

LA LEY NATURAL Y SU FALTA DE DETERMINACIÓN. APUNTES SOBRE LA TEORÍA CLÁSICA DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO NATURAL*

THE UNDERDETERMINATION OF NATURAL LAW. NOTES ABOUT THE CLASSICAL THEORY OF THE DETERMINATION OF NATURAL JUST

Sebastián CONTRERAS**

RESUMEN: Para la filosofía clásica no todo es de derecho natural en el sistema jurídico. Los preceptos iusnaturales son sólo una parte del sistema normativo de las sociedades civiles. Aunque las normas naturales funcionan como el fundamento de las reglas de justicia positiva, éstas no bastan para la regulación de todos los aspectos de la vida humana: se encuentran, en alguna medida, “indeterminadas”. Aquí es donde entra en juego el poder discrecional del Estado, del juez y de los particulares.

ABSTRACT: *In classical philosophy only a fragment of the legal system is natural law. The natural precepts are solely a little part of the normative system of civil societies. Even though the natural principles are the fundament of positives rules, the iusnatural norms are not sufficient for the regulation of all aspects of human life. They are “indeterminate”. This is the reason of the need the normative power of State, of judges and particulars.*

Palabras clave: determinación del derecho natural, ley natural, vaguedad, “derivatio per modum determinationis”.

Keywords: *Determination of Natural Law, Natural Law, Vagueness, “derivatio per modum determinationis”.*

* Artículo recibido el 25 de septiembre de 2013 y aceptado para su publicación el 10 de febrero de 2014.

** Universidad de los Andes, Chile, Facultad de Derecho, sca@miuandes.cl

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLVII, núm. 141,
septiembre-diciembre de 2014, pp. 839-866.

D. R. © 2014. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La indeterminación del fenómeno jurídico*. III. *La ley natural, un concepto*. IV. *La ley natural como límite al poder normativo del Estado: el caso de los absolutos morales*. V. *La infradeterminación de la ley natural y sus principios. La necesidad de la determinación del derecho natural*. VI. *Formas de determinación de la ley natural*. VII. *Consideraciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho es un fenómeno circunstanciado. Los cambios históricos, los cambios sociales, incluso los cambios geográficos, inciden en la manera en que se desarrolla el sistema jurídico de un país determinado. La contingencia de la vida humana es, en este sentido, una verdadera fuente del derecho: conforme se modifican las circunstancias en las que se desarrolla una comunidad política se crean nuevas instituciones jurídicas (o al menos se cambian o corrigen).

El cambio en el derecho es causa de la incerteza y la indeterminación del sistema normativo. Las reglas jurídicas, por ejemplo, están afectas a la vaguedad propia del lenguaje natural.¹ Las leyes criminales no determinan siempre la totalidad de los elementos que configuran los tipos penales y conductas prohibidas. Las leyes sobre interpretación hablan de la equidad y de los principios generales del derecho justamente porque hay casos que no logran quedar comprendidos en los cuerpos normativos. Asimismo, y porque los textos legales contienen espacios de “textura abierta”, una misma controversia judicial puede tener posiciones en conflicto: frente a unos hechos dados, y con un conjunto de normas también dadas, las soluciones posibles son diversas. En todo juicio existe, por lo menos, un abogado demandante y un abogado defensor, alguien que con tales hechos y normas valora negativamente la conducta del imputado y alguien que considera que sus acciones han de quedar justificadas o exculpadas por el tribunal.

¹ Es importante tener presente que, como observa Russell, la vaguedad es una característica de todas las palabras: *cf.* Russell, Bertrand, “Vagueness”, *Australasian Journal of Philosophy and Psychology*, 1 (1923), pp. 148 y 149. Ahora bien, la vaguedad se produce “cuando no hay ningún conjunto definido de condiciones que gobiernen la aplicación de la palabra. A la palabra le falta precisión porque no hay un conjunto de condiciones que nos capacite para decir exactamente cuándo ha de ser usada la palabra. No hay un conjunto de condiciones cada una de las cuales sea necesaria y que conjuntamente sean suficientes para la aplicación de la palabra al mundo”. Hospers, John, *Introducción al análisis filosófico*, Madrid, Alianza, 1976, pp. 95 y 96.

Sin embargo, en el derecho no todo es falta de determinación. Una absoluta incerteza por parte de las leyes y reglas jurídicas podría ser el principio de una desconfianza social generalizada. Las personas aspiran a que sus derechos se mantengan protegidos en el tiempo. Quien suscribe un contrato o pacta una convención asume (y quiere, por eso elige pactar o contratar) que los efectos de ese negocio jurídico se van a producir según lo pactado. El sujeto que es contratado para realizar una obra —un puente, una casa, un edificio—, confía, y es bueno que así sea, que por ese trabajo se le pagará el sueldo acordado. Lo mismo sucede con el ciudadano que escoge ir a su trabajo en el transporte público: espera que la línea del tren que ha tomado lo deje en su destino. La seguridad es, por tanto, un ideal regulativo del ámbito del derecho. Un sistema político enteramente indiferente, más que una señal del orden de la justicia es el signo de la arbitrariedad.

Todo esto me permite concluir que el derecho, como fenómeno circunstanciado, se enfrenta a la constante tensión entre el ideal de seguridad y la inevitable vaguedad del lenguaje. Sucede que, por una parte, las leyes positivas no pueden regular todos los casos que uno pueda imaginar, puesto que sólo se refieren a lo que sucede *ut in pluribus* en la vida política, es decir, en la mayoría de las veces. Y por otra parte, las leyes deben configurar un cierto orden social, el cual no sería posible si estas reglas de derecho no persiguieran el fin de la seguridad jurídica.

Sentado lo anterior, con este trabajo he querido profundizar en la manera en que debe ser entendida la indeterminación o vaguedad, no de todo el sistema normativo, sino de sus fundamentos naturales. Las leyes positivas existen, entre otras razones, porque los preceptos iusnaturales no son suficientes para regular todos los aspectos de la dinámica social. La ley natural, por ejemplo, no dice nada sobre la tasa de impuestos que debe pagar un contribuyente. Tampoco se pronuncia sobre la edad en que se adquiere la responsabilidad civil.

En realidad, la ley natural casi no dice nada. Su falta de determinación (prefiero hablar de “infradeterminación”) es tal, que incluso en una sociedad de hombres justos sería insuficiente como principio de regulación de la conducta. El carácter circunstanciado de la vida humana hace que la sola ley moral no baste para la ordenación de las relaciones sociales. Ahora bien, que la ley natural casi no diga nada, no significa que sea algo trivial. Su insuficiencia como herramienta de regulación de la vida políti-

ca no significa que el derecho natural no diga nada. Las pocas cosas que dice con absoluta seguridad son imprescindibles para el mantenimiento de la tranquilidad cívica y del orden público. En este sentido, verdades prácticas como que el homicidio es injusto o que la mentira daña las relaciones humanas son indispensables para el logro del bien común. Ningún derecho ni ninguna norma positiva tendrían sentido si se contravienen esas pocas verdades absolutas de derecho natural.

En la exposición de la falta de determinación de los preceptos de derecho natural he decidido ceñirme al siguiente esquema: (1) de qué se trata la indeterminación del derecho, (2) delimitación del concepto de ley natural, (3) presentación de los absolutos morales como límites del poder normativo del Estado, (4) exposición de la infradeterminación de la ley natural y sus principios y desarrollo de la doctrina clásica de la determinación del derecho natural, (5) algunas formas de determinación de la ley natural (la ley positiva, la actividad judicial, los contratos), (6) consideraciones finales.

II. LA INDETERMINACIÓN DEL FENÓMENO JURÍDICO

Un asunto especialmente tratado por la iusfilosofía contemporánea es el del inevitable espacio de indeterminación que existe en el derecho. Tal indiferencia no es una nota particular del lenguaje jurídico. Esa vaguedad es ya un rasgo característico del lenguaje natural,² que emplea estándares normativos susceptibles de interpretación, exigiendo de los dialogantes, por ejemplo, un esfuerzo hermenéutico.

La idea de los filósofos analíticos, que son los que se detienen particularmente en el estudio de este problema, es que en el campo del derecho existen pautas y criterios generales de justicia que no siempre pueden ser valorados sin inquisición por los operadores jurídicos. El concepto de “atentado a las buenas costumbres” es un buen ejemplo: los tribunales, en la evaluación del caso concreto, deben ponderar si una determinada conducta califica o no dentro de esa figura.³

² Para una revisión de la “vaguedad” que reviste el lenguaje natural (y el lenguaje jurídico), véase Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 31 y ss.

