

XXVIII. DERECHO NATURAL, MORAL Y DERECHO POSITIVO

§ 1. *La relación entre derecho natural y derecho positivo*

ALGUNOS representantes del positivismo jurídico, particularmente Bergbohm y Kelsen, sostienen que el derecho positivo y el derecho natural no pueden valer al mismo tiempo, porque cada orden normativo excluye necesariamente al otro. Antes de tomar partido en este problema deseamos hacer notar que en la doctrina jurídica el término 'validez' se utiliza en tres acepciones distintas: ¹ puede significar la validez ética de una norma o su efectividad en una comunidad determinada o, finalmente, que la norma considerada fue legalmente expedida, por lo que es obligatoria dentro del respectivo orden jurídico. Como esta tercera acepción es únicamente aplicable dentro del orden jurídico en que fue expedida la norma, podemos hacerla a un lado. Para los objetivos que perseguimos, nos basta considerar la posibilidad de negar a un orden jurídico, o a una parte de él, toda validez ética y, sin embargo, reconocer su validez jurídica-positiva, a condición de que en este segundo aspecto, el término 'validez' se reduzca al concepto de efectividad a que nos referimos en los renglones que anteceden. La confusión de estas dos diversas acepciones da origen a numerosos malentendidos: si, para poner un ejemplo, un partidario del derecho natural habla de la validez del derecho, piensa siempre en la validez ética de las normas; pero si es un juspositivista moderado (ver p. 399) quien se ocupa de la validez de un orden jurídico, tendrá a la vista la efectividad de sus normas. Fácilmente se observa que entre estos dos puntos de vista no existe contradicción alguna, ya que es posible que una

¹ Sobre el concepto sociológico de 'validez', véanse las pp. 295 y ss.

norma éticamente valiosa pueda carecer de efectividad, e inversamente una norma que se muestra efectiva en la realidad puede no ser moralmente obligatoria. Pero si la discusión se plantea con el positivismo jurídico radical, que entiende por validez del derecho positivo su obligatoriedad absoluta, resulta indudable que no queda lugar para la validez del derecho natural.

En cambio, no existe dificultad alguna para admitir la coexistencia del derecho natural con un derecho positivo legalmente expedido; el derecho natural no es un sistema jurídico cerrado y tiende siempre hacia el derecho positivo. La doctrina jusnaturalista afirma la existencia de una relación necesaria entre los dos, lo que se prueba, ante todo, considerando que el poder público presupone las normas jusnaturalistas, toda vez que su legitimidad tiene que apoyarse en una norma supra-positiva. El mismo positivismo jurídico de Kelsen se vio obligado a aceptar la existencia de una norma fundamental supra-positiva, a fin de poder atribuir carácter normativo a los actos de voluntad del legislador (ver pp. 287 y ss.); pero como su norma última es una pura hipótesis, en el mejor de los supuestos puede ser usada para presumir la fuerza obligatoria del derecho positivo, pero en manera alguna para constituir su fundamento. Para alcanzar este fin —tal como lo había ya sostenido Kant— es preciso reconocer, por lo menos, la existencia de una norma de derecho natural que sirva de fundamento a la fuerza obligatoria del derecho positivo. Ahora bien, así como hay un puente que conduce del derecho positivo al natural, así también existe un camino que lleva de éste a aquél: el derecho natural necesita ser completado por el derecho positivo —según lo demostró Santo Tomás desde el Medievo (ver. pp. 125 y ss.).

La determinación concreta del derecho natural primario se logra parcialmente por conducto del derecho natural secundario (ver pp. 370 y ss.). Pero éste debe ser expedido legalmente por el legislador o formulado por el juez a fin de que pueda adquirir efectividad en el seno de la comunidad. Esta circunstancia prueba que en la individualización de las normas de la moral y del derecho natural hay una diferencia esencial, pues mientras las primeras son aplicadas al caso concreto por la conciencia del hombre obligado, la individualización de las normas jusnaturalistas se efectúa por los órganos de la comunidad de conformidad con los procedimientos respectivos.

