

LA “PARADOJA DE LA IRRELEVANCIA” Y EL PODER OBLIGANTE DEL DERECHO.

La respuesta anticipada de Tomás de Aquino

1. *Nuevas objeciones al iusnaturalismo*

A partir de la aparición del positivismo jurídico como doctrina sistemática y omnipresente en el siglo XIX¹, se han elaborado en el contexto de esa corriente diversos argumentos destinados a debilitar o refutar las afirmaciones centrales de las doctrinas iusnaturalistas. El más difundido fue el que se denominó – incorrectamente – “falacia naturalista”² y que en realidad consistía en la afirmación, difundida principalmente por David Hume, acerca de la imposibilidad de derivar lógicamente proposiciones normativas sólo de proposiciones descriptivas de estados de cosas. Esta afirmación ha sido objeto de numerosas objeciones y confutaciones, que han puesto de manifiesto que, al menos el iusnaturalismo clásico, no incurre en las inconsistencias propias de esa supuesta “falacia”³.

Más recientemente se han elaborado otros argumentos refutatorios de la teoría de la ley natural, uno de los cuales es el denominado como “paradoja de la irrelevancia”, según la cual si la obligatoriedad de las normas jurídicas positivas dependiera en alguna medida de principios morales no-positivos, esas normas devendrían irrelevantes a todos los efectos prácticos, ya que bastaría con ordenar la conducta de acuerdo a las reglas morales, sin necesidad de recurrir a la elaboración de sistemas de derecho normativo positivo. En este sentido, ha escrito Juan Bautista Etcheverry que ese argumento pretende “poner de manifiesto el dilema que han de enfrentar quienes defienden que el ordenamiento jurídico se justifica por su conformidad con la moral [e.d., los iusnaturalistas]: o bien las normas jurídicas que lo componen son redundantes de la moral y, en última instancia, superfluas, o bien resultan injustificadas”⁴.

Este argumento de la irrelevancia se encuentra esbozado por Joseph Raz en su libro *Practical Reasons and Norms*, en el que defiende que la autoridad del derecho positivo, e.d.

¹ Sobre el positivismo jurídico en general, véase: Serna, P., *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México D.F., Porrúa, 2006, pp. 13-59.

² En este punto, véase: Massini-Correas, C.I., *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1995, pássim.

³ Entre muchos otros, véase: Kalinowski, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. E. Marí, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, pássim; también: Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2ª Edición, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 23-49 y Putnam, H., *The Collapse of the Fact/Value Dichotomy and other essays*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 2002, pássim.

⁴ Etcheverry, J.B., “La relevancia del derecho que remite a la moral”, en *Problema*, N° 4, México, 2010, p. 208.

su capacidad de obligar, depende de que se considere necesario que las razones por las que se lo obedece excluyen todo otro tipo de razones, entre ellas, las morales. A partir de esas argumentaciones, el pensador argentino Carlos Santiago Nino sostuvo que el preguntarse por la obligatoriedad de las normas jurídicas, “conduce a una aparente paradoja que puede presentarse en estos términos: si para decidir o no obedecer las normas jurídicas necesitamos recurrir a principios morales que determinan si ellas son o no obligatorias (...) ¿para qué son necesarias tales normas jurídicas? ¿por qué no nos quedamos simplemente con los principios morales que determinan el comportamiento a realizar?”⁵.

De esta formulación, los positivistas jurídicos como Raz sacan la conclusión de que, a los efectos de asegurar que la justificación racional de la obediencia al derecho positivo no incurra en la “paradoja de la irrelevancia”, es necesario formular una explicación de las razones para obrar que proporciona ese derecho, que tenga carácter completamente autónomo de la moral. En definitiva, estos autores – los hoy denominados “positivistas excluyentes” – sostienen la necesidad de que la justificación de la obligatoriedad de las normas positivas radique en una dimensión no-moral, más concretamente, en algún hecho social o algún conjunto de hechos sociales⁶. En otras palabras: el intento de justificar la obligatoriedad del derecho positivo a partir de principios de carácter práctico-moral conduciría – según esta argumentación positivista - a una total pérdida de la autoridad de las normas sancionadas por la comunidad política, que resultarían superfluas, redundantes y, en definitiva, irrelevantes.