³ En opinión de Endicott, en este tipo de expresiones el problema de la vaguedad es ineludible. Pone como ejemplos los estándares normativos “justo”, “cruel” y “cortesía”, y

Una de las clases de indeterminación se conoce como “textura abierta”.⁴ Hace algunos años ya que este asunto se ha vuelto un tema recurrente entre los teóricos de la filosofía del derecho. Timothy Endicott, por ejemplo, emplea el concepto de “vaguedad” para referirse a este ámbito de indeterminación del sistema jurídico.⁵ Señala que, en mayor o menor grado, todos los autores “coinciden, aunque algunos no lo reconozcan, con la idea no original, pero popularizada por Hart de que existen casos claros y casos dudosos en la aplicación de las expresiones lingüísticas”.⁶

Existe además otro tipo de indeterminación: la existencia de dos o más normas que pueden ser aplicadas a un mismo asunto, pero dando lugar a soluciones incompatibles. En esos casos, si el derecho no prevé un sistema de prelación, el operador jurídico encargado de dirimir esta cuestión deberá hacerlo con base en argumentos que van más allá de los que le proveen las leyes positivas.⁷ Parece, de este modo, que en ausencia de “meta-reglas” para resolver las antinomias (así se conocen tales problemas),

el juez no tendría otra posibilidad que crear derecho *ex novo*, utilizando sus criterios personales de preferencia. Sin embargo, no parece que los juristas consideren que el juez puede escoger sin más una de las dos reglas en conflicto, sino que entienden que habrá de atender al peso, en relación con el caso, de las razones subyacentes a una y otra regla en conflicto. Se trataría en suma de determinar lo que es debido de acuerdo con el derecho implícito.⁸

señala que se trata de conceptos que admiten diferentes acepciones, Endicott, Timothy, “Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad”, *Doxa*, 19 (1996), pp. 382 y 383.

⁴ Hart, Herbert, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 157-159. La idea central de la doctrina de la “textura abierta” es la que sigue: no se puede realizar completamente el ideal de precisión del derecho: *cfr.* Del Real, Alberto, “El problema de la vaguedad en la legislación”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, 3 (2003), pp. 6 y 7.

⁵ Endicott, Timothy, “El derecho es necesariamente vago”, en Endicott, Timothy, *Palabras y reglas. Ensayos de filosofía del derecho*, México, Fontamara, 2004, pp. 74 y ss.

⁶ Endicott, Timothy, *La vaguedad en el derecho*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 61.

⁷ Bautista Etcheverry, Juan, “La discrecionalidad judicial en la aplicación del derecho en el positivismo jurídico incluyente”, en Bautista Etcheverry, Juan y Serna, Pedro (eds.), *El caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism*, Granada, Comares, 2010, pp. 64 y 65.

⁸ Ródenas, Ángeles, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 27.

A pesar de estos casos de indeterminación, el lenguaje jurídico, además de las zonas de penumbra que en él se pueden encontrar, posee algunos núcleos de significado en los que sí existe un acuerdo sobre el contenido y aplicabilidad de un determinado término.⁹ Por este motivo, más que de una indeterminación, debe hablarse de una infradeterminación de los principios de justicia.

En el caso de la teoría clásica del derecho natural, que es donde se enmarca este trabajo sobre la determinación, tales “núcleos de significado claro” no son otra cosa que los preceptos absolutos —y negativos— de la ley natural. Éstos son verdaderos por sí mismos, y respecto de ellos no cabe opinión sino certeza estricta. Son, a su vez, el principio del razonamiento moral y el núcleo de la justicia de las leyes de la república.¹⁰ Luego, el espacio de indeterminación que existe en el derecho natural es limitado. Aunque la gran mayoría de los preceptos naturales admiten una aplicación circunstanciada, respecto de los absolutos morales no caben excepciones de ningún tipo. Ninguna decisión contraria a estas reglas puede ser justificada o tenida como razonable. Los absolutos morales funcionan como auténticos límites al poder discrecional del Estado y de los particulares. El razonamiento prudencial termina, justamente,

⁹ Bautista Etcheverry, Juan, *Objetividad y determinación del derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009, p. 50.

¹⁰ Esos principios naturales representan una forma de justicia “determinada” e “intrínsecamente recta”. Tales preceptos, que son siempre negativos, implican exclusivamente normas de omisión y, por tanto, prohibiciones. Esto por los siguientes motivos: primero, no es en absoluto posible corresponder a determinadas normas positivas de actuación siempre y en todas partes: las circunstancias pueden ser tales que la puesta en práctica de determinadas acciones resulte físicamente imposible. Al contrario, no resulta físicamente imposible dejar de poner en práctica un acto humano; segundo, una situación concreta se define y caracteriza por la combinación de tres elementos: objeto, fin, circunstancias. Luego, para que una acción sea moralmente correcta no basta con que su especie sea buena o conforme con la ley natural; es preciso, además, que esa conducta sea realizada con un buen fin y en las circunstancias adecuadas (lo que, por supuesto, cambia en cada comportamiento): *cf.* Spaemann, Robert, “Normas morales y orden jurídico”, *Persona y Derecho*, 42 (2000), pp. 121 y 122. Según enseña Finnis, además de ser preceptos negativos, los absolutos morales se refieren a tipos de acciones que no están descritos en forma evaluativa. Esto quiere decir que en la definición de la conducta prohibida no se incluyen elementos que por su mismo significado ya implican la malicia moral (por eso se puede decir que las normas morales absolutas no son tautologías), véase Finnis, John, *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*, Barcelona, Eiusa, 1992, pp. 39 y ss.

donde el pensamiento práctico se enfrenta a esos principios negativos y absolutos.

III. LA LEY NATURAL, UN CONCEPTO

En un trabajo sobre la infradeterminación del derecho natural merece la pena, creo, dedicar un apartado al problema de qué se ha de entender por ley natural. El asunto es interesante porque una buena parte de la doctrina ha considerado que la ley natural es una regla *de* la naturaleza, una norma derivada de cuestiones de hecho sobre la fisiología humana, o un principio de justicia independiente de la historia y las circunstancias (una suerte de ordenamiento normativo que nada tiene que ver con la contingencia de la acción).

Ante esto, se debe poner de relieve que la ley natural es una regla de la razón práctica. En particular, es el conjunto de principios que indican las formas básicas del florecimiento humano como bienes que se han de perseguir y realizar, y que, de una forma u otra, son utilizados por todo agente que duda sobre qué hacer, por insensatas que sean sus conclusiones sobre la rectitud humana.¹¹

Estos principios conducen al hombre en dirección de un determinado bien inteligible. Esa es la clase de realidades que Grisez-Finnis-Boyle reconocen como “básicas”, expresión que, según indican, no se encuentra *ex professo* en Tomás de Aquino.¹² Tales valores tienen un carácter sustantivo para el actuar humano y no son ni puramente instrumentales ni abstractos. Al contrario, “son lo ‘más profundo’ de todo lo que podemos y debemos ‘decirnos’ para garantizar nuestras decisiones como legisladores, aplicadores del derecho y ciudadanos”.¹³

Como recuerdan los autores de la *New Natural Law Theory*, la idea de bien nos evoca aquello hacia lo que cada cosa tiende por su propio principio de orientación. Por cada principio activo, el fin en virtud del cual se actúa es también un bien, puesto que nada puede actuar sin una orientación definida a menos que lo haga en virtud de aquello hacia lo que tien-

¹¹ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 23.

¹² Finnis, John, *Direito natural em Tomás de Aquino*, Puerto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 34.

¹³ Finnis, John, “Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho”, en Kramer, Matthew *et al.* (comps.), *El legado de H.L.A. Hart. Filosofía jurídica, política y moral*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, p. 55.

de.¹⁴ En el caso de la ley natural, “lo que la razón práctica naturalmente concibe como bienes son aquellas cosas hacia las que el ser humano tiene una inclinación natural”.¹⁵ Por esto, observar, bien y fin son términos indistintos para la ética de la ley natural.¹⁶

Que sea una regla de la razón práctica no significa que la ley natural no tenga relación con el orden de la naturaleza. El hombre se encuentra inserto en el orden natural. De igual forma, sus tendencias o inclinaciones, lo mismo que los bienes constitutivos de su perfección, son tales por causa de su naturaleza. De esta forma, como observa Finnis, si la naturaleza humana fuese diferente, también serían distintos los bienes básicos del hombre y las inclinaciones en las que se fundamentan los principios universales del conocimiento práctico.

