Título: Abogados y jueces frente al derecho natural
Autor: Legarre, Santiago
Publicado en: LA LEY 27/10/2017, 27/10/2017, 1 - LA LEY2017-E, 1350
Cita Online: AR/DOC/2526/2017

I. Introducción

Los antiguos consideraban que la naturaleza no se rige solo por leyes físicas, esas que pueden comprobarse empíricamente en un laboratorio (1); al estudiar las costumbres y las leyes humanas, dichos filósofos argumentaban que hay, además, una normatividad de otro tipo, no física sino "moral" (como la llamaríamos hoy), en virtud de la cual costumbres y leyes son pasibles de un juicio ético, de bondad o maldad (2). Más tarde, en la era cristiana, se consolidaron las expresiones "ley natural" y "derecho natural" para hacer referencia a esa normatividad objetiva, no convencional y no escrita. Durante siglos la filosofía moral —la ética, en cuanto disciplina— y la filosofía jurídica —concebida entonces como una rama de la filosofía moral— tuvieron como una parte central de su objeto de estudio la ley natural y el derecho natural. Con el empirismo y la desconfianza en la capacidad de la inteligencia de conocer realidades imperceptibles (3), la ley natural y el derecho natural se convirtieron en algo parecido a los ángeles (4): una cuestión de fe, desterrable (y a la postre desterrada) de la ciencia moral y de la ciencia jurídica. Su estudio cayó en un gran desprestigio y su comprensión se tornó en difícil o imposible.

El reconocimiento que realizó John Finnis hace casi treinta años refleja un sentimiento compartido por muchos modernos y contemporáneos. El profesor de Oxford deslizó que para él durante mucho tiempo el derecho natural no había sido más que "superstición y oscuridad" (5). Fue Finnis, precisamente, uno de los artífices clave del rescate del derecho natural de esas sospechas y quien revitalizó su estudio en el mundo de habla inglesa en los siglos veinte y veintiuno. Irónicamente, lo hizo junto con la sugerencia de dejar de lado el término natural law (que para él, dicho sea de paso, significa tanto ley natural como derecho natural), por considerarlo un término ambiguo y confuso en los tiempos posmodernos que corren (6). A quienes se le unieron en esta cruzada renovadora (del estudio del derecho natural) se los llamó teóricos del "nuevo derecho natural". Una segunda ironía es que Russell Hittinger, quien bautizó así a ese grupo de estudiosos y a su respectiva teoría (en inglés, the new natural law theory) (7), fue un crítico acérrimo de la forma en la que esa escuela llevó a cabo su intento de renovación del iusnaturalismo, por considerarla traicionera de la corriente clásica aristotélico-tomista (8). Una tercera ironía es que el defensor y admirador más sobresaliente de los postulados de Finnis en la Argentina —el profesor mendocino Carlos Ignacio Massini Correas— ha optado por adoptar (y difundir), a fin de describir dicha teoría, la misma denominación impuesta por aquel crítico acérrimo: "la nueva escuela del derecho natural" (9).

II. Iusnaturalismo individualista

Si se acepta, con los filósofos antiguos y cristianos, la existencia de una moral crítica objetiva —otro nombre más para la ley natural (10)—, esta aceptación puede variar en su alcance y repercusión respecto del derecho positivo (y respecto de la abogacía y la judicatura, por extensión). Existen al menos tres variaciones.

Uno puede afirmar que la moral es un fenómeno individual sin ninguna repercusión social —algo así como los antípodas de la filosofía de John Stuart Mill, para quien el ámbito individual se rige por lo que él llamaba "prudencia" (11), otorgándole al término un significado muy diverso del clásico: una virtud "no-moral" que examina la conveniencia o practicidad de toda decisión que no involucre a otros—; si, en cambio, una acción es heterónoma (12), se ingresa, según Mill, en el terreno de la moralidad (definida por él según el "principio del daño") (13).

De acuerdo con esta variación, la ley natural nada dice, de por sí, respecto de la esfera política y jurídica: mientras que en el plano personal yo estoy regido por ciertos parámetros objetivos de conducta, cuyo desconocimiento me llevará a obrar realmente mal y cuya observancia me conducirá a obrar objetivamente bien, en el plano social, en cambio, bien y mal serán definidos en función de otros parámetros (que podrán ser

© Thomson Reuters Información Legal

convencionales, consensuados, mayoritarios, tradicionales u otros). Por ejemplo, serán compatibles, según esta variación, las siguientes dos proposiciones: "nunca alentaría un aborto, pues está mal"; y "el Congreso puede legislar en materia de aborto en función de las preferencias mayoritarias".

