

MORAL Y DERECHO: SUS RELACIONES LÓGICAS

Morality and law: their logical relationships

Roberto J. VERNENGO

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

ACFS, 1988, núm. 28: Derecho y Moral.

RESUMEN

El artículo analiza desde un punto de vista analítico las estructuras lógicas y lingüísticas del discurso moral y del discurso jurídico, en cuanto a sus códigos prescriptivos, con el fin de determinar la relación que existe entre ambos discursos. Aunque se han hecho esfuerzos a la largo de la historia por garantizar una esfera de autonomía en el sujeto moral, y por evitar la injerencia reguladora externa del brazo del Estado o el poder espiritual de alguna iglesia, no se ha conseguido. Desde planteamientos diferentes se exigen conexiones entre derecho y moral, si bien las relaciones de fundamentación que se postulan entre ambos discursos son vagas y problemáticas. Vernengo rechaza una relación de subalternación del derecho con respecto a la moral. La moral más que fundamento lógico inmediato del derecho, establece un conjunto de razones, no las únicas pues existen otros ingredientes axiológicos, que justifican en los derechos positivos que instituyan deberes y derechos subjetivos. Esto implica rebajar la relación entre derecho y moral a una contingente constatación empírica.

Palabras clave: moral y derecho, sujeto moral, validez del derecho.

ABSTRACT

This article examines the logical and linguistic structures of moral discourse and legal discourse from an analytical point of view, in their prescriptive codes, in order to determine the relationship that exists between the two discourses. Although efforts have been made throughout the course of history to secure a sphere of autonomy in the moral subject, and to avoid the external regulatory interference of the arm of the state or the spiritual power of a church, it has not been achieved. The connections between law and morality are demanded from different approaches, although the relations that ground the two discourses are vague and problematic. Vernengo rejects a relationship of subordination of law to morality. Morality, rather than ground the immediate logic of law, establishes a set of reasons, not the only ones because there are other axiological ingredients, justifying the positive laws and duties that concern subjective rights and duties. This involves lowering the relationship between law and morality to a contingent empirical confirmation.

Key words: morality and law, moral subject, validity of law.

1. Durante mucho tiempo se sostuvo que la moral y el derecho constituían no solo actividades diferentes, sino códigos prescriptivos excluyentes. Sin embargo, hoy nuevamente está en plena vigencia la cuestión tradicional de las relaciones entre el derecho y la moral. Quiero referirme a ella, no sólo desde el punto de vista especulativo, que la filosofía prefiere, sino desde un punto de vista analítico que permita el examen de las estructuras lógicas y lingüísticas que ambos tipos de discurso, el moral y el derecho, exhiben. Pareciera que la distinción tajante entre derecho y moral, en cuanto conjuntos de enunciados prescriptivos, como normalmente se los entiende, tuvo históricamente una motivación política concreta —en Thomasius, a fines del siglo xvii, en Sajonia—, admitiendo por lo tanto una explicación histórica aceptable. Se trataba de crear, en un momento en que el hombre europeo se hace cargo de su característica esencial de ser un ser consciente, una inteligencia activa, un ámbito de acciones exento de toda posibilidad de intromisión real. El fuero íntimo, exclusivo territorio de la moral privada, de la actividad subjetiva fundamental; el campo donde se producen las decisiones autónomas, debía ser protegido de toda intromisión externa y, en especial, de toda intervención de la autoridad del estado. El sujeto moral requiere del reconocimiento de su independencia, de su autonomía plena frente a toda ingerencia reguladora impuesta por alguna autoridad externa, fuera ella el brazo secular del estado o el poder espiritual de alguna iglesia.

Por cierto que las autoridades religiosas y profanas que así perdían poder, no aceptaron complacidas semejante mutilación de sus competencias. Las iglesias, entonces y todavía hoy, consideran que cuentan con competencia bastante para dirimir todo tipo de cuestiones morales, actitud que la iglesia romana y las estatales protestantes adoptaron, como si se tratara de la conquista de un territorio no ocupado anteriormente, ante el surgimiento de los estados nacionales modernos en el siglo xvi. Los estados modernos, que explícitamente se declararon soberanos en todo lo que hace al recurso a la fuerza externa, no renunciaron, sin embargo, a intervenir en aquellos casos en que la moralidad pública (es decir: la que interesa a la autoridad estatal, en cuanto puede constituir un riesgo para el ejercicio del poder) pudiera verse afectada.