La naturaleza, no obstante, no es una ley o principio de justicia: los impulsos naturales solamente son la materia del pensamiento práctico. La ley natural es una regla del intelecto, una obra de la razón, por lo que sus prescripciones no se pueden entender como enunciados que reproducen lo que ya ha sido mandado por el orden natural. La naturaleza, como naturaleza, no ordena nada.

En esta teoría, el intelecto no es un órgano de lectura de una normatividad previa impresa en las inclinaciones. La ley natural, por tanto, no es un *ordo rerum naturalium*, sino un *ordo rationis* constituido por la inteligencia.¹⁷ En este sentido, en la hipótesis de que exista un derecho natural relevante para el actuar moral, éste tendrá que ser una realidad que guarde relación con la estructura interna del actuar humano, es decir, del acto libre, guiado por la razón y voluntario.¹⁸ Si esto es así, el derecho natural no será una legalidad natural, “sino más bien algo que ‘por naturaleza’ poseería el carácter de una ley, es decir, de una ordenación de la razón al bien”.¹⁹

¹⁴ Grisez, Germain, “The First Principle of Practical Reason: A Commentary on the *Summa Theologiae* 1-2, question 94, article 2”, *Natural Law Forum*, 10 (1965), pp. 177 y 178.

¹⁵ Finnis, John, *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 81.

¹⁶ Grisez, *The First Principle of Practical Reason*, *cit.*, pp. 177 y 178.

¹⁷ Al igual que todos los conocimientos del intelecto práctico, los preceptos naturales no existen con anterioridad al movimiento de la razón. El objeto del pensamiento práctico *no está ahí* como una realidad que es presentada a la inteligencia.

¹⁸ Rhonheimer, Martin, *Derecho a la vida y Estado moderno. A propósito de la Evangelium vitae*, Madrid, Rialp, 1998, p. 16.

¹⁹ Rhonheimer, Martin, *The Perspective of Morality. Philosophical Foundations of Thomistic Virtue Ethics*, Washington, The Catholic University of America Press, 2011, p. 262.

El conocimiento de la naturaleza no es, en consecuencia, el origen del pensamiento práctico. Sucede, más bien, al contrario: el conocimiento de la naturaleza humana es un resultado del conocimiento moral. Luego, como el bien humano no se deduce de las inclinaciones con independencia de la actividad de la razón, sólo a la luz de la inteligencia esas inclinaciones se pueden entender como aquello que corresponde al desarrollo integral de la persona. La clave está en reconocer la función constitutiva del entendimiento en el conocimiento de los valores morales. La razón humana no se limita a ser un órgano de lectura de un orden prefigurado en las inclinaciones. La ley natural no es una realidad “encontrada” por la razón.²⁰ El intelecto desempeña un papel activo en el conocimiento y aplicación de esa ley moral.²¹

IV. LA LEY NATURAL COMO LÍMITE AL PODER NORMATIVO DEL ESTADO: EL CASO DE LOS ABSOLUTOS MORALES

Elizabeth Anscombe, una de las principales expositoras de la teoría de la acción, ha sido enfática en sostener que la protección de la persona y el desarrollo de las sociedades contemporáneas no resulta posible sin el reconocimiento de ciertas cosas que están prohibidas cualesquiera sean sus efectos.²² Se trata de acciones que, en el lenguaje aristotélico, no admiten término medio²³ (por ser intrínsecamente malas) y que, por lo mismo, excluyen cualquier proporción o cálculo de consecuencias.²⁴

²⁰ Rhonheimer, Martin, *Legge naturale e ragione pratica. Una visione tomista dell'autonomia morale*, Roma, Armando, 2001, p. 37.

²¹ Rhonheimer, Martin, “Autonomía y teonomía moral según la encíclica *Veritatis Splendor*”, en Pozo, Gerardo del (dir.), *Comentarios a la Veritatis Splendor*, Madrid, BAC, 1994, p. 551.

²² Anscombe, Elizabeth, “Modern Moral Philosophy”, *Philosophy*, 33 (1958), pp. 1-19.

²³ Escribe Aristóteles: “no toda acción ni toda pasión admite el término medio, pues hay algunas cuyo mero nombre implica la maldad, por ejemplo, la malignidad, la desvergüenza, la envidia; y entre las acciones el adulterio, el robo y el homicidio. Todas estas cosas y las semejantes a ellas se llaman así por ser malas en sí mismas, no sus excesos ni sus defectos. Por tanto, no es posible nunca acertar con ellas sino que siempre se yerra. Y no está el bien o el mal, cuando se trata de ellas, por ejemplo, en cometer adulterio con la mujer debida y cuando y como es debido, sino que, en absoluto, el hacer cualquiera de estas cosas está mal”. Aristóteles, *Ethica Nicomachea*, 1107a9-17.

²⁴ Rhonheimer, Martin, “Intrinsically Evil Acts and the Moral Viewpoint: Clarifying a Central Teaching of *Veritatis Splendor*”, *The Thomist*, 58 (1994) 1, p. 20.

Para los defensores de la ética clásica, lo que es malo por su objeto no puede ser hecho ni siquiera por un buen fin:²⁵ no se justifica *pro nulla utilitate*.²⁶ Es más, escriben los autores de la teoría de la ley natural, la existencia de conductas malas *in se* es el fundamento de los derechos humanos,²⁷ así como la columna vertebral de los sistemas jurídicos decentes.²⁸ Esto explica que la ley natural sea un límite para la actividad normativa del Estado. Los sistemas jurídicos no pueden disponer en contra de las normas morales absolutas: los actos malos por su especie quedan fuera de toda deliberación.²⁹

Los absolutos morales se refieren a conductas que involucran una elección de destruir, dañar o impedir alguna instancia de bien humano básico.³⁰ Siendo así, toda decisión que suponga el atentado a uno de los bienes constitutivos de la perfección humana se podrá considerar como intrínsecamente injusta. Ahora bien, no todos los actos injustos son intrínsecamente malos. Es posible reconocer otras tres categorías de actos malos (pero que no son “intrínsecamente” malos):³¹ en primer lugar, los actos que son malos porque han sido prohibidos por alguna ley humana; en segundo lugar, los actos malos *hic et nunc*, que son acciones malas a pesar de que se trata de conductas buenas por su especie; y en tercer lugar,

²⁵ Aquino, Tomás de, *De Malo*, q. 15, a. 1.

²⁶ *Idem*.

²⁷ Así, se ha escrito: “las normas morales sin excepciones son negativas, son muy pocas, y su función es salvaguardar los bienes más importantes”. Gómez-Lobo, Alfonso, *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago-Buenos Aires, Mediterráneo, 2006, p. 106.

²⁸ Finnis, John, “Commensuration and Public Reason”, en Chang, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 1997, pp. 215-233.

²⁹ Robert Spaemann analogo los actos intrínsecamente malos a los actos imposibles desde el punto de vista de la causalidad natural: así como el sujeto debe descartar un curso de acción que implique algo físicamente imposible, así también debe desechar una alternativa que suponga la realización de un acto intrínsecamente injusto: *cf.* Spaemann, Robert, “La mala doctrina del buen fin. El cálculo corruptor que subyace al debate acerca del certificado”, en Spaemann, Robert, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Barcelona, Eiuinsa, 2003, pp. 375-382.

³⁰ Finnis, John *et al.*, *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 293.

³¹ Miranda, Alejandro, *El principio del doble efecto*, Hildesheim-Zúrich-Nueva York, Olms Verlag, 2014, pp. 126-130.

los actos que son malos en general, pero que pueden hacerse buenos por las circunstancias.³²

Todo lo expuesto hace posible la siguiente conclusión: para los teóricos del derecho natural, aun cuando existe una falta de determinación en los preceptos iusnaturales, infradeterminación que debe ser subsanada, en primera instancia, por la autoridad del Estado, hay ciertas materias en las que no cabe el juicio de la prudencia, o mejor, en las que hay una sola respuesta correcta (consistente en la no contravención de las normas morales absolutas): por ejemplo, la cuestión de si hay un derecho humano contra la esclavitud admite una sola respuesta razonable.³³

Cabe, finalmente, señalar que la aceptación de normas morales absolutas no equivale a negar la libertad de los ciudadanos ni supone desconocer el poder discrecional de la autoridad en materia legislativa. De una parte, los absolutos morales son sólo unos cuantos, y sólo marcan el límite que impide caer en actos de inhumanidad.³⁴ De otra parte, el principal problema de los sujetos racionales consiste, no en elegir entre lo bueno y

³² Sobre estos actos, escribe santo Tomás: “existen algunas acciones que, absolutamente hablando, importan cierta deformidad y desorden, pero que por ciertas circunstancias pueden hacerse buenas: así, matar a un hombre o golpearlo suponen una cierta deformidad, pero si se trata de matar a un malhechor por causa de la justicia, o de golpear a un delincuente por causa de la disciplina, no hay pecado alguno sino actos de virtud”. Aquino, Tomás de, *Quodlibetales*, IX, q. 7, a. 2.