La filosofía clásica y la cristiana rechazarían esta variante, dicho sea de paso, pues uno de los puntos cardinales de aquellas es la unidad y la continuidad de las categorías éticas: lo bueno y lo malo, lo son tanto en privado como en público (14). Harina de otro costal es que ciertos cultores de esas filosofías —incluido uno de sus representantes más importantes: Tomás de Aquino— sostengan al mismo tiempo que en la esfera político-jurídica no se encuentra justificada la ilegalización de todo lo malo ni la imposición de todo lo bueno (15). Esta afirmación de la limitación de la jurisdicción del gobierno y las leyes del Estado es plenamente compatible con el sostenimiento de la unidad y la continuidad de la moral (16).

III. Positivismo iusnaturalista

Una segunda variante en lo que hace al alcance y repercusión del derecho natural respecto del derecho positivo (y respecto de la abogacía y la judicatura) consiste en afirmar, con los clásicos, la continuidad del orden moral, pero sostener, al mismo tiempo, que la relevancia de la moral crítica objetiva se circunscribe al plano pre-legislativo. En otras palabras, esta variación admite que si algo es intrínsecamente inmoral en privado —el aborto, por seguir con el mismo ejemplo—, también lo es, necesariamente, en la esfera pública. Sin embargo, según esta posición, este tipo de consideraciones morales "de derecho natural" solo debería entrar en juego al momento de legislar: entonces, el Congreso (o quien detente el Poder Legislativo) debe tener en cuenta las categorías morales que gobiernan la vida de los individuos, pues estas son las únicas categorías morales existentes: las mismas, tanto para las personas como para la sociedad —dicho esto, una vez más, sin perjuicio de la afirmación simultánea, por quienes sostienen esta segunda variante, de que el gobierno y las leyes del Estado excederían su cometido si legislaran acerca de todas las conductas que caen bajo las diversas categorías morales —.

De lo dicho se sigue que, según esta variante, una vez que el legislador decidió en qué medida permitir que un juicio moral entre en el derecho positivo de un estado, la relevancia del derecho natural se acaba. Para un juez y para un abogado, que actúan frente a la lege data, no está justificado ni tiene sentido alguno válido recurrir a consideraciones morales. Por el contrario, los operadores jurídicos deben ceñirse al texto de la ley, su historia, su lenguaje, la "intención" del legislador; en definitiva, deben guiarse según las distintas técnicas interpretativas consideradas válidas en su sistema jurídico.

Las ideas del fallecido Justice de la Corte Suprema de los Estados Unidos Antonin Scalia nos ofrecen un buen ejemplo de esta segunda postura en torno a la relación entre derecho natural y derecho positivo. El Justice Scalia jamás hubiera negado la existencia del derecho natural; más bien, hay diversos pasajes en sus votos y en su producción escrita donde defiende la existencia de conductas objetivamente buenas y otras objetivamente malas (17). Asimismo, su militancia católica permite colegir ello, dado que los católicos son algunos de quienes afirman la existencia de la ley natural. No obstante, el Justice Scalia siempre fue claro en el sentido de que, según su opinión, la ley natural es del todo irrelevante cuando se trata de interpretar la Constitución (18). Lo único que importa, sostenía el Justice, es investigar cuál era el significado de cada palabra usada en la constitución en la época en la cual la norma constitucional fue adoptada (19).

Algunos discípulos prominentes del profesor Finnis también se inclinan por esta posición. Así, por ejemplo, el profesor de Princeton Robert P. George afirma, en el contexto del aborto, que para saber si la persona humana tiene protección constitucional antes del nacimiento, lo que importa es determinar "el significado compartido públicamente del principio de igualdad de las personas ante la ley al momento de ratificarse la enmienda XIV" (20). George, en efecto, considera que el Justice Scalia, con su textualismo originalista, tiene razón; y se manifiesta escéptico respecto de la relevancia del derecho natural cuando se trata de interpretar la Constitución (aun cuando la admite plenamente en el momento pre-legislativo) (21).

