

mano, entonces tal *per accidens* está tolerado en el plan infinitamente inteligente de Dios. A lo cual hay que agregar que, en este caso, *via resolutionis*, la visión referida es un ver creador y sostenedor en el ser, que se da en un eterno presente.

6. Opinamos que Santo Tomás elabora de este modo la explicación sólo filosófica más refinada de la Divina Providencia y su no contradicción con la contingencia, el mal, el libre albedrío y los *per accidens*. Ahora bien, todo ello es en nuestra opinión uno de los *preambula fidei*, pues ayuda a contemplar la no contradicción del misterio de la Cruz. Sólo allí, en la contemplación del Cristo crucificado. El sufrimiento y el dolor alcanzan su sentido último para el hombre, con el dato de fe de la Redención, que es una nueva creación en el orden sobrenatural: la creación nos da el ser; la Redención nos da el ser salvados. Y entonces sucede la paradoja de que el misterio nos ilumina con su luz. Allí Dios develó el plan de su Providencia; allí el peor mal moral que pudo haber, que es la crucifixión de Cristo, adquiere su sentido; allí la acción buena más santa y más pura, el sí de María, adquiere su sentido. En un caso el mal; en otro caso el bien; en ambos la libertad; en ambos, la infalibilidad del plan divino y su bien mayor: nuestra salvación. Que se logra con la gracia, en armonía misteriosa y no contradictoria con la libertad. En el momento de la crucifixión, antes de la devaluación, estaban allí las mismas preguntas que están en cada momento de dolor: ¿cómo?, ¿por qué?, ¿para qué?, e incluso, como máxima expresión del misterio de la humanidad de Cristo, el grito que expresa el abandono de Dios. Estaban allí las negaciones, las cobardías, las huidas, todo el hombre viejo presente ante el momento del dolor. Después, el misterio se hace luz. Una vez conocido el plan, merced al Espíritu Santo, aceptamos.

Quiera Dios recordarnos que siempre hay un plan, bondadoso, infinitamente bondadoso, en las alegrías, en las penas y hasta en la derrota de nuestro pecado. La Divina Providencia vive en el misterio de nuestra libertad.

GABRIEL J. ZANOTTI

Universidad Austral.



## LEY DEL CREADOR Y DERECHO<sup>1</sup>

Se trata de la ley del Creador y del obrar humano. La ponencia continúa preocupaciones de otros trabajos nuestros y gira sobre preguntas como ésta: ¿es cierto que el derecho natural es propio de los iusfilósofos y el positivo de los juristas? Algunos hablan del «jurista positivo» como opuesto al «jurista naturalista». Para afirmar que hay derecho natural, ¿es preciso «pasar» por Dios y/o por la metafísica aristotélica,

<sup>1</sup> Comunicación a la XXI Semana Tomista organizada por la Sociedad Tomista Argentina y celebrada en Buenos Aires entre el 10 y el 14 de septiembre de 1996.

de modo que la afirmación de tal derecho sea algo «intrasistémico» a una corriente filosófica? Si el asunto es así, el jurista iusnaturalista nada tiene que hacer en la esfera socio-político-jurídica de sus conciudadanos que no lo sean: como el hiato sería insoluble, nos estaría vedado todo diálogo, impedido todo aporte y estaríamos liberados de carga intelectual seria en esta civilización. En el mejor de los casos, el «derecho natural» que enseñamos sólo habría tenido vigencia en una sociedad pasada, y pretender que hoy la tenga sería una utopía trasnochada que, como todas las utopías, no hay que cultivar sino desalentar. Esta visión, por lo demás, podría ser caldo de cultivo para asignar al pensamiento tomista alguna función de aproximación lejana, que intente rescatar y acomodarse a toda costa a «algo positivo» del mundo o del «nuevo orden mundial», que sería radicalmente incapaz de comprender la existencia misma en los hombres de una verdadera ley del Creador.

Parece interesante reparar en que Santo Tomás, que considera la beatitud en sí misma como «creada» (I-II 2, 3, 1) y a la gracia como causada (I-II 112), llegue a decir que la ley natural no es algo distinto de la ley eterna (I-II 91, 3 ad 1), a pesar de ser, las tres cosas, «participación» (I-II 91, 3, 1 ad 1; 91, 2, y 110, 4). Afirmar para él que hay una ley jurídica natural, será afirmar que el hombre formula una verdadera ley creador que debe informar como verdadero principio de la razón práctica las leyes humanas y debe guiar su conducta.

Tendrá tal vez importancia, entonces, en orden a las cuestiones existenciales planteadas al intelectual tomista frente a la cultura de hoy, y en un congreso destinado a la creación y a las obras de Dios y del hombre, aludir sumariamente al descubrimiento y justificación de tal ley natural y al método usado para ello. El método que seguiremos consiste en partir del actuar humano, y dentro de él analizar las normas que de hecho utilizan en sus conductas como tales los jueces estatales en su tarea. Pretendemos encontrar esa ley del creador en las normas que los jueces utilizan. Mas, siendo las normas algo tan inasible por ser no sensible, buscaremos alguna aproximación que ayude a entender cuándo y cuáles normas utilizan aquéllos.

Todos usamos siempre ciertas proposiciones mentales que guían toda acción humana. Se ha ejemplificado con el caso del juego de tenis. El jugador de tenis, con actos de su mente, va imperando su propia conducta en el juego. Así, v. gr., se formula esta especie de máxima: «Debo tirar la pelota hacia la derecha». Pero esto supone que el adversario está a la izquierda y este razonamiento elemental previo: «Debo tirar la pelota donde él no esté»; todo «para que allí no llegue y no pueda contestar». Lo que se entrecruza con las normas del juego, que establecen el modo de conteo en el juego y lo que es lícito o no en el mismo. Encontramos entonces esas proposiciones prácticas que guían la acción del tenista, que podemos llamar en sentido amplísimo *normas*. Las del tenista son técnicas y lúdicas; las del asaltante serían «normas técnicas inmorales». Desde luego hay que separar las normas rectas de las no rectas; las hay técnicas y morales; generales y no generales; emanadas de autoridad y de sujetos iguales (v. gr., el contrato); y, sin pretender definir, podríamos decir que la ley moral-jurídica es una norma recta general promulgada por el superior de la comunidad.

