

NUEVO EXAMEN DEL IUSNATURALISMO

Alberto Benegas Lynch (h)

A natural rights theory asserts that the end of the state is to protect liberty and property, as these conceptions are understood independent of and prior to the formation of the state. No rights are justified in a normative way simply because, the state chooses to protect them, as a matter of grace. To use a common example of personal liberty: the state should forbid murder because it is wrong; murder is not wrong because the state forbids it.

Richard A. Epstein

En el proceso de evolución cultural, si se toman en cuenta los diez mil años que se estima, transcurrieron desde los primeros indicios de lo que puede considerarse son relaciones sociales en este planeta, resulta sumamente reducida la porción de tiempo desde que aparece la noción de los derechos inalienables de la persona. Aun con diversos matices, las distintas corrientes -de la tradición iusnaturalista tienen en común que la fundamentación de aquellos derechos pone de relieve que son inherentes al individuo debido a la naturaleza del ser humano y no como consecuencia de convención o construcción alguna por parte, del hombre.

I. Concepto de naturaleza. Acción, libertad y propiedad. Determinismo y libre albedrío

En el contexto del trabajo que aquí presentamos, cuando aludimos a la *naturaleza* no hacemos referencia a leyes físicas ni al “estado natural” del bruto sino que aludimos a la esencia y propiedad característica del hombre, lo cual no es fruto de su diseño ni es consecuencia de su invención. Éste es precisamente el sentido que deriva de la expresión *naturalis*. D. Hume explica que: “No es impropio recurrir a la expresión *ley natural* si por natural entendemos lo que es común a la especie e incluso si lo circunscribimos a lo que es inseparable de la especie”². H. B. Veatch señala que: “Opinar que el derecho natural no se basa en la naturaleza sino que está constituido por meras afirmaciones de quienes suscriben la postura iusnaturalista es lo mismo que sostener que son derechos que aparecen por

² *A treatise on human nature*, London 1890, vol II, p. 258.

decreto”². Dice M. N. Rothbard que: “Es en realidad curioso que filósofos modernos sospechen del término ‘naturaleza’ como si estuviera vinculado al misticismo o a lo sobrenatural [...]. Dos átomos de hidrógeno combinados con uno de oxígeno producirán una molécula de agua, comportamiento que es exclusivo de la naturaleza del hidrógeno, oxígeno y agua. No hay nada misterioso o místico acerca de estas observaciones. ¿Por qué entonces cavilar sobre el concepto ‘naturaleza’? [...] Dado que el mundo no consiste en una cosa homogénea o una sola entidad, se sigue que cada una de estas cosas diferentes posea atributos distintos, de lo contrario serían la misma cosa. Pero si A, B, C, etcétera, tienen atributos diferentes se concluye inmediatamente que tienen distinta *naturaleza*. También se concluye que cuando estas cosas diversas interactúan ocurrirán resultados específicos, delimitables y definibles. En resumen, causas delimitables y específicas producirán *efectos* delimitables y específicos. El comportamiento de cada una de estas entidades es la ley de su naturaleza y esta ley incluye aquello que ocurre como consecuencia de las aludidas interacciones. El conjunto de estas leyes puede denominarse la estructura de *la ley natural* [...] si las manzanas y las piedras y las rosas tienen naturaleza específica, ¿es el hombre la única entidad, el único ser que no tiene naturaleza? Y si el hombre tiene una naturaleza ¿por qué no puede estar abierta a la observación y reflexión racional? [...] La ética de la ley natural establece lo que es bueno, lo que es mejor para ese tipo de criatura; ‘la bondad’ es, por cierto, relativa a la naturaleza de la criatura de que se trate [...]. En el caso del hombre, la ética de la ley natural establece que la bondad o la maldad pueden determinarse según lo que convenga o contradiga lo que es mejor para la naturaleza del hombre”³.

Ahora bien, dado que el ser humano es imperfecto, está insatisfecho y, por ende, actúa. La acción humana implica propósito deliberado. Está en la naturaleza del ser humano que su acción se dirija a pasar de una situación menos satisfactoria a una más satisfactoria. No resulta posible concebir acción humana que no posea esa característica. Desde el punto de vista del sujeto actuante, su acción se explica exclusivamente por ese motivo. *Ex-ante* estima que estará mejor después de realizado el acto. *Ex-post* ratificará o rectificará su conducta según cómo valore sus nuevos elementos de juicio. Sus juicios de valor podrán ser considerados pedestres o sublimes, nobles o perversos pero siempre la acción humana obedece al interés personal de quien la lleva a cabo y, como queda dicho, el fin de la acción y los medios empleados serán elegidos según sea la estructura valorativa de quien actúe. En el referido tránsito de una situación menos satisfactoria a una situación más satisfactoria debe subrayarse que los términos “menos satisfactorio” y “más satisfactorio” son de apreciación

2“ Natural law: dead or alive?”. Literature of Liberty, Institute for human Studies, octubre-diciembre de 1978. Véase también, para las diversas interpretaciones de la expresión *naturaleza*, a J. Hospers, *La conducta humana*, Tecnos, 1979, p. 139 y ss.; F.A Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, The University of Chicago Press, 1976, vol.II, pp.59-60; G. Del Vecchio, *Filosofía del Derecho*, Bosch Ed., 1947, p.498 y ss., y E.Wolf, *El problema del derecho natural*, Ariel, 1961, cap.I.

3 *The ethics of liberty*, Humanities Press, 1982, pp. 9-10.

subjetiva⁴ y, por ende, en este contexto el progreso es también de apreciación subjetiva⁵. A su vez, para que el individuo pueda moverse en la dirección por él apetecida es menester que se lo deje operar en ese sentido sin interponer violencia alguna; en otros términos, es *conditio sine qua non* que se respete su libertad⁶. A su turno, el moverse en una u otra dirección implica que le sea permitido usar y disponer de lo propio⁷. Entonces, la libertad de usar y disponer de lo propio, no sólo corresponde a la naturaleza del ser humano sino que éste la requiere para progresar puesto que la no-libertad implica recurrir a la fuerza para obligarlo a actuar en una dirección distinta de la preferida por él. El uso de la fuerza inexorablemente coloca al individuo en una posición desventajosa respecto de la que se hubiera encontrado, de no haber mediado la imposición violenta. El derecho⁸ como *facultad*, de usar y disponer de lo propio y la libertad son entonces términos correlativos. Por su parte, la justicia como “dar a cada uno lo suyo” según la clásica definición de Ulpiano, tampoco puede separarse de los conceptos de libertad y derecho. Las tres ideas están entrelazadas a través de la propiedad, por eso L. von Mises dice con razón: “el programa del liberalismo [...] si tiene que ser condensado en una palabra esta debería de ser *propiedad* [...]”⁹. En realidad no hay tal cosa como derechos humanos desligados del derecho de propiedad. En el contexto de las relaciones entre las personas, las reglas que se traducen en el respeto por la justicia, el derecho, la propiedad y la libertad se conocen como *normas morales*.

El ser humano es “un animal racional” y su racionalidad le sirve como elemento cognoscitivo y para seleccionar distintos medios para la consecución de específicos fines. La ausencia de libertad anula el atributo de racionalidad del ser humano contrariando su naturaleza. La vida del ser humano carece de significado sin libertad, a menos que consideremos que el mero hecho de respirar constituye vida humana propiamente dicha en lugar de simple vida vegetativa.

Detengámonos ahora un instante a revisar nuestro punto de partida, esto es que el hombre actúa, que tiene propósito deliberado (que delibera sobre el fin), que tiene libre albedrío, que no está determinado. Se ha discutido si el hombre en verdad actúa; se ha sostenido que el hombre es como una máquina programada por sus genes y por el medio ambiente que lo circunda y, por ende, está determinado. Debemos dedicarle atención a estas afirmaciones puesto que de ser

4 Para la explicación de la teoría del valor véase C. Menger, *Principles of economics*, The Free Press, 1950, caps III, VI y punto c del apéndice, y E. Böhm-Bawerk, *Capital and Interest*, Libertarian Press 1959 vol. II. Pp. 121 y ss.

5 Véase en este sentido la noción de productividad en J. Buchanan, *Liberty, market and state*, New York University Press, 1985, pp. 95-96, y del mismo autor “Positive economics, welfare economics and political economy”, *Journal of law and economics* (octubre de 1959).

6 Libertad en el contexto de las relaciones sociales alude a “ la ausencia de coerción y compulsión ilegítima de otros hombres” , lo cual no debe confundirse con los empleos metafóricos del vocablo que se refieren a la biología y a la física; véase mi *Fundamentos de análisis económico*, Abeledo-Perrot, novena edición, 1986, pp. 146-153. Algunas de las referencias a que recurro en el presente trabajo las he tomado de este libro, especialmente de la sección q titulé “El marco institucional”, p. 425 y ss.

7 Al referirnos aquí al derecho de propiedad desde luego que incluimos en primer término a la mente y al cuerpo del ser humano, posición que, por otra parte, es inherente a la filosofía liberal.

8 Hablamos aquí del derecho subjetivo para diferenciarlo del derecho objetivo o positivo (“Ordenamiento social para realizar justicia”).

9 *The free and prosperous commonwealth*, Van Nostrand, 1962, p.19.

ciertas invalidarían el análisis que hemos realizado en relación con la naturaleza del ser humano. Sin embargo, los factores hereditarios y el medio ambiente sin duda influyen sobre el ser humano pero, en el primer caso, el hombre puede actuar según los dictados de sus primeros impulsos o decidir la acción en un sentido distinto. En el segundo caso, debe tenerse presente que el progreso significa que el hombre ha modificado el medio ambiente. Si se desconoce el libre albedrío y se pretende tratar la acción humana del mismo modo que las ciencias naturales no sería posible distinguir entre proposiciones falsas y proposiciones verdaderas. Si los pensamientos son al cerebro lo que la savia al árbol, no habría ideas verdaderas o falsas, del mismo modo que no hay savia verdadera o falsa. Simplemente es. Tampoco sería posible aludir a lo que sirve y a lo que no sirve a determinado propósito puesto que la selección de finalidad es incompatible, con el determinismo. Algo sirve si con cierto comportamiento se logra el fin propuesto, pero si no puede distinguirse entre ideas verdaderas o falsas para la selección del fin carece de sentido la operación mental.¹⁰ M. N. Rothbard sostiene que: “El determinismo, aplicado al hombre resulta ser una tesis contradictoria desde que quien la sostiene se basa precisamente en la existencia del libre albedrío”. Estamos determinados a aceptar las ideas que sostenemos, entonces, X, el determinista, está determinado a creer en el determinismo mientras que Y, el creyente en el libre albedrío, está también determinado a pensar de esta manera. Desde que la mente del hombre, de acuerdo con el determinismo, no es libre para pensar y llegar a conclusiones sobre la realidad, resulta absurdo que X trate de convencer a Y o a ningún otro acerca de la verdad del determinismo. En resumen, el determinismo se basa para difundir sus ideas en la teoría no determinista, es decir, en el libre albedrío, la libertad de adoptar o rechazar ideas”.¹¹ K. Popper observa que: “he dicho que el determinismo físico es una pesadilla. Lo es porque afirma que el mundo en su conjunto, con todo lo que hay en él, es un inmenso autómatas y, por tanto, nosotros no somos más que diminutos engranajes o, a lo sumo, subautómatas suyos. De este modo destruye, concretamente, la idea de creatividad. Reduce a una mera ilusión la idea de que al preparar esta conferencia haya utilizado mi cerebro para crear algo nuevo. Según el determinismo físico, lo único que ha ocurrido, es -que ciertas partes de mi cuerpo han hecho señales negras sobre un papel blanco: cualquier físico, con una información suficientemente detallada, podría haber escrito mi conferencia por el sencillo, expediente de predecir los lugares exactos en que el sistema físico, constituido por mi cuerpo (que incluye mi cerebro y mis dedos) y mi pluma, pondrían esas marcas negras. Pondré un ejemplo aun más impresionante: si el determinismo físico está en lo cierto, entonces un físico completamente sordo que nunca haya oído una composición musical podría escribir todas las sinfonías y conciertos de Mozart o Beethoven con el simple expediente de estudiar los estados físicos exactos de sus cuerpos y predecir en qué lugar del pentagrama habrían de poner las señales negras. Nuestro físico sordo podría hacer aun más, cosas: mediante un estudio