2. Las políticas liberales asumidas en los países anglosajones y en algunos continentales europeos, durante el siglo xix, influyeron para que la ingerencia estatal en los asuntos privados (lugar a donde la moral y sus problemas habían quedado relegados) fuera reducida. Pero, con el auge progresivo de actividades de toda índole —económicas, culturales, etc.— que se fueron considerando como propias y legítimas del estado (actividades que se vieron sensiblemente ampliadas desde fines del siglo xix hasta mediados del xx), y con el predominio de concepciones político-jurídicas, teñidas de algún positivismo ideológico, que hacía imposible cuestionar la validez del derecho positivo estatal, volvió a plantearse expresamente el problema de la fundamentación de la validez y legitimidad de esas normas y de las políticas que ellas instauraban. Nuevamente podía invocarse a la moral,

ya no como un asunto privado, exclusivo de la conciencia particular de cada uno, sino como una suerte de criterio objetivo de enjuiciamiento de las reglas jurídicas dictadas por el estado.

El derecho se ha vuelto a decir, quizás no sea cosa distinta de la moral. La moral vuelve a ser vista como aquel conjunto de criterios que permiten realizar, desde un punto de vista objetivo, una crítica del derecho. Esta crítica puede ser considerada; mientras conservan aún influencia formas de moral individualista y relativista, como la mera manifestación de opiniones subjetivas de cada individuo. Se sostuvo, inclusive, que todo pronunciamiento moral no constituye sino la expresión de los sentimientos y valoraciones del sujeto y no más. Pero si es posible obtener criterios morales objetivos —como los que propusiera, a comienzos del siglo pasado, el utilitarismo—, habría que admitir que la crítica moral del derecho tiene otro alcance y otras pretensiones.

Dado que para las morales prescriptivas de hoy esa crítica objetiva del derecho sólo puede fundarse en la conciencia individual, órgano característico de toda actividad autónoma, las morales próximas al escepticismo ético que se daban en las formas de relativismo predominantes a principios de nuestro siglo, ya no podían seguir siendo aceptadas. Era necesario volver a alguna moral objetiva que pudiera servir de pauta absoluta de toda crítica de los derechos positivos, crítica que, de otro modo, carecería de sentido. Y sólo contando con tales criterios morales objetivos, el individuo puede establecerse como un sujeto moral autónomo, frente a la heteronomía del estado y de la política. Estamos hoy, pues, en algo así como ante la imagen invertida de la evocada, hace siglos, por Thomasius en Dresden. Frente a la pretensión de competencia universal, moral y jurídica, del estado absolutista y de la iglesia católica, se pretendía entonces delimitar un territorio exento de toda coacción estatal: el fuero íntimo, el pensamiento puro, dominio que iglesia y estado reconocieron como ajenos a sus competencias. Estado e iglesias atienden a la corrección de las conductas externas, de los movimientos de los cuerpos, sean actividades perceptibles de los ciudadanos o ritos ceremoniales, quedando reservado al individuo y a su conciencia las puras intenciones, los pensamientos inexpresados y los movimientos ideales de su espíritu y de su ánimo. El individuo está sujeto al derecho como cuerpo; es libre en sus ideas.

Nosotros, en cambio, nos vemos a nosotros mismos como sujetos autónomos, como personas libres (ahí, se suele decir, radica nuestra característica esencial, la que nos hace ser lo que somos: hombres miembros de una comunidad espiritual, la humanidad). En cuanto tales, la persona individual autónoma es la única fuente aceptada de reconocimiento de la validez (esto es: de la existencia socialmente admitida) y de la legitimidad (esto es: de la no cuestionabilidad social) de toda norma. El derecho producido por los órganos estatales, aunque se trate de representantes del pueblo (vale decir: por personas cuyas actividades son atribuidas al pueblo soberano), carece de validez *per se*. Toda norma de derecho positivo, para pretender validez y legitimidad suficientes, tiene que poder justificarse en la conciencia moral de los individuos. Pero, ¿cómo lograr que esas conciencias morales subjetivas puedan constituirse en el canon objetivo de la crítica del derecho? ¿Acaso

el conocimiento científico moderno, que busca en alguna verificación empírica la garantía de su validez, puede admitir el recurso a una conciencia no empírica, una conciencia trascendental, como la propuesta por Kant, como fundamento de una moral suficiente para emprender la crítica del derecho, del estado y de la política?