Los jueces aplican, utilizando la palabra en un sentido amplio, muchísimas normas (o criterios o pautas según las cuales resuelven). Ante todo, las llamadas nor-

mas jurídicas positivas. Los estudiantes de derecho y muchos hombres, en general los que tienen cierta cultura, e incluso muchos iusfilósofos iusnaturalistas, parecen pensar que el juez sólo aplica éstas. Aplican también reglas de lógica, mediante las cuales se integran otras normas jurídicas y se interpretan las demás, infiriéndose nuevas normas de acción (no son propiamente normas ético-jurídicas en forma directa).

Precisamente, para la Corte Suprema de Justicia argentina es causal de arbitrariedad descalificadora de sentencias incurrir en autocontradicción. Un iusfilósofo positivista argentino explica que «la Corte no puede admitir, porque hacerlo sería admitir la posibilidad de una administración de justicia irracional [...] que los fallos sean autocontradictorios al punto de tornarse ininteligibles»<sup>2</sup>. De más está decir que esto no surge expresamente de ninguna norma jurídica positiva. Es una exigencia natural de lógica.

Existen también ciertas reglas psicosociológicas, extraídas de «lo que suele suceder», de las que surgen criterios de acción decisivos, sobre todo en cuestiones de hecho. Son las llamadas presunciones. Para elaborar la máxima «el que calle otorga» se razona así: «Si X tuviera alguna justificación de su obrar la hubiera invocado; en cambio, se quedó callado; quiere decir que no la tenía». Esto se funda en el hecho de que en general a nadie le gusta, por ejemplo, pagar ni ir preso, y menos injustamente, y si tuviera alguna razón que lo justifique y le evite esos males la haría valer.

Hay criterios de naturaleza de la cosa (o lo que la cosa es): si el objeto de un contrato o de una actividad es grande, divisible, importante, fungible; si un acto deja huellas visibles, o si se de lo contrario surgen consecuencias para la decisión, estén o no legalmente previstas, si bien éstas se expresan en «proposiciones de ser» y no son estrictamente normas.

Defecionando, muchos jueces, gobernantes civiles o religiosos, y muchos hombres en general, suelen aplicar otras normas verdaderamente operativas, pero incorrectas, (¿normas de astucia?, como los consejos del Viejo Vizcacha) expresadas en proposiciones de un cierto «deber ser». Estas máximas podrían formalizarse así: «Actúa de tal modo que tu obrar no te traiga la pérdida de tu puesto o algún riesgo o incomodidad grave». Así obró Pilatos, antimodelo de juez. El llamado «pensamiento ideológico» encubre desde luego estas proposiciones por otras, para legitimarse.

La experiencia nos dice que los jueces usan a veces criterios que se cuidan muchísimo de mencionar porque están prohibidos por el derecho positivo. Por ejemplo, suelen formar convicción sobre la efectiva culpabilidad del imputado en sede penal si el mismo se niega a declarar; juzgan pensando en castigar los delitos, pero enseñan con la constitución nacional el error de que las cárceles no son para castigo.

Cabría preguntarse: ¿no hay otras normas que los jueces usan? He aquí que las normas jurídicas positivas son buscadas y luego interpretadas y justificadas según ciertos criterios valorativos, que en definitiva son criterios de justicia (o que se consideran tales). Frente a las normas jurídicas positivas suelen sentirse obligados a ex-

<sup>2</sup> G. CARRIÓ, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria (en la jurisprudencia de la Corte Suprema)*, 2a. ed., actualizada con la colaboración de A. Carrió, Buenos Aires 1978, p. 286.

presar la razonabilidad de aceptarlas citando a su vez esta norma: «se debe cumplir la ley jurídica positiva», lo que supone otra norma que dice: «hay que hacer lo que mantenga la paz y el orden sociales. Todo lo cual supone que es un bien jurídico acatar la ley, acatar la autoridad, y que exista la misma sociedad. Así como en Kant la universalización de la máxima «devolver el depósito» se funda en definitiva en algo que él oculta, pero está: es bueno para la vida social que se crea en las promesas<sup>3</sup>.

En rigor, si el iuspositivismo intenta justificarse apela a tales normas y valores suprapositivos. Muchas veces los jueces citan ciertas normas o criterios constitucionales, esto es positivos, pero con positividad formal y no material, o los principios generales del derecho. Es evidente que aunque la constitución o el código civil nada dijese al respecto, se trata de normas y valores objetivos y dados que son de aplicación jurídica obligatoria.

Otro criterio invalidante de sentencias, según la Corte Suprema, es «prescindir del texto legal sin dar razón plausible alguna». La tesis positivista diría que nunca se puede prescindir del texto legal. Pero he aquí que esta doctrina jurisprudencial lo admite. El medio para prescindir plausiblemente suele ser la oposición a la constitución nacional. Pero sería largo extenderse en mostrar cómo la irrazonabilidad de cualquier solución es fácilmente considerada inconstitucional y cómo a dicha ley se le asignan por extensión interpretativa contenidos que de ningún modo figuran en ella. En rigor, lo que aquí se aplica es la norma que dice que el hombre debe regularse según su recta razón (I-II 94, 2, ad 2 y 3; 4, ad 3). En suma, si las normas jurídicas positivas son las normas puestas por el normador humano, y podemos llamar normas jurídicas naturales a las que no son puestas por el legislador humano, ¿qué son esos criterios de razonabilidad o de justicia sino normas jurídicas suprapositivas, esto es, naturales? ¿No es esto usar normas de derecho natural? El lugar común de que «los jueces sólo aplican las normas jurídicas positivas» no responde entonces a los datos de la experiencia jurídica forense. Los jueces estatales, como no podía ser de otra manera, aplican normas jurídicas naturales, aunque se cuiden siempre de ampararse en la constitución nacional, pero haciéndole decir a la misma constitución cosas y principios que la constitución no dice. Y no sólo para el eventual caso de «lagunas» de la ley.

Enseña Casares, el maestro del tomismo que fuera juez de la Corte Suprema de nuestro país: «En el recurso de inconstitucionalidad la Corte Suprema enjuicia en realidad la justicia de la ley, que consiste en su conformidad con el derecho natural»<sup>4</sup>.

