

LAS RELACIONES ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO *

por el *Dr. Nolberto A. Espinosa*

Se reproduce aquí el contenido de la exposición sobre “Las relaciones entre la moral y el derecho”. En esa oportunidad no tenía un escrito terminado, sino desarrollé un esquema elaborado al electo. Un grupo de alumnos y otras personas que asistieron al simposio me pidieron que redactase esa exposición. El presente escrito no sólo es más amplio que lo que originariamente pensamos para esa conferencia, sino además recoge ideas y puntos de vista que se virtieron en las discusiones posteriores; esto me ha permitido corroborar mis propias opiniones y explicitar aún más un tema de una complejidad casi inagotable.

• • •

El tema de apertura de este Simposio es “Las relaciones entre la moral y el derecho”. Pero debemos incluir también un tercer campo, el de la “religión”. Se trata, pues, de distinguir estas tres cosas: RELIGION, MORAL Y DERECHO. Desde muchos siglos atrás la religión aparece unida —y confundida— en los pueblos cristianos con la moral y el derecho. Y esto no sólo al nivel del público en general, sino también a nivel de los eruditos. No se sabe si una conducta, una norma, un juicio, en fin, un hecho es de tipo religioso, moral o jurídico. Se olvida con mucha frecuencia que religión, moral y derecho tienen orígenes históricos diferentes, cubren aspectos diferentes de nuestra vida y responden a necesidades humanas, por cierto, fundamentales, también diferentes.

* Conferencia dada en el Simposio: “Temas controvertidos en moral y en derecho”. Universidad de Mendoza, 15. 9. 86. El mismo texto, con pequeñas modificaciones, fue presentado como ponencia en el Segundo Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, La Plata, abril/87.

Antes de proponer la tesis de la distinción, se me ocurre señalar una circunstancia que se repite cuando se discuten estos temas: pienso que sería oportuna, si no necesaria, la intervención de una cuarta persona, un cuarto “experto” que pudiera tomar distancia frente a estos tres órdenes de nuestra vida, y supiese ver con justeza —como un juez imparcial— sus diferencias y sus posibles relaciones. Esta persona no debería ser un representante de la religión, ni un representante de la moral —esto es, un filósofo— ni un representante del derecho. Hay una tendencia a hacer prevalecer su propio campo profesional y se pretende “subordinar” a él los demás. Son conocidas dos posiciones que responden a un exagerado celo por “defender” la religión —posición que podríamos llamar “teologismo”— (se hace subordinar el derecho a la moral y ambos a la religión) o por defender la moral —se subordina el derecho a la moral. Considero que de las dos posiciones —la segunda— el “moralismo” es la más perjudicial y la que más extendida está en ciertos ámbitos sociales de nuestro país. Como el moralismo es imputable a los filósofos lo destaco en particular porque me afecta personalmente. Mi ya prolongada experiencia docente en una Facultad de Derecho y mi frecuente trato con los hombres de derecho me certifican que los profesionales del derecho se hallan en una expectativa desfavorable con respecto a los filósofos; temen —con razón— que les impongan su convicción moral, que traigan —ya antes de cualquier discusión— la conocida exigencia de que las leyes positivas deben convalidar los imperativos morales. El derecho aparece así como un apéndice de la moral: lo nuevo que aporta el derecho, en relación con la moral, es la “coacción”; la moral recurre, con gusto, a ese apéndice para que la gente cumpla ¡velis nolis! efectivamente con lo que la moral manda. Si el asunto fuese así tan simple, la tarea del derecho quedaría sumamente reducida. El profesional del derecho teme ser desplazado por el moralista y quiere disponer de un mayor espacio de acción. Este temor es uno de los factores que determinan la actitud “positivista”. El positivismo —el exagerado celo por el derecho— se diferencia del teologismo y del moralismo en que no pretende “subordinar” el campo de la religión y el de la moral al campo jurídico. Más bien lo que quiere es “independizar”, “separar” el derecho de las otras dos instancias, poniendo en relieve lo “distintivo” del orden jurídico: los profesionales del derecho argumentan dando vuelta los razonamientos de los filósofos; no dicen: “las leyes mandan lo que se debe hacer”, sino “se debe hacer lo que la ley manda”. Anticipadamente les digo que pierdan ese temor, pues no voy a sostener ninguna posición moralista.