3. Pero hay otro problema que conviene atender, ¿cuál es el tipo de relación que, expresa o tácitamente, se postula entre la moral fundante y las normas jurídicas fundadas? Puede muy bien ser que la relación que se proponga, o se pretenda reconocer, sea muy fuerte, como sería una relación de identidad. La norma jurídica vale (formal y materialmente) porque se identifica con un principio o una norma moral. Pero este criterio de fundamentación, a su vez, requiere de demasiados presupuestos problemáticos. En efecto, una norma jurídica sólo puede identificarse por su relación con otras normas, por su inclusión en algún orden jurídico concreto. Los criterios de validez o de reconocimiento necesariamente remiten a esas otras normas, sea al establecer la competencia de los órganos productores de esas normas, sea al sentar las pautas de reconocimiento que los órganos de aplicación aceptan. Esas características son, por definición, ajenas a las normas morales que, según se ha visto, tienen que ser autónomamente asumidas. Por ende, mal puede sostenerse que una norma jurídica se identifica con una norma moral — pese a la apariencia de su aspecto lingüístico superficial idéntico o semejante— cuando sus criterios de identidad difieren esencialmente. Por otra parte, así como las teorías del derecho han sentado pautas de identificación de las reglas de formación de las normas jurídicas, como la teoría de los *Geltungsbereiche* de Kelsen, pautas que permiten analizar y reconstruir el material prescriptivo que produce el legislador, los moralistas y los filósofos que se ocupan de problemas metaéticos no han dado criterios que permitan diferenciar las expresiones morales bien formadas (i.e.: con sentido) de los enunciados moralmente insignificantes. De ahí que se produzca la situación paradójica de que se nos postule, por un lado, el carácter fundante de los preceptos morales con respecto de los jurídicos, pero, por el otro, se incorpore al lenguaje moral las estructuras analíticas que los juristas han construido para explicar conceptualmente las normas jurídicas. Así se sostiene que ciertos derechos (subjetivos) que el derecho establece (*legal rights*) fundan su validez material en ciertos derechos morales (*moral rights*), pero que sea tal cosa, un derecho moral, se supone apresuradamente que sea algo similar a los derechos subjetivos que la teoría del derecho ha analizado desde antiguo. De suerte que para aceptar como válido un derecho subjetivo jurídico —valga la redundancia— debemos postular, como su fundamento, un derecho moral; pero para entender que sea un derecho moral debemos dar por supuesto lo que generalmente los juristas entienden por un derecho subjetivo.

Pero las relaciones de fundamentación, que se postulan o se suponen existentes entre la moral y el derecho, suelen ser más vagas o más problemáticas. Por de pronto, no está en claro cuáles son los dominios de la relación. En las discusiones corrientes, relativas, por ejemplo, a la fundamentación de los derechos humanos,

se admite que el derecho subjetivo que se trata de sustentar o de instaurar —pues, bajo el rótulo de derechos humanos debemos tomar en cuenta no sólo los derechos que un derecho positivo consagra, sino también ciertos derechos que todo derecho positivo debería admitir— tiene su fundamento en un principio moral, o en una norma moral correlativa. La relación sería entre norma y norma, o principio y norma. Pero, según refleja la literatura, esta relación suele ser trivial: la norma jurídica que otorga tal o cual derecho subjetivo, por ejemplo, el derecho a concertar matrimonio, se fundaría en la norma moral (postulada) que concede el derecho moral de casarse libremente, con lo cual poco hemos ganado en el propósito de fundamentación, o recaemos en la vacuidad de la fundamentación por identidad anteriormente apuntada. O bien, ese derecho legal —el de estar facultado, en ciertas circunstancias, a casarse libremente— remitiría a un principio moral muy general y, por ende, también muy difuso, como el que postula la libertad de las promesas y la obligación de cumplirlas o cosas por el estilo. En otros casos, en cambio, los dominios de la relación de fundamentación son conjuntos de normas (o entidades lingüísticas de carácter prescriptivo, como los famosos principios morales y los principios, preceptos, reglas o directivas jurídicas): es la moral, entendida como un conjunto de reglas, principios y enunciados metaéticos, que serviría de fundamento a conjuntos de normas jurídicas, sean órdenes jurídico-estatales (como cuando, invocando la moral, se condena globalmente al régimen nazi, a derechos totalitarios o al sistema sudafricano), sean órdenes normativo-parciales (como cuando, remitiendo a principios morales, se condena alguna institución, como cuando la iglesia católica condena al régimen civil del divorcio). Pero, cabe apuntar, no es posible, en principio, pretender que la relación de fundamentación que se postula, sea entre norma y norma, o entre conjunto normativo y conjunto normativo, posea idénticas características, sin correr el riesgo de conocidas dificultades lógicas.

