley positiva justa, desde esquemas para la reglamentación del tránsito hasta complejos conjuntos de reglas que rigen, por ejemplo, las bancarrotas, se “deriva” de la ley natural. Sin embargo, existen dos tipos de derivación diferentes que corresponden a distintos tipos de ley³². En algunos casos, el legislador, en aras de la justicia y del bien común, simple y directamente prohíbe o pide lo que la propia moralidad prohíbe o pide. Por ejemplo, al convertir el asesinato en un delito, el legislador instala la fuerza y sanciones de la ley positiva tras un principio al que las personas se encuentran sujetas por la ley natural aun en ausencia de una ley positiva sobre el tema — concretamente, el principio que prohíbe lisa y llanamente matar directa o de otra manera injustamente a nuestros semejantes—. El Aquinate observó que al actuar de esta manera similar a cómo se sacan conclusiones a partir de premisas en las matemáticas o ciencias naturales.

Sin embargo, para otros tipos de ley positiva, este tipo de enfoque “deductivo” no es posible. Aquí nuevamente el caso de la regulación del tránsito es ilustrativo. Al elegir un esquema de entre una posible gama de esquemas es ilustrativo. Al elegir un esquema de entre una posible gama de esquemas razonables, cada uno con sus propios costos y beneficios, el legislador se mueve no por proceso similar a la deducción, sino más bien por una actividad

³⁰ Tomás de Aquino, *supra* nota 18 Q 96 art.1.

³¹ *Ibid*, Q 90, art.4.

³² Ver *ibid*. Q 95, art.2.

del intelecto práctico que Tomas de Aquino llamó “determinatio”³³. A pesar de que desgraciadamente es difícil encontrar una palabra que exprese todo lo que el término en latín denota y connota, el concepto no es difícil de entender. El Aquinate lo explicó a través de una analogía con la actividad de un artesano a quien se le encarga la construcción de una casa —alguien a quien nosotros probablemente llamaríamos arquitecto—. No existe, por supuesto, una manera única de diseñar una casa. Muchos diseños diferentes, son razonables. Algunas características del diseño serán determinadas por las necesidades de la persona o familia que ocupara la vivienda; otras son simplemente materia de estilo y gustos, e incluso otras son opciones que buscan un equilibrio entre costo y riesgo. Por lo tanto, en la mayoría de los casos, el arquitecto podrá ejercer una medida significativa de libertad creativa dentro de un conjunto amplio de restricciones. Consideremos la cuestión de la altura de los cielorrasos. Aun cuando algunas posibilidades quedan excluidas por consideraciones prácticas —por ejemplo, cielos de sólo cuatro pies de altura harían imposible la vida en la casa para la mayoría de las personas y cielos de cuarenta pies de altura generalmente serían impracticablemente caros— ningún principio arquitectónico fija la altura de los cielos en siete pies y cuatro pulgadas, nueve pies., cualquier altura entremedio, o cualquier altura un poco mayor o menor. Al llevar a cabo su encargo, el arquitecto tratará de elegir una altura para los cielos que armonice con otras características de su diseño, incluyendo características (tales como la altura de las puertas) que son en sí fruto de *determinaciones*.

Al igual que el arquitecto, el legislador ejercerá una considerable medida d libertad creativa en muchos ámbitos al trabajar a partir de la comprensión de principios prácticos básicos. El dirigirá sus acciones para promover y proteger los bienes humanos básicos y evitar su carencia. Por medio de este ejercicio de libertad creativa, creará diestramente esquemas regulatorios concretos que apunten a la coordinación de la conducta en aras del bienestar general de la comunidad —es decir, del bien común—. Entre las consideraciones que siempre debe tener presente un buen legislador están la equidad en la distribución de las responsabilidades y beneficios presentes en cualquier esquema regulatorio. Como en la ley natural todas las personas poseen una dignidad profunda, inherente e igual, los intereses —esto es, el bienestar— de todas y cada una de las personas deben ser tomados en cuenta y los intereses de nadie deben ser injusta o justificadamente favorecidos o desfavorecidos. El bien común no es “el mayor bien neto” o “el mayor bien para el mayor número” de los

³³ *id.*

utilitaristas³⁴, sino el bien compartido de todos, incluyendo al bien de vivir en una comunidad donde la dignidad y los derechos de todos —incluyendo el derecho a que se respete nuestra igual dignidad básica— sean respetados a través del ejercicio de la autoridad pública.

