

existe hoy una tendencia en las Iglesias a ofrecer principalmente la estabilización de la sociedad mediante la transmisión de valores: una religiosidad reducida a la amabilidad personal (*personal niceness*) y a un “Deísmo Terapéutico Moralista” (*Moralistic Therapeutic Deism*), como afirma Brad Gregory en *The Unintended Reformation*¹⁰.

El interés de libro es, pues, indudable, de manera especial en el ámbito de la filosofía política, el Derecho, en particular el Derecho Público y los Derechos Humanos, y la Bioética. El profesor Negro Pavón pone ante nuestros ojos, con un rigor y una profundidad poco frecuentes, el alcance y la trascendencia de la actual abolición de la naturaleza humana.

Carolina PEREIRA
Universidad de A Coruña (España)

Juan CIANCIARDO *et. al.*

Razón jurídica moral. Estudios sobre la valoración ética en el Derecho

Porrúa, México, 2011, pp. 149

El libro que reseño es una obra colectiva conformada por escritos de J. Cianciardo, J. B. Etcheverry, P. Zambrano y un último capítulo redactado conjuntamente por C. I. Massini Correas y J. García Huidobro. Estos trabajos se encuentran atravesados por un interrogante que C. S. Nino ha presentado bajo la forma de una paradoja. A decir del citado profesor argentino, si el Derecho precisa adecuarse a la moral para ser presentado como razones para la acción, su existencia resultaría superflua porque, al final de cuentas, sería exclusivamente la Moral la que guiaría la acción humana. Entonces, cabría preguntarse, ¿por qué no guiarnos lisa y llanamente por la moral? ¿Es el Derecho superfluo o redundante si nuestra acción humana –en última instancia– se conduce por los dictados de la moral? Responder a estas preguntas que formula “la paradoja de la irrelevancia” lleva a tratar dos problemas medulares de la filosofía jurídica actual: i) la diferencia específica que el Derecho introduce al razonamiento práctico; y ii) la conexión entre la Moral y el Derecho. Todos los trabajos que

¹⁰ Vid. GREGORY, *The Unintended...*, *op. cit.*, p. 171.

componen esta obra se hacen cargo de esas cuestiones centrales y las abordan desde ángulos diferentes y, al mismo tiempo, complementarios.

El primer capítulo fue escrito por J. Cianciardo y empieza con una exhaustiva descripción de la “paradoja de la irrelevancia moral del Derecho” que planteó C. S. Nino. Comienza señalando que para el profesor argentino la cuestión de la obligatoriedad de las normas jurídicas es esencialmente moral, por cuanto concierne a las condiciones en las que los principios morales prescriben el deber de obedecer tales reglas. Esta cuestión remitiría, a su vez, a la cuestión de la justificación moral de la pretensión de un gobierno de dictar normas moralmente obligatorias. Según explica J. Cianciardo, C. S. Nino apuntaría que la legitimidad moral de un gobierno es una razón –aunque pudiera ser desplazada por otras– para que sus dictados resulten obligatorios; más allá de que pueda haber otras razones que fundamenten la obligación de obedecer algunas reglas de un gobierno moralmente ilegítimo. [cfr. 5-6]

Tras describir el pensamiento jurídico-político de C. S. Nino a través de las respuestas que analizó y propuso para resolver la paradoja de la irrelevancia, se pasa a evaluar la consistencia de la respuesta de ese autor. A tal efecto, se formula una crítica basada en tres argumentos centrales: i) una racionalidad práctica insuficiente porque se basa en las premisas del constructivismo ético, es decir, en una pretensión de objetividad que apela a una moral que no es más que un mero artificio o constructo humano [cfr. 21-24]; ii) un “cierto aire de familia” que vincula a la propuesta de C. S. Nino con el positivismo ideológico –a pesar que explícitamente pretende lo contrario– [cfr. 24-26]; iii) una fundamentación circular de la democracia, es decir, una democracia que funda a la democracia. [cfr. 26-27]

