



DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO*

Robert P. George

1. LA LEY NATURAL

A mi entender, la ley natural¹ consiste en tres conjuntos de principios: el primero y más fundamental, es un conjunto de principios que dirigen la elección y la acción humanas hacia objetivos intellegibles, es decir, los bienes humanos básicos, que como aspectos intrínsecos del bienestar humano y de su plena realización, constituyen las razones para la acción y cuya inteligibilidad, como razones, no depende de otras razones más fundamentales (o de motivos sub-racionales tales como el deseo de satisfacciones

* Traducción de Ezequiel Coquet. Supervisión técnica de C.I. Massini Correas.

1. Para un mayor conocimiento de la comprensión de la ley natural sostenida en este párrafo, ver Joseph M. BOYLE, jr., Germain GRIEZ y John FINNIS: "Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends", *American Journal of Jurisprudence* 32 (1987) 99-151. He defendido esta comprensión contra varias críticas en "Recent Criticism of Natural Law Theory", *University of Chicago Law Review* 55 (1988) 1371-1492; "Human Flourishing as a Criterion of Morality: A Critique of Perry's Naturalism", *Tulane Law Review* 63 (1989) 1455-1474; "Does the Incommensurability Thesis Imperial Common Sense Moral Judgements?", *American Journal of Jurisprudence* 37 (1992) 185-195; y "Natural Law and Human Nature" en Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays* (Oxford: Clarendon Press, 1992), 31-41.

emocionales) para las cuales esas razones serían meros medios; el segundo, es un conjunto de principios morales “intermedios”, que especifican los principios de moralidad más básicos, al dirigir la elección y la acción hacia posibilidades que pueden ser elegidas consistentemente con una voluntad orientada hacia la realización integral humana y al margen de las posibilidades cuya elección es incompatible con respecto a tal voluntad²; y el tercero, está compuesto por normas enteras y específicamente morales, que mandan o prohíben (a veces con, y otras sin excepciones) ciertas elecciones específicas posibles³.

2. LOS PRINCIPIOS PRÁCTICOS BÁSICOS

Los primeros y más fundamentales principios de la ley natural no son, estrictamente hablando, normas morales. Ellos no resuelven cuestiones cuya opción puede ser elegida correctamente en situaciones de elección moralmente significativas. Por supuesto, la multiplicidad de estos principios prácticos más básicos crea situaciones de elección moralmente significativas y hace nece-

2. Ejemplos de principios morales de esta categoría son la "Regla de Oro" (*Golden Rule*) de la imparcialidad y el "Principio Paulino", que prohíbe hacer el mal, aún como un medio de conseguir buenas consecuencias.

3. Ejemplos de normas de esta categoría son aquellos que prohíben tales específicas elecciones posibles, como rehusarse voluntariamente a devolver los bienes prestados, a su propietario, habiéndolo éste solicitado (que es un buen ejemplo de una norma moral que admite excepciones), y el matar directamente a un inocente (que es un buen ejemplo de una norma moral que no admite excepciones). Nótese que matar "directamente" se refiere a la intención de dar muerte –a uno mismo o a algún otro– como un fin en sí mismo (como matar por venganza) o como un medio para otro fin (como el bombardear a la población civil de una nación, injusta agresora, para provocar terror y amedrentar a sus mandos). Es a veces, aunque no siempre, permisible aceptar causar la muerte (la propia o la de algún otro) como el efecto lateral de una elección prevista y consentida, en la que no se desea la muerte (ni como fin ni como medio).



sario, para nosotros, identificar normas de moralidad, a fin de elegir correctamente en tales situaciones.

La mayoría de los principios prácticos básicos se refieren a fines u objetivos que proveen razones no-instrumentales para la acción. Estos principios identifican a los bienes humanos intrínsecos (tales como el conocimiento, la amistad, la salud...) como fines para ser perseguidos, promovidos y protegidos, y a sus opuestos (ignorancia, animosidad, enfermedad...), como males a ser evitados o superados.

