

DERECHO POSITIVO Y DERECHO NATURAL (ALGUNOS PROBLEMAS LÓGICOS DE SUS RELACIONES)

1. Tan pronto se postula la existencia o validez de un derecho no positivo junto al derecho positivo que empíricamente verifica su vigencia, surge el problema del tipo de relaciones que puedan establecerse entre ambos. Ciertamente es, por de pronto, que la determinación de tales relaciones se hace difícil, pues el discurso corriente sobre el derecho y la moral (o el derecho natural) no precisa suficientemente la constitución del dominio y del contradominio de la relación que se proponga. Cabe admitir, en principio, que con matices y divergencias menores, la teoría del derecho actual acepta que todo derecho positivo comprende, por lo menos, algunos enunciados que, sintácticamente, se configuran como oraciones normativas y, pragmáticamente, como prescripciones.¹

Vale decir que en el conjunto de datos que concebimos como un cierto derecho positivo parece conceptualmente necesario que encontremos algunas normas; es corriente aceptar que el material que los juristas elaboran teóricamente como derecho, abarca otras cosas. Digamos, para los fines de este trabajo, que, sin perjuicio de aceptar esa composición heteróclita de los datos trabajados por la doctrina jurídica, por la ciencia dogmática del derecho, limitaremos la discusión a los elementos normativos que todo derecho comprende. Diremos, además, que desde un punto de vista sintáctico, esos elementos normativos pueden ser reconstruidos equiparándolos a un conjunto de proposiciones deónticamente modalizadas, cuya expresión verbal suele ser muy variable.

Es más difícil precisar cuáles son los componentes de un derecho natural, no sólo por no existir en la especulación contemporánea una teoría uniforme sobre el derecho natural que se defienda, sino por no tratarse, en las teorías iusnaturalistas clásicas, de conjuntos normativos en el sentido con que los juristas se refieren al derecho como normas. Parece notorio que en la escolástica clásica, el derecho natural no constituye un orden normativo, en el sentido moderno de esta expresión. Más bien, es corriente pensar (o haber pensado) que el derecho natural

¹ Searle, J. R. y Vanderveken, D., *Foundation of Illocutionary Logic*, Cambridge University Press, 1985, caps. 5 y 9, *passim*.

se postula como un conjunto de principios enunciativos, o como un conjunto de valores, o como un conjunto de virtudes o hábitos, etcétera. Aun así, es frecuente en la literatura iusnaturalista reciente, pese a los problemas de interpretación de los textos clásicos que ello suscita, incorporar al conjunto de datos denominado derecho natural, pautas normativas.²

Supongamos para los fines de lo que sigue, que limitamos los campos de la relación que se postule entre un derecho positivo y un derecho natural a sus elementos normativos, dado que, para el pensamiento actual, parece inexcusable, al hablar de cualquier tipo de derecho, pensar en la existencia de normas. Las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo son, pues, relaciones entre conjuntos normativos. Por cierto que cuando se habla, ya no de un derecho natural, sino de un código moral, suele presentarse similar dificultad, pues corrientemente una moral abarca no sólo preceptos con sentido normativo, sino otras cosas. Parece aceptable considerar que las relaciones entre un derecho positivo y un derecho natural, en cuanto conjuntos normativos, exhiben problemas similares o idénticos al del viejo problema de las relaciones entre moral y derecho, pues es lugar común en la especulación filosófica asimilar el derecho natural de que se trate a una determinada moral, o considerarlo un subconjunto propio de la misma.

