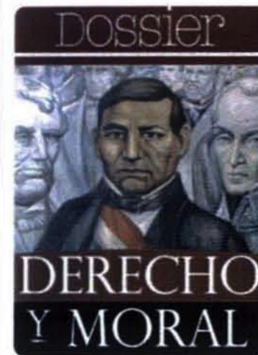


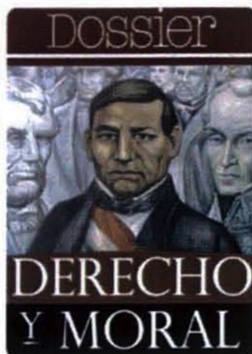
Moral y derecho: relaciones problemáticas

Adrián Rentería Díaz*

El derecho constituye, sin lugar a dudas, uno de los principales artificios, si no el principal, mediante el cual los individuos dan forma a sus relaciones sociales, a sus interacciones personales, en un clima más o menos sereno, más o menos seguro. Las normas jurídicas que conforman el derecho no son, ni con mucho, las únicas instancias que tratan de guiar el comportamiento de las personas: junto con ellas existen además, y en un modo que en ocasiones resulta arduo reconocer sus diferencias, normas de carácter moral y normas de carácter social. La diferencia que corre entre estos tres tipos de normas, sostiene algunos, es que las normas jurídicas son positivas, es decir, puestas, emanadas por un órgano del aparato estatal que en el curso de la historia humana ha monopolizado esta función, mientras que no existe algo semejante ni en la moral ni en las normas sociales. Por otro lado, en el derecho, del cual forman parte las normas jurídicas, la sanción como respuesta a un acto ilícito está regulada expresamente en cuanto a su entidad, cualitativa y cuantitativa, y en cuanto al órgano que tiene la potestad de conminarla; mientras que este carácter, es claro, no está presente en los otros dos tipos de normas. De aquí, en consecuencia, la importancia fundamental del derecho como fenómeno, o sistema normativo, precisamente porque su función



*Doctor en filosofía analítica y teoría general del derecho. Académico de la Universidad de la Insubria (sede de Como), Italia.



no consiste sólo una descripción neutral de la realidad humana, sino más bien en la indicación, en términos generales, de cómo debe ser tal realidad. Sin que tal preminencia del derecho, obviamente, determine un menoscabo de la función, igualmente normativa, que realizan la moral y las normas sociales como conjuntos de reglas de comportamiento. Y de aquí, además, la necesidad de verificar hasta qué punto, si es que se puede, el derecho y sus normas son diferentes de los otros dos tipos de normas, según lo que se ha dicho.

A la concepción del derecho que considera éste como un conjunto de normas emanadas por una voluntad humana que se manifiesta a través del aparato del Estado se le suele llamar iuspositivismo (o positivismo jurídico). Se trata, a todas luces, de una idea monista del derecho, pues, se dice, el único derecho es el derecho producido, el derecho positivo, *puesto* por el Estado. A tal idea monista se opone, por otro lado, una tesis dualista: quienes se adhieren a ella consideran que existen dos órdenes de derechos. Por un lado el derecho positivo y, por el otro, en una posición sobrepuesta, el derecho natural, o sea, un conjunto de directivas y prescripciones eternas e inmutables, válidas hoy y siempre, aquí y allá, que no proceden de ninguna voluntad estatal, sino que son innatas en la naturaleza humana, inscritas en las leyes del universo, y se nos revelan a través de la razón humana o bien mediante la fe. En el dualismo que así se configura, sostienen sus seguidores, el *verdadero* derecho es el derecho natural, y a sus prescripciones el derecho positivo tiene que conformarse para ser *verdadero, digno de ser considerado*: si no es así el derecho estatal no consiste en un conjunto de normas que vale como instrumento para regular la

conducta humana, pues no es un *derecho justo*.