¹⁰ Véase L. Von Mises, *The ultimate foundation of economic science*, Van Nostrand, 1962, pp.29-30.

¹¹ “The mantle of science”, *Scientism and values* (comp. H. Schoeck y J. W. Wiggins), Van Nostrand, 1960, p.161.

suficientemente detallado de los cuerpos, de Mozart o Beethoven podría componer partituras que ellos, de hecho, nunca escribieron, pero que habrían escrito si hubieran sido distintas algunas circunstancias de sus vidas: si hubiesen comido cordero, ponga por caso, en lugar de pollo o si hubiesen bebido té en lugar de café. Todo esto puede hacer nuestro físico sordo si se le suministra un conocimiento suficiente de las puras condiciones físicas. No necesitaría saber nada de la teoría musical, aunque debería ser capaz de predecir todas las respuestas que hubiesen dado Mozart o Beethoven en un examen a base de preguntas relativas a la teoría del contrapunto. Creo que todo esto es absurdo y creo que el absurdo se hace aun más patente si aplicamos a un determinista este método de predicción física. Según el determinismo, una teoría -por ejemplo, el determinismo- se sostiene a causa de cierta estructura física de su defensor (tal vez de su cerebro). De acuerdo con ello, nos estamos engañando a nosotros mismos (y estaríamos físicamente determinados a hacerlo) cuando creemos que existen cosas tales como argumentos o razones que nos hacen abrazar el determinismo. En otras palabras, si el determinismo físico es verdadero, no es defendible ya que debe explicar todas nuestras reacciones (incluso las que nos parecen creencias basadas en argumentos) en términos de *condiciones puramente físicas*".¹² Y en la página, siguiente de la misma obra, Popper dice en una nota a pie de página que cuando se reta a los "oponentes a que *especifiquen* alguna realización observable en el hombre que, en principio, no pueda llevar a cabo una máquina [...] este desafío es una trampa intelectual: al *especificar* un tipo de comportamiento, suministramos condiciones para la construcción de un computador".¹³

N. Branden señala que, en última instancia: "El libre albedrío consiste en una acción, en una elección básica: pensar o no pensar [...]. La doctrina del determinismo encierra una contradicción central e insuperable -una contradicción epistemológica-, una contradicción implícita en todas las variedades de determinismo [...] la visión determinista del hombre sostiene que si éste piensa o no, si conoce los hechos de la realidad o no, si ubica los hechos antes que sus inclinaciones o sus inclinaciones antes que los hechos, todo está determinado por fuerzas que se encuentran fuera de su control. En cualquier circunstancia, su funcionamiento mental es el resultado inevitable de una cadena de antecedentes sin fin: no tiene posibilidad de elegir. Los deterministas afirman que lo, que hace el hombre lo *tenía* que hacer, ,aquello en lo que cree lo *tenía* que creer, si concentra su mente en algo *tenía* que concentrarse, si evade la concentración *tenía* que hacerlo, si sólo se guía por la razón, *tenía* que hacerlo, si está guiado sólo por sentimientos *tenía* que hacerlo; no podía *evitar* aquellas situaciones. Pero si esto fuera cierto no habría, posibilidad de conocimiento conceptual para el hombre. Ninguna teoría sería más plausible que otra, incluyendo la teoría del determinismo psicológico [...] puesto que los partidarios de esa doctrina, no podrían afirmar que *saben* que su teoría es verdadera; sólo podrían decir que se sienten compelidos a creer de esa manera [... ya que] son incapaces de juzgar sus propios juicios [...]. Una mente que no es libre de verificar sus conclusiones -una

¹² *Conocimiento objetivo*, Tecnos, 1974, pp.207-208.

¹³ *Ibidem*, p.209.

mente cuyo juicio no es libre- no tiene manera de diferenciar lo lógico de lo ilógico [...] no puede pretender que posea conocimiento de ningún tipo; esa mente está descalificada para tal cosa debido a su propia naturaleza. El mismo *concepto* de lógica es sólo posible para una conciencia volitiva; una conciencia automática no tendría necesidad de ella y no la podría concebir. Los conceptos de lógica, pensamiento y conocimiento no son aplicables a las máquinas. Una máquina no razona, sólo opera según el input que establece el programador. Si está programada para registrar que dos más dos es igual a cuatro operará de esa forma; si está programada para registrar que dos más dos es igual a cinco operará de esa otra forma; no tiene posibilidad de corregir las órdenes y las informaciones que recibe. Si la programación incluye 'autocorrectores' operará según esos autocorrectivos y no según otros; no puede hacer ninguna contribución independiente y autogenerada. Si el hombre fuera meramente una máquina supercompleja, determinado por factores hereditarios -moldeado por sus genes- y operado por su medio, ambiente y su historia cultural no tendría sentido la idea de objetividad o verdad, incluyendo la idea de que el hombre es una máquina. [...En este caso] no podría afirmarse que el conocimiento es posible para el ser humano sin incurrir en contradicciones".¹⁴

II. Aspectos históricos de la ley natural y del derecho natural.
Concepciones desviadas de la tradición:
Hobbes, los derechos sociales y la igualdad de oportunidades.
Relativismo epistemológico

E. Mack afirma que "la teoría tradicional del derecho natural concluye que los individuos poseen derechos debido a su status de personas. Qué clase de acciones violan los derechos de la persona y cómo se justifica que esa negación de la persona está mal? La respuesta más corta es que se violan los derechos de una persona cuando se abusa de ella al tratarla como un medio para los fines de otra persona en lugar de verla como un fin en sí mismo. El comprender cuándo se abusa de una persona o se lesionan sus derechos presupone una teleología de la naturaleza humana: cada persona posee un fin natural y es una función natural para él que apunte a dicho fin natural. El fin natural para cada persona es su felicidad".¹⁵

La idea de la ley natural comenzó a elaborarse desde muy antiguo. Según M. B. Crowe estaba implícita ya en los presocráticos¹⁶. Quinientos años antes de Cristo, en una obra de Sófocles, cuando Antígona discute la decisión del

¹⁴ "Free will, moral responsibility and the law", *The libertarian alternative*, T.R. Machan comp., Nelson Hall, 1974, pp. 435-7. El determinismo tiene implicancias éticas; no puede hablarse de la moralidad o inmoralidad de un acto si el sujeto no es responsable. Tal es la tesis de S. Freud, quien sostiene que el criminal es un enfermo que no debe ser castigado puesto que "la sociedad" es responsable por su conducta debido a las represiones y códigos morales rigurosos que impone; véase R. La Piere, *The Freudian Ethic*, Duell, Sloan & Pearce, 1959; y para el concepto de enfermedad mental véase Th. Szasz, *Law, liberty and psychiatry*, Macmillan, 1963, esp. Primera Parte.

¹⁵ "An outline of a theory of rights", Libertarian Scholars Conference, Princeton University, octubre de 1978.

¹⁶ *The changing profile of natural law*, The Hague, 1977, p. 246.

gobernante de dejar a uno de sus hermanos muertos insepulto afirma: “Como no era Júpiter quien me las había promulgado, ni tampoco Justicia, la compañera de los dioses infernales ha puesto esas leyes a los hombres; ni creí yo que tus decretos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes divinas de manera que un mortal pudiese quebrantarlas. Pues no son de hoy ni de ayer, sino que siempre han estado en vigor y nadie sabe cuándo aparecieron. Por esto no debía yo, por temor al castigo de ningún hombre, violarlas para exponerme a sufrir el castigo de los dioses [...]”¹⁷ Los filósofos griegos, especialmente los estoicos, ejercieron gran influencia en M. T. Cicerón, quien se refiere a la ley natural como de validez universal diciendo que “la recta razón es verdadera ley conforme con la naturaleza, inmutable, eterna, que llama al hombre al bien con sus mandatos y le separa del mal con sus amenazas: ora impera, ora prohíbe, no se dirige en vano al varón honrado, pero no consigue, conmover al malvado. No es posible debilitarla con otras leyes, ni derogar ningún precepto suyo, ni menos aun abrogarla por completo; ni el Senado ni el pueblo pueden libertarnos de su imperio; no necesita interprete que la explique; no habrá una en Roma, otra en Atenas, una hoy y otra pasado un siglo, sino que una misma ley, eterna e inalterable rige a la vez todos los pueblos en todos los tiempos; el universo entero está sometido a un solo señor, a un solo rey supremo, al Dios omnipotente que ha concebido, meditado y sancionado esta ley: el que no la obedece huye de si mismo, desprecia la naturaleza del hombre y por ello experimentará terribles castigos aunque escape a los que imponen los hombres”.¹⁸

En el derecho romano se hacía la división entre las leyes que interesaban a una comunidad particular (*ius civile*), las leyes que regulaban las relaciones entre naciones (*ius gentium*) y la ley de la naturaleza (*ius naturale*) de validez permanente, puesto que *est quod semper aequum et bonum est* (*Digesto*, Lib. I, Tit. 1). Gaius (*Digesto*, Lib. 1, Tit. 1, 9) escribe que “todas las personas son gobernadas por la ley y las costumbres observan leyes que en parte son las suyas y en parte son comunes a toda la humanidad. Aquellas leyes que la gente se da que son particulares a cada ciudad se llaman leyes civiles [...] pero la que la razón natural dicta a todos los hombres y es prácticamente observada de modo uniforme por todos los hombres se llama ley universal [...]”; y Paulus (*Digesto*, Lib. 1, Tit. 1, 11) explica que “podemos hablar de la ley en sentidos distintos; en un sentido podemos referirnos a la ley cuando es siempre equitativa y buena, eso es la ley natural. En otro sentido aquella que es beneficiosa para todos, para muchos de cada ciudad, esto es la ley civil [...] “. Esta noción de la ley natural en el derecho romano constituía, un punto de referencia y aludía a la dignidad de la ley más bien que a su poder compulsivo. Recién es a partir de la Edad Media cuando se comienza a esbozar lo que puede denominarse la teoría moderna del derecho natural, donde expresamente se destaca la supremacía de la ley natural sobre la ley positiva. A. P. d’Entréves explica que “de hecho en ninguna parte encontramos en el *Corpus Iuris* una manifestación sobre la superioridad de la ley natural respecto del derecho positivo en el sentido de que, en caso de conflicto, la primera debe privar sobre el segundo. El concepto romano de la ley natural es

¹⁷ *Antígona*, Ed. Ciorda, 1971, p.68.