2. Una respuesta anticipada: Tomás de Aquino

Ahora bien, para el iusnaturalismo clásico la respuesta a esa objeción resulta relativamente sencilla, toda vez que siete siglos antes de ser esgrimida en el debate filosófico contemporáneo, ya había sido expuesta y considerada por Tomás de Aquino en una bien conocida cuestión de su *Summa Theologiae*. En efecto, en la *Prima Secundae, quaestio 91, art. 3* de esa obra, el Aquinate enumera, entre las objeciones posibles a la cuestión de la existencia de alguna ley humana, la siguiente: “La ley natural, como hemos dicho, es una participación de la ley eterna. Ahora bien, mediante la ley eterna “todas las cosas están perfectamente ordenadas”, como lo dice San Agustín. Por lo tanto, la ley natural es suficiente para ordenar todas las acciones humanas. Luego no es necesaria la existencia de una ley humana”⁷. Tal como es fácil advertir, la objeción expuesta por el Aquinate no es sino una

⁵ Nino, C.S., “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en AA.VV., *En torno a la democracia*, ed. R.L. Vigo, Santa Fe-Argentina, Rubinzal-Culzoni, 1990, p. 99.

⁶ Véase: Marmor, A., *Philosophy of Law*, Princeton & Oxford, Princeton University Press, 2011, p. 14 y pássim.

⁷ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II, q. 91, art. 3, *sed contra* 1 (En adelante ST).

versión más precisa de la denominada por los autores mencionados como “paradoja de la irrelevancia”.

A esta objeción, Tomás de Aquino le opone – en esta y otras cuestiones – al menos tres respuestas. La primera de ellas se funda en el carácter principal de las proposiciones de la ley natural, y en ella se afirma que “la ley, como ya dijimos, es un dictamen de la razón práctica. Pero el proceso de la razón práctica es semejante (*similis*) al de la especulativa: ambos conducen a ciertas conclusiones partiendo de determinados principios”. Y más adelante sostiene que “es necesario que la razón práctica llegue a obtener soluciones más concretas partiendo de los preceptos de la ley natural, como de principios generales e indemostrables. Estas disposiciones particulares de la razón práctica – concluye - reciben el nombre de leyes humanas...”⁸. Además, al refutar puntualmente la objeción citada, el Aquinate escribe que “en el orden práctico el hombre participa naturalmente de la ley eterna en cuanto conoce algunos principios generales, pero no respecto a directivas particulares en casos concretos (...). Por eso es necesario – concluye – que la razón humana proceda ulteriormente a sancionar ciertas leyes particulares”⁹.

En este punto, Tomás reitera su doctrina, varias veces explicitada, acerca de que el conocimiento de la ley natural en cuanto tal se da sólo en el nivel de los principios, no en el de las normas más concretas que son necesarias para la ordenación de la vida social en el ámbito de la comunidad política. A esos efectos, los gobiernos tienen la responsabilidad de sancionar todas aquellas normas que particularicen los principios de la ley natural y que resulten necesarias para la dirección de la comunidad total hacia su bien común. Por ello, un poco más adelante, en la *quaestio* 95, *art.* 2 de la misma sección, el Aquinate afirma que “toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley natural”¹⁰, derivación que – sostiene – puede realizarse de dos maneras: por modo de *conclusión* o derivación lógica, o por modo de *determinación*, o de concreción de lo establecido de manera general por la ley natural.

3. Un párrafo problemático

Pero al explicar estos dos modos de derivación y luego de poner algunos ejemplos de cada uno, Tomás de Aquino afirma que “los preceptos que se derivan del primer modo [conclusiones] están contenidos en la ley humana y tienen vigor no sólo porque son leyes humanas, sino también porque reciben alguna fuerza de la ley natural. Pero los que se derivan

⁸ ST, I-II, q. 91, a. 3, *corpus*.

⁹ *Ibidem*, ad 1.

¹⁰ ST, q. 95, a. 2, *corpus*.

del segundo modo [determinaciones] tienen tan sólo (*ex sola*) la fuerza que les comunica la ley humana”¹¹. Ahora bien, este último párrafo, en cuanto sostiene que el vigor (*vigorem*) o la fuerza obligante de las determinaciones proviene solamente de la ley humana, plantea una cuestión de difícil resolución, ya que al comienzo del artículo el Aquinate había sostenido inequívocamente que *toda (omnis)* ley humana recibe su razón de ley de su derivación de la ley natural moral. Pero las proposiciones: (1) “Toda ley humana recibe su fuerza obligante de la ley natural”, y (2) “Algunas leyes humanas (las obtenidas por determinación) no reciben su fuerza obligante de la ley natural”, son contrarias y no pueden por lo tanto ser ambas verdaderas¹². ¿Cómo resolver esta aparente oposición?