Por último, J. Cianciardo sienta las bases para una propuesta alternativa. Para ello parte de dos conceptos centrales de la tradición clásica: i) la noción antropológica de *zoon politikon*, esto es, el hombre como ser vivo radicalmente político o social y ii) la noción de *Polis* como comunidad autárquica, capaz de generar los propios medios para alcanzar los fines a los que tiende. En tal sentido, uno de esos medios de lo que se sirve la polis consiste en generar modos de coordinación y criterios que permitan resolver pacíficamente los conflictos que se susciten. Esta función no puede ser acabadamente cumplida por la moral; ya sea porque hay quienes no se dejan gobernar completamente por los preceptos morales; ya sea porque la moral deja ciertas cuestiones parcialmente indeterminadas. Así, superar estas deficiencias reclama que una autoridad guíe a la polis hacia el bien común y se sirva del Derecho para castigar las faltas

morales más graves por medio de la conclusión y determinación de aquellos puntos que resultan más relevantes para alcanzar el bien común; especialmente allí donde la moral deja zona o espacios de indeterminación. [cfr. 28-30]

El segundo capítulo fue escrito J. B. Etcheverry y se dirige a explorar cuáles son las vías para superar el dilema que plantea la paradoja de la irrelevancia, según la cual las personas o bien siguen a las reglas jurídicas, o bien actúan moralmente, pero no pueden ser guiadas al mismo tiempo por la Moral y el Derecho. El camino que sigue el autor se estructura de la siguiente manera: i) exposición de los diferentes modos en que se presentan las soluciones a los temas planteados por la paradoja; ii) evaluación de los rasgos comunes de las soluciones examinadas; iii) una propuesta de explicación del papel del Derecho y la moral en la regulación de la vida social que reconoce la relevancia de las determinaciones legales y judiciales concretas.

El trabajo comienza con una descripción de la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho. A tal efecto, se examinan varios de sus aspectos: i) la irrelevancia moral del Derecho o limitación en su función de guía a partir de textos de I. Shapiro y J. Raz [cfr. 34-40]; ii) la irrelevancia moral del Derecho a partir de la tesis de la autoridad del Derecho que defiende J. Raz; [cfr. 44] iii) la irrelevancia moral de la Constitución o superfluidad de su capacidad para asignar validez a otras normas; [cfr. 40-42]; iv) la irrelevancia moral de la Constitución o superfluidad de las normas infra-constitucionales [cfr. 42-43]; v) la irrelevancia moral del Derecho o depreciación del factor de origen. [cfr. 44]

La sección evaluativa o valorativa del trabajo de J. B. Etcheverry pone de manifiesto las múltiples dificultades a las que conduce la separación radical entre la justificación del Derecho y la justificación de la Moral; con la consiguiente tesis de la irrelevancia práctica del Derecho cuando su validez depende de su adecuación a criterios morales. El autor centra su crítica de modo especial en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, que cada vez con más intensidad incorpora referencias a criterios morales, especialmente en las normas constitucionales –que se suelen caracterizar por una textura abierta– pero también en las normas infraconstitucionales –v.g. las leyes en materia civil o empresarial que hacen referencia a juicios o criterios morales tales como *la buena fe*, *el buen hombre de negocios*, *el buen padre de familia*, etc.– [cfr. 53-54]

Finalmente, J. B. Etcheverry presenta su respuesta a la paradoja de la irrelevancia. Según este autor si la Moral no ofrece una única respuesta correcta para cada caso concreto, pues entonces la relevancia del Derecho para aportar razones para la acción podría fundarse en su capacidad de proveer so-

luciones cuando la Moral guarda silencio o brinda muchas posibles soluciones –razonables y aceptables– para los casos en los que se debe actuar y decidir. De esta forma, se advierte que el surgimiento del Derecho parecería estar relacionado con su capacidad para coordinar razonablemente a los ciudadanos de un modo que no lo consigue exclusivamente la moral. Es más, siguiendo a J. Finnis, el autor sostiene que esa coordinación racional sería lo que permitiría a los ciudadanos desarrollarse de una manera que no lo lograrían si las normas jurídicas no existiesen o su aplicación no fuera tomada en serio. [cfr. 59]

El tercer capítulo fue escrito por P. Zambrano y se dirige a exponer y evaluar cómo opera en la teoría jurídica de J. Finnis la idea hartiana –profundizada por J. Raz– de que el Derecho proporciona razones excluyentes para la acción. Por un lado, la elección del tema se funda en que el estudio del Derecho a partir del concepto “razón para la acción”, introducido por la *analytical jurisprudence*, se constituyó rápidamente en un eje central del debate iusfilosófico contemporáneo, particularmente en los países de tradición anglosajona. [cfr. 75]. Por otra parte, la autora justifica su decisión de haber escogido el pensamiento de J. Finnis no solo porque ese autor reviste gran importancia como representante mundial del iusnaturalismo clásico, sino también por un dato biográfico: su tutor de tesis doctoral fue H. L. A. Hart. Este hecho le habría permitido heredar el aparato conceptual de la teoría analítica que desarrolló ese antiguo profesor de Oxford. [cfr. 76]