³³ A este respecto, observa George que las diferencias de opinión sobre problemas como la libertad religiosa, el aborto o la eutanasia pueden ser “razonables” en el sentido de que las personas pueden emitir juicios errados y llegar a conclusiones incorrectas, pero si asumimos que hay una respuesta verdadera en estos asuntos, serán los errores de la razón los responsables de la dificultad de una persona para llegar a la posición moralmente válida. Es decir, si no se llega a la solución correcta, es porque la persona está, por lo menos, razonablemente equivocada: *efr.* George, Robert P., “Restricting Reasons. Attenuating Discourse: Rawls, Habermas, and the Catholic Problem”, en Robinson, Daniel *et al.* (eds.), *Human Nature and Its Wholeness*, Washington, The Catholic University of America Press, 2006, pp. 80-95.

³⁴ Es importante advertir que “la doctrina de los absolutos morales no viene a excluir la posibilidad de ponderar o sopesar allí donde los bienes pertenezcan a un mismo género o exista una común medida de valor. Dicho con otras palabras, esas operaciones tienen un campo propio, que es el del bien y las variadas formas que hay para realizarlo, poniendo en ejercicio toda la creatividad que supone la vida virtuosa, pero tan pronto nos encontramos ante una de esas figuras que describen acciones intrínsecamente malas debe cesar todo cálculo. De lo contrario no podríamos decir que la dignidad humana es intocable”. García-Huidobro, Joaquín, “El problema de las normas morales de carácter absoluto”, en *id.*, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM, 2002, p. 156.

lo malo, sino en escoger entre lo mejor y lo peor, y este problema solamente se puede resolver en la medida en que el sujeto-agente aspire no tanto a evitar transgredir unos mínimos morales, sino a desenvolver todas sus capacidades de una manera acorde con las exigencias de su situación.³⁵

Por último, contar con ciertos límites al poder normativo del Estado es una garantía para todos, máxime para aquellas personas que, “por su desmedrada situación física, síquica o económica, pueden ser objeto de subordinación a los intereses de hombres más poderosos. Ante estas normas no hay personas privilegiadas. Nadie puede sustraerse de sus exigencias”.³⁶

V. LA INFRADETERMINACIÓN DE LA LEY NATURAL Y SUS PRINCIPIOS. LA NECESIDAD DE LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO NATURAL

1. *El carácter infradeterminado de la ley natural*

Según he intentado poner de relieve, el derecho exhibe un inevitable espacio de vaguedad. No me estoy refiriendo solamente a la indefinición lingüística que puede darse en las leyes del Estado, o a la vaguedad que se puede presentar en el sistema de derecho positivo. También el derecho natural está afecto a una indeterminación.³⁷ Si esto es así, en la vida diaria, cuando se trata de tomar decisiones, “resulta de muy poca o ninguna ayuda el decir: ‘hay que hacer el bien’ o ‘hay que actuar en forma racional’. Todos queremos obrar bien y ser racionales, pero nuestro problema es determinar aquí y ahora qué es ser razonable”.³⁸

La “indeterminación” de la ley natural no equivale, en todo caso, a “falta de objetividad”. Los preceptos naturales existen como puntos de referencia normativos dotados de una objetividad “en sentido fuerte”.³⁹ Ahora bien, que sean realmente “objetivos” no significa que sean efectiva-

³⁵ García-Huidobro, Joaquín, *Una introducción a la tradición central de la ética*, Lima, Palestra Editores, 2008, p. 160.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Un primer acercamiento a este problema puede encontrarse en Contreras, Sebastián, “Santo Tomás y la doctrina de la determinación del derecho. Análisis de los textos tomistas”, en *Ciencia Tomista*, 140 (2013) 450, pp. 83-122.

³⁸ García-Huidobro, Joaquín, “El acceso a la ley natural. Comentario a un texto de Aquino (S. Th. I-II, 94, 2c)”, en *Persona y Derecho*, 37 (1997), pp. 213 y 214.

³⁹ Massini, Carlos Ignacio, “La objetividad en la interpretación jurídica. La objetividad jurídica *modesta* y sus problemas”, en Bautista Etcheverry, Juan y Serna, Pedro (eds.), *El*

mente “suficientes” para la coordinación de la vida pública,⁴⁰ porque sólo hacen referencia a unas pocas verdades prácticas de carácter universal: que no se puede matar directamente a un inocente, que el adulterio es siempre una injusticia, que el robo es intrínsecamente malo, que nunca puede justificarse la mentira, y el resto de especies de estos géneros de acción. Tales verdades prácticas no abren espacio alguno a la ponderación responsable de bienes, sino que limitan ese espacio de juego a través de prohibiciones que valen sin excepción siempre y en todo lugar, con independencia de las circunstancias y motivaciones del agente.⁴¹

La indeterminación de la ley natural no existe solamente en los preceptos primarios o máximamente generales de la ley moral. También las conclusiones de esos principios están afectas a una cierta indeterminación. Por esta causa, el grupo de principios evidentes y verdaderos por sí mismos que conocemos a través del *intellectus principiorum*, no son suficientes para la regulación concreta de la acción. Éstos tienen un carácter puramente formal, y sólo nos indican que “el hombre debe hacer el bien”, o que “el hombre debe vivir conforme a su naturaleza social”.

En estricto rigor, estos principios le imponen direccionalidad a nuestras acciones. Es decir, puesto que todo actuar se encuentra dirigido a un fin o fines que son, al nivel de esos principios, los objetos de las inclinaciones naturales, dichos preceptos marcan la dirección a la que debe apuntar el actuar humano:⁴² “se debe hacer el bien y evitar el mal”, “no se debe hacer a los demás lo que no queremos que ellos hagan a nosotros”, “se debe obrar conforme a la recta razón”.

En el mismo grupo de principios, aunque dotados de una mayor concreción, se encuentran los preceptos referidos a los valores básicos. En este caso se afirma que la vida es un bien humano, y que el conocimiento y la sociabilidad también son bienes de esa índole. Hablando con propiedad, no se trata de deducciones de los preceptos más generales de la ley natu-

caballo de Troya del positivismo jurídico. Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism, Granada, Comares, 2010, pp. 119 y ss.

⁴⁰ Los principios de la ley natural son, de esta forma, “como una x que es preciso despejar”. Maciá, Ramón, “Principios normativos morales”, en Ramos-Pascua, José Antonio y Ángel Rodilla, Miguel, *El positivismo jurídico a examen*, Salamanca, Eusal, 2006, p. 1070.

⁴¹ Spaemann, *Normas morales y orden jurídico*, cit., p. 121.

⁴² Molina, Enrique, *La moral entre la convicción y la utilidad. La evolución de la moral desde la manualística al proporcionalismo y al pensamiento de Grisez-Finnis*, Pamplona, Eunat, 1996, pp. 100 y ss.

ral, sino de aplicaciones de esos principios, en la medida en que en ellos se determinan contenidos específicos⁴³ (por ejemplo: una concreción del principio natural que manda hacer el bien y alejarse del mal, pero que todavía pertenece al grupo de primeros principios, es la proposición que ordena proteger la vida, definiéndola como un bien humano).

Pese a que estamos frente a una menor indeterminación, en el sentido de que los preceptos relativos a los valores humanos imponen un contenido moral específico, tampoco estas proposiciones son suficientes para la coordinación de las relaciones sociales. Se requiere todavía un mayor grado de concreción: los principios secundarios de la ley natural.