Con la confusión de los tres órdenes —confusión que se deriva del “aplanamiento” de la religión, la moral y el derecho y de la “subordi-

nación” de la moral y el derecho a la religión (una religión entendida, al fin, como moral) no se consigue lo que el teologismo y el moralismo pretenden: el prestigio de la religión y de la moral. Al contrario, la moral y la religión pierden y el que gana es el derecho. Se termina en el “legalismo” o “juridicismo”, que es el mal positivismo. Para entender esto no precisamos salir fuera de nuestro país. Como se ha recurrido al derecho para el sostén de la moral y de la religión, parece en un comienzo razonable afirmar que la justicia y la verdad de un ordenamiento legal está en que se funda en la verdadera moral —lo en justicia debido a otro— y en la verdadera religión; pero con el correr del tiempo se dice que es moral y es de fe lo que está escrito en la ley, lo que las leyes —el Estado, la Iglesia (“como órgano jurídico) mandan. El legalismo es una falsa existencia moral y una falsa existencia religiosa —tanto a nivel individual como colectivo— que se abre camino cuando se delega en el derecho las “funciones” de la religión y de la moral. La llamada “fundamentación” del derecho en la religión y en la moral se trueca en esa sospechosa “alianza” entre la fe, la conciencia y el poder. Con el tiempo aparecen en los individuos y en los pueblos sólo una moralidad y religiosidad “externas”. En esa delegación de funciones se advierte bien tarde que el derecho va a responder sólo del modo como él lo sabe hacer: mediante ese indelegable carácter de la ley que es la “coacción”. El juridicismo o legalismo es una forma de vida humana que consiste en que la gente es moral y es religiosa “porque” y “en la exacta medida” en que hay en vigencia normas morales y religiosas que prescriben determinadas conductas como debidas y sancionan las conductas contrarias. Si esas normas perdiesen fuerza o dejasen de existir uno no sería ni tan moral ni tan religioso o dejaría de serlo en absoluto. Para ilustrar esto con un tema en álgido debate entre nosotros: el divorcio vincular —y del que nos vamos a ocupar en este simposio. Pienso que mucha gente no se divorcia no por fidelidad a una firme convicción religioso-moral, sino porque hasta ahora no ha habido una ley que lo permita. De ahí también el justificado temor de algunos de que la nueva ley discutida aún en el Parlamento que “posibilite” la disolución del vínculo matrimonial traiga un resquebrajamiento de las costumbres en Argentina...!

Estas y otras razones nos mueven a no confundir sino a distinguir “religión”, “moral” y “derecho”. Sobre la base de esta distinción se podrán luego establecer las relaciones entre estos tres campos. Proponemos la siguiente tesis: religión, moral y derecho (estos tres órdenes se los conoce también en nuestro ámbito occidental con los términos de “gracia”, “conciencia” y “ley” o “amor”, “justicia” y “derecho”) no son tres órdenes dentro de un mismo orden —orden de la praxis o con-