Voy a citar sólo tres de las muchas doctrinas jurisprudenciales pacíficamente aceptadas de la Corte Suprema que prueban el rechazo práctico de la actitud iuspositivista e implican la admisión de un derecho natural.

1. *El fin de la tarea judicial es la justicia.* Los jueces son «servidores del derecho para la realización de la justicia [...] No deben prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma». ¿Para qué están los jueces sino para hacer justicia? Y, ¿qué es la justicia sino dar a cada uno lo suyo? Y, ¿qué norma jurídica positiva dice o manda esto? En rigor, ninguna.

<sup>3</sup> Cfr. I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cap. II, 3a.ed., México 1977.

<sup>4</sup> T. D. CASARES, *La justicia y el derecho*, 3a. ed., Buenos Aires 1974, p. 242.

2. *Los jueces tienen el deber de realizar una interpretación valiosa, esto es, justa.* «Es necesario buscar en todo tiempo una interpretación valiosa de lo que las normas, jurídicamente han querido mandar, de suerte que la admisión de soluciones notoriamente injustas cuando es posible arbitrar otras de mérito opuesto, no resulta compatible con el fin común de la tarea legislativa y de la judicial». Esto, que es doctrina común, está aplicando algo muy cercano al criterio agustiniano-tomista de que la ley injusta no es ley. De nuevo citemos al recordado Casares: «La interpretación opera [...] con algo que no está actualmente en la norma; aunque en otro sentido sí lo está, porque es algo relativo a la consumación del propósito o razón de ser de la norma interpretada»<sup>5</sup>.

3. *Consagración de un criterio natural de honestidad.* «Por derivación del principio cardinal de la buena fe, todo ciudadano tiene derecho al comportamiento coherente, sean éstos los particulares o el propio Estado»<sup>6</sup>. El derecho argentino habla de la buena fe en algún/algunos lugares (Código Civil, art. 1198), pero no tiene tal contenido universal. Obrar de buena fe (buena fe creencia o buena fe diligencia) es un principio de honestidad natural que se funda en el primer principio del orden moral: «Hay que hacer el bien y evitar el mal». No nos engañemos: es este principio de ley natural el que se aplica.

Un autor argentino, seguidor entusiasta de Cossio-Kelsen, ha escrito un libro cuyo título reza *Razonabilidad de las leyes* y subtítulo *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, explicitando la jurisprudencia de la Corte Suprema y reconociendo con ella la cualidad constitucional del criterio general de razonabilidad. La Corte Suprema y ese autor se fundan en la letra de un artículo constitucional que no dice eso. Dice, en cambio, «Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio» (art. 28). Lo funda también en el concepto de «estado de derecho», en la «cosmovisión ius-liberal», en una «filosofía personalista», en los «derechos naturales», en un «verdadero ideal de justicia», o en un «derecho natural constitucional»<sup>7</sup>.

En orden a extraer algunas respuestas a estos planteos, digamos que, en orden a si hay un derecho natural, esto es sólo una mostración de la aceptación, en el campo jurídico forense, de contenidos de ley jurídica natural, se le llame como se le llame, y de la dificultad de mantener en la esfera judicial un iuspositivismo coherente, por más que este último sea nominalmente seguido. Por algo el Nino dijo que hay autores que son iusnaturalistas, pero no se proclaman tales para evitar ser tenidos por seguidores de los que en este acto denomino «los grandes testigos», esto es Aristóteles y Tomás de Aquino<sup>8</sup>. Todo esto significa que en ciertos principios o bien normas de derecho natural primario, hay una concordancia muy grande entre los hombres.

<sup>5</sup> T. D. CASARES, «Sobre la presencia del derecho natural en la creación, la interpretación y la aplicación de la ley»: *El Derecho* IX 957).

<sup>6</sup> Estas tres citas de la jurisprudencia de la Corte Suprema se encuentran en *El Derecho*, octubre de 1996.

<sup>7</sup> Cfr. J. F. LINARES, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional*, Buenos Aires 1944, pp. 3, 7-8, 29, 47, 65, 69, 83-84, 226, passim.

<sup>8</sup> Cfr. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires 1984, p. 239.

En orden a la filiación del método seguido, nos parece que éste es válido como prueba de la acepción general en sus principios de algo evidente, y que él es auténticamente tomista, aristotélico y, más aún, conforme con la Divina Revelación. Porque: «Cuando el maestro habla de la ley jurídica natural y su contenido, da los principios de la razón práctica como evidentes para todos» (I-II 94, 2c.). «Cuando el maestro del maestro divide lo justo político lo hace como quien describe algo evidente» (EN V 7). San Pablo no dice que los paganos captan la realidad y el principio de causa y de contradicción, y con ellos llegan a Dios y después, «en vía descendente», llegan al derecho natural, sino que todos los hombres —admitan o no los fundamentos, admitan o no a Dios— tienen «esa ley escrita en su corazón, atestiguándolo su conciencia» (Rom 2,15). Sería, por lo demás, debilitar el valor de la naturaleza humana (¿maniqueísmo, protestantismo?) o descreer quizá de la bondad divina pensar que todo el mundo jurídico, por paganizado que esté, no registre huellas reconocidas de la Ley del Creador, reconozca o no su fuente.

En orden a la sistematización científica, este modo experiencial de analizar el razonamiento concreto del juez nos muestra que el derecho (como norma) es uno; como decía Aristóteles, parte natural y parte positivo. Nada de un derecho natural separado del derecho positivo. Nada de un «derecho natural justo» colocado como en el cielo platónico y de un derecho positivo hecho de sombras. Nada de un derecho natural, propio de una sociedad utópica hoy, que ya pasó, y un derecho positivo que nada tenga que ver con él, esto es con los principios naturales de la razón práctica. Los iuspositivistas no pueden menos que sentirse próximos a Tomás de Aquino cuando admiten la aceptación de cierta injusticia en la ley para evitar el escándalo y el desorden, y difícilmente nieguen (recuérdense las famosas «conversiones post Hitler», v. gr. de Radbruch, *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*) que pasado cierto límite de injusticia ya no hay derecho y puede nacer el derecho de resistencia a la opresión. Se puede decir que las normas jurídicas positivas que se incluyen en el razonamiento judicial son comparativamente pocas y que se insertan en un plexo de racionalidad y de realidad constituido por normas suprapositivas. El derecho natural más ha de entenderse como estructura de un edificio que como su mero cimiento, o como el sistema nervioso de un organismo, inseparable de él y dominándolo todo.