Se podría pensar que en el campo de los principios secundarios existe esa concreción que requiere la regulación de las acciones. Tales preceptos se forman por las conclusiones directas e inmediatas obtenidas desde los principios primarios. Tomás de Aquino pone el siguiente ejemplo: del principio natural que ordena hacer el bien y no hacer el mal se deriva el precepto negativo que prohíbe el homicidio. Si bien los preceptos secundarios imponen conductas determinadas, como que no se debe matar al inocente, o que no se debe robar, aún no logran el nivel de detalle que requiere el actuar humano. Su falta de determinación radica en que no pueden ser aplicados directamente a las acciones, porque, no obstante ser preceptivos de los medios necesarios para la consecución de los fines naturales, se refieren a ellos sólo de manera universal, “según la naturaleza del hombre y de lo que es natural acerca de la sociedad”.⁴⁴

La insuficiencia de los principios secundarios puede verse, *v. gr.*, en el caso de los preceptos morales de la Ley Antigua. También éstos, a pesar de que representan contenidos de derecho natural, deben ser determinados con mayor detalle,⁴⁵ por ejemplo, definiendo qué significa matar injustamente o tomar algo injustamente. Tan sólo así podrán ser aplicados a las acciones individuales.⁴⁶

⁴³ Miranda, Alejandro, “Los bienes humanos básicos en la doctrina de Tomás de Aquino”, *Intus-Legere*, 1 (2007) 1, p. 80.

⁴⁴ Adler, Mortimer, “Una cuestión acerca de la ley”, en Brennan, Robert, *Ensayos sobre el tomismo*, Madrid, Morata, 1962, pp. 273 y 274.

⁴⁵ Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II, q. 100, a. 8.

⁴⁶ Adler, *Una cuestión acerca de la ley, cit.*, pp. 273 y 274.

Acabo de decir que ni siquiera los principios secundarios alcanzan el nivel de determinación necesario para regular completamente el terreno de la praxis. He propuesto el ejemplo de la prohibición del homicidio, indicando que se requieren preceptos más particulares que especifiquen el contenido de esa especie moral. Esto significa que, pese a que es de conocimiento común que no se debe matar, no es conocido por todos el contenido concreto del precepto que prohíbe matar injustamente. Se requiere un grado más detallado de preceptos: los principios terciarios de la ley natural.

En estos principios la fuerza de la consecuencia no es evidente, sino muy probable. Únicamente los hombres prudentes y sabios alcanzan el conocimiento de estas verdades como “algo natural”. Respecto del homicidio, que es el caso al que me vengo refiriendo, es de precepto terciario la norma que define el contenido específico de esta clase de acción: es siempre injusto matar directamente a un ser humano inocente (en general, nadie podría definir con precisión y sin esfuerzo el contenido propio de la prohibición del homicidio; la gente sabe que no se debe matar, pero no sabe que no se debe matar intencionalmente a un ser humano inocente).

Todavía acá no es posible lograr la particularidad necesaria para regular las acciones humanas. Los principios iusnaturales más determinados, como el que prohíbe la eutanasia, el que rechaza la fertilización asistida, o el que se opone a la usura, deben ser puestos en práctica en contextos precisos. El médico que intenta cumplir con la prohibición de la eutanasia se pregunta si en un caso determinado, donde el paciente se encuentra en estado grave, la suspensión de un cierto tratamiento terapéutico es o no constitutiva de una clase de ocisión intencional. Para esto, los puros principios terciarios de la ley natural, o la regla de oro, o el primerísimo principio del intelecto práctico, no son criterios suficientes: el médico deberá identificar si, dadas unas circunstancias específicas (la situación económica del enfermo, la falta de acceso a una droga que, en todo caso, no asegura la recuperación del paciente, y otras tantas condiciones), la suspensión de una terapia constituye o no eutanasia.

Con esto quiero poner de manifiesto que ni siquiera en el nivel más particularizado de principios iusnaturales es posible encontrar el nivel de determinación que se requiere para dar respuesta a todos los problemas de la vida humana. Tomás de Aquino se refirió a este asunto cuando trató la diferencia entre normas positivas y normas negativas de

la ley moral,⁴⁷ así como al revisar el problema del cambio en el derecho *secundum naturam*. A su juicio, el cumplimiento de las reglas de justicia es siempre circunstanciado. Ejemplo típico es el caso de la devolución del depósito: es razonable devolver lo prestado, pero siempre que esto no signifique realizar un acto injusto. Eso no ocurre con las normas negativas y absolutas: éstas nunca admiten excepción. Por eso he dicho que se trata de verdaderos límites a la deliberación.

Debajo de los principios terciarios de la ley natural se encuentra la ley positiva. Del procedimiento que da origen al derecho positivo hablaré en un instante. Sin embargo, es preciso adelantar que ni siquiera las leyes humanas, que son distintas para cada sociedad, que van modificándose conforme cambian las condiciones históricas y culturales del país, y que intentan resolver la falta de determinación de las normas naturales, pueden terminar con el espacio de vaguedad que existe en el derecho. Después de ellas todo es materia de prudencia (y aquí no hay reglas o normas que *prima facie* permitan anticiparse a los conflictos).

2. *La determinación del derecho natural*

La adhesión de la ética de la ley natural a la idea de unas normas morales absolutas no debería obscurecer el hecho de que esta tradición reconoce que muchos problemas de la política social y económica no admiten una única solución correcta o *natural*.⁴⁸ “En política, lo mismo que en los asuntos personales, el derecho natural sólo puede excluir algunas —y a veces ninguna— de las alternativas relevantes, y dejar que el tema se resuelva por el juicio prudencial o, incluso, por la pura preferencia”.⁴⁹

Piénsese, por ejemplo, en un problema ambiental: ante un problema de esta clase el derecho natural exige que se adopte alguna medida para prevenir las enfermedades respiratorias y mejorar la salud de los ciudadanos, pero no prescribe ningún curso de acción determinado.

⁴⁷ Sobre este punto, escribe el Aquinate: “los preceptos negativos de la ley natural obligan siempre y por siempre. En este sentido, en ningún momento se debe robar o cometer adulterio. Al contrario, los preceptos afirmativos obligan siempre pero no por siempre, sino según el lugar y el tiempo; y así no está obligado el hombre a honrar a sus padres en todo tiempo, sino según el lugar y el tiempo”. Aquino, Tomás de, *In Romanos*, XIII, 2.

⁴⁸ George, Robert P., “Natural Law and International Order”, George, Robert P., *In Defense of Natural Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 228 y ss.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 230.

Elegida la alternativa que se considere más adecuada, el derecho natural tampoco dictará una única solución correcta si, por ejemplo, se tuviera que realizar una elección entre tolerar un determinado grado de contaminación ambiental y sacrificar una medida determinada de desarrollo económico, u otro tipo de compromiso prudencial. En aquellos casos en que se debe llegar a este tipo de medidas prudenciales, la justicia natural exige únicamente que las decisiones se adopten mediante procedimientos que tengan adecuadamente en cuenta los derechos e intereses de todas las partes afectadas.⁵⁰

Según he indicado, este trabajo tiene como objetivo precisar la manera en que los principios de derecho natural se encuentran infradeterminados. He mostrado que la vaguedad es un problema que afecta a todo el sistema jurídico, pero sobre todo me he preocupado de señalar que los puros preceptos iusnaturaes no alcanzan para regular todos los ámbitos de la vida social (he centrado mi exposición en la falta de determinación de la ley natural). Supuesta la insuficiencia de aquéllos, debe proponerse la existencia de un mecanismo de creación de las normas positivas que vaya más allá de la pura función deductiva. Tal procedimiento es el que la ética clásica denominó “determinación” y que existe porque “muchos de los principios éticos de justicia admiten diversos modos de realización en la práctica”.⁵¹

La determinación de la ley natural se asemeja, en opinión de Finnis, a la tarea divina de la creación.⁵² La razón de esto es que, así como Dios

⁵⁰ George, Robert P., *Entre el derecho y la moral*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009, p. 81. De igual forma: para resolver los problemas de regulación y distribución del aire, la solución propuesta por el legislador chileno no tiene por qué ser la misma que la bosquejada por la autoridad de Canadá, y esto no es por veleidad de los legisladores de cada país, sino porque las circunstancias fácticas y materiales son distintas. “Y las soluciones de ayer en ambas ciudades no tienen por qué ser similares a las de hoy, porque entre ayer y hoy hay [importantes] diferencias de circunstancias”. Ibáñez Santa-María, Gonzalo, “Ética y derecho natural”, en Ayuso, Miguel (ed.), *Cuestiones fundamentales de derecho natural*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 95.

⁵¹ Rodríguez-Luño, Ángel, *Ética general*, Pamplona, Eunsa, 2006, p. 263.