Por supuesto, no todos los fines a los que la acción puede estar dirigida son provistos por razones, y mucho menos por razones no-instrumentales. Todos nosotros deseamos, a veces, cosas que no tenemos ninguna razón para desear. Tales deseos, aunque no estén racionalmente fundados, son perfectamente capaces de motivarnos a actuar. Se puede, por ejemplo, experimentar sed y desear tomar agua. Puede muy bien ocurrir que ningún bien inteligible sea promovido o protegido por la acción de beberse agua. Uno desea beber, no para proteger la salud o la amistad o algún otro bien inteligible que pudiera proporcionarnos una razón para dirigirnos hacia una fuente de agua. Y no obstante, uno tiene un motivo, aunque sea un motivo sub-racional, para beber. La propia actuación basada en estos motivos es perfectamente expllicable y puede ser, dependiendo de otros factores, completamente razonable⁴.

Además de la distinción entre razones (no racionalmente fundadas) y deseos (u otros motivos sub-racionales), está la distinción entre razones instrumentales y no-instrumentales para la acción. Los bienes instrumentales proveen razones para actuar

4. Obrar por el propio motivo sub-racional no es necesariamente irracional o moralmente malo. Las cuestiones morales surgen sólo cuando uno tiene una razón para no hacer algo de lo que se tiene el deseo no racionalmente fundado de realizar. Así, siguiendo el ejemplo, cuando uno tiene sed y no tiene ninguna razón para dejar de calmarla, no hay malicia en ponerse a beber. Acercarse a la fuente de agua, en esas circunstancias, es un inocente placer.

sólo en cuanto ellos sean medios para otros fines. El dinero, por ejemplo, es un bien puramente instrumental. Tiene valor mientras se pueda comprar o hacer cosas con él. Los bienes intrínsecos, por el contrario, aunque seguramente pueden tener un valor instrumental considerable, valen por sí mismos. Como fines en sí, los bienes intrínsecos proveen las razones para actuar y su inteligibilidad, como razones, no depende de otras razones más fundamentales (o de fines provistos principalmente por motivos sub-racionales) de las que constituyan meros medios.

Siguiendo a Germain Grisez, mi postura (y la de otros) concibe a los bienes intrínsecos como “bienes humanos básicos”. Lo hacemos para subrayar que tales bienes no son “formas platónicas”, como si estuvieran separados, de alguna manera, de las personas en y por las cuales estuvieran concretados. Antes bien, son aspectos intrínsecos del bienestar y de la plenitud de los seres humanos de carne y hueso, en sus múltiples dimensiones (es decir, como seres animados, como seres racionales, como seres que actúan mediante la deliberación y la elección). Los bienes humanos básicos proveen razones para la acción precisamente en tanto y en cuanto son aspectos constitutivos del florecimiento humano.

3. LOS PRINCIPIOS MORALES

Tomados en su conjunto, los primeros principios de la razón práctica, que dirigen la acción hacia los bienes humanos básicos, delimitan el (vasto) campo de las posibles acciones humanas rationalmente motivadas, y apuntan hacia un ideal humano de realización integral. Este es el ideal de la realización completa de todas las personas humanas (y sus comunidades), en todos los aspectos posibles. El primer principio de la moralidad, que no es un mero ideal, determina que nuestra elección sea compatible con un querer orientado hacia la realización integral. Las especifica-

ciones de este principio, por ejemplo, la Regla de Oro de la imparcialidad, o el Principio Paulino de que el mal no debe hacerse aunque pudiera resultar de él un bien, tienen en cuenta los motivos (necesariamente sub-racionales) que la gente puede tener para decidirse a obrar de acuerdo con tales especificaciones o en sentido opuesto.

Los principios morales (ya sea el más básico genérico anterior a su especificación, o aquellas especificaciones que son intermedias entre el principio más básico y las normas morales completamente específicas en sí) son inteligibles como principios de acción y relevantes para el pensamiento práctico, solamente porque en el nivel más básico de la reflexión práctica, los seres humanos racionales son capaces de captar una multiplicidad de fines u objetivos inteligibles que proveen razones para la acción.

Paradigmáticamente, los principios morales gobiernan la elección al proveer razones concluyentes de segundo orden, para elegir unas u otras posibilidades o algunas más bien que otras, en los casos en que uno tiene razones competitivas de primer orden, es decir, cuando las posibilidades en competencia ofrecen, cada una, algún beneficio humano verdadero y así, fundamentan algún requerimiento racional genuino⁵. Paradigmáticamente, las normas morales excluyen la elección de aquellas posibilidades que, aunque fundamentales, no incluyen ni proveen todo lo que la razón requiere.