¹⁸ *Tratado de la República, Obras escogidas*, Ed. El Ateneo, 1965, p.571

cualquier cosa menos un principio revolucionario. No contiene reivindicaciones de los derechos individuales [...] trataba de reflexiones sobre la ley pero no intentaba dar solución legal a aquello que no era ley. De hecho se la dejaba, de lado cuando había conflicto con la ley [...]. Aunque contrarias a la ley natural las instituciones como la esclavitud continuaban en vigencia. A los efectos de entender el concepto romano de la ley natural debemos separarla no sólo del concepto moderno de los derechos individuales, sino también de la noción de la subordinación del derecho positivo al natural, concepto con el que nos hemos familiarizado debido a estudios posteriores [. . .]. La noción del derecho natural proviene de la tradición romanista y ha ejercido influencia, en su posterior desarrollo, lo cual no hubiera sucedido si se hubiera mantenido en las regiones de la filosofía abstracta [...]. La tradición romana legal ha enseñado a Occidente a concebir la ley como una sustancia común a la humanidad, como un esfuerzo para realizar el *quod semper aequum ae bonum est.*[...]”¹⁹

Una de las manifestaciones más sobresalientes de la concepción moderna, en el sentido de establecer la supremacía del derecho natural respecto del positivismo, se encuentra en el *Corpus Iuris Canonici* (adoptado en el Concilio de Basilea de 1441), que contiene una colección de documentos, algunos de los cuales datan del siglo XII. Así, en el *Decretum Gratiani* (1, VIII, 2) se lee que “cualquier conducta que ha sido adoptada por la costumbre y el uso o cualquier ley escrita, que contradiga la ley natural, debe ser considerada nula”. A este respecto resulta más enfática la célebre sentencia de Santo Tomás de Aquino: “La validez de la ley depende de su justicia. Pero en los asuntos humanos se dice que una cosa es justa cuando es acorde con las reglas de la razón: y, como ya hemos visto, la primera regla de la razón es la ley natural. Por tanto, todas las leyes promulgadas por los hombres están de acuerdo con la razón en la medida en que derivan de la ley natural. Si la ley humana difiere en algún aspecto con la ley natural no será más legal sino más bien corrupción de ley”.²⁰

La Escuela de Salamanca del siglo XVI -principalmente F. de Vitoria, L. de Molina y F. Suárez- ha contribuido notablemente a desarrollar la concepción iusnaturalista enfatizando tanto la idea de la ley natural (*lex naturalis*) como la del derecho natural (*ius naturale*) en lugar de limitarse al tratamiento de la ley natural como era más bien la concepción clásica. La referencia a la *lex naturalis* mostraba cómo la conducta justa y el comportamiento moral eran inherentes a la ley natural y cómo esa conducta y ese comportamiento permitían realizar las potencialidades en busca del bien y, por ende, cómo permitían encaminarse hacia la perfección, lo cual equivale a la felicidad. En otros términos la *lex naturalis* ponía un mayor acento en los deberes del individuo mientras que la expresión *ius naturale* se utilizaba para poner el acento en los derechos de la persona, lo cual se extremó a partir de J. Locke quien, a su vez, recibió gran influencia de

¹⁹ *Natural Law*, Hutchinson University, 1977, p.34. También sobre la distinción entre la concepción clásica y moderna del derecho natural véase L. Strauss, *Natural right and history*, The University of Chicago Press, 1965, caps. IV y V y también T.R. Machan, *Human rights and human liberties*, Nelson Hall, 1975, cap. I.

²⁰ *Suma teológica*, Biblioteca de Autores Cristianos, 1965, 1ª, 2ae, 95, 2.

Salamanca vía H. Grotius, S. Pufendorf y R. Hooker²¹. A partir de este momento el liberalismo circunscribe su atención a que el marco institucional obligue al gobernante a que limite el uso de la fuerza para proteger los derechos de los gobernados, dejando librados a la conciencia de cada cual los actos que no lesionan derechos de terceros. Este es el sentido de la célebre sentencia de Jellinek: “el derecho es un *minimum* de ética”: la moral no se agota, en la ley, ésta establece las disposiciones necesarias para que queden efectivamente garantizados los derechos, el respeto a las autonomías individuales y la necesaria tolerancia entre las personas. Las acciones morales o inmorales que no invaden derechos de terceros no son materia legible.

En la historia del derecho natural no sólo ha habido diversos matices, como se ha señalado, sino que se ha recurrido a dicha expresión con un significado distinto y hasta contrario a la tradición a que nos venimos refiriendo. Como es sabido las diferencias de criterio sobre una teoría no son argumento para negar su validez. Hay totalitarios que dicen suscribir el derecho natural. El origen de este desvío tal vez pueda situarse en T. Hobbes. “Puede resultar totalmente inapropiado sostener que Thomas Hobbes -el famoso filósofo materialista inglés- sea algo parecido a un patrocinador de la doctrina del derecho natural, excepto por el hecho de que él recurre a ese nombre para describir su posición”, dice T. R. Machan²² y agrega que Hobbes mantiene que “el hombre está totalmente determinado a hacer lo que hace debido a las pasiones inherentes a su constitución biológica [...]. Hobbes creía que fuera de la sociedad civil, sin sistema legal, está bien que cada persona haga lo que desea hacer. Afirma que cada uno tiene ‘derecho natural’ a hacer cualquier cosa sin límite alguno [...]. Dice Hobbes que es absurda la creencia de que existen ciertos límites para la acción establecidos por las leyes morales de la naturaleza ya que, según él, no existen límites fuera de lo biológico [...]. Hobbes concluye por este motivo que debe abandonarse el derecho natural, lo cual lo conduce a patrocinar la monarquía absoluta y el estatismo. Hobbes sostiene que no debe haber libertad en la sociedad civil, sólo queda la ley positiva o legislada [...]. ¡Por tanto Hobbes nos ofrece la conclusión paradójica e ilógica de que la, sociedad civil debe someterse al absolutismo debido a que el hombre tiene derechos naturales!”²³ La ley

²¹ Véase L. Strauss, op. Cit., p.165 y ss; M. Grice-Hutchinson, *The school of Salamanca*, Clarendon Press, 1952; M.N.Rothbard, “New light on the prehistory of the Austrian School”, *The foundations of modern Austrian economics* (comp. E.G. Dolan), Sheed & Ward, 1970; E. Kauder, “The retarded acceptance of marginal utility theory”, *Quarterly journal of economics*, LXVII (noviembre de 1953); A. A. Chafuen, *Christians for freedom late scholastic economics*, Ignatius Press, 1986; F. A. Hayek, “The results of human action but not of human design”, *Studies in phillosophy, politics and economics* (The University of Chicago Press, 1967), pp.97-8 y , también de Hayek, “Dr. Mandeville”, *The essence of Hayek*, Hoover Institution, 1984, p. 181 donde dice: “Especialmente en los trabajos de la escolástica tardía, los jesuitas españoles del siglo XVI condujeron a un cuestionamiento sistemático de cómo las cosas se hubieran ordenado si no se hubiera entrometido el gobierno y así produjeron lo que yo llamo la primera teoría moderna de la sociedad que luego fue sumergida por la corriente racionalista del siglo siguiente”. Respecto de R. Hooker y su influencia en J. Locke, véase especialmente C.J. Fiedrich, *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1964, p.105 y ss. Especialmente para la filosofía política de la escolástica tardía, véase *El origen del poder político según Francisco Suárez*, I. Gómez Robledo, Ed. Jus, México, 1948.

²² Op.cit.,, p. 16.

²³ T. R. Machan, op.cit., pp. 18-22. Desviaciones parecidas pueden apuntarse en la obra de J. J. Rosseau.

definida por Hobbes es “el dictado de quien tenga el poder de legislar” puesto que “no es la verdad sino la autoridad lo que hace la ley”²⁴. J. J. Chevallier dice que en Hobbes: “Para que reine la paz, bien supremo, todos han abandonado, en favor del soberano, su derecho natural absoluto sobre todas las cosas. La renuncia de un derecho absoluto no ha podido ser sino absoluta. La transición no ha podido ser sino total. De lo contrario, el estado de guerra natural continuaría entre los hombres en la misma medida en que hubiesen guardado, por poco que fuese, su libertad natural [...]. Los hombres, según Hobbes, se han comprometido a tener por bueno y justo lo que ordena el soberano; por malo e ingrato lo que prohíbe. No es concebible, por parte de ellos, recurrir a nadie contra la legitimidad de las órdenes del soberano “.²⁵

Contemporáneamente también han distorsionado el significado del iusnaturalismo los patrocinadores de los llamados “derechos sociales”, los cuales se traducen en *seudoderechos*. Esto último es así debido a que para otorgar a alguien los aludidos “derechos sociales”, necesariamente, se lesiona el derecho de otra persona, lo cual vulnera, el aspecto medular del iusnaturalismo, cual es el reconocimiento de derechos a todas las personas. A todo derecho corresponde una obligación; la propiedad de alguien implica la obligación universal de respetársela; en cambio si, por ejemplo, se pretendiera otorgar a alguien el “derecho a la vivienda” esto implicaría que un tercero tendría la obligación de proporcionársela sin que éste haya contraído deuda con el supuesto “sujeto de derecho”. De la misma forma se desvirtúa el iusnaturalismo -y para el caso el concepto del derecho a secas- cuando se pretende introducir en la legislación el concepto de igualdad de oportunidades, lo cual, inexorablemente, abroga de hecho la igualdad *ante* la ley, es decir, al introducir esta concepción los individuos dejan de tener iguales derechos puesto que se pretende la igualdad *mediante* la ley. La sociedad libre, que descansa sobre el reconocimiento de los derechos individuales inalienables, permite *mayores oportunidades* pero no iguales oportunidades puesto, que los seres humanos son distintos entre sí desde el punto de vista bioquímico, fisiológico, anatómico y, sobre todo, psicológico y, a dichas desigualdades corresponden distintas manifestaciones que se traducen en diversas oportunidades.²⁶

Como se, ha dicho, no se trata de establecer *quién ha* de determinar en qué consiste el derecho natural sino qué lo determina: nuestros instrumentos mentales, que constituyen la única herramienta de que disponemos para conocer la naturaleza del ser humano y las implicancias de esas propiedades comunes de la especie, lo cual para nada significa que la razón es omnicomprendiva ala usanza del racionalismo constructivista. La posición opuesta -el relativismo epistemológico-, que niega la posibilidad, de la mente de conocer la verdad,

²⁴ Ambas citas son tomadas de F. A. Hayek, op.cit., t. II, p. 45 de los trabajos de T. Hobbes, *Dialogue of the common laws y Leviatan...*, respectivamente.