Por las razones que daré al explicar la tercera variante, en la última parte de este ensayo, entiendo que la

© Thomson Reuters Información Legal

segunda posición es incoherente e insatisfactoria (aun cuando supere a la primera).

IV. Iusnaturalismo positivista

Existe una tercera variante en lo que hace al alcance y repercusión del derecho natural respecto del derecho positivo. Consiste en afirmar, junto con la segunda variante, la continuidad del orden moral, pero sostener, al mismo tiempo, que la relevancia de la moral crítica objetiva no se circunscribe al plano prelegislativo, sino que se extiende a lo que podríamos llamar el momento judicial (y, por extensión, al momento de la abogacía). Sin embargo, esta relevancia del derecho natural para la interpretación del derecho positivo es defendida por esta tercera variante con un matiz crucial, como veremos.

Tomás de Aquino introdujo una distinción muy importante dentro del derecho positivo, cuya positividad él y sus discípulos (como Finnis) defienden, a punto tal que hoy (en este mundo en el que Kelsen e incluso Hart han caído en desgracia, a juzgar por las modas iusfilosóficas imperantes) tiene algún sentido referirse a la teoría de los primeros como "iusnaturalismo positivista" (22).

Según Aquino, todo el derecho positivo, en la medida en que es justo, tiene alguna conexión con el derecho natural [conexión que él llamaba "derivación" (23)]. Pero esta conexión es mayor en algunas áreas del derecho positivo y menor en otras. Las primeras, denominadas por Aquino "derivación por modo de conclusión" (24), son aquellas en las cuales el legislador humano se limita a ratificar positivamente un precepto moral preexistente (a la vez que introduce, legislativamente, contornos no previstos por dicho precepto de ley natural) (25). Por ejemplo, la norma penal que sanciona el homicidio constituye una derivación por vía de conclusión de la norma moral natural que prohíbe el homicidio; y la norma constitucional que prevé la igualdad entre las personas declara una igualdad moral preexistente. En cambio, la vasta mayoría del derecho positivo constituye una "derivación por modo de determinación": el legislador humano (y el juez, en la medida en que un sistema constitucional dado lo permita) parte de un principio moral amplio y crea un precepto positivo del todo nuevo, que realiza aquel principio ético de uno entre muchos modos razonables posibles. Por ejemplo, toma como punto de partida el principio moral según el cual los bienes deben distribuirse según criterios de justicia y legisla en materia de quiebras para precisar qué acreedor está autorizado a cobrar primero; o, el ejemplo más visitado por la literatura, para asegurar la salud física de los automovilistas, el legislador determina la regla según la cual se debe circular por la derecha.

Mi sugerencia —dentro de la que aquí he llamado "tercera variante"— es que la relevancia del derecho natural se encuentra en su máxima expresión cuando se trata de la interpretación de aquellas partes del derecho positivo que constituyen derivación por modo de conclusión. Pues al buscar precisar el alcance de dichas normas jurídicas, el intérprete inevitablemente desentraña, de manera simultánea (y en la medida en que esas normas sean justas), el alcance de los preceptos morales inmediatamente subyacentes —subyacentes a las normas jurídicas que los han ratificado—. Como sostiene Finnis, con un ejemplo, "nuestra ley contra la eutanasia y el suicidio asistido tiene, con razón, virtualmente el mismo contenido que la ley moral natural que prohíbe esas elecciones y conductas; y los debates acerca de dicha ley se asemejan en lo sustancial al debate moral acerca de la moralidad de esos tipos de elecciones y conductas" (26).

En cambio, cuando se trata de la interpretación de todo aquello, dentro del derecho positivo, que constituye derivación por determinación (del derecho natural) la relevancia del derecho natural es mucho menor, dado que la conexión de las normas jurídicas de ese tipo con la moral crítica objetiva será siempre más remota y menos visible; y, en cambio, la dimensión específicamente técnica del derecho se encontrará en su máximo esplendor. No obstante, si se trata de normas jurídicas justas tal conexión, aun cuando remota, siempre existirá y nunca serán del todo irrelevantes, para entender el sentido y alcance de las normas en cuestión (derivadas por vía de determinación), preguntas tales como: "¿Con qué principio moral se conecta esta norma jurídica? ¿Cómo se conecta con dicho principio moral?"; preguntas, estas, que también podrían traducirse así: "¿Cuál es la finalidad de esta norma?". Si se trata, insisto, de una norma justa, la respuesta a estas preguntas será importante, en especial en casos difíciles, para arribar a una interpretación razonable del precepto positivo.