En orden a la tarea del iusnaturalismo tomista, no basta afirmar, pues, que hay derecho natural; por un lado, porque en parte, y sin hacer cuestiones de nombres, puede resultar prácticamente obvio, y por otro, podemos proclamarnos iusnaturalistas y estar sí muy acompañados, pero mal acompañados, v. gr. por un iusnaturalismo individualista liberal que es político-culturalmente dominante en Occidente. La gran división en la disputa iusfilosófica académica sobre soluciones prácticas concretas de la vida social no pasa, en rigor, entonces, por la ecuación iusnaturalismo-iuspositivismo; más bien pasaría por la afirmación explícita de la natural sociabilidad y subordinación social del individuo; la explicitación del consecuente solidarismo en moral, política, economía y en derecho penal; la intrínseca moralidad y juridicidad y politicidad de la economía; la existencia, vigor, realidad y virtualidad normativa de las patrias, los estados nacionales y los grupos sociales naturales; en especial el contenido fundamental de la ley natural en materia sexual y matrimonial; la existencia de valores objetivos, no relativos, reales y la no reducción del *bonum honestum* al bien útil (cosas éstas recordadas recientemente por dos encíclicas fundamentales, muy silen-

ciadas: *Veritatis splendor y Evangelium vitae*); la importancia decisiva en moral de la persona humana, no entendida en sentido egoísta, antropocéntrico e individualista sino según el criterio comunitarista de primacía del bien común, teocéntrico y paulino: «Todas las cosas son vuestras, vosotros de Cristo y Cristo de Dios». Y a afirmación explícita de los derechos de Dios sobre el hombre y la sociedad. Lo cual exigirá, desde luego, como principio el estado y el derecho cristianos (y no el derecho y el Estado ateos, que es lo que se enfrenta a aquello: no nos engañemos, en esto no hay neutralidad). Lo cual exigirá, desde luego, además, la fundamentación antropológica y metafísica. Es materia metafísica, precisamente, mostrar que esa ley natural es en verdad ley del Creador. (Las vías a Dios son, sí, metafísicas y no prácticas). En ese sentido, tal auténtico tomismo más se parece a un testigo del absoluto, convencido de la necesidad y derecho de la presencia institucional no sólo de los principios sino también de las consecuencias del derecho natural en la sociedad, que a un edulcorador pseudocristiano de la cultura anticristiana.

Ahora bien, si lo expuesto es verdadero, será siempre posible hacer ver al hombre de hoy que muchas leyes por las cuales de hecho en parte se guía son las leyes naturales, esto es, (participativamente) la ley eterna. E invitarlo a la radicalización de un camino mental y personal ya incoado en todos, que lo lleve a conocer y amar al Creador, conociendo y cumpliendo íntegramente su ley, inscrita ya en su mente y en su corazón. Para esto hace falta, sin duda, ortodoxia; pero también ortopraxis.

#### NOTAS EXPLICATORIAS

*Sobre el problema metafísico de la participación y sus diversos casos.* Parece ser diferente la distinción participante-participado en el caso Dios-hombre (el hombre es participante del ser de Dios) y la distinción ley eterna-ley natural (la ley natural es participación de la ley eterna en la criatura racional). Mi ser es mío. Pero la ley natural, aunque íntima a mí, no se puede decir mía. Adviértase este texto de Santo Tomás: «Ius naturale, quod continetur primo quidem in lege aeterna, secundario vero in natural iudicatorio rationis humanae» (I-II 71, 6 ad 4). Parece igualmente que este modo de hablar no se puede repetir exactamente al hablar del *esse*. En la ley natural el lenguaje es distinto: ella está en la ley eterna y es proferido por la mente del hombre; primariamente en un caso, secundariamente en otro. Pero no se trata de un mero conocimiento. Advierto al respecto que Santo Tomás afirma que «no se dice que el que enseña transfunde su ciencia en el discípulo como si aquel conocimiento que está en el maestro fuese numéricamente uno con el que se causa en el discípulo, sino que por la enseñanza surge en el discípulo un conocimiento semejante al que está en el maestro, educido de la potencia al acto» (*De verit.* 11, 1 ad 6). Y en la misma cuestión, a. 2, ad 5<sup>um</sup>, tenemos una alusión a la ley que resulta de gran interés: «La función de la ley en el orden del obrar no se compara a la del maestro sino a la de los principios en el orden de la especulación: de donde no se sigue que si alguien es ley para sí, sea por ello maestro de sí mismo». Nosotros interpretamos así: el conocimiento que trasmite el maestro al discípulo no es numéricamente uno con el que tiene el discípulo, mientras la ley natural que «tenemos en nosotros» sí es numéricamente una. La ley natural, entonces, se distingue de su conocimiento. No es mero conocimiento. La cuestión no es simple: las proposiciones en que ella se enuncia son

proposiciones de conocimiento práctico. ¿Nada más que eso o hay algo más en la norma que la mera proposición? De hecho no puede hablarse en Dios (ley eterna) de "proposición". Para Santo Tomás, «Propositiones universales rationis practicae ordinatae ad actiones, habent rationem legis» (I-II 90, 1, ad 2).

*Sobre el ejemplo del juego de tenis.* No ignoramos la distinción entre mero imperativo y proposición normativa<sup>9</sup>. Pero la orden (auto-orden, por así decir) que se da a sí mismo el tenista (tirar allí la pelota) es un acto mental especificante, como una luz que ilumina su conducta, el objeto de tal orden. En ese sentido podemos decir que todo mero imperativo contiene implícitamente una proposición normativa, y podemos llamar norma a todo lo que funciona como regla de una conducta, incluso al mero imperativo. Porque en definitiva en el que se formula el jugador de tenis hay también una concepción de la mente (*In IV Sent.* q. 1 a. 1c).