Esta concepción del rol de las normas morales en el razonamiento práctico, se encuentra en la Tradición de la Ley Natural al teorizar sobre la noción de *recta ratio* (“recta razón”). La razón recta es la razón liberada de impedimentos emocionales (o de otro tipo) para elegir consecuentemente con lo que la razón requiere. A menudo, una posibilidad de elección puede estar fundamentada por una razón (de primer orden), provista por la posibilidad de

5. Defiendo este concepto del rol de los principios morales en "Does the Incommensurability Thesis Imperial Common Sense Moral Judgements?".

realizar o participar en algún beneficio humano verdadero o en algún bien humano básico y, al mismo tiempo ser contraria a la *recta* razón, es decir, contraria por lo menos a una razón concluyente (de segundo orden) provista por una norma moral que excluye la elección de esa posibilidad.

Por supuesto, la mayor parte de nuestras elecciones no consisten en optar entre lo bueno y lo malo, sino, más bien, entre bienes incompatibles. Allí donde una elección sea con referencia a, o entre posibilidades moralmente aceptables, uno tiene una razón para hacer “x”, y una razón para hacer “y”; Hacer esto último es incompatible, aquí y ahora, con hacer “x”, aunque no haya una razón concluyente derivada de una norma moral para hacer “x”, o no hacer “x” para poder hacer “y”. En situaciones de esta clase uno está frente a posibilidades avaladas por la comprensión del intelecto práctico de los principios más básicos de la razón práctica y de los preceptos de la ley natural. Estos pertenecen al primer conjunto de principios de la ley natural que identifiqué al inicio de este capítulo. Es más, la razón práctica no es capaz de identificar principios del segundo y tercer conjunto (por ejemplo: los principios o las normas de segundo orden) para determinar la propia elección. De esto se sigue, entonces, que la propia elección aun siendo fundamentada según razón, es, en un sentido muy significativo, racionalmente indeterminada⁶. Hacer “x” o, no hacer “x” para poder hacer “y”, ambas son acciones completamente razonables y compatibles con la *recta ratio*.

4. LEY NATURAL, RAZÓN PRÁCTICA Y MORALIDAD

Como sujetos que eligen o como “personas que actúan”, hacemos efectiva la ley natural cuando aplicamos los principios

6. Ver Joseph RAZ, *The Morality of Freedom* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 388-9.

de ley natural en nuestras deliberaciones y juicios prácticos en situaciones de elección moralmente significativas. Esta tarea no es un cometido únicamente del teórico de la ley natural o de aquellos que creen en la ley natural. Es algo que todo agente racional realiza en cierta medida y que todo agente responsable siempre ejercita ampliamente.

Aun en los aspectos más vulgares de nuestra vida, en asuntos de poca monta moral, regularmente y sin esfuerzo identificamos y actuamos en base a las razones del primer orden que constituyen los principios más básicos de la ley natural. De hecho, un sinnúmero de elecciones, en las que estos principios están centralmente presentes, constituyen lugares comunes de los que la gente corriente se asombraría enormemente al advertir que han estado obrando, de algún modo, según ciertos principios. Estos, puestos a dar explicación de sus elecciones, las tendrían meramente por un “hacer lo que sale naturalmente”, o también, “hacer lo que me gusta”. Y, en cierto sentido, estarían absolutamente en lo correcto. Están eligiendo y actuando con mínima reflexión o deliberación, haciendo uso de razones (y así, de sus principios) que son tan patentemente obvias, que pueden ser entendidas con muy poco esfuerzo y encajan tan fácilmente en los consabidos parámetros de sus vidas, que apenas requieren ser pensados.

Más allá de esto, todo sujeto que, puesto a deliberar y a optar entre posibilidades competitivas entre sí (ya que cada una tiene al menos alguna pretensión de racionalidad), y que, al reflexionar, identifica un principio de rectitud en la elección que le posiciona en situación de juzgar correctamente que sólo una de aquellas opciones es recta (y debiera ser elegida) y que las otras no lo son (y, por ende, a pesar de sus elementos de índole racional, no debieran ser elegidas), hace efectivos, en su propia volición y elección, el segundo y tercer conjunto de principios de la ley natural. En casos de este tipo, uno está actuando no solamente sobre los *prima principii* (los preceptos más básicos de la ley natural que son como los fundamentos de cualquier tipo de acción

racional, ya sea moralmente correcta o defectuosa), sino también en base a las normas morales que distinguen la elección que resulta ser totalmente razonable de la prácticamente irrazonable, la moralmente recta de la lisa y llanamente inmoral.