El camino que recorre la autora la lleva a exponer las siguientes cuestiones: i) el concepto genérico de razón para actuar y su distinción de otras motivaciones posibles para la acción [cfr. 77-87]; ii) El de Derecho como razón para la acción. [cfr. 87-95]; iii) el Derecho como razón excluyente [cfr. 95-99]; iv) la obligación moral y la obligación jurídica de obedecer al Derecho. [cfr. 99-102]

Luego de una rigurosa selección y exposición de los textos de J. Finnis, se pasa a señalar algunas de las limitaciones teóricas de la tesis finniseana del Derecho como razón *excluyente* para la acción. En concreto, P. Zambrano cuestiona la idea de que el Derecho configure una práctica con “una pretensión de invariabilidad que solo es realizable cuando las normas jurídicas ‘cortan el flujo del razonamiento práctico’ y excluyen no solo otras formas de actuar, sino también otras razones para deliberar y juzgar cómo actuar”. [106-107] En ese sentido, y en línea con la crítica de J. B. Etcheverry, apunta la autora que este nivel de exclusión de otras razones para obrar no da cuenta de la prácti-

ca constitucionalizada actual, y de su característica apertura al razonamiento moral. [cfr. 107]

En este orden de ideas, concluye P. Zambrano que quizá sea mucho más ajustado a la propuesta teórica de J. Finnis sostener que el Derecho manifiesta una pretensión limitada, *prima facie*, de obediencia invariable; y no en cambio una pretensión de asentimiento interno invariable a las reglas. Dicho de otro modo, se podría afirmar que el Derecho pretende ser una continuación del razonamiento práctico, en lugar de una sustitución. Por ello, en orden a la coherencia y fidelidad descriptiva, y atendiendo a la función del Derecho de coordinar con justiciar el obrar social, el Derecho no puede pretender que se detenga la deliberación moral, sino más bien lo contrario. Pues a mayor deliberación, le sigue una mayor comprensión y capacidad crítica de la regla y, por lo mismo, una mayor eficacia en la coordinación social. [cfr. 115]

El cuarto capítulo fue escrito por los Prof. C. I. Massini Correas y J. García Huidobro, quienes se abocaron exponer y criticar los fundamentos de una de las imputaciones más difundidas contra las versiones clásicas del iusnaturalismo, que paradigmáticamente se podría sintetizar en la fórmula “la ley injusta no es ley” [*lex iniusta non est lex*].

La investigación de los autores se despliega inicialmente en un nivel textual que logra demostrar que la expresión *lex iniusta non est lex* no se encuentra literalmente en ningún pasaje de la obra de Tomás de Aquino. No obstante, pueden hallarse expresiones similares tales como “si verdaderamente en algún punto [la ley positiva] resulta discordante con la ley natural, ya no será ley sino una corrupción de la ley” [cfr. 121] o “toda ley se ordena al bien común de los hombres y en esa medida tiene fuerza y carácter de ley, y en la medida en que se aparta (déficit) de ese fin, carece de fuerza obligatoria” [121-122] Por último, también se puede hallar una expresión similar pero incompleta en los textos de Agustín de Hipona quien sostuvo que “no parecería que fuera ley, la que no sea justa”. [121]

Este análisis textual se complementa con indagaciones de tipo conceptual, que se dirigen a examinar cuál era el sentido preciso con que Tomás de Aquino vinculaba a la ley –y al Derecho positivo en general– con la justicia. A tal efecto, aclaran que el Aquinate solía hablar de modo *analógico*, esto es, usaba ciertos términos para designar realidades diferentes pero que guardaban una significación similar. [123] En tal sentido, la aserción focal del iusnaturalismo tomista sería la que la ley injusta no es ley en sentido pleno y, en consecuencia, no engendra por sí misma la obligación (moral) de seguirla. En algunos casos

podría existir la obligación moral de obedecer, si de ello no se siguiera la realización positiva e intencional de consecuencias injustas para terceros, sino solo el propio padecimiento (v.g. el caso de pagar un impuesto excesivo) [142] En segundo lugar, la investigación se dirige a demostrar que la tesis de la defectibilidad de la ley injusta no era un cuestión central o básica del iusnaturalismo clásico sino, en todo caso, una tesis subordinada. [124]

Uno de los aportes de este trabajo es la descripción y evaluación que hacen del punto de vista práctico-moral que caracteriza al iusnaturalismo clásico. En ese sentido, el interés de la teoría jurídica iusnaturalista no se preocupa –al menos no primordialmente– por la inclusión o no de cierta norma injusta en un sistema de normas producto de fuentes sociales sino que su perspectiva es la de si existe o no una obligación moral de obedecer al Derecho, respuesta que no es uniforme sino matizada, al punto que en ciertos casos resulta obligatoria una ley injusta.