²⁵ *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo* a nuestros días, Aguilar, 1972, p.59.

²⁶ Me exployo sobre el concepto deseudoderecho e igualdad de oportunidades en mi *Fundamentos...*, op.cit, p. 457 y ss. Para una importante elaboración de las características únicas de cada ser humano y las consiguientes desigualdades véase J. Rostand, *El correo de un biólogo*, Alianza Editorial, 1971, p. 47 y ss., y R. Williams, *Free and unequal:the biological basis for individual liberty*, University of Texas Press, 1953.

además de la contradicción que implica (puesto que aquello se está afirmando como verdad), conduce a una postura autoritaria, ya que en este supuesto no habría tal cosa como el valor justicia, con lo que todo quedaría reducido -a la fuerza de que dispongan quienes circunstancialmente detentan el poder político. En este punto K. Popper señala que “la creencia en la posibilidad de un imperio de la ley, de la justicia y de la libertad difícilmente puede sobrevivir a la aceptación de una epistemología para la cual no haya hechos objetivos, no solamente en un caso particular sino en cualquier caso, y para lo cual un juez no puede cometer un error fáctico porque en materia de hechos no puede estar acertado ni equivocado”.²⁷

III. Ser/deber ser. La ética: juicios fácticos y valorativos: Acerca de las proposiciones no verificables. Juicios analíticos y sintéticos

En algunas oportunidades el célebre dilema ser/deber ser se ha utilizado como argumento contrario al derecho natural, esto es, según se ha afirmado, “ninguna acumulación de observaciones, ninguna experiencia de lo que es, ninguna predicción de lo que será, puede de modo alguno probar lo que *debe ser*”²⁸. Se ha dicho más claramente que no hay manera legítima de pasar de lo que es a lo que *debería ser*. Si esto fuera tal cual se expresa, la ética se convertiría en simples afirmaciones, caprichosas, puesto, que ésta no trata lo que es sino, precisamente, lo que debe ser sustentándose en lo que es. El campo de la ética que es materia legíslable nos dice que, dadas las cosas como son, para que el hombre logre sus fines, como medio idóneo se lo debe respetar. La ética es una ciencia normativa, es decir, no es descriptiva sino prescriptiva. Como queda dicho, no alude a lo que es sino a lo que debe ser. H. Hazlitt señala que: “Las proposiciones o los juicios éticos toman hechos en consideración pero éstos no son puramente fácticos sino valorativos. Pero esto no quiere decir que son arbitrarios o meramente emocionales (en el sentido peyorativo con que este adjetivo es usado por los positivistas)”²⁹. Las proposiciones éticas son también verdaderas o falsas como lo son las proposiciones existenciales, sólo que los hechos a que se refieren están en un plano distinto. En el último caso se alude a las relaciones entre entidades y sus propiedades. En el primero, se alude a relaciones entre medios y fines pero estos fines constituyen ideales de conducta. Esta relación medios-fines es racionalmente determinable y, en este sentido, en el contexto moral, hace referencia a la verdad o a la falsedad respecto de lo bueno y lo, malo.

²⁷ *Conjeturas y refutaciones*, Paidós, 1972, p.25. Respecto de los hechos objetivos K. Lorenz señala: “Naturalmente, si queremos dar algún sentido a nuestra indagatoria es preciso presuponer, ante todo, la existencia real de aquello que nos proponemos investigar”. *La otra cara del espejo*, Plaza & Janés, 1974,p.9. En última instancia el relativismo epistemológico deriva del relativismo ético; véase mi libro *Liberalismo para liberales*, Emecé Editores, segunda edición, 1986, p.191 y ss. Independientemente de la postura respecto del relativismo que, en este contexto, pueda tener B. Russell, resulta interesante subrayar uno de sus comentarios: “Cierta tipo de hombre superior se siente orgulloso de afirmar que “todo es relativo”. Esto, naturalmente, es un absurdo, ya que si todo fuera relativo, no habría nada relativo a ese todo”. *ABC de la relatividad*, Ariel, 1981, p. 16.

²⁸ H. Rashdall, *The Theory of good and evil*, Oxford University Press, 1907, vol. I, p. 53.

²⁹ *The Foundations of Morality*, Nash Pub., 1972, p.358.

Debido a la pretensión de abordar las ciencias sociales con la misma metodología con que se encararan las ciencias naturales, se ha considerado que la ciencia no trata el problema del valor. Esto no es correcto. La física hace abstracción del valor sencillamente porque es inatingente al objeto de su estudio; en cambio, en ciencias sociales, el valor se encuentra en el centro del objeto de su estudio.³⁰ B. H. Slater se refiere al, tema ser/deber ser del siguiente modo: “[Claro que si digo] que dado el hecho P, por tanto, debo hacer Q, no queda claro cómo el hecho de que haga P me obliga a hacer Q. Para salir de este *non sequitur*, la inferencia debe incluir que el hacer P *me da una razón* para hacer Q (esto es, uno *debería* pasar al hecho de hacer Q) [...]. Consideremos este ejemplo: usted recibió naranjas de un vendedor de modo que *usted debería pagarle* [... *esta consideración*] dice que del *hecho* de recibir naranjas se sigue el *hecho*, de que *debería* pagar. Esto muestra que, en realidad, estamos pasando de un juicio sobre un hecho a otro juicio sobre un hecho”³¹. Por mi parte, considero que una forma de resumir está cuestión es que, como se ha señalado, constituye un *hecho*, que el hombre, actúa porque apunta a encontrarse en una situación mejor respecto de la inmediatamente anterior al acto; por ende, en el contexto de las relaciones sociales, para poder encaminarse hacia su fin, *debería* observar ciertas reglas de respeto recíproco, es decir, ciertas reglas morales. He aquí una manera de subrayar la conexión entre *ser* y *deber ser*.

D. Hume -a quien se atribuye la paternidad del análisis ser/deber ser- comienza su *Inquiry concerning the principles of morals* descalificando a “aquellos q niegan la realidad de las distinciones morales” acusándolos de “realmente no creer en las opiniones que defienden” y, por ende, dice que “la única manera de tratar con argumentos de esta clase es dejar solos a sus exponentes”³². Claro que éste no es el modo de abordar un problema y, en la práctica, Hume intenta una precisión del significado de la moral. A. J. Ayer, basado en R. Carnap, sostenía que las proposiciones éticas carecen de significado puesto que son “meras expresiones emotivas [...]. Las afirmaciones que expresan juicios morales no dicen nada y, por ende, no pueden analizarse bajo las categorías de verdad o falsedad. Son inverificables [...y por eso] los juicios éticos no tienen validez”³³. M. R. Cohen explica que “Carnap y otros niegan significado a las proposiciones no verificables. Esto es un violento *tour de force*. El significado de algo no equivale a consecuencias verificables [...]. La aseveración de Carnap de que las proposiciones no verificables carecen de sentido no *es* verificable [...]. No es cierto que una proposición no verificable carece de significación. Sólo por una definición arbitraria se puede identificar la *significación* y *lo físico*, pero la

³⁰ Véase L. Von Mises, *The ultimate....*, op.cit., esp. Caps. II y V. También véase H. Hazlitt, op.cit., p. 159 y ss.

³¹ “A gramatical point about obligations”, *Philosophical quarterly*, Escocia (julio de 1978). También véase L. Strauss, *Natural....*, op.cit., cap. II titulado “Distinction between facts and values”. Santo Tomás de Aquino explica que el ser contingente cuenta con una estructura acto-potencial y, por ende, si bien existe una distinción entre ser y deber ser, no existe dicotomía puesto que el deber ser es otro modo de ser. (Véase *Suma contra gentiles*, Club de Lectores, 1951, tomo III, esp. Caps. 2-3, 24 a 37, 114 a 116 y 128-129)

³² Cit.en H. Hazlitt, op.cit., p.223.

³³ *Language, truth and logics*, Oxford University Press, 1936, pp. 150-58 y 163.

diferencia entre el sentido o significado y la existencia física no pueden eliminarse [...] no hay ninguna razón por la que la ética no pueda seguir un método rigurosamente científico sistematizando no sólo juicios existenciales sino también juicios que aluden a lo que es deseable si se proponen ciertos fines”³⁴. Sin duda que no se puede verificar o refutar un valor en la experimentación en el sentido con que se emplea este término en las ciencias naturales. En este contexto puede verificarse o refutarse lo fáctico, de lo cual no se deduce que los valores carezcan de significación ni que deban ser dejados de lado en el análisis científico. El positivismo rechaza el método axiomático-deductivo para, las ciencias sociales. Afirma que un juicio sintético a priori constituye una contradicción sin advertir que “la proposición de que no hay proposiciones sintéticas a priori es una proposición sintética a priori, puesto que manifiestamente no puede establecerse a través de la experimentación”³⁵. Mises explica que: “En las ciencias naturales una teoría puede mantenerse sólo si concuerda con la experimentación Una teoría no puede mantenerse si es refutada por los datos de la experimentación. De este modo la experimentación circunscribe el área en la que el científico construye teorías. Una hipótesis se abandona cuando la experimentación muestra que es incompatible con los datos de la experiencia. Obviamente todo esto no se refiere a los problemas de las ciencias de la acción humana. En este campo no hay tal cosa como hechos establecidos por la experimentación. Toda experiencia en este campo -debemos repetir una y otra vez- es experiencia histórica, esto es, experiencia de fenómenos complejos, y esta experiencia nunca puede producir algo que tenga el carácter lógico de lo que en ciencias naturales se denominan datos de la experiencia”³⁶. Paradójicamente, empleando el método axiomático-deductivo, las ciencias sociales resultan ser más exactas que las ciencias exactas aplicadas y las ciencias naturales; en este sentido F. A. Hayek nos dice que “la diferencia, esencial consiste en que en las ciencias naturales el proceso de deducción debe partir de algunas hipótesis que son el resultado de generalizaciones producto de la inducción, mientras que en las ciencias sociales se parte directamente de elementos empíricos que se conocen, los cuales se utilizan para conocer las regularidades de los fenómenos complejos cuya observación directa resulta imposible. Son, por así decir, ciencias empírico-deductivas procediendo desde elementos que se conocen hacia las regularidades de los fenómenos complejos que no pueden ser establecidos de modo directo”³⁷. Respecto de esta concepción de los axiomas fáctico-analíticos B. Caldwell afirma: “Es muy importante poner énfasis en que la posición austriaca no se ve para nada afectada por argumentos que se limitan a señalar que no hay tal cosa como una proposición que es simultáneamente verdadera a priori y con significado empírico. Por supuesto que

³⁴ *Preface to logic*, Henry Holt, 1944, pp.55-56. Véase análisis de F.A. Hayek especialmente referido a A. Comte en *The counter-revolution of science*, Macmillan, 1955, p.201 y ss. Para referencias al Círculo de Viena véase B. Caldwell, *Beyond positivism: economic methodology in the twentieth century*, George Allen & Unwin, 1984, p.64 y ss.