Si nos atenemos al primer tipo de relación —la relación uno a uno entre norma moral y norma jurídica—, parece claro que es falso que siempre exista posibilidad de fundar la prescripción jurídica en una equivalente moral. Es notorio que casi todos los regímenes jurídicos admiten como conducta facultativa conductas que muchos códigos morales califican de desvaliosas o inmorales. Así, por ejemplo, la acción de mentir o de retener información, que moralmente puede ser vista como prohibida y, por tanto, como moralmente mala, es, para la mayoría de los derechos positivos, una acción jurídicamente indiferente; vale decir, mentir puede ser jurídicamente facultativo, mientras moralmente se trata de una acción prohibida. Ahora bien, estos dos caracteres normativos son contradictorios y, por ende, mal puede ser el uno fundamento del otro, por lo menos en cuanto dos enunciados que se postulan en relación de fundamentación tienen necesariamente que ser lógicamente compatibles. La tesis defendida —toda norma jurídica debe tener un fundamento específico en una norma moral correlativa— tendrá que admitir una versión débil: algunas normas jurídicas pueden fundarse en normas morales. Pero esta tesis débil no constituye razón suficiente para sustentar la tesis genérica de que el derecho, entendido como algún conjunto de normas, tenga que contar con un fundamento de validez moral.

Con relación postulada entre conjuntos: la moral y el derecho como conjuntos de normas, reglas, preceptos, principios, etc., es frecuente, en la literatura, rehabilitar una vieja tesis del iusnaturalismo escolástico. La moral se identifica con ese conjunto de principios y preceptos denominado derecho natural o ley natural y se reitera la tesis de que el derecho positivo se encuentra, o debe encontrarse, en una relación de subalternación frente a ese cuerpo prescriptivo (en algún sentido) que sería el derecho natural. De ahí la vieja tesis de que la norma de derecho positivo contraría al derecho natural —esto es: que es lógicamente incompatible con los principios y enunciados así bautizados— no sería norma jurídica válida. Pero esta relación es más bien invocada como un argumento retórico que efectivamente puesta a prueba. Pero, ¿cómo entender, con algún rigor, una relación de subalternación entre conjuntos normativos? (Cabe aclarar que, para el pensamiento escolástico tradicional como el que se remonta a Tomás de Aquino, no es admisible entender al derecho natural como un conjunto de normas; más bien se trata de principios valorativos o pautas que deben ser interpretadas como criterios ontológicos. De todos modos, visto el asunto con ojos contemporáneos, como tienen que hacerlo muchos neo-escolásticos, para no incurrir en falacias lógicas características, algún rasgo normativo es conferido también al denominado derecho natural).

La relación de subalternación entre conjuntos normativos es la interpretación clásica de la tesis de que el derecho tiene un fundamento moral. Pero inmediatamente los autores que la sostienen pasan a sustentar tesis que son incompatibles con la misma. De aceptársela, por caso, la moral —ese conjunto identificado con ese otro conjunto oscuramente definido que sería el derecho natural invocado— constituiría razón suficiente de la validez del derecho positivo correspondiente. Y como tal moral es postulada como válida *a priori*, sea por haber sido dictada por algún mandato divino, o impuesta necesariamente por alguna característica esencial del ser humano, resultaría que el derecho positivo subalterno, por simples razones de lógica, tendría que ser aceptado como existente (i.e.: válido). Pero es notorio que ni siquiera los autores que explícitamente reiteran la tesis de la subalternación admiten que, por ser válido (en algún sentido) el derecho natural (la moral), el derecho positivo pueda existir (ser válido) sin el acto empírico de su promulgación por alguna autoridad. Ello implica que la mencionada relación de subalternación no permite inferir como consecuencia lógica, la validez del conjunto subalternado. Pero entonces resulta claro que tal relación de subalternación, como interpretación lógica de la relación de fundamentación propuesta, no puede ser entendida en su sentido lógico habitual.