Ahora bien, aquí vale la pena detenerse para aventar un malentendido. Al decir que el sujeto que elige “hace efectiva la ley natural”, no quiero decir que el sujeto crea la ley natural o que, en términos morales, la dota de fuerza o naturaleza obligatoria. Nadie debería inferir, partiendo de mi argumentación, que sitúa al sujeto elector en un rol activo con relación a la ley natural (“haciéndola efectiva”), que la ley natural, como yo la entiendo, es algo en cierto modo subjetivo. Por el contrario, las razones constitutivas de estos tres conjuntos de principios de la ley natural, son objetivas, en su sentido más preciso. Son entendidas (sólo) por sanos juicios prácticos y se desconocen cuando el juicio y la investigación se malogran. Ellas se corresponden a los aspectos de la realización genuina y en plenitud de las personas humanas en cuanto tales, y a los reales requerimientos (estrictamente no-opcionales) del querer y del elegir humanos (vgr., las normas de moralidad) que son propios de los seres humanos como tales, y que no dependen de, o varían con las creencias de la gente, las aspiraciones, deseos e intereses o metas subjetivas de cada individuo. Los principios de ley natural poseen y conservan su fuerza normativa y prescriptiva, independientemente de la decisión de quienes quieran adoptarlas o rechazarlas en la formación de sus elecciones vitales de orden práctico en las que se embarcan⁷.

Dejando aclarado esto último, sigue siendo verdad el hecho de que los hombres hacemos efectiva la ley natural en nuestras vidas, precisamente cuando captamos y actuamos conforme a esos principios. Al hacer esto, ponemos en ejercicio la capacidad

7. Sobre la objetividad de los principios de la ley natural ver: John FINNIS: *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980), 69-75, y *Fundamentals of Ethics* (Oxford: Oxford University Press, 1983), 56-79.

humana de libre elección. Una elección libre es una elección entre posibilidades prácticas abiertas (de hacer "x", o de no hacer "x", tal vez, para poder hacer "y"), de modo que la elección misma es lo que la constituye como tal⁸. La existencia de razones básicas para la acción (y por ende, de los principios primarios de la ley natural) son condiciones de la libre elección. Si no hubiera tales razones, entonces todas nuestras acciones serían determinadas, ya sea por causas externas o por factores internos (sub-racionales) tales como el sentimiento, la emoción, el deseo, etc.⁹. La negación de la libre elección, que es central en los variados reduccionismos modernos, en filosofía, en psicología y en las ciencias sociales, está, consecuentemente, muy conectada con la negación de la posibilidad de la acción racionalmente motivada. Negar la libre elección y la existencia de los bienes básicos, y de las razones y principios que constituyen sus condiciones, implica suponer que las personas no son más que animales, con una capacidad bien desarrollada para la racionalidad teórica e instrumentalmente práctica. Si las personas no fueran más que eso, la ley natural jamás podría hacerse efectiva en ellas y, más aún, sería muy difícilmente inteligible en términos conceptuales.

Es en razón de que las personas pueden hacer elecciones libres, que son seres autoconstituidos. Al elegir libremente (esto es, al optar en pro o en contra de los bienes que proveen razones no-instrumentales para la acción) uno asimila, hace propios, interioriza esos bienes (o los males, la privación de los bienes y el consiguiente deterioro personal) que uno busca, dentro de la propia voluntad. De esta manera, uno realiza una especie de

8. Para una explicación completa y en defensa de esa concepción de la libre elección, ver Joseph M. BOYLE, jr., Germain GRIEZ y Olaf TOLLEFSEN, *Free Choice: A Self-Referential Argument* (Notre Dame - Indiana: University of Notre Dame Press, 1976).