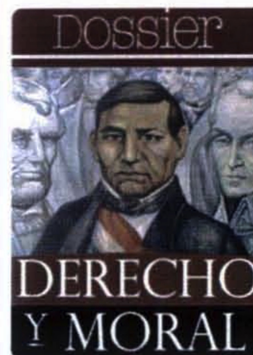
Más allá de la posición que se puede tomar frente a este dualismo, en alguna de sus diferentes variaciones, lo más importante es subrayar el hecho de que las relaciones entre derecho positivo y derecho natural, es decir entre derecho y moral, son más problemáticas de lo que se pudiera pensar. Sin duda en el "acta de nacimiento" del derecho, es decir en el tránsito de una agrupación social caótica, sin reglas, hacia una sociedad incipientemente jurídica, regida por normas, la moral ha jugado un papel de importancia capital. Podemos decir, en efecto, que desde sus orígenes el derecho se "alimenta" de la moral, en el sentido de que algunas normas jurídicas, aquellas que constituyen el núcleo central de la convivencia humana, se remontan a la moral, como, por ejemplo, la prohibición de quitarle la vida a otro ser humano. La norma jurídica que prohíbe el homicidio, sin duda, además de su valor jurídico *vale también* como norma moral, pues la adhesión que en términos generales obtiene (que no se respete siempre tal prescripción es otra cosa, grave cuanto se quiera pero que por ahora nos interesa sólo de manera marginal) y que probablemente depende

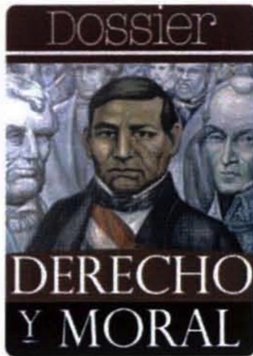
en buena medida de razones morales: aunque, claro, también de razones jurídicas como el temor a la sanción.

Esta sobreposición entre derecho y moral, que podemos notar en lo que se ha dicho en relación a los orígenes del derecho, en realidad es mucho más evidente si concentramos nuestra atención en los hechos empíricos concretos. En efecto, la "unión" entre derecho y moral, aunque es evidente cuando pensamos al "nacimiento" del derecho como estructura normativa, es más fácil de captar si se analizan detalladamente problemas específicos que en determinadas circunstancias el aparato jurídico tiene que afrontar. Por ejemplo, estas controvertidas relaciones aparecen en toda su evidencia en el terreno de la bioética, es decir, en el "resbaloso" terreno de las aplicaciones técnico-científicas en el campo de la salud (o de la enfermedad) humana. En el ámbito de la bioética, en efecto, o sea, cuando a los individuos se les llama a tomar decisiones en las que están involucrados de modo indiscutible valores morales fundamentales, las relaciones entre el derecho y la moral se muestran ante nosotros con toda su carga problemática y hasta dramática. Cuando se tienen que tomar decisiones acerca

de un aborto o de un enfermo terminal, para evidenciar tan solo algunos de los grandes temas de la bioética, la interrogante medular tiene que ver con los principios que fundan tales decisiones pero, sobretodo, con el sujeto a quien le corresponde decir la última palabra.

El problema nace ya que al derecho, como sistema normativo, se le solicita para que califique jurídicamente una situación de ese tipo mediante una norma jurídica (o un conjunto de normas). En el caso del aborto por ejemplo, el derecho puede intervenir, y de hecho lo hace en muchos países (y en México así lo disciplina el Código Penal del Distrito Federal), para establecer que en determinadas circunstancias la mujer puede libremente decidir si abortar o no, y que, en caso positivo, el Estado tiene el deber de garantizarle los servicios médicos necesarios para que el aborto se le practique de la forma más segura e higiénica posible, de modo que su salud no corra riesgos. Con las reformas que permiten esto la Asamblea Legislativa del Distrito Federal ha tomado una posición neta acerca del aborto, para permitirlo bajo ciertas condiciones, colocándose así en una vertiente diferente con respecto a las sociedades donde el aborto se prohíbe terminantemente. Un ejemplo de estas últimas posturas es la que asumieron las jerarquías católicas y un número impreciso de creyentes, en el periodo en el cual se discutía acerca de la reforma en el Distrito Federal, oponiéndose a ella de manera decidida. El conflicto entre ambas posturas fue áspero y alcanzó niveles bastante pesados de violencia verbal, debido precisamente a que la disciplina jurídica que se pensaba introducir (y que se introdujo finalmente) involucraba de modo directo las diferentes maneras de pensar acerca de las relaciones entre el derecho y la moral, entre





lo que es ley (legal o ilegal) y lo que es pecado (o inmoral).