Por otra parte, de ser la relación entre moral (derecho natural) y derecho (derecho positivo) ese tipo de relación, resultaría que el derecho positivo se constituiría en condición necesaria de la validez del derecho natural, tesis que, por lo menos, resulta insólita para este tipo de especulación.

4. La tesis, en alguna literatura reciente, ha sido debilitada más aún. Ya no se trata de que una cierta norma moral sea vista como fundamento de la norma jurídica

correlativa; o de que la moral, como conjunto identificado con algún derecho natural, sea el presupuesto de la validez del derecho positivo objetivo y de las obligaciones y derechos subjetivos que las normas de ese derecho positivo estatuyen. La moral, más que el fundamento lógico inmediato que se postula en las doctrinas aludidas en el párrafo anterior, sería vista como un conjunto de razones que justifican que, en los derechos positivos, se estatuyan deberes y derechos subjetivos.

Considero que esta tesis reitera, de alguna manera, la idea de que la moral constituye un sistema de valores que, en cuanto tales, son el fundamento ontológico de las normas jurídicas positivas, de las normas que efectivamente constituyen deberes jurídicos y derechos subjetivos. En efecto, ciertas circunstancias poseerían características axiológicas tales que permitirían considerarlas bienes que intrínsecamente benefician a algún sujeto. El hecho de darse tales bienes o valores constituiría una buena razón o una fuerte razón para que el sujeto pueda pretender, moral y jurídicamente, que se lo dote de alguna forma de reconocimiento normativo, como suele ser la atribución de derechos (morales o jurídicos). Esta tesis —frecuentemente acompañada de especulaciones referentes al carácter práctico de la relación entre razones y derechos— incurre, en mi opinión, en problemas lógicos no menos graves que los que suscitan tesis como la de la subalternación del derecho a la moral, o semejantes. Ciertamente es que esas situaciones valiosas, que son en todo caso hechos empíricos, son interpretadas como razones o motivos que pragmáticamente justifican la instauración posterior de derechos y deberes. Esa justificación no es entendida como otra relación empírica —como podría ser la de motivación psicológica—, ni tampoco como una relación de fundamentación deductiva. Se trata, insisten sus defensores, de razones de justificación que juegan a nivel pragmático. Pero, cabe apuntar, que sea ello como fuere, tales razones, para poder desempeñar efectivamente el papel de fundamento de normas jurídicas, tendrían que ser por lo menos lógicamente compatibles con las normas que justifican. De manera que tales razones axiológicas para la atribución de deberes y derechos —es decir: para el reconocimiento de la validez o existencia de normas jurídicas, en todo caso deben dar por supuesto, como condición necesaria, que las normas jurídicas fundadas sean lógicamente compatibles con los enunciados que expresan las razones justificatorias. Ahora bien, dicha condición es de difícil cumplimiento o de oscura interpretación, cuando las normas jurídicas son consideradas como prescripciones, puesto que entre el hecho constitutivo de la buena razón y la norma justificada no puede darse, en rigor, una relación de compatibilidad lógica, en mérito a las conocidas características semánticas de los enunciados fácticos y de las normas. Quizás la teoría podría ser reformulada suponiendo que tales hechos axiológicos constituyen buenas razones para aseverar la verdad del enunciado normativo que informa sobre la existencia de una norma. Pero esta versión parece extremadamente débil como para contentar a quienes sustentan la tesis fuerte de que el derecho se funda en la moral. La otra alternativa —admitir que la relación se da entre un enunciado fáctico y una norma en función prescriptiva— conduce al problema tradicional de la derivación, lógicamente no aceptable, de una prescripción a partir de enunciados de hecho.