9. Explico ampliamente este punto de vista en "Free Choice, Practical Reason, and Fitness for the Rule of Law", en *Social Discourse and Moral Judgement*, Daniel N. Robinson (ed.), (New York: Academic Press, 1992).

síntesis entre uno mismo, como persona actuante, y el objeto de las propias elecciones (vgr., los bienes y los males humanos) que uno persigue, ya sea como fines en sí mismos, o como medios para otros fines. Como sujeto elector, las propias elecciones perduran en el carácter y personalidad, a menos que, o hasta que, para mejor o para peor, uno revierta su anterior elección optando por algo que le es incompatible, o bien, decida en forma diferente con el fin de estar en condiciones de poder en el futuro, vérselas otra vez frente a las mismas o muy similares opciones¹⁰.

Por supuesto, la teoría ética es un asunto complicado, en parte porque diferentes tipos de voliciones se dirigen de modos muy distintos hacia los bienes y los males humanos. Así, es necesario distinguir, como lo hace la elaboración teórica de la tradición de la ley natural, distintos modos de voluntariedad: el “querer intencionalmente” un bien o un mal (como fin o como medio para obtener otro fin), del “aceptar como un efecto colateral” un bien o un mal que uno prevé como la consecuencia no deseada de la propia acción. Aunque se sea moralmente responsable por los malos efectos colaterales que uno conscientemente produce, no se es responsable de ellos de la misma manera en que se es responsable por aquello que uno persigue intencionalmente. Con frecuencia, se tendrá una obligación de justicia o de imparcialidad hacia los demás (y así, una razón moral concluyente) de no causar cierto mal del que uno esté seguro, o crea ocurrirá muy probablemente, aunque como un efecto colateral no intencional. Otras veces, no obstante, no se tendrá obligación de evitar la producción de un cierto mal, previsto como un efecto colateral de una acción de la cual uno tiene una razón (quizás, hasta se trate de una razón concluyente) para efectivamente realizar.

10. Sobre las consecuencias de la estabilidad y la formación del carácter de las libres elecciones, ver J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*.

5. LEY NATURAL, LEY POSITIVA Y BIEN COMÚN

Las comunidades, como las personas individuales, hacen elecciones. Sus elecciones dicen relación a la ordenación de las vidas en común de sus miembros. A veces, y especialmente en las comunidades pequeñas, muchas de estas elecciones o decisiones se hacen por consenso, por buscar con esfuerzo la unanimidad respecto a lo que hay que hacer. Raramente una comunidad podrá sostenerse exclusivamente en la unanimidad. La mayor parte de ellas debe apoyarse en la autoridad para coordinar la acción de los individuos y de las sub-comunidades dentro de la gran comunidad, en busca del bien común. Esto es obviamente así en las comunidades políticas. Aunque hay muchas formas diferentes de gobierno, todas las comunidades políticas deben crear y apoyarse sobre algún tipo de autoridad¹¹.

Las autoridades políticas sirven al bien común en gran medida al crear, implementar y hacer cumplir las leyes. En donde las leyes son justas (y expeditivas), las autoridades sirven bien a su comunidad; allí donde son injustas (o no expeditivas), lo hacen malamente. El objetivo moral de un sistema de leyes es hacer posible para los individuos y para las sub-comunidades la realización para sí mismos, de importantes bienes humanos, que no podrían ser alcanzados (o no serían logrados en plenitud) si no se contase con las leyes. De aquí que, como dice Tomás de Aquino, “el fin de la ley es el bien común”¹².

Es tentador pensar en la autoridad o en la ley, como necesarias solamente a causa del egoísmo humano, la inconstancia, la debilidad, o la intransigencia. La verdad es que la ley sería necesaria para coordinar el comportamiento de los miembros de la comunidad en la búsqueda del bien común, aún en una sociedad de ángeles. Por supuesto, en semejante sociedad, las sanciones

11. Ver FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 231-59.

12. *Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 1.

legales (la amenaza de castigo por quebrantar la ley) serían innecesarias, pero las leyes, en sí mismas, todavía serían necesarias. Dado que ninguna sociedad terrena es una sociedad de ángeles, las sanciones legales son, y muy razonablemente, aspectos universales de los sistemas jurídicos. No son, con todo, esenciales al mismo concepto de ley.