ducta humana—, sino tres órdenes diferentes. Si se pregunta qué tipo de diferencia es esa, respondemos que el orden de la religión (nos referimos aquí a la religión judeo-cristiana) se distingue “esencialmente” de los otros dos, y que moral y derecho difieren “cualitativamente” entre sí. Cuando hablamos de diferencia “esencial” o “cualitativa” entre dos cosas nos referimos siempre a una diferencia de “forma” o en cuanto a la forma. La forma específica o cualifica, según el caso, a una materia u objeto, haciéndolo ingresar a un mundo o esfera de la realidad esencialmente distinto de otro o relativamente distinto, al cual también podría ingresar, pero siempre que cambie la forma. Se entiende que la diferencia esencial es más “fuerte” que la cualitativa. Sin embargo, tanto donde hay diferencia esencial como cualitativa hay distinción en el sentido de “otredad”: esta cosa es “otra” con respecto a aquella y no un mero múltiplo dentro de una serie de cosas iguales en especie. Pongamos un ejemplo: el acto del samaritano de la parábola por el que prestó ayuda a aquel herido no es un acto de justicia, esto es, un acto “moral”; tampoco un acto de la esfera del “derecho”, sino una conducta propiamente “religiosa”, es un acto de caridad. Aun cuando el quantum de ayuda coincidiese con lo que en justicia se le hubiere debido, según su condición de hombre desvalido, o con lo que la ley pudiese estipular, si fuese otro el caso, como por ejemplo en las relaciones de trabajo, el acto del samaritano es de fraterna caridad, porque está revestido de una “forma” particular. A esa forma alude el texto sagrado cuando dice que el samaritano tuvo “misericordia” del herido y que el misericordioso es justamente el “prójimo” porque se aproxima o se acerca a los demás.

La materia del acto puede ser la misma; sin embargo, el acto va a diferir según la forma que lo reviste. Religión, moral y derecho coinciden precisamente por la materia o el objeto, pero se distinguen por la forma. Los tres órdenes tienen un objeto común: lo debido a otro (por cierto, el objeto de la moral es más amplio, pero aquí sólo nos interesa el campo moral restringido de la justicia), pero lo debido a otro no es atendido o visto —no es obrado— en religión, moral y derecho de la misma manera. Cuando se afirma que la ley no debe mandar “lo que” no se debe mandar, es decir, que la ley debe prescribir sólo lo moralmente bueno o que la ley no puede estar en contra de la moral (si así lo hiciese la ley sería injusta), se está razonando correctamente, pero hasta ahora sólo se tiene en cuenta la coincidencia (así debe ser aun cuando de hecho muchas veces no ocurra) entre moral y derecho por el lado de la materia. A la postura “moralista” le interesa destacar esa coincidencia. El representante de la moral reclama del derecho que éste no se aparte de lo moralmente bueno, que la ley sea el

guardián de las buenas costumbres y que reprima a aquellos que atentan contra ellas. Pero la insistencia en la coincidencia por el lado de la materia hace, a la vez, que se descuide la diferencia entre la moral y el derecho en cuanto a la "forma". Lo distintivo del derecho por respecto a la moral no está en repetir la tabla de las acciones buenas y de los pecados (si así fuese, el derecho sería una reduplicación superflua de la moral; el hombre se olvida o quiere olvidarse del bien por otras causas y no porque la ley positiva no se lo recuerde en un momento histórico determinado), sino en obligar al deudor a que obre —ni más ni menos— lo debido a otro, aun cuando no lo quiera hacer, es decir, sin la concurrencia de su "ánimo", sin la buena voluntad de dar al acreedor lo que le pertenece. El derecho existe históricamente —y así se justifica su función al lado de la moral— no para recordar y sancionar cosas que el hombre sabe bien por otros conductos, sino a partir de un hecho fundamental], que es que eso que el hombre sabe no lo cumple efectivamente en su conducta. De este modo atiende a lo debido a otro el derecho: está claro que al derecho le interesa el contenido o la materia de los actos, pero ve a lo debido en cuanto no obrado de buen ánimo por el agente y, por tanto, necesitado de un cumplimiento coactivo por el poder público. La moral acude al derecho para que sea su custodio; papel que puede desempeñar el derecho con solvencia y, diríamos, gran espontaneidad, dejándose llevar por su propia naturaleza, porque el derecho asocia a las buenas razones la fuerza. Pero en ese papel de guardián de la moral el derecho se infla y debe asumir responsabilidades que no le competen. Esto se advierte en la expectativa que provoca, por lo general, la gestación de leyes que regulan materias en las que están en juego derechos y deberes fundamentales del hombre o actos de administración de justicia también de esta esfera. Es tanto lo que se espera del legislador o del juez que pareciera que en el parto de la ley o de la sentencia le fuese la vida... Por otra parte, la experiencia muestra que cuando se alza la voz pidiendo que el derecho sea exigente y no permisivo, es porque las buenas costumbres ya hace tiempo están debilitadas y no, por cierto, por culpa del derecho sino por otras causas.