A lo anterior debe añadirse que en la mayoría de los casos, el derecho natural secundario es elástico, por lo que el legislador debe decidir cuál de sus diversas normas posibles ha de ser obligatoria.

Para la mejor comprensión de las ideas expuestas, séanos permitido aportar dos ejemplos: si aceptamos que una norma primaria obliga a la autoridad a proporcionar a todos los ciudadanos la oportunidad de obtener los satisfactores materiales necesarios a la vida de las familias, tendremos que convenir que su aplicación nos conducirá —según las circunstancias— a distintas soluciones; si los productos alimenticios existen en cantidad suficiente, la autoridad política cumplirá su deber ofreciendo a los ciudadanos la posibilidad de adquirirlos en el mercado libre; pero si existen en proporción limitada, el derecho natural secundario impone el racionamiento de los productos, ya que de otra manera no podría alcanzarse el fin deseado; la manera como habrá de efectuarse el racionamiento es cuestión que corresponde al derecho positivo. Un resultado idéntico se alcanza si, partiendo de la misma norma jusnaturalista primaria, deducimos la consecuencia de que el Estado tiene el deber de cuidar de la seguridad del tránsito en las carreteras; es natural pensar que si el tránsito de vehículos es intenso, las medidas de seguridad deberán ser más estrictas que en la hipótesis de un tránsito reducido; también en estos casos corresponde al derecho positivo determinar las medidas concretas adecuadas. Estos ejemplos son una demostración palpable de que la doctrina del derecho natural, si quiere armonizar con la dinámica de la historia, no puede prescindir del derecho positivo. De ahí que escritores como Pufendorf y Christian Wolff, que intentaron construir un sistema completo de derecho natural, se vieran obligados a incluir en él al derecho positivo de su época.

El derecho natural está necesariamente referido al derecho positivo y éste a aquél; *solamente en su unión se da el derecho concreto de cada comunidad*.

La conclusión que antecede no ha de interpretarse en el sentido de que todas las normas del derecho positivo son éticamente obligatorias; pueden no serlo si contradicen claramente al derecho natural. En cambio, las faltas leves del derecho positivo no deben ser tenidas en consideración, porque de otra manera no sería posible la realización de la finalidad última de la comunidad,

que es conseguir el orden y la paz en las relaciones entre los hombres. La resistencia pasiva en contra de aquellas leyes que no contradigan claramente al derecho natural sólo es admisible si la resistencia no daña al orden público de la comunidad.

La anterior explicación nos permite concluir que las ideas de orden y seguridad no son valores independientes —como creía Radbruch (ver p. 325)— sino que existen enraizadas en el derecho natural.

§ 2. Diferencias y relaciones entre la moral y el derecho

Si es exacto que las normas rectoras de la conducta del hombre emergen del *réos* de su naturaleza, tanto las normas de la moral como las de la ley jurídica natural (derecho natural en sentido objetivo) deben poder ser extraídas de esa misma base ontológica. Conviene aclarar, en relación con esta cuestión, que el término 'moral' se emplea con dos significaciones diferentes: por 'moral' se entiende, bien la totalidad del orden ético (moral en sentido amplio) o una parte de él, que es la que resta después de sustraer la ley jurídica natural (moral en sentido estricto). En virtud de esta distinción, la teología moral considera a la ley jurídica natural como un capítulo de la ética.

El propio Kant reconoció que la moral y el derecho responden a un mismo fundamento; es verdad que en contra de esta interpretación se ha objetado que el filósofo de Koenisberg opuso la autonomía de la moral a la heteronomía del derecho. Pero esta oposición no es absoluta dentro del pensamiento kantiano, ya que tanto los deberes morales como los jurídicos tienen que deducirse de la razón práctica. En consecuencia, la heteronomía del derecho encuentra en el principio de autonomía su fundamento último. Autónomo —según explicamos en el capítulo respectivo— no es el hombre individual y concreto, sino la "voluntad pura". Para el pensamiento kantiano, la autonomía de la persona humana significa que el hombre encuentra en su razón pre-determinada, en su razón práctica, la ley de su conducta; autonomía humana no quiere decir, en manera alguna, que el hombre pueda proponerse libremente sus fines.

