

El problema filosófico de las relaciones entre el ámbito de la vida moral y el del mundo legal está erizado de graves y serias dificultades, desde muchos puntos de vista diferentes.

El simple hecho de que yo haya escogido como encabezamiento de estas reflexiones los términos de "moral" y "ley" es una primera muestra de la imprecisión semántica del tema. Igualmente podría haber escogido los de "ética" y "derecho" para referirme al mismo conjunto de razonamientos, pero desde presupuestos muy diferentes. Simplistamente, el término de la moral se refiere más a los valores heterónomos **comunitarios** que rigen la conducta, mientras que el de la ética subraya los valores **individualmente** internalizados que determinan la conducta; por otra parte, la moral suele estar más ligada a la vida emocional, en tanto que la ética habitualmente se basa en un discurso crítico, eminentemente racional y autónomo.

Lo mismo acaece con los términos de "derecho" y "ley". Hablar de derecho implica una concepción de la naturaleza del hombre y del cosmos que excluye la visión, hoy tan influyente, del positivismo jurídico. He preferido usar aquí el término de "ley" para no anticiparme a tomar partido, desde el inicio de esta discusión, en favor de una posición filosófica determinada; creo que el término de "ley" resulta más simple e inteligible para todos.

En realidad, preferiría empezar con una terminología tomada como préstamo de la Sociología. Creo que el término más universal de "norma", en cuanto paradigma del comportamiento, me es más adecuado. Y siguiendo la clasificación que propuso William Graham Sumner¹ de normas folklóricas, morales y legales, podemos intentar dilucidar el campo por cubrir en este trabajo.

En primer lugar, conviene recordar que sólo el hombre necesita de normas de conducta social, precisamente porque su código genético no las incluye,

* Director de la Escuela Superior de Ciencias Sociales de la Universidad Francisco Marroquín de Guatemala, desde 1977. Antiguo Prefecto de Estudios del Seminario Latinoamericano en Roma y Profesor de Sociología, Filosofía y Religión en cinco "colleges" en los Estados Unidos. Ha realizado estudios en Periodismo, Derecho, Filosofía, Clásicos y Teología.

1. William Graham Sumner, "Folkways", (1907).

como sucede con el resto de los animales, en particular los demás primates. Las normas tienen como función "social" hacer la conducta individual **predecible**, que es la condición "sine qua non" para que podamos cooperar y para que se dé eventualmente el fenómeno clave de toda supervivencia humana y de todo progreso ulterior, la división del trabajo.

Las normas se aprenden generalmente por imitación, y a medida que son internalizadas por el individuo permiten variantes en su observancia acumulativas, que englobamos bajo el concepto de "evolución social".

Hayek últimamente² ha insistido mucho, además, en la necesidad de distinguir entre la sociedad "cerrada" (o "tribal", como la llama Popper) y la "gran" sociedad (o "abierta"), cuyas dos manifestaciones más claras conocemos popularmente como la familia y el mercado. Ambos "órdenes" sociales son productos espontáneos de un proceso evolutivo imprevisible, pero con escalas de valores muy diferentes y muchas veces antitéticos. Además, de muy desigual fecha de aparición, siendo el orden de la sociedad cerrada, con mucho, el más antiguo y persistente de los dos.

Se entiende, pues, que las normas que rigen la conducta serán de naturaleza muy diversa según el hombre interactúe en un orden cerrado o abierto. Por ejemplo, la solidaridad característica del orden cerrado está fuera de lugar en el orden eminentemente competitivo del abierto.

Pero, para cualquiera de esos órdenes, las normas pueden ser etiquetadas (siguiendo a Sumner) como folklóricas, morales y legales. No es una clasificación precisa, porque en muchos casos no es exhaustiva ni excluyente. Hay traslapes y mutuos deslizamientos de las unas hacia las otras, a menudo imperceptibles, pero para nuestro propósito es una categorización suficiente.

Las normas folklóricas apuntan a hacer la convivencia humana más agradable, como, por ejemplo, las normas de cortesía, modernamente extendidas hasta incluir las del tráfico vial. Varían, muchas veces notablemente, de

2. Law, Legislation and Liberty, vol. 3, Epilogue: The Three Sources of Human Values, Univ. of Chicago Press, 1979.

The Fatal Conceit, passim, Univ. of Chicago Press, 1988.

cultura a cultura; y las sanciones a sus violaciones son generalmente leves y, sobre todo, muy variadas.