⁵² Sobre el acto de creación, escribe Finnis: “Dios dibuja y elige libremente el orden completo de las cosas, prescribiendo (por decirlo así) ese orden al imprimir sus principios (las ‘leyes de la física’ o las ‘leyes de la lógica’, etcétera) en los diversos órdenes de seres y procesos creados. Este acto redundará en beneficio del todo (y, por tanto, de las partes). En este sentido, podemos hablar de ese acto supremo de gobierno como legislativo, y de su contenido racional como de una ley que, como su autor, es eterna (aunque su contenido sea elegido libremente, no necesario, y afecte a creaturas que se encuentran en el tiempo)”. Finnis, *Aquinas*, cit., p. 307.

no fue obligado a escoger crear el universo de la manera que lo hizo (¡ni siquiera a crearlo!), los legisladores humanos tampoco están constreñidos *prima facie* a decidir en un sentido o en otro. A lo sumo están obligados, por ejemplo, a procurar el bien común y la tranquilidad de la república, sin que esto signifique que deben escoger unas políticas públicas en vez de otras.

La inmensa diversidad de circunstancias hace que las leyes naturales deban ser especificadas para cada sociedad civil. El tiempo en que los niños alcanzan la responsabilidad administrativa no es algo que haya sido dispuesto por la ley natural. Ésta solamente hace referencia a que los actos injustos, cuando son ejecutados por sujetos que tienen uso de razón, deben ser castigados. Pero nada dice sobre el tiempo en que se adquiere la responsabilidad legal o la manera en que un determinado sujeto debe ser sancionado.

En este esfuerzo por convertir los preceptos naturales en derecho vigente la autoridad del Estado goza de la más amplia libertad. En su tarea normativa, el gobernante no sólo deberá hacer simples traslaciones de las leyes naturales al sistema jurídico de su comunidad política. Por supuesto que en casos como la violación, el homicidio, el robo, y otras tantas injusticias, el procedimiento por el cual las normas del derecho humano se derivan de la ley natural no reviste mayor dificultad: se trata de meras deducciones de preceptos naturales más generales. Sin embargo, otras normas no pueden derivarse de una manera tan directa desde la ley natural.⁵³ En la hipótesis de que la autoridad pretenda resolver, por ejemplo, un problema de coordinación, es evidente que a ésta se le presentarán un sinnúmero de soluciones razonables, todas ellas con ventajas y desventajas ciertas. Pero, justamente porque la tarea de legislar engloba la exigencia de conocer y considerar el contexto en que se ha de imponer una regla de justicia, las decisiones que pueda adoptar una autoridad prudente no se encuentran determinadas *ex ante*. Tampoco pueden *deducirse* de los preceptos generales del derecho natural. Cuando el modelo deductivo ya no resulta aplicable, los problemas sociales deben resolverse sólo a base de elecciones. Surge así el problema de la determinación (o derivación de la ley humana desde la ley natural por vía de determinación).

⁵³ George, Robert P., "Natural Law", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 31 (2008) 1, pp. 171-196.

La fuerza obligatoria de las leyes producidas por vía de determinación proviene no solamente de la razón natural, en cuanto que todas las reglas de justicia, cuando son honestas, proceden de la ley natural. Proviene, fundamentalmente, del hecho de que han sido “puestas” por la autoridad. En este sentido, si una ley “positiva” no estuviera promulgada, no habría obligación moral de comportarse conforme con ella. Pero el mero carácter “positivo” de la ley no es motivo suficiente para obedecerla. Las leyes humanas serán justas solamente cuando no contravengan los dictámenes del derecho natural, por ejemplo, cuando promuevan la dignidad de la persona, cuando defiendan la vida humana en todo momento, o cuando rechacen toda clase de arbitrariedad.⁵⁴

A la hora de explicar la naturaleza del proceso de determinación, los autores clásicos han señalado que este mecanismo se asemeja a la manera como proceden las artes. En efecto, el artista (artesano) al que se le ha encomendado la construcción de una puerta toma la idea general de “puerta” y la aplica a un espacio y tiempo determinados. Sabe que, si es que pretende que su construcción tenga real utilidad, ésta no puede tener una altura menor a 100 cms. (por lo general, los hombres medimos más que eso). De la misma manera, sabe que una puerta ha de servir para separar los espacios y para proteger la intimidad de los sujetos que habitan tras ella. Y sabe también que ésta puede ser de color negro o café, o del color que quieran los individuos que lo han contratado.

Pienso, en este sentido, que el procedimiento que da origen al derecho positivo no es otra cosa que un mecanismo prudencial en el que, a partir de unas verdades prácticas dadas por naturaleza, el Estado procura diseñar los sistemas normativos que sean más adecuados para las necesidades y características de su población. El término latino que define de mejor modo a este ejercicio de creación de la ley es, a mi parecer, el de *adinventio*: las reglas de justicia no son encontradas por la razón (lo que sería una *inventio*); se trata de creaciones culturales que buscan regular la conducta de un grupo de ciudadanos en ciertas coordenadas históricas. En esas construcciones todo —o casi todo— es materia de elección. Luego, son normas realmente “construidas”.

⁵⁴ Por eso, según ha apuntado Finnis, el carácter vinculante de este tipo de leyes “se deriva no sólo del hecho de haber sido creada por una fuente reconocida del derecho —legislación, jurisprudencia, costumbre, etcétera—, sino también de su relación racional con algún principio o precepto moral”. Finnis, *Aquinas, cit.*, p. 267.

En algunos pasajes de su obra, Tomás de Aquino se refiere a este proceso de creación de la ley como una forma de *aedificatio*. La analogía es interesante, porque una correcta edificación exige la presencia de cimientos firmes. Los cimientos en los que se erigen las leyes humanas no son otros que los principios naturales. Ahora bien, como en cualquier construcción, los meros cimientos no bastan para dar refugio o servir de vivienda para un grupo familiar. Estos son insuficientes. Eso mismo ocurre con los preceptos de derecho natural: a pesar de que dan firmeza a las decisiones de la autoridad no resultan suficientes para dar completa protección de los derechos de las personas. La falta de determinación de la ley moral exige que los gobernantes se preocupen de los detalles de la acción (en la medida de lo posible, ciertamente).

Siguiendo con la metáfora de la construcción, es posible sostener que así como los planes de desarrollo de una obra dependen de las condiciones del suelo, de los estudios de impacto ambiental, de los materiales escogidos, etcétera, así también las concreciones del derecho natural que he llamado “leyes positivas” dependerán de los factores históricos y sociales en los que la autoridad ejerce su tarea de determinación. Es importante no perder de vista, entonces, que el “edificio” del sistema jurídico se va construyendo a la par que la cultura y las tradiciones.

VI. FORMAS DE DETERMINACIÓN DE LA LEY NATURAL

Al hablar de la determinación de la ley natural se debe considerar no solamente la potestad normativa del Estado. También los ciudadanos y los jueces ejercen una función de concretización de los preceptos naturales. No cabe duda de que es el legislador el que, primeramente, debe especificar los preceptos iusnaturales en su comunidad, pero, como ya se ha dicho, estos preceptos no logran referirse a cada uno de los aspectos de la praxis. Por eso me ha parecido pertinente dedicar esta sección al problema de las formas en que se puede determinar el derecho natural. Sin intención de exhaustividad, creo que las herramientas de que disponemos para especificar esos principios son la ley, las sentencias y los contratos.

1. *La ley positiva y la determinación del derecho natural*

A diferencia del derecho natural, que no es creación humana bajo ningún respecto, la ley positiva consiste en un objeto “producido” por la autoridad. Las leyes “puestas” por el gobernante aspiran a ser principios directivos de la acción: no se trata de consejos sobre lo que es bueno hacer o evitar, sino de mandatos sobre lo que *debemos* (y *no debemos*) hacer o evitar.

En la determinación el legislador toma como punto de partida las verdades universales de la justicia natural, por ejemplo: que los pactos deben ser cumplidos, que se ha de actuar de buena fe, que todos los ciudadanos debemos contribuir al bienestar social, etc. Estas verdades son todavía demasiado generales. La autoridad debe ponderarlas con la situación histórica de sus comunidades. Ahora bien, este ejercicio constructivo de las normas debe llevarse a cabo “según las necesidades y características de cada sociedad, y también según las opiniones o preferencias del legislador”.⁵⁵ Encierra una tarea de prudencia que depende de las tradiciones, las condiciones geográficas, la cultura, la religiosidad popular, etcétera.⁵⁶

Esto supone que la determinación del derecho natural implica un esfuerzo hermenéutico del gobernante, el cual debe interpretar la realidad en la que lleva a cabo su tarea constructiva de las leyes positivas. Esto no significa que la tarea del legislador sea una pura receptividad o autocancelación ante las normas del derecho natural. Tal ejercicio de prudencia incluye, como puede suponer el lector, una matizada incorporación de las

⁵⁵ Tale, Camilo, “Derecho de daños y derecho natural”, en Soto-Kloss, Eduardo y Castaño, Sergio Raúl (eds.), *El derecho natural en la realidad jurídica y social*, Santiago, Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Santo Tomás, 2005, p. 602.