Podemos ahora, teniendo a la vista las observaciones que anteceden sobre los fundamentos generales de la moral y del derecho, estudiar sus diferencias y los hilos que conducen de una a otro.

La respuesta a esta pregunta se desprende de la doble naturaleza del hombre, persona con responsabilidad propia y ser social. Como persona responsable, está obligado a desarrollar su naturaleza ética y espiritual y a alcanzar su finalidad suprema. El desenvolvimiento de su naturaleza comunitaria queda comprendido dentro del deber de desplegar su personalidad individual o, expresado en otras palabras, el amor al prójimo, fundamento de los deberes sociales, es, a la vez, un presupuesto esencial del perfeccionamiento humano. De ahí que los deberes sociales, que nos obligan a ejecutar todo aquello que es necesario para la conservación de la sociedad y a evitar todo lo que pueda constituir un daño, sean, al mismo tiempo, deberes morales.

Entre las normas morales hay algunas que muestran una fisonomía particular. Ahrens y Cathrein, coincidiendo en el tema, enseñaron que el derecho, incluido el derecho natural, se distingue de la moral en sentido estricto en que ésta persigue como fin el perfeccionamiento de la persona, en tanto las normas jurídicas se proponen asegurar aquellos presupuestos sociales que son indispensables para que los hombres puedan alcanzar sus fines individuales. Además de esta diferencia finalista existe otra, de naturaleza formal: mientras la mayoría de las normas se limitan a imponernos deberes, hay algunas que reconocen a ciertas personas un derecho subjetivo, en virtud del cual pueden exigir de nosotros una conducta determinada; el conjunto de estas normas recibe el nombre de derecho, en tanto las restantes normas éticas son llamadas moral en sentido estricto; la moral nos obliga a observar una cierta conducta respecto de los demás hombres, pero no concede a éstos la facultad de exigirla de nosotros; en sentido inverso, cada deber jurídico faculta a una persona o a una comunidad humana para demandar el cumplimiento de la conducta prescrita: estar jurídicamente obligado significa tener el deber de cumplir una determinada conducta en beneficio de aquellas personas que poseen el derecho subjetivo correlativo.

Esta peculiar naturaleza del derecho, que normalmente une a la pretensión la facultad de demandar el cumplimiento de la obligación, ha inducido, no solamente a Thomasius, Kant y Fichte, sino también a algunos filósofos cristianos, a negar la pertenencia del derecho a la ética. Así, a ejemplo, Albert Auer O. S. B. escribió: "El derecho natural es, ante todo, la dignidad humana que se expresa en pretensiones y exigencias concretas,

es la dignidad del hombre, único ser que puede adquirir conciencia de sí mismo; es la única persona y, como tal, la imagen de Dios. El derecho natural, para decirlo en una forma ingenua y simple, es el derecho a ser uno mismo.”² René Marcic ha insistido también en la independencia del derecho respecto de la moral.³ Mediante esta afirmación de la autonomía de la esfera jurídica, los escritores citados quieren grabar fuertemente los derechos del hombre en cada una de nuestras conciencias. ¿Pero cómo pueden quedar asegurados nuestros derechos si hacemos a un lado el deber de los hombres de respetarlos y el de las autoridades de protegerlos? Quien desee defender los derechos que fluyen de la dignidad humana, debe acentuar el deber de respetarlos, pues de la misma manera que a los deberes jurídicos se contraponen los derechos subjetivos, así también por cada derecho existe un deber correlativo. Sin duda, existen deberes sin que se dé un derecho subjetivo, tales los deberes morales, pero no puede existir un solo derecho sin un deber correlativo, ya que es únicamente sobre la base de la obligación de respetar y proteger los derechos subjetivos de los otros hombres como puede elevarse la pretensión subjetiva a una conducta determinada, a la categoría de un derecho perfecto. Para que estos deberes adquieran un máximo de efectividad, es necesario que además de basarse en el derecho positivo, hundan sus raíces en la moral. En suma, la distinción entre moral y derecho, sin duda alguna justificada, no debe inducirnos a un desgarramiento del mundo ético en dos reinos radicalmente distintos.