La diferencia —ya esencial, ya cualitativa— entre el orden de la religión, de la moral y del derecho, la cual se determina, como se ha dicho, en atención a la forma, también se llama diferencia "subjetiva" o por el lado del "sujeto". La forma o el modo como se obra lo debido corre por cuenta del sujeto. Religión, moral y derecho coinciden objetivamente o en cuanto al objeto, pero se distinguen subjetivamente. En nuestras discusiones se presta atención casi exclusivamente al aspecto objetivo y se descuida el subjetivo. La determinación de parte del su-

jeto del modo como ejerce su conducta es tan importante que ese modo o forma “transforma” la materia del acto y lo “debido” se convierte en algo “gracioso”, es decir, ya no hay más lo justo o lo meritorio, sino algo donado gratuitamente —libremente— por un sujeto a otro. Este es el caso precisamente de la religión. Estos actos libres en los que el sujeto no se sujeta para obrar a algo justo objetivo —la debido en justicia a otro— instauran el orden de la religión o de la gracia. En el sujeto se debe distinguir el sujeto autor y el sujeto receptor. Tanto el sujeto autor como el receptor en la religión y en la moral no es un sujeto “humano” o “sólo humano”, es un sujeto “divino”: el autor de la religión es el Dios de la Gracia y el receptor el que tiene fe en El, esto es, el creyente. El autor de la moral es el Dios creador y el receptor es —con el lenguaje de los filósofos— lo divino en nosotros o el hombre noumenal —la conciencia (moral). Sólo el orden del derecho discurre con el territorio de lo “sólo humano”: el autor del derecho es el legislador positivo y el receptor es ese hombre que somos cada uno de nosotros —olvidadizo, negligente, ignorante, díscolo, etc. — que precisa, para obrar la justicia, del auxilio y la coacción de la sociedad, porque de buena gana y por las propias fuerzas no es capaz de cumplir con el deber. El orden del derecho es un asunto “humano”, “demasiado humano”, de competencia del hombre, que no viene a sancionar, ni completar, ni corregir la obra de Dios, sino a “remediar” —con equivalencias, reemplazos, penalidades, etc. (la justicia que imparten los hombres!) el “fracaso” de esa obra en nosotros. El sujeto humano que aparece distintamente en los tres órdenes es lo que en las tipologías axiológicas se llama el hombre religioso, el hombre moral y el hombre jurídico (el sujeto de derecho).

La S. Escritura nos ofrece ejemplos de los tres órdenes, sobre todo del orden religioso y de un derecho muy unido con la religión. De lo que menos habla la Escritura es de la moral. La Biblia no es un tratado de ética, como lo son por ejemplo la *Ética* a Nicómaco o la *Política* de Aristóteles, que en la tradición ética occidental pueden considerarse como modelo de lo que es la vida moral del hombre, y de lo que luego vino en llamarse “moral natural” o “derecho natural”. Para nuestro propósito de distinguir religión, moral y derecho es importante recordar que la ética griega no conoce nada de eso que constituye la sustancia del contenido de los textos sagrados: los tres tiempos o épocas de la historia humana —época de la creación, de la caída o pecado y de la redención o salvación. El “equivalente” del “orden moral” en la S. Escritura sería la época de la creación, de la que relata el Libro del Génesis en sus dos primeros capítulos. Allí nos enteramos de cuál es la naturaleza del hombre, esto es, cuál es la “dotación” con la que el