Cabe advertir, inicialmente, que en muchas variantes de la teoría jurídica moderna, moral y derecho son vistos como conjuntos normativos diferenciables, aun cuando quepa discernir entre ellos rasgos comunes. Para aquellas morales que consideran condición necesaria de la validez de un precepto moral la universalidad de los sujetos a que esas normas están dirigidas, las normas jurídicas que admiten ámbitos personales más restringidos rara vez son pensadas como normas morales en sentido estricto. Por ende, para semejante concepción que ve en las normas morales enunciados universales, el cotejo entre tales normas morales universales y las normas jurídicas particulares o individuales, se torna imposible o dificultoso, pues tendríamos objetos lingüísticos de distinta conformación. Pero también cabe pensar en normas morales y en derechos positivos enteramente casuísticos, aunque sea como tipos ideales; es decir, en códigos morales y jurídicos integrados exclusivamente por normas individuales en cuanto a sus ámbitos de validez personales y circunstanciales. Pero una moral puramente casuística tiene actualmente poco prestigio en la literatura ética, a diferencia de la importancia que

² Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, cap. X, *passim*.

se concede a una jurisprudencia casuística. Cabe afirmar, sin pretensión de rigor, que los juristas conciben comúnmente las relaciones entre la moral y el derecho como la de dos conjuntos normativos que se intersectan, pero que no son equivalentes.

Tampoco faltan escritores que consideran que estrictamente no cabe correlacionar códigos morales y sistemas jurídicos, toda vez que —si bien se cuenta con reglas de formación que permiten establecer, a nivel sintáctico, cuándo nos encontramos con una norma jurídica— el pensamiento moral no se ha preocupado por sentar formas canónicas definidas para los preceptos morales. De ahí que la moral sea vista como un dominio especialmente difuso donde pululan valores, principios, preferencias, así como normas, elementos todos ellos cuya determinación precisa no parece preocupar a los moralistas que los invocan.

2. Más rigurosa, sin duda, es la tentativa de elaborar un lenguaje más reglamentado que permita abarcar en un conjunto más comprensivo tanto a las reglas morales como a las normas jurídicas. Ello es necesario una vez que se postule, como lo hacen filosofías jurídicas abiertas a requerimientos políticos específicos, un objeto del conocimiento científico de composición compleja; así, es frecuente afirmar que todo derecho positivo está integrado no sólo por normas, sino por valores (además de otros ingredientes). Y, para estas formas de pensar, los valores son valores morales. Las reglas o normas morales son expresión verbal de tales valores. Para semejante concepción, los valores jurídicos son datos morales y, por consiguiente, el lenguaje adecuado para la ciencia del derecho requiere de reglas de formación que permitan la formulación, no sólo de las consabidas normas legales, sino de principios morales o de expresiones valorativas.

Que yo sepa, las primeras propuestas al respecto son recientes³ y no han tenido aún repercusión sobre el trabajo teórico de los juristas, para los cuales la invocación de valores o de pautas morales suele funcionar como una suerte de caja negra en la interpretación operativa de los jueces o como un recurso retórico en la interpretación doctrinaria de los juristas. En el ensayo al que me refiero, sin embargo, las reglas de formación de normas morales y de normas jurídicas son, a nivel de su traducción a un lenguaje natural, idénticas, estableciéndose la diferenciación en la distinción, difícilmente reflejada en el habla

³ Puga, L. Z. y Costa, N. C. A. da, "Logic with Deontic and Legal Modalities: Preliminary Account", *Bulletin of the Section of Logic, Polish Academy of Sciences, Lodz*, vol. 16, núm. 2, 1987, p. 73.

corriente, entre modalidades deónticas morales y modalidades deónticas jurídicas que exhibirían, sí, un comportamiento lógico diferente.

En otros términos, las reglas de formación más generales de los enunciados normativos, morales o jurídicos, son comunes, a saber: las habituales que disciernen en toda norma una proposición declarativa sujeta a los cálculos lógicos tradicionales, más un operador modal de alcance proposicional. Sólo que, como se apuntó, se introduce un doble juego de operadores modales deónticos: modalidades morales y modalidades jurídicas. A ello se agrega la tesis de que existen vínculos lógicos esenciales entre ambos tipos de modalidades. La propuesta referida, cuya novedad es importante, no supone, sin embargo y primariamente, una interpretación ontológica de las relaciones entre los dos dominios objetivos —el de la moral y el del derecho—, interpretación que, en múltiples variantes, siempre puede ser desentrañada en las formas de pensar habituales en moralistas y juristas.