© Thomson Reuters Información Legal

No cabe duda de que gran parte del derecho de familia, del derecho penal y del derecho constitucional (y, todavía más, del derecho internacional de los derechos humanos [parte del cual tiene, además, jerarquía constitucional (27)] constituyen una derivación del derecho natural por vía de conclusión. Ergo, si la tercera variante es la correcta (como lo pienso), en la interpretación de estas ramas del derecho el conocimiento y entendimiento del derecho natural es de una importancia capital. En la interpretación del Derecho Administrativo, como también de la mayor parte del derecho privado, la relevancia del derecho natural debería ser menor, al menos en lo referente a las partes de dichas zonas jurídicas que tienen mayor densidad técnica, típicas derivaciones por vía de determinación —dicho esto, sin perjuicio de la salvedad ya adelantada: como todo derecho justo (también el derivado por vía de determinación) sirve algún fin moral, el derecho natural tendrá algún nivel de significación para precisar el sentido de esas normas también—.

Finalmente, cabe recordar lo que, desafortunadamente [dado que es —o debería ser— la patología (28)], a veces se pone en primer lugar: existen normas positivas injustas a la luz del derecho natural. Cuando jueces y abogados se encuentran con ellas, el derecho natural juega de un modo notable y sirve de herramienta de crítica. La medida exacta en que esta crítica debe traducirse en la función del juez y del abogado depende de cada sistema constitucional y de los decibeles de la injusticia de la norma en cuestión.

(1) La tragedia de SÓFOCLES Antígona constituye siempre una referencia obligada para ilustrar la afirmación del texto.

(2) Véase, FINNIS, John, "Natural Law Jurisprudence", en George DUKE y Robert P. GEORGE (eds.), The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence, Cambridge University Press, 2017, p. 17.

(3) Como afirma concisamente el profesor brasileño Barzotto, "el empirismo considera como real solamente lo fáctico". BARZOTTO, Luis F., Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradicão jusnaturalista, Livraria do Abogado, Porto Alegre, 2010, p. 50.

(4) En línea afín, al criticar el emotivismo Alasdair MacIntyre traza una analogía entre la existencia de las brujas y la disponibilidad de una justificación racional objetiva de la moral (otra forma de referirse a la ley natural): así como para el emotivismo no hay brujas verdaderas (más allá de que se pueda sostener lo contrario), tampoco existe una justificación racional objetiva de la moral (más allá de que se pueda afirmar que sí la hay). After Virtue: A Study in Moral Theory, University of Notre Dame Press, Indiana, 2007, 3ª ed., p. 19.

(5) FINNIS, John, Ley natural y derechos naturales, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, trad. Cristóbal Orrego, p. 34. El derecho natural —un concepto, ante todo, filosófico— seguramente caería entre las "supersticiones teológicas" rechazadas, según MacIntyre, por el mundo moderno. After Virtue..., cit., p. 34.

(6) MacIntyre ofrece una explicación sugerente del proceso que llevó a la ambigüedad y a la confusión del vocabulario moral en general. After Virtue..., cit., ps. 2 y 5.

(7) Los más importantes renovadores fueron (y son) Germain Grisez (maestro de Finnis), Joseph Boyle (amigo de Finnis) y Robert P. George (el discípulo más famoso de Finnis). Véase, por ejemplo, LEGARRE, Santiago, "La influencia de H. L. A. Hart en la nueva escuela del derecho natural", 17 Auctoritas Prudentium 50 (2017), revista disponible gratuitamente por vía electrónica.

(8) HITTINGER, Russell, A Critique of the New Natural Law Theory, University of Notre Dame Press, 1987.

(9) MASSINI CORREAS, Carlos I., "La nueva escuela anglosajona de derecho natural", en RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, Las razones del derecho natural, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1998, ps. 255-277. Acaso incurriendo deliberadamente en una (nueva) ironía, en su obra más reciente el propio John Finnis ha usado la terminología "new natural law theory" —que siempre había resistido, dada su finalidad original crítica— para referirse nada menos que a la propia teoría iusnaturalista de Tomás de Aquino, "ya que da a las teorías clásicas [antiguas] una nueva inteligibilidad y un mejor vocabulario" y, en ese sentido, "es nueva". FINNIS, John, "Natural Law Jurisprudence", cit., p. 17.