Las normas morales, en cambio, llevan a hacer la supervivencia humana **posible**, es decir, que sin ellas "la sangre si llega al río"; las sanciones a sus violaciones son habitualmente severas, aunque también varían mucho de cultura a cultura. Los tabúes del incesto y del canibalismo dentro de la propia etnia son ejemplos primitivos de su importancia para la supervivencia del individuo o del grupo. Más recientemente, la prohibición del adulterio estuvo enderezada fundamentalmente a garantizar la responsabilidad de los padres sobre los hijos de cuya paternidad no pudiera haber duda alguna. Contemporáneamente, la gama de los conflictos de conciencia **entre normas** se ha ampliado en la medida en que la sociedad se ha vuelto mucho más compleja. Basta, como ejemplo, la controversia actual en los EE.UU. en torno al aborto, entre los que defienden el derecho moral de la mujer a elegir sobre su propio cuerpo y el derecho a la vida del feto por nacer. Lo mismo digamos acerca de la legalización del tráfico de drogas o de la descriminalización de la homosexualidad.

Las normas "legales" tienen, ante todo, un distintivo común; el **respaldo de la autoridad pública** ya sea vista acompañada de una sanción derivada de algún monopolio de la fuerza o no; se aspira, por ellas, modernamente, a la uniformidad, abstracción e irretroactividad en su formulación a fin de asegurar la mayor igualdad posible entre todos los sometidos a las mismas.

A nosotros nos interesan aquí las relaciones entre las normas morales y las legales, que podríamos simplificar (con cierto riesgo) como aquellas que rigen el comportamiento en el "fuero interno" y aquellas otras del "fuero externo" de la persona.

Conviene, sin embargo, notar que todas esas distinciones corresponden a los estadios más avanzados de la cultura. En sus inicios, ningún grupo cultural parece haber distinguido, como nosotros, entre normas legales, morales y religiosas, es decir, que el contenido de todas las normas les era idéntico y su legitimidad la concebían a un tiempo divina y humana.

Hoy creemos saber más de las áreas de convergencia entre ambos tipos de normas y de las de sus divergencias, y aun posibles conflictos, entre ellas.

Pero, a grandes rasgos, podríamos decir que las normas legales y las morales coinciden o porque las normas morales dictan el contenido de las legales, como

en los casos de las teocracias, tómesese el de los hebreos, el de los reformadores bajo Calvino o de los fundamentalistas islámicos jeteados por Khomeini-, o, al revés, porque el contenido de la norma moral lo dicta la ley, como lo arguyó, por ejemplo, Thomas Hobbes³ o, más recientemente, Hegel.⁴ En el primer caso, sólo la norma moral es verdaderamente válida y nada que no se conforme a ella obliga, en consecuencia, a obedecer. En el segundo caso, por el contrario, no hay ley injusta y el individuo está obligado a obedecerlas todas.

Una segunda aproximación ha sido, en la historia de Occidente, el reconocimiento de que la ley positiva y la norma moral gozan, cada una de ellas por separado, de su propia esfera de aplicación, pero que, al mismo tiempo, la norma moral es una ley de más alto calibre y proporciona un parámetro para la validez de la positiva. Cualquier conflicto entre ambas clases de normas puede ser resuelto, en última instancia, en favor de la norma moral; en los demás casos donde no hay conflicto, cada una retiene su autonomía. Esta es la esencia del iusnaturalismo, tanto del medieval cristiano como del racionalista del Renacimiento.

Esta segunda actitud encierra consecuencias diversas. Por ejemplo, la liberación del súbdito de la obligación moral de obedecer, en el caso de que la ley positiva contradiga la natural. Tal fue la conclusión a que arribó el canciller Tomás Moro frente a la pretendida nulidad del matrimonio de Enrique VIII con Catalina de Aragón. Pero, también, puede inferirse de ella la posición contraria, a saber: la obligación permanente del súbdito a obedecer, pues el conflicto entre la ley positiva y la natural se reduce a una cuestión pura de conciencia entre el Príncipe y su Creador. Así parece haber interpretado Bodin la soberanía regia.