*Regla de lógica y regla jurídica.* Una cosa es una regla de lógica y otra una norma jurídica. En el campo jurídico la exigencia (lógica) de obrar lógicamente parece implicar generalmente, por la exigencia general de razonabilidad (guiarse por la recta razón) la exigencia jurídica de hacerlo. No es correcto dar la razón a quien la tiene utilizando un argumento que sólo sirve para dársela al contrario. En derecho se puede utilizar el argumento *a fortiori*; por ejemplo: «si se entiende que es razón para revelar el secreto médico la necesidad de que el profesional cobre sus honorarios, *a fortiori* será razón para revelarlo la necesidad de evitar la impunidad del delito». Si se entiende que una ley puede derogar otra ley, *a fortiori* lo podrá la constitución, o una ley nueva deroga el decreto reglamentario de la ley vieja ( cuestiones de «lógica de las norma»).

*Presunción.* Es suposición de la existencia de un hecho o circunstancia<sup>10</sup>. A su vez, «indicio» es un «elemento que permite presumir la existencia de algún hecho»<sup>11</sup>. La suposición sería el acto de suponer. El mecanismo cognitivo de la presunción consiste en una inferencia que la ley o el juez sacan de un hecho conocido para llegar al establecimiento de otro hecho desconocido utilizando máximas de experiencia<sup>12</sup>.

*Naturaleza de la cosa.* Queda claro que el conocimiento de la naturaleza de la cosa es teórico o preponderantemente o bien principalmente teórico, y que se expresa en proposiciones de ser. Pensamos, por ejemplo, en la naturaleza de una enfermedad: si una ley autoriza a cerrar locales públicos ante epidemias, sólo se procederá a tal cierre ante epidemias que en ellos se contagien y no en otras: no será lo mismo el paludismo que el cólera, por ejemplo<sup>13</sup>. No es el conocimiento práctico normativo. La ley natural no es la naturaleza de la cosa, aunque toda ley supone la naturaleza de los entes regulados por ella. La aplicación del principio general en materia de derecho de menores —debe buscarse preferentemente el interés del menor— supone una previa verdad que se expresa en lenguaje de ser: el interés del menor es X. Pero esa afirmación implica un juicio de valor. Se trata del recto interés del menor, de lo bueno para

<sup>9</sup> Cfr. A. MILLÁN PUELLES, *La libre afirmación de nuestro ser*, Madrid 1994, p. 330 et passim.

<sup>10</sup> Cfr. J. D. RAMÍREZ GRONDA, *Diccionario jurídico*, s. v. *Presunción*.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Cfr. H. DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba judicial*, 5a. ed., Buenos Aires, m 1981, t. I, p. 172.

<sup>13</sup> Cfr. C. COSSIO, *El derecho en el derecho judicial*, 3a. ed., Buenos Aires 1967, p. 98.

él, de modo que no hay que separar lo que está muy unido. Todo esto se inserta en el ámbito práctico del conocer.

*Normas práctico-morales o jurídicas y normas técnicas.* El más clásico consejo «vizcacheano», («Hacete amigo del juez, no le des de qué quejarse, que siempre es bueno tener, palenque ande ir a rascarse»), es una máxima práctica, en cuanto se dirige a que se ponga una conducta. Es un consejo de tono y contenido utilitarista. Hacerse amigo para sacar ventaja, no por el bien en sí de la amistad. Es una máxima práctico-técnica, pero no una máxima moral<sup>14</sup>. Para los que no conozcan el *Martín Fierro*, llamado el poema nacional argentino, recuerdo que contiene dos personajes principales: el Viejo Vizcacha, que da consejos de tipo utilitario, y Martín Fierro, que encarna otro tipo de hombre, de mayor nobleza moral.

*Pensamiento ideológico.* Denomino así al que encubre con enunciados confesables, los móviles o razones reales ilegítimos o interesados; v. gr., en toda burocracia la pereza y la negligencia son encubiertas alegando exceso de trabajo. También puede llamarse así al que tiende a reducir la realidad a un aspecto de ella, aunque esté bien señalado, o las soluciones prácticas a uno solo de los remedios, aunque éste sea verdadero: v. gr., quien con acierto preconiza cierta estructura orgánica de la economía al modo de Pío XII, pero reduce a este asunto la cuestión social y su solución (ideologismo de los cuerpos intermedios).

*Prohibiciones legales.* Los códigos procesales penales consagran en general que el imputado de un delito tiene derecho a declarar o a guardar silencio, sin que esto último pueda perjudicarlo. A su vez, la constitución nacional argentina establece que las cárceles «serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los condenados». Esto último, que teóricamente no suscita en general reparos, es contradicho vivencialmente por los jueces en la vida diaria: muchos «no retribucionistas» penales teóricos en la vida jurídica vivida son, con Santo Tomás, «retribucionistas del derecho penal».

*Los valores jurídicos y la interpretación.* La libertad con que los jueces se mueven ante la letra de la ley y el uso permanente de criterios valorativos ha sido destacado entre nosotros por Cossio, no sospechoso de profesar un iusnaturalismo, sino su declarado enemigo: las leyes suelen mencionar circunstancias a tener en cuenta, pero los jueces, llevados por criterios valorativos, agregan otras; v. gr., «el patrón es responsable por el hecho ilícito cometido por su empleado», y no dice nada más. Pero los jueces agregan de su colete este requisito: «que obre en ejercicio de sus funciones». Este criterio no está en la ley, ni surge de nuestro Código por mucho que se lo exprima<sup>15</sup>. Sigue enseñando, desarrollando una concepción que en otro lugar y por otros motivos hemos criticado<sup>16</sup>, que «la vivencia del sentido de justicia y de los otros valores jurídicos es el dato material que los mueve y guía (a los jueces) al escoger entre ciertas circunstancias ya producidas y ligarlas por lina imputación». Cita el fallo plenario: «El Concejo Deliberante, al ejercitar la facultad impositiva [...] debe a-

<sup>14</sup> Cfr. H. H. HERNÁNDEZ, «Deber jurídico y derecho (Reflexiones a partir de una polémica interanalítica)»: *Ethos* XIV-XV (1988) 145-188.

<sup>15</sup> Cfr. C. COSSIO, *op. cit.*, pp. 95-96.