A mayor abundamiento, el derecho positivo no puede alcanzar su cumplimiento y efectividad integrales si los órganos estatales no tienen la voluntad de interpretarlo y aplicarlo de acuerdo con su significado verdadero. Tal es la razón por la que los sistemas jurídicos no se conforman con el señalamiento de sanciones para las autoridades que no aplican fielmente las leyes, sino que les exigen el juramento de cumplir y hacer cumplir las leyes según su leal saber y entender. A esto se suma que la amenaza de la sanción deja de ser efectiva cuando se refiere a los órganos supremos, a los que se llama órganos-límite, toda vez que los órganos de control no pueden extenderse indefinidamente;

² AUER, *Der Mensch hat Recht* (1956), pp. 101 y ss.

³ MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat* (1957), pp. 159 y ss.

a cada orden jurídico se plantea siempre la pregunta: *Quis custodiet custodes?* El contralor último del derecho no puede ser otro que la voluntad ética de los órganos estatales de cumplir su cometido respetando firme y honorablemente el derecho.⁴ Estas consideraciones constituyen la prueba de que las sanciones externas (ejecución, pena, facultad económico-coactiva) no pueden ser las últimas sanciones jurídicas, ya que su aplicación legal depende de la voluntad de los órganos-límite para imponerlas solamente en los casos y de conformidad con los procedimientos legales. Por tanto, la validez de las normas de un orden jurídico que prescriben a los hombres una conducta bajo la amenaza de una sanción, depende, en última instancia, de la regla moral que prescribe a los órganos-límite el estricto respeto del derecho en todas sus decisiones. Si esta norma moral se suprimiera, carecerían de sentido todas las reglas que imponen sanciones a quienes las violan, porque nadie se sentiría obligado a imponer las penas en la forma prevista en las leyes.

Antes de poner fin a estas meditaciones preguntemos una vez más si será verdad que el derecho es independiente de la moral, especialmente si se concibe a ésta como las normas desprendidas del doble principio del amor a Dios y al prójimo.⁵ Diremos, ante todo, que no sólo el Doctor Angélico, sino también Pufendorf, respondieron en forma negativa; los dos defendieron la tesis de que el derecho natural puede ser igualmente deducido de aquel doble mandamiento (ver pp. 124 y 208). Sin embargo, en los últimos años se han elevado algunas voces en contra de la tesis del Aquinatense: Albert Auer sostiene que el poder jurídico es esencialmente distinto del mundo del amor: "El derecho penetra más hondamente en el ser, es, por así decirlo, primitivo; no es la esfera suprema de lo valioso; pero mientras más primitivo, menos sujeto a violaciones."⁶ La misma doctrina es defendida por Marcic, para quien el derecho está "más cerca del ser" y se extiende delante de la moral.⁷ Estas observaciones encierran un

⁴ VERDROSS, *Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral, Forum der Rechtsphilosophie* (1950), pp. 9-19; y *Völkerrecht* (2^a edición, 1950), pp. 24-27.

⁵ Deuteronomio, vi, 5; Levítico, xix, 18; Evangelio según San Mateo, xxii, 37-40; Evangelio según San Marcos, xii, 30-31.

⁶ AUER, *Der Mensch hat Recht*, p. 103.

⁷ MARCIC, *Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*, p. 159.

fondo de verdad en la medida en que previenen contra la confusión de derecho y moral: ésta —según hemos indicado repetidamente— se dirige al perfeccionamiento del hombre, en tanto la ley jurídica natural y el derecho positivo se limitan a crear los presupuestos sociales indispensables para que los seres humanos puedan aspirar a la realización de sus fines. De ahí que sea exacta la afirmación de que la moral es sublime con relación al derecho. Pero no debe desconocerse que las normas jurídicas también están dirigidas, si bien *en forma mediata*, al ~~réalo~~ de los hombres, justamente porque su misión consiste en preparar los presupuestos que facilitan a los hombres conducir una existencia digna. En la medida en que el derecho, escalón inferior en la escala del mundo ético, sirve a la moral del amor, asegura un mínimo de amor activo, indispensable para la convivencia de los hombres, base ésta a su vez para que cada persona pueda desenvolver más fácil y fructíferamente su moral individual del amor.⁸ El derecho y la moral del amor “se complementan recíprocamente, actúan el uno sobre la otra e inversamente se vivifican y apoyan y se toman de la mano para recorrer el camino de la concordia y de la paz. Si el derecho prepara el camino del amor, éste completa y perfecciona al derecho”.⁹