Específicamente, los autores mencionados remiten, como justificación del intento, a conocidas propuestas iusfilosóficas que, en actitud no analítica, postulan la composición esencial de los datos jurídicos a partir de ingredientes valorativos y normativos, entre otros. La propuesta de nuestros lógicos, en cambio, es analítica, en el sentido de que, como construcción formal, proponen un sistema lógico apto para cálculos interpretables en un lenguaje en que se postulan modalidades axiológicas (morales) y modalidades puramente jurídicas, intrínsecamente correlacionadas. Esta lógica moral-jurídica propone dos axiomas para expresar las relaciones fundamentales entre las modalidades morales y jurídicas. Uno que los autores glosan de la siguiente manera: lo que es jurídicamente obligatorio es moralmente obligatorio; y otro que establece que lo moralmente obligatorio está jurídicamente permitido. Estos axiomas, junto con postulados relativamente familiares para el campo de la moral y del derecho (como que los axiomas sean referentes a la subalteración de la modalidad débil de permisión frente a la modalidad fuerte de obligación, y a la distribución del operador modal), permiten construir un sistema lógico capaz de recibir una interpretación semántica adecuada. La prohibición, en ambos campos, es definida en la manera acostumbrada y, por ende, cabe introducir las interdefiniciones corrientes entre los diversos operadores normativos.

Sin embargo, los axiomas mismos del sistema parecen, en ciertos casos, admitir interpretaciones contra intuitivas. No es cierto, por ejemplo, que todo lo que sea legalmente obligatorio sea también moralmente obligatorio, dado que rehusamos considerar deberes morales el acata-

nimiento de contingentes disposiciones reglamentarias, como las que regulan el tráfico callejero. Aparece también la tesis de que lo que está moralmente permitido omitir, también lo estaría jurídicamente, tesis que los juristas aceptarían con justificada alarma. Y de ahí, resultan teoremas que nuevamente suscitan inquietud en el jurista tradicional y, supongo, en el moralista teórico. Es teorema demostrable, por ejemplo, en esta lógica, que todo lo prohibido moralmente implica la permisión jurídica de omitirlo, tesis en que aparece rotundamente la pretensión clásica de un llamado derecho de resistencia, discutible derecho que nadie piensa se funde en un axioma lógico. Igualmente parece poco convincente tener que aceptar que todo lo que es jurídicamente obligatorio está moralmente permitido; o el teorema que declara que es moralmente obligatorio aceptar que lo jurídicamente obligatorio es obligación moral. Ese último teorema tiene su correlato en el no menos alarmante enunciado que declara que uno está jurídicamente obligado a aceptar que todo lo que es obligación jurídica es también obligación moral.⁴

3. Frente a esta propuesta que intenta construir una lógica común al derecho y la moral, apta para operaciones deductivas en un dominio mixto: moral y jurídico, los iusnaturalismos tradicionales han postulado relaciones lógicas entre ambos dominios conforme a lógicas neutras con respecto de la distinción entre el derecho y la moral. Esto es, se recurre a una lógica que no es ni jurídica ni moral, que no se compromete ontológicamente con diferentes especies de normas. Así, en cuanto relación entre conjuntos (conjuntos de normas, reglas, preceptos, principios, etcétera), es frecuente, en la literatura, rehabilitar una vieja tesis: el derecho se encuentra o debe encontrarse, en una relación de subalternación con ese cuerpo prescriptivo (en algún sentido) que sería el derecho natural. De ahí la vieja tesis de que la norma de derecho positivo contraria al derecho natural —esto es, lógicamente incompatible con los principios y enunciados así bautizados— no sería norma jurídica válida, no sería derecho.