<sup>16</sup> Cfr. H. H. HERNÁNDEZ, *La justicia en la teoría egológica del derecho*, Buenos Aires 1980.

justarla a los principios de justicia y utilidad pública, porque, como lo ha reconocido la Corte Suprema, los pueblos no son simples instrumentos de renta para los gobiernos, sino seres colectivos que sólo se desenvuelven, se normalizan y prosperan a la sombra de la justicia<sup>17</sup>. Cossio va más allá: el juez declara la ley aplicable al caso previa valoración de la misma ley; cita otro fallo: «los jueces tienen el derecho y el deber de aceptar la (interpretación) que más concuerda con el principio de equidad y que al mismo tiempo favorece al progreso del país»<sup>18</sup>. La Corte Suprema ha admitido declarar la invalidez de sentencias con fuerza de cosa juzgada por haber sido obtenidas dolosamente: la seguridad «debe ceder a la razón de justicia, que exige que el delito comprobado no rinda beneficios». En la jurisprudencia norteamericana (Riggs vs. Palmer, New York) se estableció que todas las leyes y los contratos «pueden ser controlados en su aplicación por máximas generales y fundamentales del *common law*. A nadie debe permitírsele obtener provecho de su propio fraude o sacar ventajas de su propia transgresión». Estas máximas «tienen su fundamento en el derecho universal administrado en todos los países civilizados y no han sido derogadas por las leyes [...] aunque ninguna ley les ha dado vigencia»<sup>19</sup>.

*Valor y norma.* «El fundamento ontológico de la exigencia de hacer [...] libremente algo, se encuentra en el valor mismo que ese algo posee»<sup>20</sup>. En esta línea argumentativa contesta Millán Puelles la crítica de «falacia naturalista»<sup>21</sup>.

*Positividad formal y material.* Hay sólo positividad formal cuando el contenido de la ley positiva es de ley natural; v. gr., cuando dispone que el padre alimente al hijo menor de edad. Hay además positividad material cuando el contenido también es positivo, esto es, indiferente a la ley natural.

*Principios generales del derecho.* G. Carrió, casi sinónimo de iuspositivismo entre nosotros, discrimina muchos sentidos de «principios jurídicos». Indica los que son compatibles con el iuspositivismo y los que no lo son. Es incompatible entenderlos como «pautas a las que se atribuye un contenido intrínseca y manifiestamente justo», o bien «requisitos formales o externos que todo orden jurídico debe satisfacer»<sup>22</sup>. Sin

<sup>17</sup> C. COSSIO, *op. cit.*, p. 100.

<sup>18</sup> C. COSSIO, *op. cit.*, pp. 102-103.

<sup>19</sup> Cfr. G. CARRIÓ, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Buenos Aires 1970, p. 23. Vide H. H. HERNÁNDEZ, «Sobre interpretación legal y «derecho natural» (Reflexiones con motivo de un caso judicial)»: LA LEY 24.12.81, 807; e ID., «Sobre la función de los jueces y los valores jurídicos (con ocasión de la crítica a fallos de la Corte Suprema de Justicia sobre desvalorización monetaria en deudas de dinero)»: *Jurisprudencia Argentina* (1978) I, 743.

<sup>20</sup> A. MILLÁN PUELLES, *op. cit.*, p. 142.

<sup>21</sup> Cfr. A. MILLÁN PUELLES, *op. cit.*, pp. 140, 292 y *passim*. Vide G. SOAJE RAMOS, *La norma jurídica*, Buenos Aires 1977, p. 8: entre las proposiciones estimativas, normativas y meros imperativos hay un orden de fundamentación. En cuanto al fundamento del deber de cumplir las promesas en Kant, cfr. *Ibid.*, pp. 27-28: allí la razón justificatoria de la imposibilidad de universalizar la máxima de mentir cuando me conviene parece ser que si miento en lo futuro no me creerán. Pero esto supone, pensamos nosotros, que es bueno que me crean, bueno para mí, pero bueno también para la buena vida social, y que es bueno hacerlo, que conviene a la buena vida social, porque es bueno en sí que haya sociedad buena. En *op. cit.*, p. 45, el fundamento contra la falsa promesa sería que se estaría utilizando al prójimo como medio, cuando debe «ser estimado siempre al mismo tiempo como fin». Nos parece que, contra todo formalismo, esto significa que el fundamento de la norma es el valor en sí (de la persona, en este caso).

<sup>22</sup> G. CARRIÓ, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, p. 36.

embargo, admite que cuando el orden jurídico no los guía ni les pone límites, los jueces no pueden obrar a su antojo o capricho, sino con sensatez, cordura, buen juicio. Es decir, deben fundar sus fallos en pautas razonables «que no son parte del derecho»<sup>23</sup>. Acotamos que no parece convincente admitir pautas de razonabilidad decisorias en la vida jurídica que no sean al menos virtualmente jurídicas. Cualquier indagación en tales pautas de razonabilidad que deben guiar al juez en la solución de cuestiones jurídicas nos lleva a los principios de la ley jurídica natural. Excelente es la contribución de Del Vecchio a nuestro tema: los principios generales del derecho no lo son de un derecho en especial, sino «patrimonio común de nuestra conciencia jurídica»<sup>24</sup>. Las normas jurídicas no se entienden «si no se las pone en relación con los principios de los cuales descienden»<sup>25</sup>. «El derecho natural no deja de ser tal, ni pierde su valor intrínseco, porque a veces sea también positivo [...] la ley que atribuye a cada cual la condición jurídica de persona, aunque no esté sancionada en el orden positivo, es una ley natural»<sup>26</sup>. Le falta a este autor, sin embargo, la sabia radicalidad de Casares al negarse el iusfilósofo italiano a la prevalencia de los principios contra las reglas positivas<sup>27</sup>.

*La recta razón.* Para el sentido de la doctrina y gran cantidad de textos tomistas, confrontar la clásica obra de Lehu<sup>28</sup>. Exhaustiva discriminación de sentidos de «recta razón» en el tomismo en Soaje Ramos<sup>29</sup>. Sintetizo: *recta ratio* en sentido amplio puede significar: 1) dictamen universalísimo de la sindéresis (esto es, acto de la razón humana rectificado por la sindéresis, hábito de los primeros principios); 2) conclusiones verdaderas y universales de la ciencia moral; 3) conclusión práctica impersonal pero concreta sobre una acción determinada; 4) juicio práctico decisivo de la elección formado inmediatamente por la prudencia, con posterioridad al juicio de conciencia. En sentido estricto «corresponde a la conclusión práctica impersonal y concreta», es decir, al sentido 3<sup>30</sup>. La regla suprema de la moralidad es la ley eterna (I-II 19, 4)<sup>31</sup>.