Pero alguien podría señalar críticamente, que ciertas leyes muy comunes no serían necesarias en una sociedad de ángeles (leyes contra el homicidio, la violación, el robo, etc. Las acciones prohibidas por tales leyes serían completamente inmorales(contrarias a la ley natural) y jamás deberían ser realizadas por seres rectos y moralmente perfectos. Esto es verdad. Y ya que el sentido moral de la ley es servir al bien de las personas tal como son, con todas sus falencias (tal vez podría decir, con todas nuestras falencias), las leyes contra estos males son necesarias y apropiadas. La ley natural, en sí, requiere que alguien (o algún grupo de personas o institución) ejerza la autoridad en las comunidades políticas y la autoridad cumple su función moral (o la de aquellos o aquellas) por medio de la traslación de ciertos principios de ley natural hacia la ley positiva, y hace respetar, respalda estos principios, con la amenaza de castigar a los que incumplan la ley. De esta manera, una autoridad moralmente válida, deriva la ley positiva de la ley natural o, como ya lo he dicho, traslada los principios de la justicia y de la moralidad política a reglas y principios de ley positiva.

El Aquinate, siguiendo el camino de Aristóteles, observaba que la ley positiva se deriva de la ley natural de dos modos diferentes. En el caso de ciertos principios, el legislador hace esta derivación más o menos directamente. Así, un legislador sensato prohibirá las graves injusticias tales como el asesinato, la violación, y el robo, al trasladar, valiéndose de un proceso de deducción¹³, desde la proposición moral que establece que, por

13. *Summa Theologiae*, I.II, q. 95, a. 2.



ejemplo, dar muerte a personas inocentes es intrínsecamente injusto, hasta la conclusión de que la ley positiva debe prohibir (y castigar) tal crimen.

En muchísimos casos, sin embargo, el movimiento desde la ley natural hacia la ley positiva en el pensamiento práctico de este sensato legislador no puede ser tan directo. Por ejemplo, es fácil de comprender el principio básico de la ley natural que identifica a la salud humana como un bien y a la preservación y protección de la salud como objetivos importantes. Un legislador moderno podrá, por lo tanto, ver fácilmente la necesidad de un esquema de coordinación del tránsito que proteja la seguridad de los conductores y de los peatones. El bien común, que es su responsabilidad fomentar y servir, de tal modo lo exige en lo que ataña al rubro que estamos tematizando. Lo más común es que, de todos modos, él no pueda identificar un esquema de regulación del tránsito que sea el único correcto y que sólo ese pueda ser trasladado desde la ley natural a la ley positiva. A diferencia del caso del homicidio, la ley natural no determina de una vez y para siempre el esquema perfecto de la regulación del tránsito. Muchos esquemas diferentes (que implican diversos y con frecuencia incommensurables costos y beneficios, riesgos y ventajas) son compatibles con la ley natural. Por ello, el legislador debe ejercer una especie de creatividad al elegir un esquema. Debe moverse, no por deducción, sino más bien por una actividad del intelecto práctico, que el Aquinate llamaba *determinatio*¹⁴.

Desafortunadamente, ninguna palabra en inglés capta el significado de *determinatio*. “*Determination*”, contiene sólo algo de la esencia de ella, pero también “*implementation*”, “*specification*”, “*concretization*” hacen otro tanto. La clave para comprenderlo es que al hacer *determinationes*, el legislador disfruta de una especie

14. Ibidem. Para una buena y provechosa exposición del desarrollo de la comprensión del Aquinate de *Determinatio*, ver FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 285-90. También ver FINNIS, "The Critical Legal Studies Movement", *American Journal of Jurisprudence*, 30(1985), 21-42.

de libertad creativa que puede ser análoga a la del arquitecto. Un arquitecto debe diseñar un edificio que sea bueno y adecuado para los fines con que será utilizado. El no puede, sin embargo, dar con una forma ideal de un edificio que sea la exclusivamente correcta. Comúnmente, por lo menos, un grupo de posibles edificios diferentes en una variedad de aspectos, satisfará el criterio de validez y utilidad. Obviamente, un edificio cuyas "puertas" no tienen más que 90 cm. de alto, generalmente no reúne las condiciones que hacen al importante requisito de utilizabilidad del edificio. Ningún principio de arquitectura, no obstante, establece la altura apropiada de una puerta de modo que pudiera fijar, por ejemplo que la correcta medida fuera 185 cm. en oposición a 190. Al proyectar cualquier edificio, un buen arquitecto hará lo posible para que la altura de las puertas sea la adecuada, a la luz de varios otros factores, algunos de los cuales son, en sí mismos, fruto de algo análogo a una *determinatio* (a modo de ejemplo, la altura de los techos); pero, aún aquí, se enfrentará a una variedad de opciones de proyectos aceptables pero incompatibles entre sí.