La caracterización de las razones justificatorias (esto es: fundantes) como cosas valiosas, como valores o como bienes, lleva nuevamente a una problemática que, desde que la filosofía entra a admitir entidades axiológicas, valores, ha sido muy transitada. Me refiero al tema de las relaciones entre enunciados axiológicos y normas. Frente a la tesis exagerada de que, a nivel semántico, juicios de valor y normas de idéntico contenido son equivalentes, pareciera predominar la constatación de que, aún al nivel de los lenguajes naturales en que estos: análisis se mueven, las estructuras sintácticas (i.e.: lógicas) del lenguaje declarativo axiológico no coinciden con las de un discurso normativo en su uso prescriptivo primario. Por ejemplo, parece notorio que los caracteres normativos con que los juristas distinguen las normas —el ser obligatorio, prohibido, etc.— no admiten una transposición a las características morales que se suponían fundantes. Así, la acción que una norma jurídica regula como indiferente (esto: ni obligatoria ni prohibida), puede muy bien que sea valorada como moralmente mala; o la acción que moralmente calificaríamos de indiferente (esto es, ni buena ni mala), puede ser jurídicamente prohibida o facultativa. Un caso típico lo suscitan los actos supererogatorios que, desde un punto de vista moral son altamente valorados, pero que jurídicamente son por lo menos indiferentes, cuando no prohibidos. En suma: no hay correspondencia constante entre los caracteres normativos típicos y las valoraciones correlativas de las acciones reguladas.

Si esto es así, no se ve motivo para considerar que sólo hechos dotados de un valor positivo (bienes) sean razones justificatorias suficientes de normas que otorgan derechos subjetivos o impongan deberes. Por de pronto, aun tratándose de bienes (esto es: axiológicamente positivos) que son razón de la configuración de derechos y deberes, instaurados por normas jurídicas positivas, debería advertirse que, normalmente, el titular del derecho subjetivo puede estimar su situación como beneficiosa, pero que el sujeto deudor, salvo en casos anómalos, verá la norma que le impone una obligación como un perjuicio, como un valor negativo. Y tendríamos entonces que el mismo hecho —el bien que funciona como razón del derecho y del deber—, tanto razón justificatoria del derecho subjetivo, positivamente valioso en principio para su titular, como del perjuicio desvalioso que padece el sujeto del deber jurídico. Pareciera más razonable concluir que, de darse, en el plano pragmático, esa relación de justificación entre ciertos hechos valiosos invocados como razones justificatorias de la imposición de deberes y del otorgamiento de derechos subjetivos, la misma tiene un carácter puramente contingente. Por lo tanto, una moral entendida como un sistema de valores no puede constituir fundamento suficiente, ni razón necesaria, de la validez y legitimidad de un orden jurídico positivo.

5. Es cosa sabida que, para las tendencias contemporáneas que insisten en el carácter práctico del conocimiento, ontológicamente el derecho es definido en forma tal que comprende algún ingrediente valorativo. Estas formas de pensar, por cierto, remontan a una antiquísima tradición que ha visto en el problema de la justicia y la equidad, por ejemplo, cuestiones esenciales para la captación de

los fenómenos jurídicos. Sea cual fuere la interpretación que se proponga de las justicias platónica, aristotélica o estoica —sin duda, complejos conceptos metafísicos que admiten múltiples interpretaciones—, lo cierto es que el pensamiento moderno, más el pensamiento jurídico desde que ha revestido formas con pretensión científica, ha visto en la justicia, la equidad, etc., valores. Por ende, para esa línea de pensamiento, no tomar en cuenta tales valores implicaría una mutilación del objeto derecho mismo, y no una simple limitación epistemológica.

No siempre ese ingrediente axiológico en el derecho es equiparado a la moral. Tal cosa sucede, sin duda, en muchos de los epígonos de tendencias de la escolástica medieval. Pero en muchos autores modernos, sensibles a la problemática filosófica y social de la justicia, existe gran renuencia a abandonar la secular y fecunda separación entre derecho y moral, sobre cuya base, por ejemplo, fueron posibles las construcciones de la dogmática continental del siglo pasado. El recurso, aunque sea en la función un tanto especulativa, de fundamento de justificación, como ahora reaparece, a la moral, contraviene esa asentada forma de pensar que los juristas heredan de la tradición científica constituida en el siglo XIX. Por el otro lado, sin embargo, el repudiar enteramente, ya no sólo la posibilidad de fundamentación moral del derecho, sino el de alguna relación necesaria entre ambos dominios, suele ser vista, por algunos filósofos recientes, y por muchos ideólogos, como algo moralmente repudiable.