³⁵ L. Von Mises, op.cit., p.5.

³⁶ Op.cit., pp. 69-70. Para un resumen de la posición misiana en epistemología, véase mi “ Aspectos de la epistemología en la obra de Ludwin von Mises” , *Libertas* (mayo de 1986).

³⁷ “ The nature and history of the problem”, *Collectivist economic planning*, Kelley, 1958, p.11.

no hay tal cosa, *siempre que* se acepte la concepción analítico-sintética del positivismo. Pero Mises no sólo rechaza tal concepción sino que ofrece argumentos contra ella [...]. La invocación de la concepción positivista en la defensa de aquella doctrina contra ataques de posiciones expresamente antipositivistas, claramente no ofrece argumentación convincente [...]. Una crítica metodológica de un sistema (no importa cuán perverso pueda parecer tal sistema) basado enteramente en la concepción de su rival (no importa cuán familiar sea) no establece absolutamente nada”³⁸. Tal vez la expresión a priori no ayude a clarificar el significado de la metodología que comentamos puesto que puede interpretarse equivocadamente que se trata de “ideas innatas” en lugar de comprender que son “a priori” de la experimentación sensible. M. N. Rothbard señala que “el profesor Mises, siguiendo la tradición neokantiana, considera el axioma [de la acción humana] como una ley del pensamiento y por ende una categoría a priori a la experiencia. Mi posición epistemológica se basa en la de Aristóteles y Santo Tomás más bien que en la kantiana, y, por ende, interpretaría esa afirmación de modo diferente. Considero el axioma como una ley de la realidad más bien que una ley del pensamiento y, por ende, es ‘empírica’ más bien que ‘a priori’. Pero debo aclarar que este tipo de ‘empirismo’ nada tiene que ver con el moderno empirismo y por tanto puedo continuar llamándola axioma a priori a los efectos prácticos”³⁹.

IV. La fuerza es la razón: el caso del positivismo legal. Derechos a ultranza: el caso de las cargas fiscales y las situaciones extremas

Hemos considerado necesario aunque más no sea mencionar la raíz epistemológica del positivismo para entender su postura en el campo de la legislación. El positivismo legal básicamente significa que no hay otra ley excepto la legislada por los hombres. Tal vez el expositor más destacado del positivismo contemporáneo sea H. Kelsen, quien apunta que “algunos escritores definen la justicia por medio de la fórmula ‘debes hacer el bien y evitar el mal’; pero qué es el bien y qué es el mal? Esta es la cuestión decisiva y tal cuestión permanece sin respuesta”⁴⁰, por esto es que “cualquier contenido puede ser legal; no hay comportamiento humano que no pueda funcionar como contenido de una norma legal”⁴¹ y “lo justo sólo es otra palabra para lo legal”⁴². De más está decir que esta forma de concebir la ley elimina todo punto de referencia como no sean las mismas leyes que promulgan los hombres sin percibirse que no basta con la consideración de la eficacia y la validez “técnica” de la ley, si respeta su estructura ‘lógica y si deriva de la “norma básica”. Más importante que todo esto es considerar su aspecto medular, su razón de ser, es decir, si la ley positiva se

³⁸ *Beyond positivism...*, op.cit, pp. 122-124.

³⁹ “In defense of extreme apriorism”, *Southern economic journal*, vol.XXIII, 3 (enero de 1957).

⁴⁰ *Teoría general del derecho y del estado*, Imprenta Universitaria, 1949, p.10. El relativismo epistemológico que revela Kelsen en esta materia hace posible el totalitarismo, puesto que quien detenta la fuerza establece lo que es justo; véase *ut supra*, nota 27.

⁴¹ “The pure theory of law”, *Harvard law review*, N°51, p.517.

⁴² “The pure theory of law”, *Law quarterly review*, vol. 50, p.482.

adecua a la naturaleza del ser humano, el criterio moral que permite que cada hombre sea libre; en otros términos, como hemos dicho antes, si la ley positiva traduce el respeto, la tolerancia y las normas de convivencia civilizada, todo lo cual no es inventado por el hombre sino que puede descubrirlo por medio de la razón. Si no hay criterio moral para establecer la ley positiva resulta lo mismo un contenido que otro, resulta lo mismo ordenar el bien que la mayor de las iniquidades. Esta forma de concebir el problema conduce a la versión degradada de la democracia y al más crudo totalitarismo. Parecería que el positivismo confunde el formalismo de la ley con su fundamento y su razón de ser. F. A. Hayek explica que “Después de que los hombres se han peleado durante siglos por aquello que consideraban el ‘orden de la ley’, con lo cual no querían decir cualquier orden establecido por la autoridad sino un orden formado como consecuencia de que los individuos obedecen reglas universales de conducta justa. Después de que el término ley ha significado también por aproximadamente el mismo período de ideas políticas el Estado de Derecho, el *Rechtsstaat*, la separación de poderes y el concepto de la ley para proteger la libertad individual que sirvió en los documentos constitucionales para preservar los derechos fundamentales. Después de todo esto, no podemos, a menos que queramos convertir en una zoncera los valores fundamentales de la civilización occidental, no podemos decir que cuando ‘se usa una palabra significa lo que quiere significar el que la pronuncia’. Tenemos que reconocer que en ciertos contextos, incluyendo los contextos legales, la palabra ley tiene un significado específico y diferente de aquel que se le atribuye en otros contextos [. . .]. La pretensión del positivismo legal claramente implica la pretensión [...] de que el legislador crea el contenido de la ley y haciendo esto tiene absoluta carta blanca [...]. Kelsen mantiene que ‘desde el punto de vista racional hay intereses de los seres humanos y, por ende, conflictos de intereses. La solución de estos conflictos puede resolverse satisfaciendo uno de los intereses a expensas del otro o llegando a un compromiso entre aquellos. No es posible probar que una u otra solución sea justa’ [...]. Dado que todo orden social descansa en una ideología, cada afirmación de un criterio para determinar lo que es la ley apropiada implica una ideología. El único motivo por el cual resulta importante señalar esto es porque el autor de la teoría pura del derecho se enorgullece de haber ‘desenmascarado’ todo el resto de las teorías de la ley como ideológicas y dice haber provisto la única teoría que no es una ideología [...]. Positivistas de larga trayectoria como Gustav Radburg han reconocido (*Rechts philosophie, 1950*) que la vigencia del positivismo ha hecho que los guardianes de la ley se encuentren indefensos frente al avance de gobiernos arbitrarios”⁴³. En este sentido Hayek cita nuevamente a Kelsen: “Desde el punto de vista de la ciencia la ley (*Recht*) del gobierno nazi era ley (*Recht*). Lo podremos lamentar pero no podemos negar que era ley”. “Si -agrega Hayek- así era considerada la ley porque así era definida por la visión predominante del positivismo.”⁴⁴

H. L. A. Hart ha introducido un curioso y llamativo ingrediente en su esquema positivista al afirmar que existe por lo menos una ley natural: “el

⁴³ *Law, legislation...*, op.cit., t. II, pp. 47-8 y 53-5. La cita de Kelsen de *What is justice?* (1957).

⁴⁴ *Ibidem*, t.II, p.56. La cita de Kelsen es de *Das naturrecht in der politischen Theorie* (1963).

derecho de cada hombre a la libertad”⁴⁵ y más tarde señaló: “Queremos saber si entre esas medidas sociales hay algunas que pueden ser esclarecedoramente calificadas de leyes naturales descubribles por la razón, y cuál es su relación con el derecho y con la moral de los hombres. Al plantear ésta o cualquier otra cuestión referente a cómo deben convivir los hombres, tenemos que presuponer que su propósito, en términos generales, es vivir. Desde este punto de vista el argumento es simple. La reflexión sobre algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven muestra que en la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho, un elemento común al derecho y a la moral [...]. Tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo* del Derecho Natural [...]. La forma general del argumento es simplemente que sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. En ausencia de ese contenido, los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación voluntariamente prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente”⁴⁶. Por nuestra parte agregamos que si se acepta el derecho natural de la libertad (si estamos definiendo del mismo modo la libertad y si no hay errores en la cadena lógica de razonamiento) quedan sin efecto las críticas que formulábamos respecto de las mencionadas concepciones, peculiares de la ley, pero también queda sin efecto el positivismo⁴⁷.

Por último, respecto de la obra de Hart nos surgen comentarios que, a los efectos del presente trabajo, resultan secundarios pero que no dejan de plantear algunos interrogantes. Dice Hart: “Supongamos ahora que al cabo de un feliz reinado, Rex muere y deja un hijo, Rex II, que comienza entonces a dictar órdenes generales. El mero hecho de que haya existido un hábito general de obediencia a Rex I en vida de éste, no basta por sí, para ser siquiera probable que Rex II sea habitualmente obedecido. Por lo tanto, si no tenemos más datos que el hecho de la obediencia a Rex I y la probabilidad de que él hubiera continuado siendo obedecido, no podremos decir de la primera orden de Rex II como podrían haber dicho de la última orden de Rex I, que ella ha sido dada por alguien que es soberano, y que esa orden, en consecuencia, es derecho. No hay todavía hábito establecido de obediencia frente a Rex II. Tendremos que esperar y ver si hay tal obediencia a Rex II como la había respecto de su padre, antes de que podamos decir, de acuerdo con esta teoría, que él ahora es soberano y que

⁴⁵ “Are there any Natural Rights?”, *The philosophical review*, vol. LXIV, N° 2 (abril de 1955).

⁴⁶ *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, 1977, pp. 238-9. Para ver la afinidad entre el positivismo y el relativismo moral en destacados positivistas como A. Ross y N. Bobbio, véase A.P. d'Entrèves, op.cit, especialmente p.190 y ss.