Creador lo puso en la existencia. En el plan de Dios el hombre aparece como una “joyita”. La ética griega refiere cómo esta joyita es capaz de desarrollar sus potencialidades naturales y alcanzar una estatura “más que humana”, porque con el ejercicio de la virtud el hombre se hace semejante a Dios —se diviniza— en cuanto saca a luz “la parte mejor de su ser”, lo divino en él, esto es, el nous o el espíritu. Por cierto, este grado de perfección del hombre no se alcanza fácilmente ni es una cuestión del común de la gente. El camino de la virtud (el esfuerzo moral) es una senda estrecha y transitada por muy pocos. Con todo, hay en la ética antigua un “optimismo” moral básico. (Este optimismo alienta en las diferentes formas de “jusnaturalismo” hasta hoy y caracteriza a la postura “moralista”, quizás con este matiz: se cree que la perfección moral está al alcance de muchas más personas y de que el esfuerzo para ser virtuoso no es tan grande como lo pensaron los viejos filósofos; esto es, se trata de un optimismo más optimista). El panorama que nos presenta la S. Escritura es toto coelo diferente: el orden de la creación o moral se quiebra bien pronto porque el hombre “desde el vamos” manifiesta su lado flaco: es un infiel, esto es, no sabe guardar la palabra, el mandamiento de Dios y es un soberbio, esto es, no sabe ocupar su puesto, quiere ser como Dios. El quebrantamiento del hombre —origen de todas sus maldades— pone en descubierto la miseria del corazón humano. El hombre es fundamentalmente injusto: no le da ni a Dios ni al semejante lo debido, lo suyo. No glorifica a Dios, no lo reverencia, no confía en Él; roba y mata a su prójimo. La S. Escritura no enumera las “virtudes”, sino los vicios y pecados del hombre. El segundo pecado del que habla la Biblia es el fratricidio por envidia, pero la lista es interminable, los hombres son idólatras, amantes del dinero, ladrones, mentirosos, etc.

La falencia “moral” del hombre, esto es, la caída —por cierto, libre— del orden primitivo encuentra “remedio” en la religión y el derecho. El orden de la religión o de la gracia es instaurado por el Dios “misericordioso”, que casi se arrepiente de haber creado al hombre, peí o que al fin no lo destruye, sino lo ve con buen ojo, lo ama “a pesar” de ser digno de desprecio y de castigo. El orden de la gracia discurre según una lógica al revés, pues Dios no es vengativo, no devuelve mal por mal. Con esto demuestra Dios que es capaz de hacer posible lo imposible. El Dios de la gracia es el Dios de Abraham, de Isaac, de Jacob y que, en definitiva se revela en Cristo. Para este Dios nada es imposible. Si en el orden moral el hombre debía ser imagen y semejanza de Dios, ahora en el orden de la religión Dios se muestra como la contra-imagen del hombre, como lo que el hombre, en absoluto, no es: el

que promete y cumple sus promesas, el amante generoso, fiel y humilde hasta le muerte.

El orden jurídico aparece en Israel insertado en el orden de la religión; se podría decir que es un momento de este orden, una instancia “mediadora” puesta entre el hombre pecador y el Dios salvador. La legislación —comenzando con los mandamientos fundamentales de las tablas mosaicas— no es la codificación de un presunto orden natural o derecho natural, cuyo cumplimiento haría al hombre “bueno”, sino la “denuncia” de la maldad del hombre. Los mandamientos no son expresión de la buena conciencia, sino de la mala conciencia. Cada uno de los mandamientos manda lo que el hombre no hace, está suponiendo pues la acción contraria de la que manda, y el eran papel que históricamente jugó aquella legislación del desierto fue la de convencer a ese pueblo de dura cerviz de que era malo, que no podía cumplir con la ley y de que le era dado alcanzar la justificación sólo con el perdón y la ayuda de Dios. Por cierto, en el derecho judío también había “sanciones” anejas al incumplimiento de las prescripciones legales. Pero la intención del Dios legislador —el Dios de Moisés— cuando proclamó la ley no fue la de anunciar el castigo que sobrevendría a su violación. Dios celebra una alianza con su pueblo: “si el pueblo guarda fielmente los mandamientos, yo estaré con él, yo también le seré fiel, dice el Señor Dios”, y la promesa se cumple, aun cuando las condiciones del pacto no se dieron en la realidad...