Esta visión iusnaturalista, heredada del Helenismo (principalmente a través de la escuela estoica) retiene su importancia por su vinculación con la doctrina de los derechos naturales del hombre, el substrato filosófico de las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX. Pero nos trajo también los nocivos esfuerzos del Medievo por arribar a precios naturalmente "justos" o a la condena del préstamo a interés, como práctica naturalmente "usurera" (dado que el dinero, como lo atestiguó Aristóteles, es por naturaleza "estéril").

Lo mismo digamos de la concepción explicitada en el Derecho de Gentes -que estuvo a la base de las Leyes

3. Thomas Hobbes, "Leviathan", Capítulo 21.

4. G.W.F. Hegel, "Die Philosophie des Rechts" (The Die Philosophy of Right, translated and edited by T.N. Knox, Oxford, 1942).

de Indias- de la esclavitud (de los africanos) como una institución, además, de Derecho Natural.

Un tercer tratamiento de la misma dicotomía de lo moral y lo legal consiste en tratar las esferas de la ley y de la moral como mutuamente **excluyentes**, de tal manera que las cuestiones de validez en cada uno no sean reducibles a la otra. Esto es lo que se entiende por “positivismo jurídico”. La posición de su principal exponente, Hans Kelsen,⁵ se reduce a que la norma legal sólo puede depender de criterios legales, al igual que la norma moral de sólo criterios morales. Lo que se persigue es la coherencia lógica del razonamiento legal al margen de todo criterio meta-legal.

Desde esta perspectiva, las normas morales, si han de ser tomadas en cuenta, se reducen a cuestiones de utilidad pública o de tradicional comodidad. Tampoco cabe aquí, por tanto, la posibilidad de una ley injusta; a lo sumo, la de una ley menos conveniente, que puede ser enmendada o reformada de acuerdo a principios de pura utilidad social.

El móvil clave de la justicia para el ejercicio legal devino irrelevante, pues desde fuera del marco jurídico no cabe aceptar prueba **positiva** alguna de la justicia de la norma dentro del mismo marco jurídico.

Sin embargo, el positivismo jurídico parece enfrentarse a un problema total para el que no halla respuesta: el de que todo sistema jurídico parece descansar sobre valores extrajurídicos (principalmente morales o éticos) compartidos abrumadoramente por los miembros de una comunidad civil para que pueda permanecer **vigente**. Una discrepancia profunda entre esa escala de valores y el sistema legal lleva inevitablemente o a una imposición totalitaria (que tarde o temprano ha de desmoronarse) o a un irrespeto generalizado por la ley, lo que también tarde o temprano termina con la solidaridad de la comunidad civil.⁶

El siglo XX ha sido un testigo muy particular de hasta dónde puede llevarnos el positivismo jurídico y el relativismo moral que parece ser su premisa mayor. Los horrores de dos guerras mundiales, sistemas totalitarios de salvajismo sin precedentes entre guerra, y la general descomposición ética de la sociedad en tiempos de paz, han hecho más que evidentes las insuficiencias conceptuales de la Teoría Pura del Derecho. No menos que la posición iusnaturalista fuera sometida, a principios

5. Hans Kelsen, *La Teoría pura del Derecho* (Die reine Rechtslehre, 1 era. Edición, Viena, 1934).

6. Dennis Lloyd, “The Idea of Law”, Baltimore, 1964.

del siglo XIX, a la implacable crítica del emergente espíritu científico-experimental y de la Escuela Histórica Alemana, el positivismo jurídico se ve en urgente necesidad de redención por un sistema de valores (o si se quiere de fines) **más allá** de la ley positiva.

Porque se ha olvidado que toda norma, además de procurar hacer la conducta humana predecible, pretende salvaguardar valores caros a la comunidad que se rige por ella. La norma de no mentir asegura el valor de la verdad; la norma de no hurtar garantiza el de la propiedad; la norma de no matar, el de la vida etc... La ley nunca surge en un vacío de valores, aun cuando estos valores sólo sean explícitamente verbalizables después de observada la “consuetudo”, lo que es la costumbre en la práctica cotidiana y muchas veces milenaria.