⁵⁶ Este tema puede ser revisado en Contreras, Sebastián, “La derivación del derecho positivo desde el derecho natural en Tomás de Aquino. Un estudio a partir de *Summa Theologiae* y *Sententia Libri Ethicorum*”, en *Teología y Vida*, 54 (2013), pp. 679-706. Es importante destacar que una vez producida la determinación la norma resultante no es ya un derecho natural puro, ni tampoco una norma natural positivada, sino lo justo instituido “arbitrariamente”, un conjunto de normas-complemento del derecho moral que surgen a partir de la libre inventiva del legislador humano (aunque dentro de los márgenes de la razonabilidad práctica). Tales normas no reciben, al menos no directamente, su fuerza obligatoria desde los primeros principios del orden práctico, sino de su autor, el legislador humano, que ejerce un verdadero poder normativo, aunque limitado: éste crea nuevos preceptos de justicia a condición de no estatuir en contra de las exigencias de la ley natural, que son el principal límite al ejercicio de su potestad: *cfr.* Contreras, Sebastián, “*Adiaphora* e indeterminación en el derecho”, *Pensamiento*, 65 (2012), pp. 51-77.

opiniones previas y preferencias que arrastra el legislador y su comunidad. Por este motivo, circunstancias y momentos históricos diversos podrían requerir una distinta determinación. El siguiente ejemplo nos puede ayudar con la inteligencia de este asunto: las normas que prohíben a los mahometanos comer carne bien pueden considerarse como una determinación correcta para las regiones calurosas en donde se inició la religión mahometana. Pero para un fiel que vive en regiones polares debiera darse una regla diferente: comer carne sólo una vez por semana, comer cierto tipo de carne, comer carne para ciertas fiestas, etcétera.⁵⁷

A lo expuesto se debe añadir que la exigencia de las leyes positivas, en cuanto preceptos de la acción más particulares, surge por la naturaleza misma de la praxis: máximamente determinada y contingente. Tales preceptos se obtienen a partir de un procedimiento hermenéutico-creativo que se explica, solamente, si reconocemos el carácter objetivo y fundamental de los primeros principios de la ley natural, como su condición de infradeterminados y generales.⁵⁸

2. *Las sentencias judiciales como herramientas de determinación de la ley natural*

La imagen del juez como un geómetra ha pasado a la historia.⁵⁹ En la actualidad, casi nadie sigue las ideas de Montesquieu, según el cual el juz-

⁵⁷ En su versión original, el ejemplo pertenece a Castellano, Danilo, *Orden ético y derecho*, Madrid-Buenos Aires-Barcelona, Marcial Pons, 2010, p. 26.

⁵⁸ Luego, en los sistemas jurídicos no todas las normas se derivan de la ley natural por vía de deducción. Junto a las normas cuya fuerza de obligar depende de la sola autoridad de la razón, existen otras muchas reglas cuya obligatoriedad depende, inmediatamente, de su promulgación por la autoridad del Estado. Tal es la diferencia introducida por santo Tomás entre derecho concluido y derecho determinado (entre derivación por conclusión y derivación por determinación). De acuerdo con esta diferencia, todo lo que se desprende de la ley natural a la manera de conclusiones es también parte de la ley natural; pero lo que se deriva por vía de determinación no es de ley natural, sino de derecho positivo. Para una revisión más detallada del problema de la determinación, véase Contreras, Sebastián, “Derecho positivo y derecho natural. Una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación”, *Kriterion*, 127 (2013), pp. 43-61. Del mismo autor, “El derecho positivo o convencional, su naturaleza. El carácter creativo (constitutivo) y derivado de las leyes humanas”, *Direito GV*, 9 (2013) 2, pp. 707-720.

⁵⁹ En este contexto, se ha escrito: “para la doctrina actual, la jurisprudencia mecánica, basada sobre cadenas de silogismos, ha caído en fuerte descreimiento. Se ha comprendido ya que las decisiones del intérprete, decisiones que un razonamiento riguroso debería haber excluido, se concentran en la formación de las premisas y en la calificación de los

gador ha de ser un ente inanimado, un sujeto que aplica mecánicamente la ley, sin moderar su fuerza o rigor. Lo que sucede es que la ley positiva, siendo una creación humana, es, por definición, imperfecta e incompleta. Luego, aunque el juez se encuentra —legalmente— obligado a fallar conforme al derecho vigente, es claro que en la resolución de la sentencia ejerce una verdadera función creativa en materia de justicia:⁶⁰ pertenece a la esencia del fenómeno jurisprudencial que las decisiones de los tribunales deban proceder, en parte, de un derecho determinado, obligatorio y declarado anteriormente y, en parte, de la libre apreciación del juzgador.⁶¹

En su tarea de determinación el juez tiene el cometido de “individualizar el derecho, adaptarlo a la vida y rejuvenecerlo”.⁶² Esto no supone un desprecio de la ley escrita. Todo lo contrario. Los jueces deben resolver con base en las leyes del Estado, y no sólo a partir de criterios de justicia material.⁶³ He sido enfático en señalar que las ansias de certeza están permeando todo el sistema jurídico (y si todo fuera equidad o justicia material no habría certeza alguna).⁶⁴

casos concretos”. Luzzati, Claudio, *La política de la legalidad. El rol del jurista en la actualidad*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 33.

⁶⁰ En este sentido, observa Legaz y Lagambra: “el juez está sometido a la ley y tiene que aplicarla al caso concreto; pero como la ley, por muy estricta que sea, le deja siempre un margen de libertad, porque siempre posee una dosis de indeterminación, el juez al aplicar una norma general crea una norma nueva, no general, sino individual, pero norma al fin, que aporta un plus al conjunto del orden jurídico y que tiene, frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, el mismo valor... de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación”. Legaz y Lagambra, Luis, *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, Bosch, 1943, pp. 381 y ss.

⁶¹ Stenberg, Theodor, *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, Labor, 1930, pp. 23 y ss.

⁶² Ruiz-Gallardón, Isabel, *Una aproximación a la equidad desde la teoría y la dogmática jurídicas*, Madrid, Publicaciones de la Universidad Complutense, 2002, p. 18.

⁶³ Es importante poner de relieve lo siguiente: “no hay que perder de vista que en todos aquellos casos en que las fuentes formales resultan insuficientes para procurar a la autoridad judicial un criterio de solución, quedan los jueces y tribunales colocados en situación muy semejante a la del mismo legislador. Pues así como éste, al realizar su actividad, ha de preocuparse por transformar en preceptos formalmente válidos los principios generales o, como sería preferible decir, las exigencias de la justicia, el juez está obligado a establecer las normas de decisión para los casos imprevistos, no de manera arbitraria, sino en la forma en que el legislador lo habría hecho, de haberlos tenido presentes”. García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1988, p. 372.

⁶⁴ Por eso, se ha escrito: “al perder el derecho sus cualidades de precisión, racionalidad, estabilidad y seguridad se vería privado de cualidades y características que le son

A causa de lo anterior, pese a que el tribunal dispone de un importante margen de discrecionalidad, éste no puede olvidar que los casos individuales tienen dimensiones típicas y comunes,

y que no hay otro medio de tratarlos justamente que el de aplicarles una medida igual; el juzgador ciertamente debe poder apreciar las circunstancias que acompañan al caso y graduar la sanción aplicable, pero cuando lo típico predomina sobre lo individual no hay otro medio posible ni más seguro para ser justo, e incluso equitativo, que poner en práctica el criterio igualitario prefijado en el esquema legal.⁶⁵

Todo lo expuesto me permite señalar que en la teoría del derecho natural el papel del juez no consiste en trasladar más o menos directamente la ley natural a los casos particulares. Al igual que el legislador, también los jueces gozan de un amplísimo margen de discrecionalidad a la hora de especificar los preceptos del derecho moral. No obstante, que posean un importante margen de libertad no significa que puedan fallar de modo arbitrario: los tribunales no tienen autoridad para reemplazar las determinaciones del legislador. El principio del *rule of law*, que habitualmente se entiende como condición necesaria pero insuficiente para que exista un sistema justo de gobierno, exige al juez que respete los límites de su propia potestad.⁶⁶

3. *La libertad contractual y la determinación de los preceptos iusnaturales*

A pesar de su esfuerzo, la autoridad del Estado no puede determinar al máximo los principios de derecho natural. Esto, en todo caso, es bueno y deseable. Hay muchos aspectos de la vida humana en los que, por su contenido técnico o por la insuperable contingencia de la acción, el derecho positivo no tiene nada que decir. Tampoco los jueces deben de hacerse parte en todas las relaciones jurídicas. Por lo general, la intervención

esenciales para el logro de su finalidad de definir y delimitar los derechos y deberes de los individuos y agrupaciones sociales. Pero un exclusivo imperio de la ley, sin discrecionalidad alguna por parte de los jueces, sería también la muerte del derecho, pues le impediría resolver con justicia los casos particulares". Ruiz-Gallardón, *Una aproximación a la equidad desde la teoría y la dogmática jurídicas*, cit., pp. 6 y 7.