Estas cortas referencias apuntan a poner en claro que religión, moral y derecho se articulan de muchas formas menos de ese modo según el que serían tres “partes” de un mismo orden, estando una parte “fundada” en la otra y donde se podrían “deducir” las partes subordinadas de la parte superior. Generalmente razonamos así, pero creo que hay un grave error en esos razonamientos, porque no se respetan las “funciones” que religión, moral y derecho han tenido a partir de su concreto origen histórico. Se tiene en la mente la idea de una “moral religiosa” que habría sido el paradigma de la moralidad y el derecho de los pueblos cristianizados del Occidente. Nos ocuparemos en este simposio del tema del divorcio vincular. Se pueden muy bien contrastar nuestros actuales razonamientos en temas de moral y derecho con los de Cristo. Los defensores de la indisolubilidad del matrimonio acuden al conocido pasaje (Marcos, X 2-12) para que se recuerde la posición de Cristo al respecto. El planteo que se le hace es estrictamente “jurídico”: si es lícito que el marido repudie a su mujer. Esto ya estaba previsto en la legislación mosaica. Cristo no responde haciendo un silogismo deductivo, a partir de una idea del matrimonio. Su respuesta está matizada,

es la palabra no del Dios creador, ni del Dios legislador, sino del Dios sanador. Cristo distingue justamente los tres órdenes: “en el principio no fue así; Dios creó al hombre como varón y mujer y los unió de tal modo que formaron una sola carne” (ese orden natural duró bien poco: como lo señala agudamente R. Guardini, Adán se “divorció” de la mujer ya en la primera ocasión que se le presentó, cuando no asumió la responsabilidad de su falta, sino le pasó la responsabilidad a su compañera —para defenderse, es decir, dejó sola a la mujer, no se puso a su lado, le fue infiel). Lo de que Moisés permitió el repudio de la mujer “en vista de la dureza de vuestro corazón” no está dicho para señalar que hubo de parte de Moisés un aflojamiento del derecho dadas las “circunstancias históricas”, por lo que Cristo se habría decidido —como reformador moral— a restaurar el orden antiguo, que plantea con gran dureza exigencias sin apelación alguna. El recuerdo de la permisión mosaica estuvo dirigido a poner en entredicho la soberbia de los fariseos. Por ello, el “no separe, pues, el hombre lo que Dios ha unido” no es la restauración del llamado orden natural de la creación: es un mandamiento que tiene el mismo carácter del “no matar”: allí está puesto ante la vista del hombre para convencerle de que es infiel y de que sólo podrá mantener la palabra empeñada con el auxilio divino. La fidelidad no es una virtud “natural”, sino una virtud religiosa. La fidelidad, si fue una virtud natural en el plan divino de creación del hombre, demostró en los hechos estar más allá de la condición humana. Sólo Dios es fiel. La infidelidad conyugal es una de las variantes de la fundamental infidelidad del hombre, origen de todas las insolidaridades para con Dios y para con el prójimo.

Me propongo sacar de lo expuesto algunas conclusiones:

1) De los tres órdenes, el más “antiguo” es el orden moral. El orden religioso y el jurídico vinieron después para “remediar” las falencias del orden moral. Creo que es importante recuperar el viejo sentido de estas palabras, esto de que la religión y el derecho vienen como “remedio” o “en subsidio” de las debilidades humanas. Religión y derecho son un nuevo haber, algo positivo en relación con un déficit anterior, con algo negativo. No habría habido Gracia —Redención— sin pecado, como no habría habido derecho sin injusticia.

2) Si ponemos el orden moral en el medio, la religión aparece a la derecha y el orden jurídico a la izquierda; sin embargo, no en el mismo sentido. La religión es un “plus” más allá de la moral (se necesita ser un Dios para perdonar). El derecho es un “minus” —más acá de la moral. Esto significa que no hay derecho para premiar a los justos, para hacer a los hombres buenos y a los buenos mejores, sino

para evitar que haya más malos, para evitar que la injusticia se expanda, castigando a los malos y saliendo en socorro de los que quisieran ser buenos, pero que “no pueden” obrar la justicia porque las circunstancias familiares, sociales, económicas, políticas, etc., no les han sido propicias.