Un modo de resolverla consiste en interpretar que el Aquinate, al sostener que las leyes humanas que son determinaciones de aquello que está indeterminado en la ley natural, da por supuesto que esa determinación se realiza, por definición, en el marco de lo establecido genéricamente por la ley natural. De lo contrario no sería propiamente una *determinación* de algo que está aún indeterminado en un principio normativo universal, tal como lo son los correspondientes a la ley natural. Pero el contenido concreto de esas leyes positivas (*lege posita*) es vinculante u obligatorio sólo – o principalmente – en razón de la autoridad del gobernante que la estableció, aunque siempre dentro del marco de la ley natural. Se aplicaría, en este caso, el principio hermenéutico según el cual las afirmaciones particulares y aisladas deben interpretarse en el contexto de las afirmaciones generales y reiteradas¹³; según ese principio, la afirmación de que las determinaciones tienen sólo la fuerza obligatoria “que le comunica la ley positiva”, debe interpretarse en el contexto de la doctrina general que sostiene que *toda* ley toda ley positiva “tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley natural”.

En un sentido similar, John Finnis sostiene, refiriéndose a la fuerza obligante meramente humana de las leyes positivas que son determinaciones de la ley natural, que “esta última fórmula, que enfatiza tan fuertemente la libertad racional de elección del legislador en estos casos, puede ser mal entendida salvo que se reconozca que ella expresa sólo un teorema subordinado dentro de una teoría general. La teoría general es que, en palabras de Tomás de Aquino, ‘toda ley establecida por los hombres tiene carácter de ley en la medida en que se deriva de la ley natural’, o en palabras de Saint German, (...) ‘en *toda* ley positiva bien hecha

¹¹ *Ibidem*.

¹² Véase: Ziembinski, Z., *Practical Logic*, Dordrecht-Boston-Warsawa, D. Reidel Publishing Company-Polish Scientific Publishers, 1976, pp. 77-83.

¹³ Véase: Grondin, J., *¿Qué es la hermenéutica?*, trad. A. Martínez Riu, Barcelona, Herder, 2008, pp. 36-37.

hay algo de la ley de la razón”¹⁴. Más aún, el pensador australiano defiende que “la derivación del derecho de los principios básicos del razonamiento práctico tiene efectivamente los dos modos principales identificados y denominados por el Aquinate; pero estos no son dos corrientes que fluyan por canales separados (...); la pura *determinatio* a través de una más o menos libre elección autoritativa, no sólo está en sí misma vinculada inteligiblemente con los principios básicos (...), sino que está también controlada por amplios principios formales y estructurales (...), que son ellos mismos derivados de los principios básicos a través del primer modo [*conclusio*] de derivación”¹⁵.

4. Más argumentos sobre la ley positiva

Pero además del argumento referido a la necesidad de concretar, por conclusión o determinación, los principios de la ley natural para adecuarlos a la múltiple variedad de las relaciones humanas, coordinando y ordenando en concreto la conducta social, el Aquinate desarrolla otros argumentos destinados a fundamentar la conveniencia – y en última instancia la necesidad – de la existencia de una legislación positiva en las comunidades políticas. El primero de éstos es el referido a la imposibilidad de dirigir la conducta de todos los hombres al bien sólo mediante consejos virtuosos, teniendo en cuenta que los inclinados naturalmente al bien son pocos, y existen muchos que buscan sólo los placeres inmediatos y dejan de lado la persecución del bien ético. Para disciplinar a estos – que el Aquinate llama *protervi* – y evitar que dañen a los demás y a sí mismos, resultan necesarias normas dotadas de coacción que obliguen, no sólo moralmente sino también por temor al castigo, a todos los miembros de la comunidad política y creen en ellos hábitos de disciplina y respeto a los demás¹⁶.

Por otra parte, el Aquinatense desarrolla un tercer argumento de especial importancia, que cobra acuciante actualidad, sobre todo habida cuenta de la hodierna difusión del menosprecio por las leyes y el consiguiente establecimiento de soluciones políticas y jurídicas por razones de mero poder o favoritismos sectoriales e ideológicos. Es el desarrollado en la respuesta a la segunda objeción del artículo 1 de la cuestión 95, donde Tomás escribe que, “según dice el Filósofo en el libro I de la *Retórica*, ‘es mejor que todas las cosas estén ordenadas por las leyes, que dejarlas al arbitrio de los jueces’¹⁷. En primer lugar - aclara el

¹⁴ Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, 2ª Ed., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 285 (Énfasis en el original).