Con todo, esa relación es más bien invocada como un argumento retórico que efectivamente es puesto a prueba, pues, ¿cómo entender, con algún rigor, una relación de subalternación entre conjuntos normativos? 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 subalterna y la norma moral antecedente. Esto es, se impone en la estructura lógi-

⁴ *Idem*, p. 74.

ca del pensamiento expresado en el discurso prescriptivo normativo, una relación de inclusión, pensándose al conjunto de normas jurídicas como un subconjunto propio de la moral, en tanto conjunto normativo incluyente. La relación de subalternación, no obstante, no es nítidamente propuesta en la literatura clásica, que en cuanto discurso político no atiende suficientemente a los notorios problemas lógicos y semánticos de los enunciados condicionales materiales.

Podrían pensarse de otras maneras las pretendidas relaciones entre moral y derecho: como dos conjuntos que se intersectan, como el producto cartesiano de conjuntos disjuntos, etcétera. Para estas alternativas, habría normas que son tanto jurídicas como morales, junto a normas que son sólo lo uno o lo otro; para la segunda, tendríamos un producto formado por el par constituido por una norma moral y su correspondiente norma jurídica, siendo el derecho una proyección de la moral. A nivel intuitivo es posible que se manejen concepciones semejantes, quizás menos problemáticas, lógicamente, que la relación de inclusión o subalternación. Pues ésta, como es obvio, implica justificar moralmente a todo derecho.

Se ha hablado, por ejemplo, de que el derecho positivo participaría de alguna suerte en el derecho natural, recurriendo a una noción oscura de origen platónico o neoplatónico. En todo caso, la relación de participación ciertamente puede ser entendida como simétrica y, por lo tanto, habría que sostener, en contra de la ideología que se desea consolidar, que el derecho natural participa también del derecho positivo, esto es, el derecho natural es parte del derecho positivo. Además, una relación de participación platónica fácilmente se confunde, a nivel retórico, con una equivalencia o se reduce a una relación incapaz de establecer un orden entre los términos relacionados.

Postular, de todos modos, la subalternación del derecho a la moral, o del derecho positivo a un derecho natural, como lo suponen tanto la tesis de la derivación deductiva de la norma positiva a partir de un principio de derecho natural, como la de la derivación de la norma positiva a través de la especificación del principio de derecho natural, implica concebir al derecho como parte de la moral, quizás porque se entienda que la noción de deber u obligación adquiere su sentido primario en el dominio moral. Implica también adherir, casi siempre implícitamente, a una específica formalización lógica de la relación y a su interpretación conforme a un sistema lógico excluyente. Ello, sin embargo, aunque refleja creencias o doctrinas éticas muy corrientes, pa-

rece excesivamente alejado de las intuiciones de los juristas, que por razones históricas notorias se encuentran moldeadas por el positivismo.

De ahí también que cuando los 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 a los sistemas creados para su aplicación al derecho, parecieran tener otro sentido y alcance que el que *prima facie* pudiera atribuirseles o requerir de interpretaciones que los hagan compatibles con las intuiciones y formas de trabajar conceptualmente que adoptan los juristas.

La relación de subalternación entre el derecho natural, como antecedente, y el derecho positivo, como consecuente, suele ser pensada, como se ha apuntado y con mayor precisión, sentando que el derecho positivo es consecuencia deductiva de norma de derecho natural, o, conforme al principio clásico de particularización (que requiere de ciertas reservas, como se sabe), su especificación. Así en las derivaciones de la *lex humana* como conclusión deductiva (demostración) *ex principiis*, y en la derivación por determinación o especificación, en Tomás de Aquino.⁵

La derivación demostrativa es, como se admite generalmente, en cuanto inferencia deductiva, similar, dice el Aquinate, a como las ciencias formulan conclusiones por demostración a partir de principios. La derivación por determinación o especificación requeriría, como en la teoría de la interpretación kelseniana, un acto de decisión para escoger una alternativa entre las lógicamente comprendidas en el precepto. El ejemplo clásico es la determinación de la pena dentro de un marco de alternativas posibles legalmente. Sólo sería derecho positivo, o *lex humana*, la alternativa escogida por especificación; el acto decisorio otorga eficacia o fuerza a la alternativa escogida. Pero, sea ello como fuere, es claro que la alternativa escogida, quizás atendiendo a otras circunstancias del caso, como sugiere Aquino: *propter multam varietatem rerum humanarum*, se encuentra necesariamente en el conjunto de conclusiones lógicamente compatibles con la *lex naturalis*.