3) El derecho —que lo distinguimos así de la justicia (orden moral) — aparece cumpliendo una función mucho más humilde; se trata de una función de “servicio”. El derecho no se debe arrogar ser más moral que Dios mismo. En vez de moralizar (la moral se mama) el derecho viene a solucionar conflictos, a proteger a los desvalidos, a defender a los débiles, a paliar situaciones indeseadas, a promover a los más rezagados en la lucha por la vida, a hacer menos dolorosas heridas incurables. El derecho en función de servicio es la justicia que imparten los hombres a sus semejantes. En este sentido recordamos una distinción importante en la doctrina clásica, entre lo justo “moral” y lo justo “jurídico”, es decir, lo justo “del derecho”. Ambos son objeto de la justicia, pero en el primer caso de la justicia como virtud y en el segundo, de la justicia en tanto “orden” social, orden de la convivencia. Lo justo del derecho es ese posible ajuste, esa paz, esa concordia ciudadana que aún se puede establecer cuando los hombres, de una u otra manera, ya han obrado la injusticia. Pero entre lo justo del derecho y lo justo moral hay siempre una desproporción: el derecho es un “paliativo”, un “sucedáneo” y, así, un “signo” para perpetua memoria de un bien perdido. Es cierto, ese orden que posibilita el derecho es un ajuste “externo” entre los hombres, que tapa a veces profundos desajustes interiores; pero a ese orden están “condenados” los hombres como el castigo al desorden de su corazón. Este, al fin, es el sentido del “remedio”; el remedio, mientras más amargo, más cura; y, como ya señalaba Aristóteles, en su *Ética*, el castigo debe aplicarse donde más duele.

4) Tanto la religión como el derecho lo convencen al hombre de que no es naturalmente bueno, es decir, de que no alcanzaría la justicia sin la Gracia de Dios y sin que el derecho lo obligue. No sostenemos ningún optimismo moral o postura moralista. En este contexto ponemos en entredicho la doctrina del derecho natural, que “deduce” el derecho, de la moral, ya nombre esa deducción con los conocidos términos de “fundamentación” o de “participación”. La deducción del derecho positivo de la moral acierta sólo en la mitad de la cuestión de las relaciones entre moral y derecho. En temas controvertidos como los que se han elegido para la discusión en este simposio, por ej. si es lícito el aborto, la eutanasia, la fecundación extra-corporal, yo me sien-