*Ley suprapositiva y ley natural.* En el texto aludimos a normas jurídicas «suprapositivas» y las llamamos «naturales» en cuanto dadas al hombre y perfectivas de la naturaleza. Por ser principios indiscursivos (*per se nota*, derecho natural primario; cfr. I-II 94, 2), o derivadas de ellos (derecho natural secundario)<sup>32</sup>. No se nos escapa que podría hablarse de normas «extrapositivas», fuera de la norma expresa dada por el legislador humano, pero sin anclarla en la naturaleza humana («espíritu del pueblo»).

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 69.

<sup>24</sup> G. DEL VECCHIO, *Los principios generales del derecho*, 3a.ed., Barcelona 1979, p. 49.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 137.

<sup>28</sup> Cfr. L. LEHU O. P., *La raison, règle de la moralité d'après saint Thomas*, Paris 1930.

<sup>29</sup> Cfr. G. SOAJE RAMOS, *Sobre algunos aspectos fundamentales de la noción de ley en Francisco Suárez*, (inédito), Córdoba, Argentina, 1951.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 208.

<sup>31</sup> Cfr. L. LEHU O. P., *Philosophia moralis et socialis*, Paris 1914, t. I, p. 104. Un riquísimo abanico de sentidos de «recta razón» en D. M. BASSO O. P., *Las normas de la moralidad. Génesis y desarrollo del orden moral*, Buenos Aires 1993, pp. 22, 30, 34, 36, 43, 121, 137, 147, 155, 195, 233, 251, 283, 305, 327, 345, 351 y passim; prácticamente todo el libro está articulado en torno a esta noción.

<sup>32</sup> Cfr. S. RAMÍREZ O. P., *El derecho de gentes*, Madrid-Buenos Aires 1955, pp. 61-133.

*Sobre las normas constitucionales que la constitución no trae.* Repárese en este texto de Bastit: «Mais la constitutionnalité des lois, elle ne dépende plus seulement de la conformité à la lettre de la constitution; le Conseil constitutionnel a dû, à l'image du Conseil d'état, dégager des principes généraux du droit constitutionnel au nom desquels il juge la loi»<sup>33</sup>.

*Precisión al texto de Casares.* Claro está que no siempre el derecho natural a que los jueces implícitamente refieren es la ley jurídica natural verdadera. Pero hay allí una concepción de una ley dirigida a la libertad del hombre, que es eficaz y regulatoria de las conductas jurídicas, dada al hombre, que juzga de la ley jurídica que se dan los hombres. Nos basta para hablar verdaderamente de iusnaturalismo (aunque no se trate del verdadero iusnaturalismo). Lo que supone que hay distintos iusnaturalismos, así como distintos iuspositivismos<sup>34</sup>.

*Destinatarios del derecho natural.* La ley jurídica natural (que así se debe hablar) no sólo refiere al contenido de las conductas de los particulares, sino también a las de las autoridades políticas. Desde ya que no se aplica solamente en casos de «lagunas».

*Noción precisa de norma.* Para obtenerla nos da un esbozo lo dicho por el maestro Casares: «Algo que no está en la norma aunque en otro sentido sí lo está». La norma no puede reducirse a la proposición normativa. Hay muchos sentidos que la proposición normativa recibe de otras normas y de las normas que son principios. Defendemos la identidad substancial de principio y norma. Esto nos abre al tema de la apertura de las proposiciones normativas («textura abierta») y de la dificultad de una enunciación correcta por el hombre cuando nos alejamos del primer principio. Un ejemplo clásico en la literatura jurídica: la norma que dice «No se puede entrar con perros al andén de la estación», ¿significa que se puede entrar con un elefante?, o ¿significa que no puede entrarse al perro lazarillo que guía al ciego? El contenido completo de la norma es o más amplio o menos amplio que el sentido (literal) que surge de la proposición.

*Coincidencia en principios y no en conclusiones.* La coincidencia del común razonamiento judicial se da con los que llamamos principios de la ley jurídica natural, y no con todos sus verdaderos contenidos. En la discordancia influyen, a la hora de legislar o de sentenciar, entre otras cosas, intereses y pasiones (cfr. I-II 94, 4, 5 y 6).

*Evidencia de la ley natural.* Pareciera que debemos discrepar con Kanilowski cuando infiere la ley natural (en la *via inveniendi*) del previo conocimiento de la ley eterna<sup>35</sup>, o cuando establece la mediación de la metafísica para afirmar el conocimiento de la ley natural<sup>36</sup>. Según Bastit, sería ésa la posición de Alejandro de Hales<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne (La pensée de la loi de saint Thomas à Suárez)*, Paris 1990, p. 7.

<sup>34</sup> Cfr. la doctrina de Linares citada precedentemente.

<sup>35</sup> Cfr. G. KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires 1979, p. 150.

<sup>36</sup> Cfr. G. KALINOWSKI, «Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit»: *Archives de Philosophie du Droit* XXVI (1981) 331.

<sup>37</sup> Cfr. M. BASTIT, *op. cit.*, p. 37. Enteramente correcto, a nuestro entender, A. MILLÁN PUELLES, *op. cit.*, pp. 73ss. Véanse nuestros artículos «Sobre si hay un derecho natural»: *La Ley* 7-8.5.1986, 979; y «Obligación ético-jurídica, naturaleza y recta razón»: *Ethos* XII-XIII (1984-1985) 161-180.