Aunque la ley natural establece que el derivar leyes positivas a partir de la ley natural es labor del legislador (y sólo gracias a sus esfuerzos puede la ley natural entrar en efecto para el bien común), es importante notar que el cuerpo de leyes creado por el legislador no es en su la ley natural. Mientras la ley natural no es creación humana en ningún sentido, la ley positiva es efectivamente creada (postulada e, instaurada) —no simplemente implementada— por humanos. Esto dice mucho del estatus metafísico de la ley positiva. Como Aristóteles, podríamos decir que la ley positiva pertenece al orden del “hacer” en vez de al orden del “obrar”. De esta manera es apropiado que la ley positiva esté condicionada a la aplicación técnica y sea analizada por una especie de razonamiento técnico. De ahí que en las facultades de derecho no (o no sólo) enseñen filosofía moral a sus estudiantes, sino que centren la atención de los estudiantes en técnicas especiales de análisis legal, tales como identificar y comprender las fuentes legales y trabajar con estatutos precedentes, y las (con frecuencia necesarias) definiciones artificiales que caracterizan a cualquier sistema legal complejo. A la vez debemos ser cuidadosos y distinguir un orden metafísico diferente que acompaña al propósito moral de la ley. Es en el orden del “obrar” (el orden del libre albedrío, el razonamiento práctico, y la moralidad) donde identificamos la necesidad de crear la ley en aras del bien común. El legislador crea un objeto cultural —es decir, la ley— que está deliberada y razonablemente sujeta al análisis técnico con un propósito moral y no meramente técnico³⁵. El hecho de que la ley sea un objeto cultural creado para un fin moral engendra mucha confusión sobre el rol de la filosofía moral en el razonamiento legal. Por ejemplo, una cuestión muy debatida en la interpretación constitucional de Estados Unidos es el alcance y los límites del poder de los jueces para invalidar la legislación bajo determinadas provisiones constitucionales presuntamente vagas o abstractas. Algunos teóricos constitucionalistas, como el profesor Ronald Dworkin, defienden un rol expansivo de los jueces argumentando que un juez meticuloso debe establecer juicios de filosofía moral y política que sustenten las decisiones en casos difíciles³⁶. Otros, como el Juez Robert Bork y el juez de la Corte Suprema Antonin Scalia,

³⁴ Sobre la incoherencia de estas nociones Benthamistas, ver Finnis, *supra* nota 12. pp. 112-118.

³⁵ Ver John Finnis, “Natural Law and Legal Reasoning” en *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, *supra* nota 10, pp. 134, 138-143.

³⁶ Ver Ronald Dworkin, *Law’s Empire* (1986).

tienen temor de que un juez desempeñe este rol y sostienen que una Constitución sólida —o en todo caso la Constitución de Estados Unidos— no otorga al juez dicho rol³⁷. Ellos sostienen que la filosofía moral tiene poca o ninguna cabida al juzgar, por lo menos en el sistema legal de Estados Unidos. ¿De qué lado deberían estar los teóricos de la ley natural en este complejo asunto?

La teoría de la ley natural trata el rol del juez fundamentalmente como un asunto de *determinatio* y no como traducción directa. En consecuencia, no presupone que el juez goce (o debiera gozar) como un asunto de ley natural, de una autoridad plena para sustituir su propio entendimiento de los requisitos de la ley natural por el del legislador al decidir casos legales. Por el contrario, el Estado de Derecho (comúnmente entendido como condición necesaria, pero insuficiente para un sistema justo de gobierno) requiere moralmente —es decir, obliga como materia de la ley natural— a que el juez los límites de su propia autoridad tal como le han sido asignados a través de un *determinatio* autoritativo. Esto supone una solución hipotética al interrogante que enfrentamos: si la ley del sistema del juez restringe su facultad para crear leyes como cree el juez Scalia que hace la Ley Fundamental estadounidense, entonces está obligado —por la ley y, presuntivamente, por la moral— a respetar estas restricciones aun cuando su propio entendimiento de la justicia natural difiera del de los legisladores (o de quienes hacen y ratifican la Constitución) cuyas leyes debe interpretar y aplicar. Por lo tanto, la pregunta sobre cuánto poder para crear leyes tiene un juez es en sí materia de la ley positiva de la constitución y no se puede determinar exclusivamente a través de la ley natural.