§ 3. Derecho natural y positivismo jurídico

Es suficientemente sabido que el positivismo jurídico sostiene que no hay más derecho que el derecho positivo. Esta afirmación puede no obstante entenderse de dos maneras distintas: la concepción positivista radical entiende que el derecho natural es una simple ideología, que puede, si acaso, ser utilizada por los críticos para fortalecer o debilitar al derecho positivo. Está fuera de duda que entre esta corriente, a la que denominamos positivismo jurídico dogmático o radical, y la doctrina del derecho natural existe una contradicción insalvable.

Apartándose de esa postura extrema, los representantes del positivismo jurídico moderado se contentan con la afirmación de que el término ‘derecho’ debe reservarse para el derecho positivo,

⁸ En FUCHS, *Lex naturæ*, pp. 157-182, se puede encontrar una exposición amplia sobre este tema de las relaciones entre el derecho y el amor.

⁹ Pío XII, en su mensaje navideño de diciembre de 1942 (*Con semper*), y en el año siguiente (*Esperanza de la paz*).

sin que ello implique el desconocimiento de la existencia de un orden jurídico superior. El positivismo jurídico moderado se propone como tema la ciencia del derecho, concebida como el análisis de las normas efectivamente vigentes, cualquiera sea su contenido, y deja a la ética, o ciencia de la moral, la consideración de su validez intrínseca. Cada persona es libre para seleccionar su objeto de conocimiento, limitarlo y darle la denominación que le agrade; se puede, claro está, discutir sobre la conveniencia de la terminología adoptada por el investigador, pero no sobre la exactitud de ella. En relación con este tema, el papa Pío XII, en el discurso de 3 de octubre de 1953, pronunciado en Castel Gandolfo ante el Congreso Internacional de Derecho Penal, expresó que: "El derecho tiene su último y necesario fundamento, su estabilidad e inmutabilidad en el orden ontológico ... Las exigencias que derivan de él son las normas últimas del derecho ... *Que se dé a estas exigencias de la naturaleza el nombre de 'derecho' ... o 'postulados de la naturaleza', importa poco.*"* Es necesario reconocer que existen, que no han sido creadas caprichosamente por el hombre, que están enraizadas ontológicamente en la naturaleza humana, que no es el hombre quien las ha producido y que deben valer universalmente; el derecho público y el derecho internacional tienen en la naturaleza humana común una base clara, sólida y permanente. Un *positivismo radical** no puede justificarse a la luz de la razón. Pero si el positivismo, aun reconociendo estas exigencias fundamentales de la naturaleza, *reserva el término derecho para las leyes promulgadas por el poder legislativo*,* se podrá discutir si su terminología es exacta, pero es evidente que ofrece una base común para la formación de un derecho internacional basado en el orden ontológico."¹⁰

La solución es más difícil cuando se considera aquella parte del positivismo jurídico que declara jurídicamente obligatorias a todas las normas sociales coactivas, pues dentro de esta tesis se presentan dos interpretaciones: generalmente se quiere significar que existe el deber interno o ético de obedecer las normas de la comunidad; tal es el sentido que da Karl Bergbohm al término "deber jurídico"; este antiguo maestro habla de la existencia de un deber de obediencia incondicional frente al derecho positivo.¹¹

* Cursivas del autor (Verdross).

¹⁰ *Jahrbuch für internationales Recht* (1954), vol. iv, pp. 171 y ss.

¹¹ *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, p. 486.