El aspecto supuestamente pragmático de la derivación —en un caso, para esa sicología o gnoseología primitiva, como un acto del conocimiento, y en el otro, como un acto práctico—, no altera el hecho de que la ley humana derivada de la ley natural ha de ser lógicamente consistente con esta última. Se trata, en ambos casos, de relaciones puramente lógicas. Sólo que esas relaciones tienen sentido, en ese marco histórico, con respecto de enunciados o proposiciones, mientras que

⁵ Th. Aquino, *Summa theologica* I 2a. q.95, a. 2.

cuando nos referimos a las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo estamos, en todo caso, suponiendo relaciones entre conjuntos de enunciados o proposiciones normativas, lo que no es lo mismo. Las lógicas de que disponía la especulación iusnaturalista tradicional no contenían principios referentes a las relaciones entre conjuntos, salvo, en una interpretación corriente, como una mera extensión analógica de las reglas silogísticas referentes a entimemas, a las relaciones de subalternación entre ciencias. Por añadidura, los cálculos lógicos clásicos son veritativo-funcionales y, por ende, de muy cuestionable aplicación a enunciados intencionales, como son los normativos. Inclusive, para las interpretaciones de las normas como expresiones axiológicas, se ha señalado recientemente que la lógica de expresiones valorativas no puede ser aplicada sin más a expresiones deónticas.⁶

Cunde, pues, en la literatura actual la propuesta de considerar a las normas, en su uso prescriptivo, como ineptas para admitir operaciones lógicas y, por tanto, toda definición de las relaciones entre el derecho natural o la moral y el derecho positivo como una relación de subalternación o, más genéricamente, como una relación deductiva, tendría que ser descartada. De ahí que en la literatura reciente se hable tanto de "razones" morales como fundamento de normas jurídicas, sin que esas razones, variadamente definidas, constituyan estrictamente premisas de una inferencia rigurosa.

Si se hace de lado este tipo de objeción y dado que generalmente se admite que los enunciados normativos en su uso informativo o descriptivo sí son argumentos posibles de inferencias lógicas, queda siempre en pie el problema del lugar de la lógica o lógicas que definen la relación de inclusión o de subalternación en aquella tesis clásica del iusnaturalismo que suele reiterarse en sus defensores actuales.

4. En la construcción de un lenguaje artificial, o en la reconstrucción teórica de un lenguaje natural, no sólo corresponde establecer cuáles son los signos elementales o léxico del lenguaje, sino también las reglas de combinación sintácticas destinadas a producir, a partir de los elementos simples, nuevos datos lingüísticos complejos. Las reglas lógicas son reglas de derivación sintácticas, destinadas a transmitir neutramente alguna propiedad privilegiada de los enunciados que sirven de base a una inferencia, a los nuevos enunciados que se elaboren. En lenguajes con interpretación semántica adecuada, como son los que emplean

⁶ Hilpinen, R., "On Deontic Logic, Pragmatics and Modality", en prensa, *Pragmatics* (ed. H. Stachowiak), p. 34: "Normative concepts cannot be analysed exhaustively in terms of value concepts".

tanto la moral como el derecho, las reglas de derivación lógica son parte del lenguaje y de su definición. Una concepción ontológica ingenua que pensara las relaciones entre conjuntos normativos morales y conjuntos normativos jurídicos como una relación de otro tipo —causal, por ejemplo—, tendería a ver en la lógica que se trae a colación para explicar las relaciones establecidas entre ambos dominios, una suerte de mecanismo material conformador de relaciones reales entre cosas reales. Pero esta concepción de la lógica, aunque latente en la doctrina desde los analíticos aristotélicos, no ha conseguido imponerse históricamente, de suerte que la relación de subalternación entre moral y derecho ciertamente no es pensada como una relación material entre entidades reales, sino como una relación lógica.