*Ley natural y ley injusta.* No toda afirmación de que hay ley jurídica natural supone una solución correcta a las divergencias entre natural y positiva. Lo ilustra Bastit cuando subraya esta característica de los pensadores estoicos: «Ils aboutissent finalement à une sorte de positivisme qui se résigne devant l'état du droit existant, sachant qu'il existe un droit idéal mais sans portée pratique. Si la loi rationnelle universelle ne doit pas bouleverser les cités, le droit positif n'a pas non plus à soutenir la prétention d'être juste». Llevar adelante la solución agustiniano-tomista en la materia (I-II 96, 4) supone la rectificación por las virtudes para no dejarse guiar por las pasiones, que imponen «aceptar el mandato del poderoso». Por eso concluyo este trabajo con una alusión a la tarea difícil de ser testigos del absoluto y a la ortopraxis, que exige aun en las tareas judiciales y académicas las virtudes (más, según la teología, la gracia y los dones)

*Conversiones naturalistas post-Hitler.* Nos referimos a las de Recaséns, Del Vecchio y Radbruch, según relata el primero<sup>38</sup>. La realidad de un régimen gravemente injusto operante de conformidad con las normas de derecho positivo y con legitimidad de origen les hizo pensar que ese derecho positivo injusto ya no era verdadero derecho.

*Un tomismo desleído y adaptado ad mundo.* Pensamos como en una tentación siempre latente: cultivar y presentar un tomismo limado de todas las aristas que lo hacen preocupante para una cultura secularista y pluralista. Las aristas serían los puntos mencionados páginas atrás, sobre algunos de los cuales nos hemos ocupado en otros trabajos.

*Sobre la gran división.* En el diálogo posterior a la lectura del original de esta comunicación se planteó como alternativa si la gran división no sería más bien entre cognitivismo y no-cognitivismo, toda vez que, por ejemplo, los liberales suelen ser no-cognitivistas. Se recoge así la opinión de algunos iusfilósofos italianos, entre otros. Por nuestra parte, agradeciendo el valioso aporte y la atención que supuso a nuestro trabajo, decimos ahora al respecto: 1) en el texto airmamos ante todo una teoría negativa: la división más decisiva no pasa por iusnaturalismo-iuspositivismo. Por lo dicho: que hay derecho natural en parte es obvio ataque implícito para muchos, a nivel primario y sin entrar en la adecuada fundamentación sin suscribir siempre un recto iusnaturalismo, y tal afirmación puede registrarse en posiciones fuertemente opuestas al tomismo. No nos propusimos resolver, por lo demás, en un planteo de historia-presente de la filosofía del derecho cuál es la división fundamental entre las doctrinas actuales. 2) Con todo, en las discusiones sobre problemas concretos de la conducta de nuestros conciudadanos, no parece pertinente incluir una caracterizada como no-cognitivismo. Por una parte quizá porque la caracterización de no-cognitivista, aplicada a una doctrina, no refiere, para usar una expresión escolástica, a un conocimiento primointencional, esto es con contenido de objetos directos del conocimiento del hombre, en el caso cuál debe ser la conducta concreta del hombre, sino más bien casi secundointencional, que corresponde al momento reflexivo sobre aquéllos (esto es, conocimiento sobre nuestros conocimientos directos: v. gr., cuál es la estructura o la índole de nuestro conocer las normas y valores, etc.). Considera-

<sup>38</sup> Cfr. L. RECASÉNS SICHES, «Revisión del problema del derecho injusto»: *Diánoia* XII (1966) 29.

ción primointencional, si es correcto utilizar esa distinción, sería la que dice «hay o no hay ley jurídica natural», o «hay que poner o no tal conducta», o a una doctrina que suscribe una concepción liberal (refiere no a la índole del conocer humano o la estructura de la ciencia, sino a la conducta de los hombres en la vida social). Por otra parte, en general todos los moralistas y juristas admiten contenidos primointencionales de conductas, sobre lo cual discuten y formulan opciones. Reconociendo de hecho que hay verdad y error, y lo podemos conocer, en materia práctica. Y ello aun en los que defienden alguna manera una posición escéptica en la materia, o bien una posición cognitivista en materia moral. (v.gr., Rousseau en materia política, para Soaje Ramos, sería no cognitivista, pero tiene posiciones concretas sobre el régimen político que es impertinente caracterizar en términos de cognitivismo o no-cognitivismo: autogobierno absoluto<sup>39</sup>). Ya enseñaba Aristóteles que hay doctrinas que se pueden decir y enseñar, pero no se pueden pensar. Y no se pueden mantener coherentemente. Por eso, los no-cognitivistas en los cenáculos teoréticos, como sucede con otras posiciones doctrinales (v. gr., el relativismo), no suelen mantener coherentemente lo suyo y de hecho admiten que las leyes hay rectitud o incorrección, o verdad o error, en materia práctica. Creen existencialmente lo contrario y suelen pensar que los tomistas están en el error; que por el sólo hecho de serlo y ser teístas no merecemos acceder a las cátedras; que para que no las ocupemos es lícito amañar a gusto concursos, etc. Nosotros, para algunos suscriptores de esas posturas, somos el error. 4) En la vida político-jurídica se discute hoy si hay o no verdadero derecho al ejercicio del sexo con independencia de la ordenación a la procreación y practicando la contracepción artificial; de la madre a abortar el niño alojado en su útero; de cualquier persona a tener un hijo por métodos artificiales; si tiene mayor rango axiológico la libertad individual que la libertad y bienestar de la sociedad en materia penal, etc. La posición que responde en favor del aborto y demás posiciones, puede sintetizarse en la afirmación de la libertad del hombre, entendida como libertad de coacción externa, como valor máximo de la vida social que en principio no debe subordinarse al bien común político (posición individualista). La opuesta, solidarista, tomista o como se le llame, lo niega. Ahí está, nos parece, la oposición decisiva de posiciones en este plano. Lo mismo en materia económica: si la economía política ha de ordenarse al juego de la libertad nominal utilitaria de las partes en el mercado o debe subordinarse a la libertad y al bien común. Ahí volvemos a encontrar la antinomia liberalismo-solidarismo.

Carece de sentido, pues, en el plano práctico directo, trazar una división según el criterio no cognitivismo-cognitivismo, en vez de la que se enuncia liberalismo-solidarismo. Pero a la vez carece de sentido llevar esas categorías al plano metafísico y cósmico fundamental, donde la división más esencial, de hecho y de derecho, quizá pase por inmanencia-trascendencia.

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ

Pontificia Universidad Católica Argentina  
Santa María de los Buenos Aires.

<sup>39</sup> Cfr. G. Soaje Ramos, «Elaboración del problema del valor»: *Ethos* I (1973) 105.