⁴⁷ Es de interés aunque más no sea mencionar la teoría trialista del derecho de W. Goldschmidt (esp. *Introducción filosófica al derecho*, Depalma 1983), la norma del derecho positivo y la conducta en una especie de iusnaturalismo moderno.

sus órdenes son derecho. Nada hay que lo haga soberano desde el comienzo. Sólo después que sepamos que sus órdenes han sido obedecidas durante algún tiempo podremos afirmar que se ha establecido un hábito de obediencia. *Entonces, y sólo entonces, podremos decir de cualquier orden posterior que ella es ya derecho tan pronto se la dicta y antes de ser obedecida. Mientras no se llegue a esa etapa habrá un interregno durante el cual no se creará derecho alguno*”⁴⁸. Aunque más adelante Hart señala que “en un sistema muy simple como el mundo de Rex I descrito [antes] donde sólo es derecho lo que él sanciona y no hay limitaciones de ningún tipo a su potestad legislativa impuesta por reglas consuetudinarias o por un texto constitucional, el único criterio para identificar algo como derecho será una simple referencia al hecho de haber sido sancionado por Rex 1 [...]. En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de ‘fuentes’ de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura y los precedentes judiciales”⁴⁹, por más que se respeten los principios de subordinación y derivación sólo se está corriendo para atrás el problema que separa a los positivistas de los iusnaturalistas, a saber que debe determinarse la legitimidad de “la regla última de un sistema”. Toda la tradición liberal basa buena parte de su análisis en este punto: “Los ciudadanos poseen derechos individuales independientes de toda la autoridad social o política, y toda autoridad que viola a estos derechos se hace ilegítima”⁵⁰. Por otra parte, cuando Hart introduce ingredientes iusnaturalistas en su esquema surge el interrogante de si lo hace con el solo objeto de lograr el acatamiento de las reglas de conducta (para hacerlas “viables”, según hemos visto en la cita correspondiente) o si, por el contrario, apunta a que las reglas de conducta deben incluir preceptos iusnaturalistas ‘superiores y anteriores al legislador como fundamento de la ley y como única justificación de la existencia misma del gobierno. La duda se acrecienta cuando Hart explica que “[...] lo que está realmente en juego es el mérito comparativo de dos conceptos o maneras de clasificar reglas que pertenecen a un sistema generalmente efectivo en la vida social. Uno de ellos es mas amplio, el otro más restringido. Si hemos de hacer una elección razonada entre estos dos conceptos, ello será porque uno es superior al otro en la forma como auxilia nuestras indagaciones teóricas o promueve y clarifica nuestras deliberaciones morales, o hace ambas cosas [...]. Si adoptamos el concepto más amplio, ello nos llevará, en las investigaciones teóricas, a agrupar y considerar juntas como ‘derecho’ todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atenten contra la moral de nuestra sociedad o contra lo que podemos considerar que es una moral verdadera o esclarecida. Si adoptamos el concepto más restringido, excluirémos del significado de ‘derecho’ esas reglas moralmente ofensivas [...] “. Para concluir que la “idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el

⁴⁸ *El concepto...*, p.67. La cursiva es mía. El mero hábito de obediencia no da legitimidad a la ley ni hace que sea “derecho”: la norma puede ser legítima y no ser acatada por una comunidad anarquista.

⁴⁹ *Ibidem*, p.126.

⁵⁰ Benjamin Constant, *Curso de política constitucional*, Taurus, 1968, p.9

criterio para resolver sus problemas de obediencia, es más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo puede tener status de derecho. Pero quizás una razón más fuerte para preferir el concepto amplio de derecho, que nos permite pensar y decir: ‘esto es derecho pero es inicuo’, es que negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede significar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que ellas dan lugar⁵¹. Llama la atención de este modo de razonar: en primer término, constituye un error de apreciación el suponer que ante las enseñanzas del positivismo (en el sentido de que toda ley que cumple con los requisitos de forma es “derecho”) hará que la gente esté más alerta frente a la ley inicua. Por el contrario, aquel estado de alerta será más frecuente en el iusnaturalista que no otorga legitimidad a la ley injusta, por más que se hayan respetado los procedimientos para su promulgación. En segundo término, la concepción positivista que alega que nos permite pensar y decir “esto es derecho pero es inicuo” es semejante a decirle al curandero, que no incurre en fallas técnicas en la administración de medicamentos pero que apunta a la liquidación de su paciente: “esto es medicina pero es letal”. El iusnaturalismo suscribe la necesidad de cumplir requisitos formales para la promulgación de la norma pero no le reconoce legitimidad si su contenido se opone a la razón de ser de la norma. Hacer un juego contraproducente de palabras conduce a los problemas señalados por Hayek en la cita que hemos transcrito más arriba.

Como hemos visto el iusnaturalismo deriva los derechos individuales de la naturaleza humana y, por ende, enseña que los derechos son inherentes al hombre. En este sentido, podría decirse que el gobierno de una sociedad libre debe reconocer estos derechos a ultranza, no importa cuáles sean las circunstancias imperantes. A veces se ha sostenido que constituyen excepciones los casos de los impuestos y las situaciones de emergencia. Sin embargo, cuando se muestra la importancia, del gobierno como agente circunscripto a proteger los derechos de la persona⁵² se concluye que éste debe ser financiado por medio de impuestos, los cuales no constituyen una lesión al derecho del ciudadano sino un deber, cual es el de contribuir a la preservación de la convivencia civilizada, es decir, de la cooperación social libre y voluntaria que es, claro está, inseparable del respeto recíproco y de la preservación del derecho⁵³. Tampoco las situaciones extremas (*life-boat situations*) constituyen una demostración de la necesidad de desconocer derechos. A la luz del análisis iusnaturalista el respeto, por la persona debe anteponerse a cualquier otra consideración. Rothbard alude a esta situación⁵⁴ y ofrece un ejemplo de un naufragio donde sólo hay un bote salvavidas con un número menor de lugares que el número de personas que desea

⁵¹ *El concepto...*, pp. 258 y 260.

⁵² Para un análisis sobre la imposibilidad de respetar el derecho sin contar con gobierno limitado, véase J. Hospers, *Libertarianism: a philosophy whose time has come*, Nash Publ., 1976, p. 440 y ss.

⁵³ Véase R.A. Epstein, *Takings-private property and the power of eminent domain*, Harvard University Press, 1985, pp.4-5 y 283 y ss. (Epstein basa su obra en la teoría del derecho natural: “ Por ende la tradición política en la que opero, y a la que la cláusula *takings* está sujeta, descansa en la teoría del derecho natural”, op.cit., p.5.) También para los impuestos véase mi *Liberalismo...*, op.cit., p.297 y ss.

⁵⁴ *The ethics of...*, op.cit., cap.20.

ser socorrida y se pregunta cómo se decide quienes ocuparán los lugares disponibles y quiénes serán abandonados a su suerte. Rothbard contesta que la clave se encuentra recurriendo a la teoría de los derechos de propiedad: “Si el dueño del bote o su representante (por ejemplo, el capitán) ha muerto en el accidente y no ha dejado reglas sobre la asignación de asientos para estos casos, el bote puede considerarse como sin propiedad. A este respecto se aplican las reglas de las cosas sin dueño, es decir, la propiedad será del primer ocupante [...]. En nuestro ejemplo, cualquiera que recurra a métodos violentos para sacar del bote a los primeros ocupantes comete un acto de agresión [...]. Desde luego que también cometen actos de agresión aquellos que recurren a la violencia para llegar primero al bote y, por ende, también son sujetos a castigo [...]. Para aquellos que sostienen que esta, situación es terrible replicamos que a) la situación terrible es la del naufragio y ninguna situación será totalmente satisfactoria y b) cualquier otro principio de asignación de los asientos disponibles será intolerable [...]. Nuestra teoría concluye que el derecho de asignar los lugares en el bote salvavidas corresponde a su dueño [...], podremos estar en desacuerdo con su criterio pero debemos conceder su derecho a realizar la antedicha asignación”⁵⁵. Termina Rothbard su ilustración señalando que se ha sostenido que en esos momentos dramáticos resulta ridículo que alguien renuncie a salvar su vida subordinándola al concepto abstracto del derecho de propiedad, sin percibir que aquí se confunde el significado del derecho con las pasiones que se suscitan en determinadas circunstancias. Circunstancias que, por otra parte, tenderán a minimizarse en la medida en que se respete el derecho, puesto que, *salvando las distancias*, los problemas de escasez de recursos en un lugar primitivo pueden hacer que nos imaginemos aquel lugar como una especie de bote salvavidas gigante. En otra parte⁵⁶ -en el contexto de críticas formuladas a la logomaquia que presenta la teoría del abuso del derecho (puesto, que un acto no puede ser a la vez conforme y contrario al derecho)- me he referido también a una situación extrema: “Imaginemos el caso de una persona sedienta frente a un individuo que le vende un vaso de agua por un kilogramo de oro. En el contexto de lo que hemos estado explicando en este libro, ese individuo –independientemente de las consideraciones personales respecto de su actitud- estaría en su derecho de pretender la venta de lo suyo a ese precio. Este es sólo un ejemplo dramatizado de lo que está sucediendo todos los días. Sabemos que en distintas regiones del planeta hay gente que se muere de hambre porque no cuenta con los ingresos suficientes. Sin remontarnos a lugares lejanos, seguramente en la ciudad donde vivimos hay gente que sufre graves daños por no tener los recursos necesarios para hacerse atender adecuadamente la salud, sea por falta de medicamentos en la medida que requiere el mal, por atención médica insuficiente, etc. Ahora bien, se hace necesario repasar los conceptos que hemos visto anteriormente en este libro para percibir que si el gobierno establece precios máximos, cuotas de producción, o en cualquier otro sentido modifica la legislación permitiendo la lesión al derecho, la *consecuencia inexorable será el aumento de los casos que hemos ejemplificado* y que preocupan a cualquier persona de sentimientos nobles. La

⁵⁵ M.N. Rothbard, op.cit., pp. 149-50.

⁵⁶ *Fundamentos...*, op.cit., p. 457 y ss. Estos casos suponen una situación estática.

alimentación, el vestido, la vivienda, la educación, la atención médica y la recreación adecuadas no son consecuencias de los decretos gubernamentales sino del sistema social de la libertad”.