Como posible solución, pero aún mucho más vaga y empíricamente vacía del contenido material de valores que la ley natural ofrece, se yergue desde fines del siglo XVIII el imperativo categórico del formalismo Kantiano: actúa de tal manera que tu acción pueda erigirse en norma universal. Así lo intentaron algunos neokantianos, como Stammler y del Vecchio, pero con un resultado indeciso, que los acerca, más que los identifica, en la corriente del iusnaturalismo. De ahí, también, los titánicos esfuerzos de Max Scheler por complementarlo, incorporándole una escala de valores metafísicos “a priori” y los no menos titánicos de los positivistas para reafirmar el divorcio absoluto a posteriori entre el mundo de las intenciones y el mundo de la conducta observable, que es el normado por la ley.⁷

Por todo ello, resulta ahora tan atractiva la hipótesis hayekiana de distinguir cuidadosamente las leyes positivas (eminentemente de Derecho Público) de las “nomoi” o leyes en el pleno sentido clásico de la palabra, que fundamentalmente constituyen el Derecho Privado (incluido el Derecho Penal).

El derecho público, más preocupado de las “res” que de las “personas”, se mueve en el mundo de los medios y, como tal, queda subordinado al derecho privado, más del mundo de las personas y, por tanto, de los fines.

La vida moral es un atributo de la persona natural con sus valores, y, por consiguiente, deviene así también el fin del Derecho. Esos valores, la Historia y la Antropología lo confirman, no son tan inmutables como lo pretendieran los iusnaturalistas, pero tampoco tan a la discreción racionalizadora de ningún gobernante. Son productos

7. Max Scheler, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 2 vols, Halle, 1913-1916-

decantados de una evolución milenaria, que se han mantenido operacionales sin cambio por tan largo tiempo porque han llenado, más allá de las expectativas racionales individuales, alguna función vital que muchas veces él no sabe discernir pero que le ha permitido al hombre sobrevivir y prosperar en grupos. Son valores derivados de un conocimiento disperso y, como tales, imposibles de ser racionalmente integrados por una mente individual, pero valores, al fin, eficaces, vigentes comunitariamente, que todo legislador ha de respetar.

En nuestro caso, son los valores de la herencia judeocristiana, que acarrear, enriquecidos, las especulaciones de los griegos, la jurisprudencia romana, la cristianización de Aristóteles por Santo Tomás de Aquino, el racionalismo renacentista y el desarrollo de la curiosidad intelectual como quedó moldeada por la Revolución Científica desde el siglo XVII. Los fines últimos de esa tradición (la persona, su libertad, su propiedad, su felicidad, o la justicia, la verdad, la vida, Dios...) no son fines meramente instrumentales, como todos los demás que perseguimos con cada elección deliberada, sino eso, fines últimos por lo menos para el que en ellos cree, y que inclusive en la opinión de algunos han llegado a ser intrínsecos, es decir, universalmente válidos. Esos fines han de escapar a la acción del legislador; más bien son presupuestos en la acción del legislador, que a él no le es dado obviar, y que aseguran, como un bienvenido subproducto, el que la cooperación pacífica entre los hombres llegue a ser una realidad.

Estas premisas apuntan inevitablemente hacia la necesidad de una revaloración del derecho consuetudinario a expensas del derecho positivo, a una subordinación del derecho público al derecho privado, porque sólo así parece quedar garantizada la autonomía moral de la conciencia dentro del marco del Estado moderno, como lo sugiere la historia de los últimos trescientos años de la "common law" anglosajona.

El Derecho Público, se insiste, se endereza hacia la organización del aparato del Estado como un medio en su conjunto moral y legal para el fin de la preservación de los valores implícitos del Derecho Privado. Cada disposición del Derecho Público no es en sí de carácter moral. Sólo el **conjunto** de sus disposiciones, a cuyas sanciones en el fuero externo hay obligación de conciencia de acatar so pena de que desaparezca la vida comunitaria civilizadamente organizada, se erige ante nuestros ojos como ente moral merecedor de nuestro respeto y obediencia. Las disposiciones aisladas de Derecho Público (como el control de cambios) que violen esta subordinación al Derecho Privado, devienen

meramente "penales": es decir, no obligan en conciencia a acatar su substancia sino sólo sanción respectiva.