to sobre seguro si parto del supremo principio del respeto o intangibilidad de la vida y de la muerte, y deduzco la ilicitud de determinadas conductas que pongan en peligro la vida, la disminuyan, la instrumentalicen, etc. Según indicamos, la deducción discurre en el plano de la “materia” u “objeto” del acto en cuestión, pero falta por ver la “forma” o el modo (subjetivo) que va a revestir la conducta del agente. La forma es indeducible o imprevisible. Es cierto, el derecho positivo prevé también conductas y lo hace con una tal precisión y concreción como no las ofrecen los principios universales del derecho natural. Así el derecho cumple una función “ejemplarizadora” (conformadora) de la vida social, en cuanto traza delante de los ciudadanos modelos de conducta, es decir, el derecho prescribe lo que se debe hacer; también el derecho deduce las sanciones ajenas a las conductas contrarias a lo debido en cada caso. Todo esto es previsible; pero lo que no se puede prever es si el agente va a obrar y el modo como va a obrar. El derecho tiene que hacerse cargo del problema “práctico” fundamental (que no sólo afecta al campo de las conductas en relación de alteridad), de que los hombres saben lo que se debe hacer, quieren eso, pero, en definitiva, omiten lo que quieren o hacen lo contrario de lo que deberían hacer. No hay un pasaje “lógico” de la teoría a la praxis (del “dicho” al “hecho”). La experiencia de la vida testifica que los hombres, muchos hombres, y en muchas partes del mundo, y en todas las épocas, y en circunstancias parecidas obran lo contrario de lo que deberían hacer. El legislador positivo tiene en cuenta esto y las leyes se dictan en previsión de estos casos normales, generales. Hay en el Occidente, digamos, dos tradiciones en el modo como se piensa en moral, política, derecho, etc.: una que arranca de Grecia, más precisamente, del platonismo; es la tradición jusnaturalista, intelectualista, deductivista, objetivista, que habla de la relación entre el orden humano positivo y el orden natural en términos de participación y entiende la praxis como una prolongación de la teoría, esto es, resuelve el problema moral como una cuestión de déficit de ciencia, de “ilustración” —el pecador peca por ignorancia. La otra tradición es de base religiosa, bíblica, que presta atención no sólo a lo que los hombres hacen, sino a la forma como obran (la intención), no deduce la praxis de la teoría, sino tiene un sentido para el hecho de la “falta de lógica” de los hombres, esto es, de que obran mal aun sabiendo de que obran mal. Esta tradición no es tan optimista e insiste más en la labilidad o falibilidad de la condición humana. En esta línea el derecho aparece bajo una luz característica: no es un mero apéndice de la moral, y más exigente que la misma moral. El derecho aquí es más parecido a la religión, cumple la función de médico, del curador: remedia situaciones, obra “en subsidio de”; descarga todo el peso de la ley sobre quien se lo merece, pero, a la vez, es el “abo-

gado de las viudas y de los pobres”, como se decía antiguamente. La tradición jusnaturalista sale por sus fueros muchas veces practicando un “deslinde” entre la moral y la religión; y entonces razona “como si” la experiencia no atestiguase la injusticia, la maldad originaria del hombre y “como si” la Redención no hubiese ocurrido ya. Creo que es oportuno revitalizar la tradición “religiosa” del derecho, entre otras cosas porque este es el carácter que otra vez está asumiendo el derecho en nuestros pueblos, lo que se llama hoy el derecho en su sesgo “social”. En una época en que cada vez son menos los que creen que tienen la razón y que los malos son los demás, el fin del derecho no quiere ser la “justicia”, es un fin que está más acá: proteger los bienes de todos, pacificar, conciliar voluntades, solidarizar, dar oportunidades al mayor número de hombres, promover a los individuos y grupos intermedios, etc.

5) Abandonamos el lenguaje de la “participación”, tan caro a los filósofos. Este es un mal término, que ya fue cuestionado por Aristóteles en su crítica al Platonismo, y que ha sido y lo sigue siendo origen de peligrosos errores de óptica. Al hablar de participación no se puede evitar pensar, por un lado, que el que participa es igual que aquello de lo que participa, pero, por otro, que difiere de él en cuanto, de alguna manera, tiene en forma menguada lo que el otro posee en plenitud. Surge así la pregunta de a cuento de qué existe lo participado si ya hay algo pleno y perfecto. En la lógica de la participación se tiene una visión como en cascada, desde un arriba o grado supremo hasta un abajo o grado ínfimo, pasando por grados intermedios. El grado segundo ya es una caída, déficit, pérdida, etc., del primero. Es una lógica aparentemente dinámica; más bien la inhibe, desde el punto de partida, el temor del descenso y sueña —de allí el peligroso error de óptica— con lo perfecto, puro, incontaminado, etc. En vez de participación pensamos con la lógica de la “mediación”: no decimos que el derecho “participa” de la moral o de un ideal de justicia o que el derecho “realiza” la justicia, etc. El derecho es un “medio” para que haya justicia en este mundo. El derecho es un “mediador” entre Dios y el hombre, entre el orden natural y la sociedad. El mediador acerca, conciba extremos separados. Para el que debe ser mediado la necesidad de un mediador es una oportunidad para que baje la cabeza y para el mediador el tomar cuenta de su condición de “servidor” de otros. En la religión también se piensa con la lógica de la mediación: al primero de todos no le repugna ser el último.