Es significativo y justo decir que el legislador (e incluso, un juez, en la medida en que éste pueda ejercer desde su potestad jurisdiccional una porción de poder de creatividad legislativa) hace efectiva la ley natural en su comunidad al derivar la ley positiva de la ley natural. La ley natural en sí, requiere que tal derivación sea realizada y que alguien (o un grupo o una institución) esté autorizado a realizarla. Por el hecho de que ningún individuo humano (ni grupo, ni institución alguna) es perfecto en el conocimiento moral o de la virtud, es inevitable que aun los esfuerzos bien intencionados de trasladar la ley natural a la ley positiva, ya sea directamente o por *determinationes*, algunas veces se verán frustrados. Pero no por ello deja de ser verdad que la ley natural dispone esta función como una tarea indispensable del legislador y es únicamente a través de sus esfuerzos que la ley natural puede llegar a ser efectiva para el bienestar de su comunidad.



Por supuesto, el cuerpo central de las leyes creadas por el legislador no es, en sí mismo, la ley natural. La ley natural no es en ningún sentido una creación humana. La ley positiva de cualquier comunidad es, sin embargo, una creación humana. Es un objeto, un portentoso objeto cultural, compuesto de reglas y principios, a veces muy complicados; pero es un objeto humano, sin más. Desde el punto de vista metafísico, la ley positiva pertenece al orden que Aristóteles calificó como el orden del "hacer" más bien que el del "obrar". Por muy buenas razones, está hecha para ser sujeta a la aplicación técnica y para ser analizada por un tipo de razonamiento técnico; de aquí, la existencia de Escuelas de Derecho que enseñan a los estudiantes no (o no sólo) filosofía moral, sino las distintas técnicas de análisis legal, por ejemplo: cómo identificar y comprender las fuentes legales, cómo trabajar con normas jurídicas, con los precedentes jurisprudenciales y con las definiciones artificiales (frecuentemente necesarias) que caracterizan cualquier sistema complejo de leyes.

Al mismo tiempo, la creación de la ley (y de un sistema de leyes) tiene un objetivo moral. Es en el orden del "obrar" (el orden, no de la técnica, sino más bien, el de la libre elección, el razonamiento práctico y la moralidad, el orden estudiado por la ética y la filosofía política) donde descubrimos la necesidad de crear leyes para servir al bien común. El legislador crea un objeto (la ley) deliberada y razonablemente sujeto a análisis técnico, con un fin que es moral y no meramente técnico. Renunciar a crear este objeto (o sancionar leyes injustas) sería incompatible con los requerimientos de la ley natural, una claudicación, precisamente en el orden moral, ante el deber de legislar.

6. LEY NATURAL, LEY POSITIVA Y FUNCIÓN JUDICIAL

El hecho de que la ley es un objeto cultural que es creado con un fin moral, genera gran cantidad de las confusiones que se

encuentran actualmente en los debates sobre el rol de la filosofía moral en el razonamiento jurídico. La enojosa cuestión de la interpretación constitucional norteamericana se refiere a la extensión y límites del poder de los jueces para invalidar la legislación valiéndose de ciertas previsiones constitucionales pretendidamente vagas o abstractas. Algunos constitucionalistas, como el Profesor Ronald Dworkin, quien desea un rol expansivo para el juez, argumentan que el juez sensato debe poner en juego los juicios de la filosofía moral y política al hallarse en el punto de decidir casos difíciles¹⁵. Otros, como el juez Robert Bork, que temen semejante poder en cabeza de un juez, y afirman que en cualquier situación la Constitución de los Estados Unidos no le confiere al juez tal rol, sostienen que la filosofía moral tiene escaso o ningún lugar en la acción de juzgar, por lo menos en el sistema norteamericano¹⁶.