V. Utilitarismo constructivista y mutualismo

La tradición utilitarista en gran medida hace que se reemplacen los derechos del individuo por los de la “sociedad”, hipótesis que en el proceso significa la negación del derecho⁵⁷ y, también en gran medida, constituye el basamento de la ingeniería social que, a su vez, deriva del racionalismo constructivista. Dos de los mayores exponentes del utilitarismo clásico, J. Bentham y J. S. Mill, han contribuido notablemente en este sentido. En el primer caso ha producido innumerables críticas su poco afortunada fórmula de “la mayor felicidad para el mayor número”, sus imprecisos ejemplos respecto de la “intensidad de las utilidades” y las nociones poco delimitadas de placer, dolor, y hedonismo⁵⁸. Esto ha dado pie para que se sostenga que Bentham renuncia a la dignidad del ser humano en pos de la mayoría, que sus ejemplos de “utilidades” evidencian su desconocimiento de la subjetividad del valor y sus conceptos de placer y dolor no caracterizan el bienestar humano y más bien se lo reduce a la condición animal. Así, R. Nozick dice: “[Por ejemplo] una muchedumbre que atraviesa una ciudad matando e incendiando a su paso está violando los derechos de aquellos que viven allí. Pero alguien podría tratar de justificar el castigo a una persona que él *sabe* que es inocente de los crímenes de aquella muchedumbre sobre la base de que se considera que, castigando a esta persona inocente, se ayudará a evitar mayores violaciones de los derechos de otros. De esta manera, se cree, se minimizarán las violaciones de derechos en el conjunto de la sociedad [... Pero] los individuos son fines, no meros medios; no pueden ser sacrificados utilizándolos para lograr otros fines sin su consentimiento. Los individuos son inviolables [...] pero ¿por qué no se pueden violar los derechos de una persona para obtener un bien social mayor? Al fin y al cabo, individualmente, cada uno de nosotros incurrimos en algún dolor o sacrificio para obtener algún beneficio mayor o para evitar un mayor desafío: vamos al dentista para evitar un mayor sufrimiento después; encaramos algún trabajo desagradable en vista de los resultados que reporta; algunas personas se someten a dietas para mejorar su salud o su apariencia; algunos ahorran dinero para tener recursos para cuando sean mayores. En todos los casos se ha incurrido en algún costo para obtener mayor bien. De modo similar ¿por qué no sostener que algunas personas deben soportar algunos costos que beneficiarán más a otras personas, para beneficiar al

⁵⁷ Véase entre otros C. J. Friedrich, *La filosofía...*, op.cit, en el capítulo XI titulado “El derecho como mandato soberano: Hobbes y los utilitaristas”. En el presente trabajo el análisis del utilitarismo se refiere a esta postura en cuanto pretende servir de fundamento del orden jurídico y no al llamado consecuencialismo ético circunscripto a las acciones que no afectan derechos de terceros.

⁵⁸ Especialmente en *An introduction to the principles of morals and legislation*, Clarendon Press, 1932. E.K. Bramsted y K.J. Melhvisch sostienen que “el benthamismo prefiguraba la era de la ingeniería social de los fabianos”; *El liberalismo en Occidente-Historia en documentos*, Unión Editorial, 1982, vol.I, p.50; también véase la misma opinión en M.P. Mack, “The Fabians and Utilitarianism”, *Journal of the History of Ideas*, N° XVI, 1955, p.76 y ss.

conjunto de la sociedad? Pero no hay tal cosa como una *entidad social* que obtendrá un bien que implica un sacrificio. Sólo hay personas individuales, personas individuales diferentes, con su propia vida individual. Usando una de estas personas para el beneficio de otras, se la usa para el beneficio de las otras, nada más [...]. Usar a una persona de esta manera significa que no se la respeta suficientemente y no se toma en cuenta el hecho de que es una persona distinta y separada del resto [...]. Las consecuencias morales de lo que hacemos reflejan el hecho de nuestras existencias separadas, reflejan el hecho de que no es posible hacer ningún balance moral entre nosotros; no puede compensarse moralmente una de nuestras vidas por otras en pos de un bien social conjunto. No hay ningún justificativo para sacrificar a uno de nosotros por otro. Esta idea fundamental, es decir, que hay diferentes individuos con diferentes vidas conduce a que nadie puede ser sacrificado por otros, ésta es la base de la existencia moral, y también, sostengo, conduce al principio liberal que prohíbe la agresión de unos contra otros. Cuanto mayor fuerza tenga la idea contraria mayor debe ser la fuerza para detener esta idea [...]. Debemos tomar más seriamente el significado de la existencia de individuos distintos quienes no son el recurso de nadie”⁵⁹.

En el caso de Mill -además de las muchas confusiones en torno al significado de “los intereses rectamente entendidos”- se ha dicho que su criterio utilitario pone de manifiesto principios colectivistas, por ejemplo cuando apunta: “La moral utilitaria reconoce al ser humano el poder de sacrificar su propio bien por el bien de los otros. Sólo rehúsa admitir que el sacrificio sea un bien por sí mismo. Un sacrificio que no aumenta ni tiende a aumentar la suma total de felicidad, lo considera desperdiciado. La única renunciación que aplaude es la devoción a la felicidad, o algunos de los medios para conseguir la felicidad de los demás: ya de los hombres considerados colectivamente, ya de los individuos dentro de los límites impuestos por los intereses colectivos de la humanidad. Debo advertir una vez más que los detractores del utilitarismo no le hacen la justicia de reconocer que la, felicidad en que se cifra la *concepción utilitaria de una conducta justa no es la propia felicidad del que obra sino la de todos*”⁶⁰.

T. R. Machan se refiere a otro de los trabajos de Mill: “John Stuart Mill trató de justificar la libertad individual refiriéndola a lo que produciría en la sociedad en general. También tenía una visión de la humanidad determinista Y, por tanto parecida, a la marxista. Seguidores de Mill (utilitarios) sostenían que la libertad en algunos casos podía resultar un obstáculo para el logro de la mayor felicidad del mayor número. El propio Mill se volvió socialista en sus últimos años y su defensa de la libertad en *On liberty* es una desafortunada mezcla de un brillante análisis sobre la acción humana donde no hay coerción, la necesidad de la libertad intelectual para lograr el progreso científico para acercarse a la verdad, junto con la afirmación moral de que es deseable porque la humanidad como conjunto se beneficia. Este razonamiento ha conducido a fervientes controversias sobre la posibilidad de que en algunos casos pueden ignorarse los derechos de los individuos a los efectos de que la sociedad se beneficie [...]”⁶¹. Ya se trate de los

⁵⁹ *Anarchy, state and utopía*, Basic Books, 1974, pp. 28-33.

⁶⁰ *Utilitarismo*, Aguilar, 1962, p.45. La cursiva es mía.

⁶¹ *Human rights...*, op.cit., p. 165.

utilitaristas de acto, de regla o consecuencialistas, Hayek les señala el incurrir en lo que llama la *falacia constructivista del utilitarismo*, donde explica que la pretensión de conocer los efectos queridos y no queridos de toda acción para poder determinar sobre la utilidad de la ley, implica el supuesto de omnisciencia, pero, precisamente, para seres perfectos no se necesitan leyes. Por otra parte, la necesidad del utilitarista de poner en la balanza y pronunciarse acerca de la utilidad para el conjunto implica también una hipóstasis respecto del significado del “conjunto social”. Así Hayek explica que: “Cualquiera que no considera los valores existentes como incuestionables y se pregunta por qué se adoptan, podría denominarse utilitario. En este sentido, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino y David Hume deberían denominarse utilitarios, así como debería serlo mi presentación acerca de las leyes de conducta justa. El atractivo del utilitarismo así interpretado se basa en la posibilidad de efectuar un análisis racional sobre las leyes inapropiadas. Sin embargo, el significado que en el siglo XVIII se le atribuyó al utilitarismo en el contexto de la ley y la moral es otro y en este sentido emplearemos aquí el término [... el cual presupone que todos los efectos individuales y particulares de cada acto pueden ser conocidos [... por ende se] juzga cada acción individual según sea la utilidad que produce [...pero] proceder en este sentido implica el supuesto de la omnisciencia, el, cual no es cierto en la vida real, y si fuera cierto convertiría las leyes no sólo en superfluas sino en inexplicables y contrarias al supuesto [...]. El problema del utilitarismo es que se trata de una teoría que intenta el establecimiento de un cuerpo de leyes pero que elimina por completo el elemento por el cual se necesitan leyes, es decir, nuestra ignorancia. Siempre me sorprendió que hombres serios e inteligentes como los utilitaristas no fueran capaces de percibir el hecho crucial de nuestra ignorancia respecto de la mayor parte de los hechos y hayan propuesto una teoría que presupone el conocimiento de los efectos particulares de las acciones individuales, puesto que el fenómeno que trataron de explicar -el sistema de las reglas de conducta- se debe, precisamente, a la imposibilidad de tal conocimiento [...]. En verdad no habría necesidad de regla alguna si el hombre conociera todo [...El utilitarismo se refiere a una hipóstasis, puesto que alude a la ‘utilidad social’. El utilitarista consistente se encuentra frecuentemente inclinado a interpretar la evolución de modo antropomórfico, personificando a la sociedad, la cual sería la autora de las reglas [...] y este antropomorfismo es característico de toda concepción constructivista de la cual el utilitarismo es una variante [...]”.⁶² Hay sin embargo una variante del utilitarismo contemporáneo que puede resumirse en sostener que es útil el respetar a ultranza los derechos del individuo. En este caso habría coincidencia con el iusnaturalismo y tal vez los diferenciaría una cuestión semántica, aunque debe distinguirse lo primero en el orden del ser de lo primero en el orden del conocer. En esta variante pueden ser incluidos pensadores como L. von Mises y H. Hazlitt, aunque este último, percibiendo el

⁶² *Law, legislation...*, op.cit., vol. II, pp. 17-23. Para otro ejemplo de constructivismo-en este caso la redistribución del ingreso-, véase J. Rawls, *The theory of justice*, Harvard University Press, 1971, p. 101 y ss.

peso que tiene la interpretación tradicional del utilitarismo, ha sugerido la expresión “mutualismo” o “cooperatismo”⁶³.

En distintas oportunidades utilitaristas de las más diversas corrientes han intentado descalificar al iusnaturalismo recurriendo a la inconsistente afirmación de que esta última concepción sería insostenible si en lugar de ser útil condujera a la mayor de las ruinas. La inconsistencia radica en que no resulta posible concebir que en libertad el individuo pueda decidir hacer cosas que no quiere hacer porque le producen la ruina (siendo además que “ruina” o “mejoría” son de interpretación subjetiva por, parte de los sujetos actuantes) ; el uso de la fuerza necesariamente implica que el sujeto actuante estima obtendrá una situación menos satisfactoria que la que hubiera logrado en libertad.