No entraremos en este lugar a la discusión sobre si una obediencia de ese tipo es más perjudicial a la colectividad que la resistencia pasiva en contra de las leyes que contrarián abiertamente a la moral; nos limitamos a señalar que esta doctrina no sólo desconoce al derecho natural, sino que también niega la existencia de la moral. Es, en verdad, la manifestación extrema o radical del positivismo dogmático.

Las condiciones del problema son distintas si el término 'deber jurídico' se usa para expresar, no una obligatoriedad ética, sino tan sólo que un sistema normativo está dotado de sanciones jurídicas. La antigua teología moral ya había distinguido entre las leyes que obligan en conciencia y las leyes puramente penales (*leges poenales*); a este respecto, Johannes Gerson (1363-1429), Jaques Almain (1480-1515) y Fernando Vásquez (ver p. 139) defendieron la tesis de que la *lex civilis* no liga a la conciencia, pues su punto de apoyo radica en las sanciones previstas en las leyes. La teología moral, sin embargo, rechazó esta exagerada postura, lo que no fue obstáculo para que la recogiera Christian Thomasius (ver pp. 193 y ss.); este escritor —según explicamos en otro capítulo— concibió a los deberes jurídicos, en oposición a los morales, como deberes externos, que se imponen gracias a la amenaza de la sanción que los acompaña.

También para Kelsen las normas del derecho positivo son normas coactivas, toda vez que expresan una relación entre una conducta determinada y ciertas consecuencias coactivas; dicha relación —llamada por Kelsen "imputación"— no es una imputación moral, sino la relación, derivada de un orden jurídico determinado y ajena por completo a la moral, entre una conducta y una o varias consecuencias de derecho. La doctrina de Kelsen, sin embargo, puede subsistir al lado del derecho natural —según se deduce de las consideraciones siguientes: su propósito ha sido hacer un análisis del derecho positivo, libre de valoraciones; desde este punto de vista, la teoría pura del derecho se distingue de la doctrina del derecho natural porque ésta pretende resolver, precisamente, el problema de la justificación o injustificación del derecho, cuestión que está más allá de los límites fijados por Kelsen a sus meditaciones. El ilustre profesor de la Universidad de Viena se limita a sostener que un orden jurídico positivo vale tal como ha sido formulado, independientemente del juicio de valor que pudiera hacerse respecto de su justificación, pero

a condición de que presupongamos una norma fundamental que prescriba que debemos conducirnos tal como lo ordena la constitución que le sirva de base; la finalidad de esta norma hipotética es, exclusivamente, servir de punto de apoyo al análisis positivo del derecho. Kelsen dice expresamente que se *puede* presuponer esta norma, pero nunca ha dicho que tengamos que presuponerla (ver p. 288). De ahí que su pensamiento sea compatible con una doctrina que no presuponga la norma hipotética, sino que postule, como principio fundamental, la concordancia entre el derecho positivo y los ideales de justicia, particularmente con la idea del derecho natural.

De las consideraciones que anteceden se deduce que si bien el positivismo *dogmático* está en abierta contradicción con la doctrina del derecho natural, la oposición no existe con el positivismo jurídico hipotético: en efecto, en tanto la doctrina del derecho natural valora al derecho positivo partiendo de una norma *jusnaturalista*, el positivismo hipotético se limita a describir y analizar las normas del orden jurídico positivo, sin hacer comentario alguno sobre su justificación o injustificación. De ahí que un representante de esta tendencia pueda, sin incurrir en contradicción, negarse a obedecer una norma jurídica positiva, si su contenido contraría sus principios éticos. E inversamente, un partidario del derecho natural puede reconocer que una norma es socialmente efectiva, no obstante su contradicción con un principio *jusnaturalista* y que, en consecuencia, puede ser objeto de un análisis científico.¹² Más aún, los *jusnaturalistas* deben ante todo conocer el derecho positivo, pues únicamente pueden efectuar un análisis valorativo de las normas vigentes en una comunidad, si previamente conocen su existencia y su contenido; toda valoración presupone el conocimiento del objeto por valorar.

¹² VERDROSS, *Zur Klärung des Rechtsbegriffes*, en: *Juristische Blätter* (1950), vol. LXXII, p. 97.