Esto nos trae a un tema aparte del de los valores que es el del origen de la obligación moral: ¿de dónde nos viene la obligación de hacer el bien y evitar el mal? Este tema se introdujo en la tradición de Occidente por el cristianismo. Toda la tradición ética y moral de Grecia había sido "prudencial", es decir, que la virtud descansaba sobre la hipótesis de que se quería el bien, el que fuera (la felicidad personal, la paz del alma, el placer, etc..). La dimensión categórica (hacerlo que hacemos no por sus consecuencias agradables o beneficiosas sino por el simple hecho de estar mandado o prohibido por la autoridad de Dios) resultaba ajena al ethos de la cultura griega. La Antígona de Sófocles les había hecho vislumbrar anticipadamente la dimensión categórica de una ley divina y superior a toda ley positiva, pero les faltaba la claridad derivada del sometimiento a una autoridad **personal**. Eso lo aportó el cristianismo.

El mundo moderno, surgido de la Revolución Científica del siglo XVII, ha regresado mayormente a la actitud prudencial de los griegos, con la excepción muy notable de Kant y sus seguidores. Cal es la posición de los utilitaristas de toda laya, desde los racionalistas "ingenuos" como Jeremías Bentham hasta los racionalistas más críticos, como Henry Hazlitt.⁸

Sin embargo, el problema del origen de la obligación moral cae fuera del ámbito del Derecho y sólo es discutible dentro del de la moral o de la ética. Pero, de nuevo, toda legislación positiva ha de tener cuenta de ese límite marcado por el universal sentido de obligación moral en el ser humano, obligación que se constituye así, como los otros tan mentados derechos fundamentales e inalienables del hombre, en parte de la esfera sagrada de la libertad personal que a ningún legislador le es permitido transgredir. Es precisamente por ello, por ejemplo, que el Derecho contemporáneo de las sociedades democráticas ha acabado por aceptar el principio de la "objección de conciencia".

Una mención he de hacer aquí del aporte-tan debatido- del magisterio de la Iglesia Católica en material generalizadamente "social".

El pensamiento social cristiano se afinca últimamente en supuestas realidades que trascienden la experiencia.

8. Ver la interesante distinción que hace Henry Hazlitt en "Los Fundamentos de la moral" Cap. VIII (The Foundations of Morality, Van Nostrand, 1964) entre el utilitarismo "de caso" y el utilitarismo de "norma" o de "regla".

En cuanto tal, el discurso de magisterio eclesiástico no puede siempre coincidir con las posiciones de liberales y socialistas, que excluyen explícitamente por principio el recurso a la inferencia a partir de esas realidades trascendentes.

Sin embargo, ese recurso a lo trascendente ha sido de hecho parte esencial de la tradición de Occidente y se ha mostrado beneficiosamente fecundo en conclusiones que han incorporado en diverso grado las legislaciones de Occidente; tales, por ejemplo, la supremacía de la dignidad de la persona, la solidaridad de los que disponen de más hacia los que disponen de menos, el llamado a todos y cada uno a trabajar por el bien "común", el respeto a la propiedad ajena, el principio de equidad por encima incluso del de la justicia, el ejercicio responsable en lo íntimo de la conciencia individual frente a la acción del Estado, la igualdad ante la ley de la mujer y el hombre, el derecho primario de los padres a la patria potestad sobre sus hijos, etc.

La legitimación, respeto de estos valores, no puede hacerse de la misma manera desde premisas prudenciales que desde premisas trascendentemente

categorías. Pero ahí están, vigentes y fecundos, aceptados mayoritariamente por creyentes y agnósticos. Quizás eso tenía en particular en la mente Hayek cuando calificó a los profetas y sacerdotes como "los guardianes de la tradición", tradición que entraña por antonomasia el derecho consuetudinario arrinconado en nuestra América Ibérica desde la explosión de frenesí legislativo y codificador de la Revolución Francesa.

Los valores, en conclusión, no se pueden legislar; pero tampoco pueden ser ignorados por la ley, que está hecha para los hombres que los viven, no para ficciones jurídicas.

En el mundo pluralista de nuestros días, el desafío por anclar sólidamente el mundo de los hechos en el de los valores abarca todas las facetas de la actividad humana, incluyendo ésa tan peculiarmente áspera de los conflictos de intereses y de las demandas mutuas que conciernen a la actividad jurídica.

Estar conscientes de ese desafío puede ser, para los practicantes de la profesión, el auténtico comienzo de la sabiduría.

Guatemala, 5 de marzo de 1991.