Finalizaré tratando brevemente un problema (que a mi juicio no es realmente un problema real) que ha sido tratado por algunos críticos modernos influyentes de la teoría de la ley natural, como Hans Kelsen³⁸. Ellos se han aferrado al eslogan que se encuentra en San Agustín y que repite Santo Tomás que dice que la Ley que no es justa no parece ley³⁹. Estos críticos aseveran que la proposición expresada en este eslogan, que para ellos se encuentra en el corazón de la teoría natural, carece de plausibilidad ya que, o bien santifica a la injusticia (al suponer que cualquier ley que sea válida según los criterios de un sistema de ley positivo es moralmente buena y por ende crea la obligación de obedecer), o

³⁷ Ver, por ejemplo, Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (1990), pp.251-259.

³⁸ Ver, por ejemplo, Hans Kelsen “The Natural Law Doctrine Before The Tribunal of Science”, en *What is Justice? Justice, Law and Politics in the Mirror of Science: Collected Essays* (1957), p.144.

³⁹ Tomás de Aquino, *supra* nota 18, Q 96, art.4 (citando a San Agustín, De Lib. Arb.[Sobre el Libre Albedrío] Libro 1, 5).

contradice los hechos (al sugerir que lo que todos consideran como leyes —es decir, reglas que poseen validez según los criterios de un sistema legal positivo— de hecho no son leyes si son injustas).

Esta es una crítica errada. A través de los tiempos, los teóricos de la ley natural han notado la diferencia entre la validez sistémica de una proposición legal, la propiedad de pertenecer a un sistema legal y la validez moral y el carácter vinculante de la ley como un asunto de conciencia. Estos teóricos no han tenido ninguna dificultad para aceptar la tesis central de lo que llamamos hoy positivismo jurídico —es decir, que la existencia y el contenido de la ley positiva depende de factores sociales y no de sus méritos morales—. Por cierto, es difícil ver de qué otra forma puede tener sentido la locución “una ley que no es justa”.

Sin embargo, es necesario notar que la aceptación de esta tesis es independiente de la negación de otras conexiones modales entre moral y ley. En particular, es poco probable que pudiéramos entender los aspectos significativos de la ley si fuéramos incapaces de captar las razones morales. Esto se debe a que las razones que tienen las personas para establecer y mantener sistemas legales son con frecuencia razones morales que surgen de la deliberación práctica normativa que apunta al bien común. Lejos de presentar una amenaza a la tesis del positivismo, estas conexiones explicativas son necesarias para proporcionar cualquier descripción detallada de la ley⁴⁰. ¿De qué otra forma se podría definir los casos centrales de la ley o apreciar los estándares por medio de los cuales se juzga que las leyes son defectuosas como leyes (como ciertamente lo hacemos, por ejemplo, en el caso de leyes que son injustificadamente parciales hacia determinados grupos)? Una conexión particularmente fundamental en este sentido es la forma en que la normatividad del razonamiento práctico y su orientación hacia el bienestar y la realización humana explica la normatividad y el carácter de orientador del accionar de la autoridad de la ley. Por lo tanto, aun cuando la teoría de la ley natural preserva una caracterización descriptiva de la ley, no cae en la falacia de explicar características prescriptivas sólo en referencia a las características descriptivas.

Los teóricos de la ley natural se unen a muchos que se auto-describen como positivistas legales, con H.L.A. Hart y su destacado alumno (y profesor mío) Joseph Raz, para desarrollar el concepto de “ley” en una forma lo suficientemente flexible para considerar las diferencias entre las demandas de (i) el análisis o argumentación legal intrasistémico (por ejemplo, en los contextos legales de la abogacía profesional y del juicio): (ii) lo que, al igual

⁴⁰ Ver Finnis, *supra* nota 12, pp. 12-18.