En suma, el trabajo de los autores contiene un análisis de las normas injustas que no cuentan con ninguna posibilidad de generar un deber de obediencia y que Tomás de Aquino identificaba como el caso de aquellas normas que se oponen al bien divino. En lenguaje de hoy, sería el caso de reglas que son opuestas a los *absolutos morales* (v.g. una ley que manda a matar a un inocente). Sin embargo, aún en estos supuestos estaríamos frente a normas que cabría denominar “Derecho”, sin perjuicio que su juridicidad se habría reducido casi absolutamente.

En suma, el lector que acceda a esta obra se encontrará con trabajos redactados con estricto rigor lógico que, en conjunto, da lugar a una confrontación dialéctica entre textos de autores provenientes de diversas tradiciones filosóficas. En consecuencia, se trata de una obra sumamente útil para explorar y comparar algunas de las respuestas más acabadas que tanto la tradición analítica como el realismo jurídico clásico –o iusnaturalismo clásico– ofrecen para algunos de debates más actuales de filosofía del Derecho, tales como: i) las insuficiencias teóricas que supone explicar la obligatoriedad moral del gobierno o el Derecho por medio del constructivismo ético (J. Cianciardo); ii) la diferencia práctica que introduce el Derecho al razonamiento práctico (J. B. Etcheverry);, iii) el grado de vinculación del concepto del Derecho como “razón excluyente para la acción” de Finnis con las tesis centrales de la epistemología tomista (P. Zambrano) y; iv) los fundamentos y consecuencias que presenta la conexión entre ley humana, moral y justicia según la tradición iusnaturalista clásica (C. I. Massini Correas y J. García Huidobro).

En síntesis, estamos ante un libro de calidad científica que se propone un diálogo fecundo y leal entre tradiciones iusfilosóficas históricamente enfrentadas, contribuyendo a desmitificar las imágenes y objeciones construidas de uno y otro lado del debate.

Luciano DAMIÁN LAISE
Universidad Austral

J. B. ETCHEVERRY / P. SERNA, (eds.)

El caballo de Troya del positivismo jurídico.

Estudios críticos sobre el Inclusive Legal Positivism

Colección Filosofía, Derecho y Sociedad, nº 22, Granada, Comares, 2010

El presente libro contiene una dura crítica al positivismo, en general, y al *Inclusive Legal Positivism* (ILP), en particular. La tesis de los autores es que esta nueva reformulación del positivismo, cuya innovación central es que la regla de reconocimiento puede incluir criterios morales, no solo es una construcción artificial que no da solución a los problemas que se le plantean, sino que puede acabar destruyéndolo. De ahí que los autores concluyan que el ILP es un auténtico *Caballo de Troya* en la tradición iuspositivista.

En el primer capítulo, P. Serna estudia lo que supone el ILP en el pensamiento positivista. La aparición del neoconstitucionalismo y las tradicionales críticas del iusnaturalismo hicieron que algunos autores de raigambre positivista decidieran reformular sus tesis para poder encajarlas en los nuevos moldes que presenta el fenómeno jurídico. En esta reformulación, se abre la ineludible cuestión de qué elementos deben ser considerados consustanciales al positivismo: si una reformulación alterara uno de sus elementos esenciales, no podría ser incluida en esta corriente iusfilosófica. No obstante, si se considera que no hay ningún elemento imprescindible que defina al positivismo, el concepto puede ser aplicado de modo acríptico a cualquier doctrina que así lo pretenda. Los autores incardinados en la tradición positivista venían sosteniendo una determinada posición respecto a la tesis de la separabilidad entre derecho y moral y la tesis de la discrecionalidad del juez. Es respecto a estos elementos que el ILP formula su nueva propuesta.

La crítica de P. Serna se centra en que esta reformulación del positivismo que es el ILP trata de dar cabida a las tesis constitucionalistas, que innegable-