¹⁵ *Ídem*, p. 289. Finnis concluye el apartado aclarando que “la tradición de la teoría de la ley natural no pretende minimizar el alcance y determinación de la ley positiva o la suficiencia de las fuentes positivas para resolver los problemas jurídicos”; p. 290.

¹⁶ ST, q. 95, a. 1, *corpus*. Véase en este punto: Loughlin, S.J., *Aquinas' Summa Theologiae. A Reader's Guide*, London-New York, T & T Clark, 2010, p. 215.

¹⁷ La cita del Aquinatense es de *Retórica*, I, 1, 1354 a 31 ss., donde Aristóteles escribe: “Pues muy especialmente corresponde a las leyes bien dispuestas determinar todo por sí, en cuanto sea posible, y dejar a los que juzgan

Aquinate - porque es más fácil encontrar unos pocos sabios que bastan para instituir leyes justas que los muchos que se requerirían para juzgar rectamente en cada caso particular (...). Y (...) porque los legisladores juzgan en universal y sobre lo futuro, mientras que los hombres que presiden los juicios juzgan acerca de lo presente, en asuntos que están afectados por el amor, el odio o cualquier otra pasión, y de ese modo se depravan los juicios”¹⁸. Y más adelante concluye que, por ello, “se impone la necesidad, en la medida en que sea posible, de establecer en una ley [general] cómo se ha de juzgar y dejar poquísimas cosas a la decisión de los hombres [particulares]”¹⁹.

Este último argumento ha llevado a algunos autores a sostener la existencia de una versión clásica del *Rule of Law* o gobierno de la ley²⁰, que tendría notorias ventajas sobre la versión liberal de esa doctrina, la primera de las cuales es la centralidad de la referencia al bien común en lugar de la prelación de la autonomía de los individuos. En este punto, Francesco Viola recuerda, en un interesante trabajo titulado *Legge umana, rule of law ed etica delle virtù in Tommaso D’Aquino*²¹, que la idea del *rule of law* es, al menos en sentido lato, de matriz iusnaturalista²², ya que supone la existencia de límites definidos al poder, no sólo ejecutivo y judicial, sino también legislativo y constitucional, a través de la preexistencia de márgenes normativos justificados moralmente, aunque a veces no se explicita de modo puntual el recurso a la idea de un derecho natural. Además, en el caso del Aquinate, se trataría claramente de una concepción sustancialista del *rule of law*, no sólo porque sostiene que la justicia es un elemento necesario del derecho, sino también por su concepción de la ley humana y de las notas características que la determinan, ante todo, su constitutiva ordenación al bien común político²³.

lo menos posible...”. Se cita conforme a la traducción de Antonio Tovar (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971).

¹⁸ ST, I-II, q. 95, a.1, ad 2.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Se utiliza aquí la expresión *rule of law* o “gobierno de la ley” en razón de que la similar de *Rechtsstaat* o “estado de derecho” tiene una clara connotación positivista; véase: Kriele, M., *Introducción a la teoría del estado*, trad. E. Bulygin, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 139-203.

²¹ Viola, F., “Legge umana, rule of law ed etica delle virtù in Tommaso D’Aquino”, en Mangini, M. & Viola, F., *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Torino, Giappichelli Editore, 2009, pp. 1-63.

²² Cfr. Finnis, J., “Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?”, en AA.VV. *Natural Law, Liberalism and Morality*, ed. R.P. George, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp.1-26.

²³ Véase: Keys, M.M., *Aquinas, Aristotle, and the Promise of the Common Good*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 203 ss. También: Porter, J., *Nature as Reason. A Thomistic Theory of Natural Law*, Grand Rapids-Michigan/Cambridge-UK, EerdmansPublishing Company, 2005, pp. 82-103.

5. La superación de la “paradoja”

La exposición sucinta de la doctrina tomista sobre las relaciones entre la legislación positiva y los principios ético-jurídicos, ha puesto de manifiesto que la afirmación neopositivista acerca de la irrelevancia o intrascendencia a la que se vería reducida la legislación positiva en el caso de aceptarse la necesaria remisión al ámbito de la moralidad para justificar el carácter obligatorio de sus normas, carece de fundamento suficiente. En efecto, la exposición efectuada por el Aquinate en ese punto no sólo pone en claro la pertinencia y conveniencia práctica de la legislación positiva, sino evidencia que el vigor normativo y la fuerza obligatoria de esa legislación ha de justificarse necesariamente a través de una remisión a principios de carácter ético-normativo; en la terminología de Tomás de Aquino, a los principios de la ley natural.