Interrumpir o no un embarazo, no creo que exista la menor duda, constituye una *opción trágica*, una alternativa terrible, en el sentido de que ambas decisiones, abortar o no hacerlo, ponen en juego algunos de los valores morales últimos de la persona involucrada, sus principios más profundos, ligados a su concepción del mundo, de la vida y de la muerte. Cualquier decisión que se tome en esas circunstancias, más allá de los valores en los que se pueda fundar, conlleva consecuencias tales que, sin duda, el modo con el cual el derecho discipline este acto influye decididamente en la vida de las personas. Es por eso que liberalizar el aborto, o permitir la eutanasia, configuran un momento tópico de la esfera de la política, un momento del que derivan decisiones trágicas cualquiera que sea la opción que el individuo tome. Si una mujer decide abortar, probablemente en su conciencia pesará para siempre el no haber permitido el desarrollo de una vida humana, con el consiguiente remordimiento; mientras que si decide no hacerlo estará destinada a convivir con un hijo no deseado, concebido en circunstancias en las que ella no preveía el embarazo.

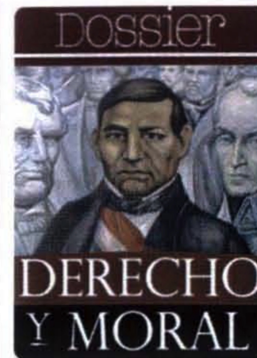
¿Cuál es la mejor decisión? La ilusión de considerar de modo objetivo una decisión u otra cae de inmediato, apenas nos damos cuenta de que se trata, como ya se ha dicho, de una *opción trágica*, una encrucijada dramática en la que la mujer se encuentra sin poder valorar *a priori* las consecuencias tanto de una como de otra decisión. No hay, desde la perspectiva *individual* de la mujer, una decisión mejor que otra, pues en ambos casos se trata de opciones tomadas en situaciones de extremado sufrimiento moral. Si desde esta perspectiva no

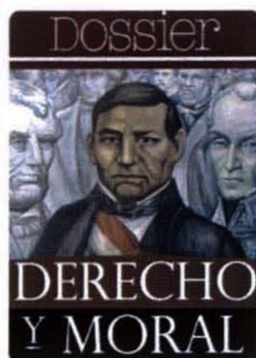
existe una decisión mejor que otra, pudiera ser que desde la jurídica la haya, o sea, desde una perspectiva *pública*. Lo anterior significa preguntarse si el modo en el que el derecho, mediante una decisión política con la cual se le llama a disciplinar el aborto, puede representar una opción válida como para atribuirle el valor de "mejor", de "superior". Bien, por un lado, la decisión jurídico-política puede consistir en una prohibición, es decir, considerando el aborto ilegítimo en cualquier caso y en cualquier circunstancia, y estableciendo que si la conducta de las personas no se adecua a la prescripción se les debe punir con la coacción. Hay varias razones, todas válidas, para rechazar esta opción de regular el aborto como la mejor. Entre ellas la más clara es que la historia demuestra que prohibir el aborto nunca ha tenido como consecuencia que las mujeres no aborten: lo único que se ha logrado con la prohibición es el recurso al aborto clandestino, con innumerables riesgos para la salud de las mujeres. No hay nada de raro en que sea así, pues por definición el derecho consiste, en última instancia, en un conjunto de prescripciones que no necesariamente encuentran la adhesión de los individuos, en cualquier