Estas posiciones, en cuanto expresan actitudes ideológicas, son difícilmente rebatibles, pues, por lo común, no expresan cabalmente sus presupuestos, sus estructuras conceptuales y sus alcances teóricos.

Me interesa, por ello, examinar en qué medida esas tendencias, sin duda respetables y quizás nobles, admiten un análisis más estricto, tan pronto uno se pregunta por los presupuestos lógicos y las consecuencias derivadas que la relación necesaria postulada entre derecho y moral requiere y suscita.

La tesis tradicional —la que afirma que toda norma jurídica supone un principio moral fundante— vale tanto como afirmar explícitamente una relación lógica de subalternación entre la norma jurídica y la norma moral antecedente. Esto es: se impone como axioma, en la estructura lógica del pensamiento moral-jurídico, que todo lo que es moral es derecho. Pero tal enunciado axiomático, aunque refleje la tradicional tesis sobre la relación de subalternación, parece excesivamente alejada de las intuiciones de los juristas, que, por razones históricas notorias se encuentran moldeadas por el positivismo. De ahí que cuando lógicos han tratado de asumir en sus cálculos (modales) aquella directiva ontológica que hace de los valores un ingrediente esencial del derecho, los axiomas correspondientes tienen otro sentido y alcance.

Me referiré a los sistemas propuestos por L. Z. Puga y Newton C. A. da Costa. Me referiré al ensayo “Logic with deontic and legal modalities: preliminary account”, que, como su título mismo lo dice, constituye una primera elaboración. Dichos lógicos han producido posteriormente versiones más elaboradas de esa primera tentativa, sobre todo en el ensayo “Logica deontica e direito”. El propósito declarado de estos autores es esbozar nuevos sistemas de lógica destinados a regir

las interconexiones entre dos tipos de obligaciones: las obligaciones morales y las obligaciones jurídicas. Los restantes caracteres normativos admitirán definiciones a partir de dos operadores de obligaciones diferenciados: Omp y Olp, que simbolizan la obligación moral (Om; del estado de cosas p, y las obligaciones legal o jurídica (Ol).

El origen del ensayo de crear una lógica apta para manejar las inferencias en que hay interconexión entre normas morales y normas jurídicas, proviene de la influencia que en la filosofía del derecho tienen las tesis que sostienen que para comprender la naturaleza misma del derecho es necesario atender a las distintas dimensiones de ese objeto, entre las cuales figuran estructuras normativas y elementos valorativos. A ello se agrega la tesis más fuerte de que las modalidades morales y jurídicas —es decir Om y Ol— están esencialmente correlacionadas.

Claro está que la nueva lógica propuesta constituye —como señalan específicamente Pugo y da Costa—, a partir de sus axiomas, un conjunto de patrones (standards) ideales para sistemas que comprenden nociones deónticas y jurídicas, sin ser un conjunto de principios que reflejan lo que realmente acaece: our axioms should be envisaged as ideal standards for systems containing deontic and legal notions, and not as sets of principles mirroring what really happens.

La lógica moral-jurídica propuesta se basa en dos axiomas que expresan las relaciones centrales entre conceptos jurídicos y morales: 1) Olp implica materialmente a Omp (que los autores glosan de la siguiente manera: lo que es jurídico es moral); y 2) Omp implica Plp (esto es: lo que es moralmente obligatorio está jurídicamente permitido).

Dichos axiomas conducen, en el sistema, a conclusiones contraintuitivas. Por ejemplo, es teorema demostrable que todo lo que es jurídicamente facultativo (esto es: que no es obligatorio, ni es obligatorio omitir) es también moralmente facultativo o indiferente (aunque otro teorema reduce la inaceptabilidad intuitiva de aquella conclusión; en efecto, lo que es moralmente indiferente implica que no hay obligación jurídica de llevarlo a cabo). Pero el primer teorema mencionado sigue pareciendo contrario a nuestras intuiciones, pues es claro que hay múltiples actos jurídicamente facultativos, como todas las acciones supererogatorias o las acciones inmorales que no afectan a terceros, que titubearíamos en calificar de moralmente indiferentes. Si bien un acto supererogatorio es jurídicamente facultativo, moralmente pareciera ser altamente valorado, aunque quizás no al grado de caracterizarlo deonticamente como obligatorio. Pero es indudable que múltiples actos inmorales o pecaminosos, que muchas morales fulminarían como prohibidos, son jurídicamente facultativos. Por otra parte, si se atiende a las definiciones corrientes del operador F (facultativo, como equivalente a la conjunción de Pp y PNp), las transformaciones lógicas corrientes, aunque triviales, arrojan más dudas sobre la admisibilidad intuitiva de los axiomas que permiten arribar a tales teoremas. En efecto, por contraposición, no parece plausible sostener que si algo está moralmente prohibido o es moralmente obligatorio, entonces también jurídicamente la acción en cuestión deba ser prohibida u obligatoria. Es fácil encontrar ejemplos de actos morales que satisfacen el antecedente del condicional, pero que no satisfacen su consecuente jurídico.