© Thomson Reuters Información Legal

(10) ORREGO, Cristóbal, "Natural Law Under Other Names: De Nominibus Non est Disputandum", 52 American Journal of Jurisprudence 77 (2007), passim.

(11) Como explica MacIntyre, durante la Ilustración "prudencial" significaba "auto-interesado" (self-interested) y se contrastaba con el reino de la moralidad. After Virtue..., cit., p. 38.

(12) Para la postulada distinción entre conductas autónomas y heterónomas, véase, NINO, Carlos S., Introducción al análisis del derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1984, 2ª ed., ps. 420-423.

(13) STUART MILL, John, On Liberty, cap. IV, "Acerca de los límites de la autoridad de la sociedad sobre el individuo".

(14) Como afirmaba el recientemente fallecido Carlos Valiente Noailles, en línea con la tradición clásica, "no existe una moral pública distinta de una moral privada. El sentido moral es uno solo para lo público o para lo privado". La moral pública y las garantías constitucionales, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1966, ps. 52-53.

(15) Tomás DE AQUINO, Summa Theologica, I-II, q. 96 a. 2, c (acerca de si la ley humana debe reprimir todos los vicios, pregunta que responde por la negativa).

(16) FINNIS, John, "Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory", Oxford University Press, 1998, cap. VII.

(17) P. ej., en su voto concurrente en el caso "Barnes c. Glen Theatre", 501 U.S. 560, 575 (1991), el Justice Scalia se refirió a cierto tipo de baile desnudo como "inmoral". A su vez, en su voto en disidencia en "United States c. Playboy Entm't Grp., Inc.", 529 U.S. 803, 831 (2000), se refirió en términos análogos a la pornografía.

(18) Así se sigue, por ejemplo, del voto disidente del Justice Scalia en "Planned Parenthood c. Casey", 505 U.S. 833, 980 (1992), donde propicia la teoría de "dejarlo en manos de los Estados", con relación al aborto.

(19) SCALIA, Antonin, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, Princeton University Press, 1997, ps. 3 y ss.

(20) GEORGE, Robert P., "The Natural Law Due Process Philosophy", 69 Fordham L. Rev. 2301, 2308 (2001).

(21) GEORGE, Robert P., "Natural Law", 31 Harvard Journal of Law and Public Policy 171, 191-192 (2008).

(22) El iusnaturalismo de Tomás de Aquino y de John Finnis, al valorar plenamente la normatividad del derecho positivo, contrastan con otras corrientes filosóficas pseudoiusnaturalistas, que plantean el uso alternativo de las normas jurídicas, a veces en favor de la "justicia" o la "intuición", otras en favor del mero ejercicio del poder. Véase, LEGARRE, Santiago, "El Ius-Naturalismo Positivista de John Finnis", ED 179-1202 (1998), passim.

(23) Tomás DE AQUINO, "Summa Theologica", I-II, q. 95, a. 2 (acerca de si toda ley humana se deriva de la ley natural, pregunta que responde por la afirmativa, aunque con el matiz mencionado aquí en el texto). Sobre este asunto, véase HERVADA, Javier, Introducción crítica al derecho natural, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2008, ps. 182-184.

(24) Cabe aclarar, como lo hace el profesor chileno García-Huidobro, con cita de Tomás de Aquino, que "esta derivación no se da de modo deductivo". GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, Filosofía y retórica del iusnaturalismo, UNAM, México, 2002, p. 98.

(25) LEGARRE, Santiago, "Derivation of Positive from Natural Law Revisited", 57 American Journal of Jurisprudence 103, 104-106 (2012).

(26) FINNIS, John, "Coexisting Normative Orders? Yes, but No", 57 American Journal of Jurisprudence 111, 113 (2012).

(27) Art. 75, inc. 22 de la Const. Nac.

© Thomson Reuters Información Legal

(28) De modo parejamente desafortunado, muchas veces se cree que axiomas tales como lex injusta non est lex; y también "la injustica extrema no es derecho", constituyen la quintaesencia del iusnaturalismo. Espero haber mostrado en este trabajo que el derecho natural tiene gran relevancia, principalmente, en la interpretación del derecho justo.

© Thomson Reuters Información Legal