⁶⁵ Legaz y Lagambra, Luis, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, pp. 464 y 465.

⁶⁶ George, *Natural Law*, cit., pp. 171-196.

de los tribunales se produce “a petición de parte”. Luego, en el caso de que los particulares involucrados en un cierto negocio no quieran iniciar un procedimiento contencioso, ellos mismos serán los llamados a resolver, por ejemplo, los contornos de una obligación. Se explica, por ende, que los propios particulares dispongan de la capacidad para especificar los preceptos del derecho moral.

El principio que recoge esta capacidad de los particulares se conoce como “autonomía de la voluntad”. En Chile, este principio ha sido recogido, entre otras normas, por el artículo 12 del Código Civil, que dispone que “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”. De la misma manera, prescribe la ley chilena que el convenio pactado libremente por las partes se considerará como una ley para contratantes.⁶⁷

Tal es la potestad discrecional de los particulares que, por ejemplo, las cláusulas de la naturaleza de un acto jurídico pueden modificarse sin problema por los sujetos que han firmado ese contrato o convención. No obstante, esta libertad en materia contractual no es absoluta (como no es absoluta la libertad del legislador y la libertad del juez a la hora de crear el derecho). Los particulares no pueden disponer en contra de la ley y de las buenas costumbres. Tampoco pueden suscribir un contrato que contravenga la moral o el orden público.⁶⁸

La autonomía de los contratantes se extiende tanto a la potestad para acordar una cierta obligación o negarse a ello como a la facultad de escoger con quien se ha de contratar. Asimismo, se refiere a la capacidad para elegir el contenido y las formalidades del acto jurídico, como a la posibilidad de definir según su mayor conveniencia el contenido, alcance, las condiciones, las modalidades, etcétera, de los distintos negocios jurídicos.⁶⁹

⁶⁷ Código Civil de Chile, artículo 1545.

⁶⁸ En este sentido, dispone el artículo 1467 del Código Civil chileno: “no puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. / La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. / Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”.

⁶⁹ En alguna medida, este principio es una delegación que hace la autoridad a los particulares para que éstos determinen con la mayor exactitud los límites y términos de

En virtud de esta autonomía,

los particulares pueden pactar toda clase de contratos, sean o no de los especialmente reglados por la ley; combinar unos y otros entre sí; atribuir a los contratos que celebren efectos diferentes de los que les atribuye la ley y aun modificar su estructura, por ejemplo, estipulando un pacto comisorio en un contrato unilateral, subordinando la existencia de un contrato consensual al otorgamiento de una escritura... o convirtiendo en bilateral un contrato que por su naturaleza es unilateral; alterar, modificar y aun suprimir las obligaciones que son de la naturaleza de un contrato; determinar el contenido del contrato, principalmente su objeto, y la extensión y efectos de los derechos y obligaciones que engendre; fijar su duración; señalar las modalidades que han de afectarles; determinar, entre las legislaciones de los diversos Estados, aquella por la cual ha de regirse el contrato, etcétera.⁷⁰

Todo lo dicho se podría resumir en el siguiente aforismo: en materia contractual la voluntad es soberana: ella es la que crea el derecho.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Al término de este trabajo, quisiera enfatizar las siguientes conclusiones:

1. La falta de determinación en el sistema jurídico es un asunto ineludible (Waldron añade que se trata de algo deseable⁷¹). La indiferencia (o incerteza parcial) en el derecho se presenta como un “rasgo inevitable de todo intento de guiar la conducta humana mediante reglas generales”.⁷²
2. La falta de determinación existe no sólo en las leyes del Estado. También los preceptos iusnaturales requieren una mayor especi-

sus relaciones al interior del cuerpo social. Esta delegación se explica, únicamente, bajo el supuesto de que los ordenamientos jurídicos están sometidos a la contingencia de la historia.

⁷⁰ Alessandri, Arturo, *De los contratos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 10.

⁷¹ Waldron, Jeremy, “Vagueness in Law and Language. Some Philosophical Issues”, *California Law Review*, 82 (1994) 3, pp. 538-540.

⁷² Hart, Herbert, “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 36 (1980), p. 9.

ficación. Esto a pesar de que existen normas morales absolutas, que obligan siempre y en toda circunstancia, porque esas normas “son solamente un fragmento de la moralidad. Son solamente la manifestación de los principios básicos de la moral”.⁷³ Aun cuando suministran un conocimiento necesario, sin duda imprescindible para la regulación de la vida humana, son sumamente generales si se comparan con el carácter concreto de la acción.⁷⁴

3. Los absolutos morales, aunque son pocos, representan verdaderos límites al poder normativo del Estado. Nos hacen recordar que hay una frontera entre lo humano y lo inhumano, que nuestra acción no se da en el vacío sino en la coexistencia con nuestros semejantes, y que no somos nosotros los que determinamos el sentido último de la realidad.⁷⁵ “Con todo, el respeto de esas normas no basta para ser una buena persona. Ellas marcan tan sólo un mínimo, es decir, protegen diversos bienes cuya lesión significa que el sujeto está reduciendo a la humanidad, ya sea la propia o la ajena, a la condición de cosa, que está destruyendo algún aspecto de la plenitud humana”.⁷⁶
4. La ley natural debe ser concretada, en principio, por la libre discrecionalidad de los gobernantes. Digo “en principio”, porque también el poder judicial y los particulares se deben tomar partido en el proceso de determinación de los preceptos de derecho natural. Ahora bien, ni siquiera después de la determinación ejercida por los particulares o por el juez el derecho moral alcanza su máximo nivel de especificación.⁷⁷ No hay que olvidar que en el derecho la mayor parte de los problemas admiten soluciones diversas.

⁷³ Finnis, John, “Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales”, en García-Marqués, Alfonso y García-Huidobro, Joaquín (eds.), *Razón y praxis*, Valparaíso, Edeval, 1994, p. 334.

⁷⁴ Palacios, Leopoldo, *La prudencia política*, Madrid, Gredos, 1978, pp. 24-26.

⁷⁵ García-Huidobro, *Una introducción a la tradición central de la ética*, cit., p. 160.

⁷⁶ *Idem*, p. 160.

⁷⁷ A este respecto, señala Hervada: el poder discrecional de los hombres en materia jurídica representa el protagonismo que éste tiene “en la tarea de completar el orden y armonía del cosmos y de gobernarlos, así como mediante su trabajo completa la tarea de creación del universo. De ello se deduce la comprensión de una dimensión necesaria y esencial de la ley positiva: ésta debe ser ordenada y armónica, debe establecer un orden humano concorde con la dignidad de la persona humana, con la naturaleza del hombre

5. En su tarea de determinación de la ley natural los hombres no cuentan con una libertad absoluta. Es un hecho de experiencia que la razón no juzga como indiferentes todos los actos que el hombre puede físicamente realizar, sino que, con independencia de las leyes dadas por la autoridad, reconoce una serie de proposiciones deónticas a las que el hombre se encuentra sujeto por el mero estar constituido en un animal de razón.⁷⁸
6. El hecho de que se reconozca un cierto margen de indeterminación en la ley natural no equivale a que debamos “renunciar a entender la ética como un campo de certezas absolutas”,⁷⁹ es decir, no significa que debamos aceptar la desesperanza del no cognitivismo.

y la naturaleza de las cosas”. Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2008, p. 588.

⁷⁸ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 2011, pp. 140 y 141.

⁷⁹ García-Huidobro, Joaquín, “Sobre la verdad práctica en Tomás de Aquino”, en Alfonso García-Marqués y Joaquín García-Huidobro (eds.), *Razón y praxis*, *cit.*, p. 201.