Y esto es así toda vez que la obligatoriedad de la ley positiva ha de ser de carácter práctico-moral, e.d., debe revestir una necesidad de carácter deóntico, y no de tipo meramente hipotético-condicional, tal como es la propia de las reglas técnicas o de las máximas de conveniencia²⁴. Si se reduce la fuerza de las normas jurídicas a la que se sigue de la previsibilidad de consecuencias negativas en caso de inobservancia, tal como lo propuso John Austin²⁵ y lo proponen todavía los positivistas consecuentes, no es posible hablar con propiedad de *obligación* o de *deber* jurídico. Para que ello sea posible, es preciso que existan razones decisivas para obrar libremente en un determinado sentido, e.d., razones morales, ya que entre esas razones y las hipotético-condicionales no existe un *tertium genus* de razones para el obrar que, a la vez que no sean morales, resulten propiamente obligatorias²⁶.

Si esto es así, la obligatoriedad de las normas jurídico-positivas sólo puede justificarse adecuadamente a partir de principios de carácter ético, tal como lo son los principios de la ley natural²⁷. En otras palabras, sólo ese tipo de principios puede fundar razonablemente la obligatoriedad de las leyes positivas, haciéndolas relevantes y valiosas en la dirección del obrar humano jurídico²⁸. Es sólo cuando se las desvincula de los principios práctico-morales y se pretende justificarlas en meros hechos sociales cuando las normas jurídicas quedan sin

²⁴ Cfr. Fagothey, A., *Ética*, trad. C. Gerhard Ottenwaelder, México D.F., Interamericana, 1973, pp. 116-125.

²⁵ Véase: Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. H.L.A. Hart, Indianapolis-Cambridge, Hackett Publishing, 1998, pp. 14 ss.

²⁶ Véase: Sánchez-Migallón, S., Voz “Deber”, en *Diccionario de Filosofía*, Dir. A.L. González, Pamplona, EUNSA, 2010, pp. 274-276. Véase también: González, A.M., Voz “Deber ser”, en *Ídem*, pp. 276-281.

²⁷ Tomás de Aquino sostiene expresamente que las “leyes que reparten las cargas proporcionalmente son justas, y obligan en el foro de la conciencia y son leyes verdaderamente legales”; ST, I-II, q. 96, a. 4, *corpus*, poniendo en evidencia que se trata en este caso de una obligatoriedad de carácter propiamente *moral*.

²⁸ Véase: Murphy, M., *Natural Law in Jurisprudence and Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 27 y 89. Del mismo autor, véase: *Philosophy of Law*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2007, pp. 35-43.

obligatoriedad estricta y reducidas a reglas técnicas pensadas sólo para la evitación de consecuencias desagradables. En definitiva, es precisamente cuando se las desvincula de los principios ético-jurídicos de la ley natural cuando las normas positivas pierden toda relevancia y se reducen a reglas estratégicas meramente hipotético-condicionales, y dan lugar a la paradoja de unas reglas que no son obligatorias, pero que han de ser obedecidas bajo pena de los castigos más decisivos que el hombre puede imaginar e implementar.

Esto significa que, en rigor, la irrelevancia moral del derecho es una consecuencia inexorable de la concepción positivista de la juridicidad; y para confirmarlo, uno de sus representantes más consecuentes, Eugenio Bulygin, ha escrito que “el problema de la normatividad del derecho, entendido como el de su valor moral, no es un problema jurídico (...). Se trata de un típico seudo-problema, que no requiere un solución sino una disolución. Preguntas tales como ‘¿Tiene el derecho valor moral?’ o ‘¿Hay un deber moral de obedecer al derecho?’ o ‘¿Suministra el derecho razones morales para la acción?’ no tienen respuesta en una teoría del derecho y por lo tanto no tienen sentido”. Y concluye más adelante que “para el positivismo jurídico consecuente no hay normas objetivamente válidas”²⁹.

Ahora bien, no puede pensarse en una irrelevancia moral más absoluta que aquella que corresponde a normas que no son objetivamente válidas y la pregunta acerca de su normatividad carece de todo sentido. Es por lo tanto el positivismo jurídico consecuente y no el iusnaturalismo clásico, especialmente en la versión de Tomás de Aquino, quien priva de toda relevancia práctico-moral al derecho positivo. No hay por lo tanto, al menos en el iusnaturalismo tomista, falacia o “paradoja de la irrelevancia” sino una explicación consistente y especialmente relevante de la normatividad y del poder obligatorio de la legislación positiva.

Carlos I. Massini-Correas

Universidad de Mendoza

²⁹ Bulygin, E., *El positivismo jurídico*, México D.F., Fontamara 2006, pp. 97/119.