VI. El análisis y las conclusiones del iusnaturalismo son independientes de consideraciones teológicas. La evolución cultural

Por último, debe señalarse que el análisis que hemos realizado, en el presente trabajo sigue la versión secularizada del derecho natural iniciada por H. Grotius: “Lo que hemos estado diciendo [en defensa del derecho natural] es válido aunque estemos dispuestos a conceder aquello que no puede ser concedido sin maldad, es decir, que Dios no existe [...]”⁶⁴. Señala A. P. d’Entrèves que: “El jurista español Suárez, en su tratado sobre las leyes [*De Legibus ac Deo Legislatore*, 1619, Lib. II, cap. VI] -que Grotius cita con gran respeto-, ofrece un resumen del pensamiento de los autores católicos sobre la materia [...Suárez dice que los autores de la escolástica tardía] ‘admiten que la ley natural no procede de Dios como legislador puesto que no depende de la voluntad de Dios ni Dios se manifiesta como un soberano’ [...] es muy posible que este tipo de fuentes haya sido lo que indujo a Grotius a su afirmación”⁶⁵. El filósofo tomista T. E. Davitt, S. J. mantiene que: “Si la palabra *natural* quiere decir algo se refiere a la naturaleza del hombre y, cuando, es usada junto con la expresión *ley*, se refiere a un orden que se, manifiesta en las inclinaciones de la naturaleza humana y a ninguna otra cosa. Por ende, no hay nada religioso ni teológico en el concepto de Ley Natural de Aquino”⁶⁶. Con esto quiere subrayarse que la aceptación del iusnaturalismo es *independiente* de las consideraciones sobre el origen del universo y de la naturaleza de las cosas, independiente del fin último del hombre e independiente de las creencias religiosas. Sin duda, en la tradición del pensamiento liberal tienen gran peso las opiniones de creyentes que expresaron con énfasis sus convicciones teológicas en prácticamente todos sus trabajos comenzando por J. Locke y A. Smith^{67 68}, quienes son considerados como los pensadores que dieron

⁶³ *The foundations...*, op.cit., p. 359

⁶⁴ *De Iure Belli ac Pacis*, citado por M.N. Rothbard, *The ethics of...*, op.cit., p.71

⁶⁵ *Natural...*, op.cit., p.71.

⁶⁶ “St. Thomas Aquinas and the natural law”, *Origins of the natural law tradition*, comp. A.L.Harding, Southern University Press, 1954, p.39.

⁶⁷ A modo de ilustración veamos la posición respecto de la religión de un prominente liberal católico como A. de Tocqueville: “Algunas veces he preguntado a los americanos [norteamericanos] que he conocido en su propio país o en Europa si en su opinión la religión contribuye a la estabilidad del Estado

origen a la filosofía política, moral y económica del liberalismo contemporáneo, pero a los efectos de nuestro trabajo consideramos de mayor fertilidad el habernos circunscripto al plano de discusión que aquí hemos presentado, puesto que pretendemos limitarnos a responder sobre el fundamento jurídico, de una sociedad libre.

También debemos destacar que la tradición iusnaturalista a que hemos aludido no permite elaborar una lista *cerrada* del contenido de específicos derechos, puesto que el proceso de evolución cultural requiere delimitaciones de mayor precisión a medida que avanza el estado de las innovaciones tecnológicas

y al mantenimiento de la ley y el orden. Siempre me han contestado sin siquiera un momento de vacilación que una comunidad civilizada, especialmente si goza de los beneficios de la libertad, no puede existir sin religión. De hecho, un americano [norteamericano] ve en la religión la garantía más segura de estabilidad del Estado y de salvaguarda de los individuos. Y esto le resulta evidente incluso a aquellos menos versados en la ciencia política” (*The old regime and the French Revolution*, Anchor Books, 1955, p. 153); y también sostiene el mismo autor: “Yo dudo que el hombre pueda alguna vez soportar a un mismo tiempo una completa independencia religiosa y una entera libertad política; y me inclino a pensar que si no t, “ñne fe es preciso que sirva, y si es libre, que crea” (*La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. 405). Consideraciones de esta naturaleza sin duda no se circunscriben a los católicos liberales; véase por ejemplo la afirmación de E. Burke: 9a religión es la base de la sociedad civil y la fuente de todo el bien y de toda prosperidad” (*The philosophy of Edmund Burke - A selection from his writings*, Ed. L. I. Bredvold y R. G. Ross, the University of Michigan Press, 1960, p. 104). De estas citas en modo alguno debe concluirse que todos los liberales han sido religiosos, sin duda los ha habido deístas y también agnósticos; sólo sefialamos. el peso que han tenido los creyentes en la tradición liberal clásica. Sobre este tema general véase muy especialmente Lord Acton, *Essays on freedom and power*, The World Pub. Co., 1962.

⁶⁸ La revolución norteamericana ha sido decididamente influída por concepciones teológicas provenientes no sólo de muchos de los inspiradores intelectuales de los Padres Fundadores sino de las convicciones de ellos mismos: véase E. Corwin, *Liberty against government*, Louisiana State University Press, 1948, obra en la que se incluyen, también en este sentido, citas del autor de la *Declaración de los Derechos de Virginia*, G. Mason, quien dice: “Si el derecho natural, la independencia, la representación deficiente y el desconocimiento de la, protección no son suficientes para preservarlos [a los derechos individuales] de la coerción de nuestras leyes, ¿basados en qué otros principios podemos justificar nuestra oposición a algunos de los recientes actos de poder ejercidos por la legislatura británica sobre nosotros? [...] Las leyes de la naturaleza son las leyes de Dios, cuya autoridad no puede ser sustituida por ningún poder sobre la tierra, estamos obligados a desobedecer en conciencia a todas las constituciones humanas que contradicen sus leyes”, p. 83. Véase la Declaración de la Independencia norteamericana donde expresamente se reconoce en el. Creador el origen de los derechos. Por otra ,parte, además de, lo mencionado en el cuerpo de este trabajo respecto de la *ley injusta*, si no se reconocen instancias suprapositivas desaparecería el derecho a la resistencia contra la opresión tan caro a la tradición liberal desde J. Locke en adelante; en el artículo segundo de la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789 expresamente se reconoce el, derecho a la resístencia basado en los “derechos naturales e imprescriptibles del hombre” colocado a la misma altura de los derechos de la propiedad y la libertad, puesto que esta declaraeión tuvo como modelo a la revolución norteamericana antes de desencadenarse la contrarrevolución francesa que se basó en las concepciones rousseauianas (para una elaboración sobre este ,caso francés, véase J. Jellinek, *Los derechos del hombre*, Lib. Vietorino Suárez, 1908, caps. II y III). Véase también la mención expresa del derecho de rebelión en el *Acta de la Declaración de la Independencia* estadounidense: “Pero cuando se trata de la reincidencia de los abusos y usurpaciones que tienden al objetivo de reducirlos bajo, el poder del despotismo absoluto es un derecho [el del pueblol, es su obligación de deponer a ese gobierno y proveer de nuevos guardianes para la seguridad futura”; *Doounwnt illustrative of the formation of the Union of the American States*, Government Printing Office, Washington, 1927, p. 22. Para un análisis del derecho de resistencia, véase A. Alcorta, *Las gara-ítas constitucionales*, Félix Lajouane Ed., 1881, cap. VII.

y el progreso en general, precisiones que hasta el momento no resultaban necesarias⁶⁹.

“Non lex sed legis corruptio”

En momentos de entregar este ensayo a la imprenta llega a mis manos una de las obras del iusnaturalista de Oxford J. Finnis⁷⁰, la cual aparece como uno de los trabajos más completos sobre la materia junto con la ya citada obra de d'Entrèves, aunque entre ambos autores hay diferencias de criterio⁷¹. Me ha parecido de interés tomar tres aspectos de esta obra -que por la razón apuntada aún no he estudiado- e incluir estas líneas a modo, de breve *addendum*.

Por una parte, Finnis enfatiza la mala descripción que suelen realizar los positivistas respecto de la posición iusnaturalista: “Aquí debemos lidiar con la imagen de la ley natural que exponen juristas como Kelsen, Hart, y Raz [Joseph]. Esta imagen debe, reproducirse con sus propias palabras [la de los mencionados positivistas], ya que no identifican ningún teórico que defienda la posición que ellos describen como el contenido de la doctrina de la ley natural [...]. Por mi parte no conozco ningún filósofo, que calce o haya calzado en esas descripciones o que se haya propuesto defender esa clase de propuestas teóricas o metateóricas”⁷². En segundo lugar, el autor nos recuerda la distinción que establecía Santo Tomás de Aquino entre las leyes en sí mismas o la acepción central de las leyes (*simpliciter*) y el sentido secundario de ellas (*secundum quid*), con la intención de disipar uno de los malos entendidos que frecuentemente surgen, en el sentido de atribuirle al iusnaturalista el mantener que la ley injusta no es ley *en ningún sentido*: “Por el contrario, la tradición [iusnaturalista], aún en su formulación más primitiva, ha afirmado que las *leyes* injustas no son leyes. Esta fórmula en sí misma ¿no clarifica más allá de toda duda razonable la incorrección de sostener que la tradición ‘se resiste a reconocer validez a las leyes inicuas a todos los efectos’?”⁷³ Por el contrario, lejos de ‘negar validez legal a las reglas inicuas’,⁷⁴ la tradición explícitamente (al aludir a las *leyes* injustas) otorga a las reglas inicuas validez legal ya sea sobre la base de que esas reglas son aceptadas en las cortes como guías para decisiones judiciales o sobre la base de que se considera que satisfacen criterios de validez debido a otras reglas legales o sobre la base de ambas apreciaciones [...]. No es necesario repetir aquí el análisis de [los juicios normativos que he realizado [antes]]. Sólo deseo subrayar que los juicios pueden aseverar en la misma forma gramatical: (J1) lo que está justificado o requerido por la razón *simpliciter* o (J2) lo que se trata como justificado o requerido según la práctica, de cierto grupo o (J3) lo que se justifica o se requiere si ciertos principios o reglas son justificados (sin tomar posición

⁶⁹ Determinar la cantidad de monóxido de carbono que puede lanzarse a la atmósfera o los decibeles admitidos sin lesionar derechos de terceros, la delimitación de ondas aéreas, etc., eran aspectos que no requerían precisión en los derechos de propiedad hasta no hace mucho tiempo.

⁷⁰ *Natural law and natural rights*, Clarendon Press, 1986.

⁷¹ Véase J. Finnis, op.cit., p.25.

⁷² *Ibidem*, p.26.

⁷³ Cita que toma el autor de la versión original inglesa de la obra de Hart que hemos citado, pp. 206-7.

⁷⁴ Nuevamente Finnis toma esta cita de la referida obra de Hart, p.207.

respecto de si esos principios o reglas *están* en realidad justificados). Es frecuente que se salte de la perspectiva presente en (J3) o la sociológica-histórica, (J2) a la perspectiva (J1) en una misma frase”⁷⁵ .

Por último, en estas breves referencias a la obra de Finnis respecto de lo que es y lo que no es ley, este autor cita a P. T. Geach: “En los ámbitos universitarios se suele discutir acaloradamente sobre si las leyes que violan aquellos principios [del derecho natural] son o no leyes [...] pero, en realidad, no importa si las llamamos leyes o no: la cuestión consiste en saber qué consecuencias se siguen. Una legislación injusta existe *de facto* como una institución: pero no debe ser observada en justicia, aunque puede resultar imprudente ignorarla”⁷⁶ .

⁷⁵ J. Finnis, op.cit, pp. 364-65.

⁷⁶ Tomada de *The virtues of Law*, Cambridge University Press, 1977, p. 128. Véase en este contexto las citas *ut supra* sobre el derecho a la resistencia.