que Hart, podríamos llamar una teoría social “descriptiva” (por ejemplo, la “sociología de la ley”) y (iii) el discurso enteramente crítico (es decir “normativo, “moral”, informador de la conciencia?”. Tomás de Aquino por ejemplo hizo el centro de sus reflexiones la cuestión de si las leyes injustas comprometen en conciencia a quienes están sujetos a ellas y, de ser así, cómo y en qué medida⁴¹. Es suficientemente claro que Tomás de Aquino creía que la ley humana positiva creaba una obligación moral de obediencia aun en casos en que, en ausencia de la ley —es decir, moralmente, como una cuestión de la ley natural— la conducta que ordena (o prohíbe) fuera una opción. Esta creencia moral crítica en el poder de la ley positiva para crear (o donde ya existe la obligación moral, para reforzar) la obligación moral, nos hace preguntarnos si este poder, y los deberes que se impone a través de su ejercicio a quienes están sujetos a éste, es absoluto o revocable. Y si es revocable ¿bajo qué condiciones se lo puede anular?

Para responder esta pregunta es necesario insistir en el análisis moral crítico. En primer lugar, ¿cuál es la fuente del poder? Simplemente es la capacidad de la ley para servir a la causa de la justicia y del bien común a través de, por ejemplo, la coordinación de la conducta para hacer posible la más completa y justa realización del bien humano por la comunidad como un todo. Pero, desde el *punto de vista crítico-moral*, las leyes que por ser injustas dañan en vez de servir al bien común, carecen de la justificación esencial que les otorga la calidad de ley. Su poder creador de ley (y de los deberes que se supone que éstas imponen) queda así debilitado o anulado. Las leyes injustas, dice Tomás de Aquino, “no son tanto leyes como actos de violencia”⁴². Como violaciones de la justicia y del bien común, las leyes injustas carecen de la fuerza moral de la ley, comprometen en conciencia, como mucho, sólo en la medida en que uno se encuentre obligado a no causar efectos secundarios negativos que, en un caso particular, podrían resultar de desafiar la ley —por ejemplo, provocar “escándalos y disturbios”⁴³ socavando el respeto por la ley en un sistema legal básicamente justo, o traspasando la carga de una determinada ley injusta a los hombros de conciudadanos inocentes⁴⁴—. En otras palabras, las leyes injustas comprometen en conciencia, a los sumo no *per se*, sino sólo *per accidens*. Son leyes no

⁴¹ Ver Tomás de Aquino *supra* nota 18, Q 96, art.4.

⁴² *Id.*

⁴³ *Id.* Nótese, sin embargo, que según Tomás de Aquino, jamás se debe obedecer una ley que requiera hacer algo injusto o bien moralmente incorrecto. Y a veces es necesaria la desobediencia para evitar causar (o contribuir a crear) “escándalos y disturbios”. Ver *ibid.* Q. 96, art. 5; ver también *ibid.*, Q.104, art. 6. Para cuestiones relevantes a la tradición de la frase de Tomás de Aquino “scandalum vel turbatio” ver John Finnis, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (1998), pp. 223 nota 23, 112, 274 nota d.

⁴⁴ Ver Tomás de Aquino, *supra* nota 18 Q.96, art.4.

“*simpliciter*”, o directas en el sentido “focal” o “paradigmático”, sino sólo en un sentido derivativo o secundario (*secundum quid*, o, en cierto respecto pero no en todos).

No hay nada en la teoría legal de Tomás de Aquino ni en el pensamiento de los teóricos modernos de la ley natural entre los que me cuento, que haga pensar que la injusticia de una ley la convierta en otra cosa que ley (o “legalmente vinculante”) para los fines del análisis y la argumentación intrasistémica jurídica. Es verdad que el Aquinate aconsejaba a los jueces que cuando fuera posible interpretaran y aplicaran las leyes de manera tal de evitar resultados injustos en los casos en que los legisladores no previeron las circunstancias en las que una aplicación estricta de la norma que dictaron resultaría en una injusticia y en que, de haber previsto tales circunstancias, habrían diseñado la regla de manera diferente.⁴⁵ Pero, aun en este caso, Tomás de Aquino no recurre a la proposición de que la injusticia que pudiera resultar de una aplicación de la regla al seguir estrictamente sus términos, anula dichos términos desde el punto de vista legal.