El problema deriva, pues, de que los axiomas propuestos, para expresar las relaciones esenciales entre las modalidades morales y jurídicas —sobre todo el axioma que declara en relación de subalternación a las obligaciones legales (Ol) frente a las morales (Om)—, lleva a conclusiones insatisfactorias. El segundo axioma mencionado, en cambio, parece bastante inofensivo, pues algo sería inaceptable, en la moral que sustentamos, si lo que es moralmente obligatorio no estuviera jurídicamente permitido. Pero cabe, con todo, pensar situaciones límites o catastróficas en que la validez intuitiva del axioma podría ser puesta en duda: el caso del mártir que considera obligación suya moral ofrendar su vida, aun cuando el sistema jurídico prohíba el suicidio. O el del rebelde que, conforme a su peculiar sistema moral, estima obligatorio llevar a cabo un acto que, sin duda, el régimen jurídico calificará de ilícito. En suma, me parece que en el sistema preliminar propuesto en el ensayo mencionado, son aceptables e intuitivamente convincentes los postulados o axiomas referentes a la moral y al derecho —postulados que reflejan los tradicionales en las lógicas deónticas clásicas—; pero son de dudosa interpretación y de poca fuerza persuasiva, los postulados mixtos, donde se mezclan y relacionan lógicamente moral y derecho.

Cierto es que este tipo de crítica está ligado a cuestiones lógicas conocidas, como las referentes a la interpretación de la relación de implicación. Puga y da Costa, conscientes de ello, señalan que cabría proponer otros esquemas axiomáticos, que requerirían de la interacción de operadores deónticos (v.gr.: si Ol_p entonces $OmOl_p$, que dice que si algo es jurídicamente obligatorio, entonces es moralmente obligatorio que sea jurídicamente obligatorio, un principio que pareciera establecer una suerte de constricción ética sobre la actuación del legislador). Otro axioma propuesto — $OlOmp$ equivale a que Omp : lo que es moralmente obligatorio equivale a que sea jurídicamente obligatoria esa obligación moral— parece excesivamente autoritario, en cuanto, interpretado como una prescripción, permitiría convertir en obligación jurídica lo que aparece como obligatorio moralmente. Los autores mencionados tienen clara visión de estas dificultades y señalan que hay que construir otras lógicas que rechacen a todos o a algunos de esos principios, para alcanzar lo que denominan “sistemas más realistas”.

Pero la situación paradójica subsiste. En efecto, de alguna manera para pensar las relaciones entre la moral y el derecho tenemos que recurrir al arsenal conocido de factores lógicos. Lo tradicional, por ejemplo, en el pensamiento iusnaturalista religioso, ha sido sostener que el derecho está en relación de subalternación con la moral. Esta tesis, debidamente formalizada e interpretada, parece implausible. La tesis inversa —la que declara que toda obligación jurídica implica la correspondiente obligación moral— parece también contraria a corrientes intuiciones éticas. Va de suyo que la equiparación entre normas morales y normas jurídicas de idéntico carácter deóntico, no sólo parece contraria a notorios ejemplos en que entre moral y derecho no hay tal relación lógica, sino que hace sospechar alguna ideología de tipo autoritario, sea en el campo moral, sea en el jurídico.

Pareciera, pues, que la relación entre códigos morales y códigos jurídicos fuera enteramente contingente: a veces coinciden, en algunas culturas, normas morales

y normas jurídicas. Otras veces, tal coincidencia o implicación no son admisibles. La tesis, hoy tan prestigiosa, que vuelve a insistir en una relación necesaria entre el derecho y la moral, tendrá que ser rebajada el nivel de una contingente constatación empírica.