En rigor, la tesis de la determinación del derecho por la moral proviene de creencias religiosas relativas a un orden jerárquico cósmico pensado como el resultado material de actos de voluntad de diversas personas divinas o divinizadas: frente a la regla contingente de un jefe tribal, predomina la decisión de un rey divinizado. Ésta es ya expresión de una voluntad divina o especificación de normas trascendentes atribuidas a una voluntad divina suprema. Se trata de un orden jerárquico normativo en que

el universo es fundamentalmente representado a través de imágenes jurídico-políticas, o, con mayor precisión, con imágenes monárquicas. Se supone que existe un legislador y gobernante divino personificado, autor y controlador del universo... el gobernante divino es visto, en muchos aspectos, como un actor de semejanza humana con atributos de inteligencia, conciencia, intencionalidad y capacidad volitiva, aunque todo ello en escala sobrehumana. Sus formas de actuar son comprendidas a partir del modelo de una autoridad humana: organiza un reino a partir de una ley básica... por el otro lado, los seres humanos son vistos como súbditos políticos o como ciudadanos.⁷

Sea cual fuere el origen histórico de estas creencias, interesa aquí precisar cuál es la lógica a que se recurre cuando, en un terreno donde los presupuestos ontológicos son reducidos a entidades no empíricas, como estas voluntades creadoras trascendentes, se afirma la existencia de una relación de inclusión entre el código moral o natural de origen no humano y la legislación humana subordinada. A través del recurso

⁷ Little, D. y Twiss, S. B., *Comparative Religious Ethics*, San Francisco, Harper & Rox, 1978, p. 203.

a la lógica fue posible desacralizar la relación jerárquica presupuesta, en la medida en que perdía vigencia en Occidente la creencia en una legislación trascendente determinante de los actos legislativos de las sociedades modernas.

La relación de determinación fue interpretada a la luz de la relación lógica más neutra objetivamente: la de implicación material, para expresar la subalternación o la inclusión entre conjuntos. Ésta, como es notorio, es problemática tan pronto se la pretende hacer jugar a nivel de las interpretaciones semánticas que todo lenguaje natural presupone. Puesto que, de asumirse rigurosamente la subalternación, habría que aceptar paradójicamente que todo derecho positivo está lógicamente determinado por aquella moral o derecho naturales (*i. e.*, no positivos) que se propongan, a condición que sean inconsistentes.

En general, la primera alternativa fue la escogida, como lo indica el carácter puramente analítico de los supuestos principios de derecho natural propuestos. Esto ha sido objeto de muchas polémicas y de intentos por otorgar caracteres sintético-materiales a los principios morales o jurídicos supremos. Sea ello como fuere, aquí interesa desentrañar el lugar efectivo que esas tesis tradicionales relativas a la relación entre el derecho y la moral conceden a la lógica. Pues, en verdad, se trataría no de una relación entre dos dominios: la moral y el derecho, sino más bien de una relación entre tres dominios interpretados normativamente: la moral, el derecho y la lógica. El derecho positivo sería la intersección entre los conjuntos definidos por la legislación moral, las decisiones humanas contingentes y las reglas lógicas utilizadas. Desde un punto de vista lógico o sintáctico, las normas pertenecientes a ese conjunto intersección son normas válidas de derecho (positivo), en cuanto su derivación lógica a partir de normas de derecho natural, garantiza que hereden la propiedad de validez.

Pero, en las doctrinas iusnaturalistas tradicionales, la validez de las normas del derecho natural no es una pura característica formal, sino que implica participación en la calidad axiológica definitoria: lo bueno (*bonum*). Por ende, así como los principios y normas del derecho natural que son axiológicamente válidos y buenos (*justos*), las normas de derecho positivo que provengan por derivación de aquellos principios y normas iusnaturales, tendrán también que ser, con necesidad lógica, tan buenas y justas como el derecho natural del que derivan. Todo derecho positivo, en consecuencia y por definición, sería axiológicamente válido, dado que por la relación postulada el derecho positivo no es sino una parte del derecho natural. El derecho positivo es

derecho natural. Semejante conclusión parece contraria a los presupuestos políticos y morales de la noción de un derecho natural como pauta crítica del derecho positivo.