Algunas personas adeptas a la tradición de la ley natural, al teorizar, se sienten tentados a suponer que la posición del Prof. Dworkin, a pesar de sus errores en otros rubros, es una de las más fieles a esta tradición. Esta tentación debe ser, no obstante, resistida. Mientras el papel del juez como portador de cierto poder creativo de leyes, varía razonablemente de jurisdicción en jurisdicción¹⁷, de acuerdo con las *determinationes* autoritativas (o sea, la ley positiva de cada jurisdicción), la idea del Juez Bork sobre un ordenamiento jurídico que es analizable propia y completa-

15. Para la más completa visión de los desarrollos de la posición de DWORKIN, ver su *Law's Empire* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986).

16. Ver Robert H. BORK, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (New York: The Free Press, 1990), esp. 251-9.

17. En este pasaje, me ocupo del rol y deberes de los jueces que actúan en sistemas legales justos en términos generales, así, sistemas que no merecen ser subvertidos y que para los jueces u otros ciudadanos, subvertirlos constituiría un error. En sistemas legales fundamentalmente injustos, se aplicarían diferentes consideraciones a las que pudieran ser sus obligaciones. En este ensayo no entro en tales consideraciones.

mente, o casi completamente, en términos técnicos, es del todo compatible con las concepciones clásicas de la teoría de la ley natural.

La teoría de la ley natural concibe al rol del juez, como siendo en sí fundamentalmente una cuestión de *determinatio*, no de directa traslación a partir de la ley natural. No se imagina que el juez goce (o debiera gozar), como asunto de ley natural, de plena autoridad para sustituir la concepción del legislador o del constituyente, por su contraria interpretación acerca de los requerimientos de la ley natural, al resolver los casos que son llevados ante el tribunal. Por el contrario, para garantizar el Estado de Derecho, entendido comúnmente como una condición necesaria (aunque no suficiente) para un sistema justo de gobierno, el juez (como cualquier otro actor en el sistema) está exigido moralmente (es decir, está obligado como cosa de ley natural) a respetar los límites de su propia autoridad, tal como le ha sido asignada mediante una *determinatio* autoritativa. Si la ley de su sistema restringe su poder creativo de leyes en la forma en que el Juez Bork cree que lo hace la Ley Fundamental Americana, entonces, a causa del Estado de Derecho, deberá respetar estas limitaciones, aún allí donde su propia comprensión de la justicia natural difiera con la de los legisladores, o la de los constituyentes y ratificadores de la Constitución, cuyas leyes debe interpretar y aplicar. Nada de esto quiere decir que Bork este más en lo cierto que Dworkin, respecto a la cuestión de qué grado de poder de legislación creativa, *nuestra* ley deposita en manos de los jueces; Así, lo relativo a sí la posición de Bork o la de Dworkin, acierta a dar con la respuesta más probablemente correcta, involucra en sí mismo, una cuestión que es de derecho positivo, no de derecho natural.

Bork, que según algunos de sus críticos, negaría la existencia de la ley natural o cualquier tipo de orden moral objetivo, ha clarificado su posición recientemente: "Estoy lejos de negar que haya una ley natural, pero lo que sí niego es, tanto que nosotros

hayamos dado a los jueces la autoridad de hacerla cumplir, como que los jueces tengan mayor acceso a esa ley que el resto de nosotros¹⁸".

Si lo que Bork sostiene es correcto (y sujeto, tal vez, a una o dos descalificaciones menores, estoy dispuesto a creer que es correcto), ello nos deja todavía la incógnita latente de si la ley natural, en sí misma (independientemente de lo que la Constitución pueda decir), confiere al juez una especie de pleno poder para hacerla cumplir. Uno de mis objetivos centrales en este ensayo ha sido argumentar que la respuesta correcta a esta pregunta es que "no". En la medida en que los jueces no tienen poder conferido por la Constitución para trasladar los principios de la justicia natural hacia la ley positiva, ese poder no es uno del que estén provistos, ni tampoco podrían ejercerlo con justicia. Porque, para los jueces, arrogarse semejante poder desafiando a la Constitución, no constituye sólo un exceso de autoridad cara a la ley positiva; es violar la misma ley natural, en cuyo nombre pretenden actuar.

18. BORK, *The Tempting of America*, 66.