Santo Tomás tampoco dice ni da a entender nada que pueda sugerir que trata el comentario de San Agustín acerca de que “la ley que no es justa no parece ser ley” como relevante para las investigaciones teórico-sociales (o históricas) de lo que es (o era) tratado como ley y como obligatorio por ley en el sistema legal de cualquier cultura (sea o no sea admirable desde el punto de vista crítico-moral). El profesor Hart siempre cuidó de no promover el tipo de caricatura de la ley natural que se puede encontrar en los textos de Kelsen y Holmes. Sentía un respeto genuino, con ciertas objeciones, por la tradición de la teoría de la ley natural y fue, de hecho, quien comisionó para la Oxford’s Clarendon Law Series el libro de John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, que revivió el interés por la ley natural entre los filósofos legales analíticos de la actualidad. Aun así, Hirsrt estuvo entre quienes malinterpretaron a Tomás de Aquino y a su corriente dentro de la tradición de la ley natural, precisamente en este punto. Él parece pensar que hay algo que se contrapone a los principios e la teoría de la ley natural en la “sociología descriptiva” de la ley que propone en su obra maestra *The Concept of Law*⁴⁶. En esto se equivoca.

⁴⁵ Ibid, Q.96, art.6.

⁴⁶ Aun antes de la aparición de *The Concept of Law*, Hart había repudiado la teoría de la ley natural, argumentando que “en todos sus disfraces proteanos” la teoría de la ley natural se basa en la poco probable afirmación “que los seres humanos están dedicados y unidos por igual en su concepción de los objetivos (la búsqueda del saber, la justicia para sus iguales) que son diferentes a la supervivencia”. H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, Harv. L. Rev. 593, 623 (1958) p.71. Por supuesto Hart estaba en lo cierto en lo que respecta a que una afirmación así, era totalmente improbable. El problema es que ningún teórico de la ley natural (o nadie más, hasta donde yo entiendo) jamás ha afirmado tal cosa. Como ha notado John Finnis al criticar cuando Hart atribuye la afirmación a los teóricos de la ley natural “por cierto que todos los teóricos clásicos dieron por hecho y con bastante frecuencia afirmaban rotundamente, que los seres

Los teóricos de la ley natural no tienen que suponer que Hart estaba errado al tratar como leyes (y sistemas legales) a diversas normas (y a las instituciones generadoras de normas sociales) que cumplen con el criterio o con las condiciones de legalidad o validez del concepto de derecho de Hart, pese al hecho de que su proyecto teórico-social (¡razonablemente!) prescinde en gran medida (por cierto, busca prescindir en la mayor medida posible) de evaluaciones crítico morales de las leyes y los sistemas legales. La crítica que el trabajo de Hart inspira desde una perspectiva de la ley natural no tiene nada que ver con su disposición a tratar a las leyes injustas como leyes sino que tiene que ver con su renuencia a ceñirse a la lógica de su propio método e intuición y necesariamente adoptar o reproducir lo que él denomina el punto de vista interno —un punto de vista desde el cual (con el perdón de Hobbes, Bentham, y Austin) la ley se entiende no como causa del comportamiento humano, sino como algo que proporciona a las personas determinados tipos de razones para la acción, lo que Hart describe en sus *Essays on Bentham* como “razón [es] perentorias independientes del contenido”⁴⁷—. Finnis y otros han argumentado que una aplicación rigurosa del método de Hart liberará a la filosofía legal de la influencia de Bentham al identificar el caso focal o paradigmático de la ley como ley *justa* —una ley que sirve al bien común— y el caso focal o paradigmático del punto de vista interno (o lo que Raz llama “legal”), como el punto de vista de alguien que entiende la ley y los sistemas legales como valiosos de establecer y mantener, y a las reglas legales como valiosos de establecer y mantener, y a las reglas legales como obligaciones en conciencia, mientras sean justas y, por lo tanto, cumplan con lo que los teóricos de la ley natural afirman que es la razón de ser crítica-moral de la ley y de los sistemas legales: servir al bien común⁴⁸.

humanos no estaban abocados por igual a la búsqueda del saber, o de la justicia, y distan de estar unidos en su concepción de lo que constituye el conocimiento valioso o la demanda de justicia”. Finnis *supra* nota 12, p.29.

⁴⁷ H.L.A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (1982), p.256.

⁴⁸ Ver Finnis, *supra* nota 12, pp. 12-18. Acerca de su mala interpretación de Sto. Tomás de Aquino en estos temas, ver *ibid.*, pp.354-362.