5. Frente a una noción neutra de validez normativa, para la cual predicar que una norma sea válida sólo supone que la norma en cuestión integre un cierto conjunto normativo conforme a ciertas reglas de derivación integrantes del conjunto, tenemos la noción de validez axiológica, como aquella característica valiosa que hace que una norma, no sólo sea parte de un conjunto, sino que deba ser acatada.⁸ En cuanto norma derivada, la propiedad que se supone hereditaria es, en el derecho positivo, un valor derivado; la norma determinante de derecho natural posee, por decir así, un valor intrínseco, que las reglas de derivación transmiten a las normas del derecho positivo. Poseen éstas, pues, una propiedad axiológica heredada. Es altamente cuestionable que las propiedades axiológicas, como el ser bueno, sean propiedades hereditarias para reglas lógicas de derivación.⁹ En el texto clásico de la *Summa*, resulta claro que, cuando la derivación es por especificación, la norma derivada no obtiene su validez (*vigor*) en esa forma, dado que su validez (existencia) tiene como condición necesaria un acto de promulgación específico. Es claro que esa propiedad, el ser producto de una promulgación, no puede derivar de normas que, por definición, no son promulgadas. El ser promulgado es un hecho y no cabe inferir por pura lógica la existencia de otro hecho independiente. Como recalca Kelsen, del hecho de la promulgación de una norma general no cabe inferir lógicamente que también han sido dictadas las sentencias que la aplican. De la promulgación de una norma no se sigue deductivamente la promulgación de otra.

Las normas de derecho positivo que provienen de derivación deductiva a partir del derecho natural tienen el mismo tipo de validez (*vigor*) que el derecho natural: *habent etiam aliquid vigoris ex lege naturali*. Las derivadas por determinación, en cambio, *ex sola lege humana vigorem habent*, pero el *vigor* de la ley humana es el proveniente del hecho de su promulgación, del hecho de haber sido puesta por alguna autoridad. Las normas del derecho positivo, para esta concepción, tie-

⁸ Para la distinción entre validez fáctica, validez normativa y validez axiológica —terminología que, en mi opinión, suscita inútiles problemas terminológicos y confusiones teóricas—, cfr. Wroblewski, J., *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, 1983, *passim*; *id.*, "Tre concetti di validité", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 2, 1982, pp. 582 y ss. Cfr. Ost., F. y Kerchove, M. van de, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruselas, 1987, cap. V.

⁹ Cfr. Hilpinen, R., *op. cit.*, nota 6.

nen, pues, doble validez: la validez o vigor derivado de su promulgación en un acto legislativo de determinación, y la validez axiológica que poseen en cuanto subalternas al derecho natural. De ahí que, respetando la característica lógica postulada, se afirme que toda norma de derecho positivo ha de ser *possibilis secundum naturam*,¹⁰ esto es, lógicamente subalterna al derecho natural que expresa el orden natural.

Pero esta doble validez —fáctica en cuanto promulgada y axiológica en cuanto conforme al derecho natural— no posee equivalencia. La primera, claro está, no es derivada en forma alguna del orden natural, pues éste no tiene esa característica. La validez fáctica aludida, aunque reducida al hecho de la promulgación, en todo caso no es hereditaria para ningún cálculo lógico. Es este seguramente el punto en que la elección de una alternativa dentro del marco de normas de mayor extensión no puede ser únicamente explicada o justificada echando mano de argumentos lógicos, como Kelsen y Aquino destacan. Pero tampoco es claro que las características valorativas propias de los principios y normas del derecho natural puedan transmitirse por deducción, pues esa validez axiológica —el ser buenas o justas— es una propiedad de las normas independiente de las reglas de inferencia utilizadas.¹¹

Ello sólo podría asegurarse si las reglas de inferencia que transmitirán la validez axiológica del derecho natural al derecho positivo derivado forman parte, ellas mismas, del derecho natural. El punto ha sido puesto de relieve en el trabajo de G. Sartor publicado en 1987:

Supongamos, por fin, que aceptamos un concepto axiológico de validez. Sean dos sistemas normativos S1 y S2, y el primero funcione como criterio de validez con respecto del segundo: un enunciado deóntico prescriptivo es válido en S2 si, y sólo si él mismo es válido en S1. En S2 la deductibilidad de normas válidas garantiza la validez de las normas derivadas sólo a condición de que las reglas de inferencia aplicadas sean reglas de inferencia correctas (idóneas a transmitir la validez) en S1. Sólo en este caso se tendrá garantía que a las normas derivadas (de normas válidas) en S2 correspondan normas válidas en S1, y, por lo tanto, que esas normas derivadas sean válidas en S2.¹²

¹⁰ *Summa I-2, q. 95, a. 3.*

¹¹ Bulygin, E., "Norms and Logic", *Law and Philosophy*, núm. 4, 1985, pp. 145 y ss.; Vernengo, Roberto J., "Derecho y lógica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1987, p. 312.

¹² Sartor, G., "Alcune osservazioni sull'applicabilità della logica classica alle norme", *Informatica e Diritto*, vol. XIII, núm. 3, 1987, p. 75, *passim*.

Cabe distinguir otras posibilidades, pero parece claro que esta interesante conclusión de Sartor pueda aplicarse sin más a la relación tradicional entre derecho natural y derecho positivo.

O sea, suponer que el derecho natural determina al derecho positivo, por lo menos en cuanto condición suficiente axiológica de la validez de las normas del segundo, implica, en definitiva, pensar a cualquier derecho positivo como un subconjunto propio del derecho natural; esto es, todo derecho positivo *es* derecho natural, aunque puedan darse elementos del derecho natural que no son derecho positivo. La relación de inclusión postulada hace imposible, consecuentemente, que el derecho natural pueda servir de pauta para la crítica del derecho positivo, dado que todo derecho positivo es necesariamente derecho natural. Y como para que la validez axiológica sea deductivamente heredable requerimos que la norma de derecho positivo sea derivable a partir de una norma de derecho natural, conforme a cierta lógica, no podemos excluir que dentro del derecho natural, conforme a la misma lógica, la norma positiva sea deductivamente derivada como parte del derecho natural, es decir, como norma de derecho natural. En otros términos, si tal fuera la relación entre el derecho natural y el derecho positivo, o entre la moral y el derecho positivo, tendríamos que concluir que no cabe distinguir norma positiva jurídica de su fundamento moral o iusnatural, pues ella integra el conjunto de normas de derecho natural o de principios morales. Es caso que si el sistema del derecho natural queda definido por un conjunto de principios y axiomas, más ciertas reglas lógicas de derivación, todas las consecuencias lógicamente obtenidas de esos principios y axiomas integran el sistema.

Si el derecho positivo es, pues, parte propia del derecho natural, como lo requiere la relación de subalternación propuesta, tenemos que la distinción entre derecho natural y derecho positivo se diluye, pues las reglas de derivación lógicas, la lógica que permite suponer que el derecho natural sirva de criterio de validez axiológica del derecho positivo, integran el derecho natural, por lo menos en el sentido de que esa lógica, aplicable a la norma positiva derivada y, por tanto, eficaz en el derecho positivo, tiene que ser la misma lógica indiscernible que permite derivar el mismo enunciado en el sistema de derecho natural tomado como referencia axiológica.

En suma, suponer que entre un cierto derecho natural o sistema moral, y un cierto derecho positivo se da una relación ordenada de subalternación, en mérito a ser el derecho natural subalternante justo o bueno por definición, lleva necesariamente a concluir que todo derecho

positivo es también derecho natural y, por ende, que es moralmente bueno. Esta tesis lógica, demasiado fuerte y poco rigurosa, conduce simplemente a una justificación moral o religiosa de cualquier derecho positivo y excluye una crítica moral de las normas jurídicas positivas.

Roberto J. VERNENGO