esfera del comportamiento humano, o sea, prescripciones que son susceptibles de ser desobedecidas. Por otro lado, la decisión puede consistir en una obligación, es decir, mediante la consideración del aborto como una conducta que se debe tener por parte de las mujeres. En abstracto, no se puede excluir que un sistema jurídico obligue a las mujeres a interrumpir un embarazo, previendo una sanción si no lo hacen. Ello puede suceder en determinadas condiciones, cuando, por ejemplo, un Estado desea que sus habitantes posean determinadas características físicas, usando el aborto como medida de selección. O bien, como en el caso de la "Ley eugenética y de protección de la salud", en vigor desde 1979 en China, con la cual se ha tratado de impedir un crecimiento demográfico excesivo y que ha determinado la bien conocida *política del hijo único*: solamente a las familias rurales y algunas minorías se les permitía tener dos hijos, bajo la condición de que el primero fuese niño. Es fácil evidenciar, creo, que la política del hijo único se ha traducido en una especie de obligación de abortar, en algunas circunstancias. Y si la prohibición de abortar, como se ha visto, evidencia con claridad sus puntos oscuros, lo mismo sucede

con la obligación de abortar, resultando así que no se trata de una decisión mejor, por los desequilibrios que crea y también porque pone a las personas en condiciones de no acatar la ley. Finalmente, la última modalidad con la cual se puede intervenir mediante una decisión política de frente al aborto consiste, renunciando a su caracterización de acto obligatorio y de acto prohibido, en regularlo atribuyendo a las mujeres el permiso de abortar en determinadas condiciones. Se trata de un permiso tanto positivo como negativo, pues la permisión se articula en dos vertientes: un *permiso positivo* mediante el cual las mujeres pueden abortar y un *permiso negativo* mediante el cual las mujeres pueden no abortar. En síntesis: las mujeres pueden libremente tomar su decisión, de abortar o no, sin sufrir la injerencia ni de otras personas ni de la esfera de la política.

Regular el aborto mediante el permiso, positivo y negativo, es, en mi parecer y de cuanto se ha visto, la salida más factible para una situación de enorme complejidad, que involucra los modos más íntimos de considerar la vida por parte de las personas. Dejando de lado la perspectiva estrechamente individualista, porque en sí mismas ni la decisión de abortar ni la de no abortar poseen caracteres que las conviertan en *mejores* respecto a la otra, y abandonando además la perspectiva de la intervención pública mediante la prohibición y/o la obligación, la opción más viable, que no la mejor, es la permisión, tanto de no abortar como de abortar. En efecto, tan estrechas son las relaciones entre derecho y moral, es decir, tanto está el derecho "lleno" de moralidad, que paradójicamente en algunas situaciones la mejor forma de intervención jurídica para regularlas es dar un paso hacia atrás, es decir, calificar jurídicamente la realidad





sin dar ningún juicio moral *estatal*, es decir *público*, sobre ella, dejando que sea la moralidad *individual, privada*, de las personas la que entre en juego para decidir las cuestiones moralmente controvertidas. Dar un paso hacia atrás no significa otra cosa sino que el derecho, como instrumento de la esfera pública para regular la conducta individual en la vida social, se abstenga de enjuiciar moralmente aspectos como el aborto, para dejar que el juicio moral lo asuma el individuo que se encuentra en la encrucijada moral.

La paradoja mencionada, que consiste en el auspicio de no regular mediante juicios morales, vestidos con un ropaje jurídico, aspectos de la realidad plenos de moralidad, se evidencia con toda su crudeza precisamente por el hecho de que a medida que la moral, cualquier moral, y el derecho se intersectan estrechamente en determinadas encrucijadas de la vida humana, más se hace necesario atribuir un mayor espacio al libre y responsable juego de la moral individual. Tal paradoja, en realidad, es sólo aparente pues, ¿quién mejor que el individuo mismo puede valorar las opciones que se le presentan y tomar la decisión que considera más adecuada dadas las condiciones en las que se encuentra? A final de cuentas las consecuencias, de cualquier tipo que sean, recaen sobre el individuo y no sobre la sociedad en su conjunto. Con ello no se le requiere a quien ejerce la potestad legislativa, es decir, el representante político, que se abstenga de un juicio moral acerca de la cuestión en discusión, ya que el mismo, en cuanto individuo sujeto a las mismas leyes que crea, es un destinatario del derecho. Lo que sí se le pide, si bien resulta arduo obtenerlo dada la enorme confusión intelectual acerca de lo que es el derecho y lo que es la moral, es que

se abstenga de apelar a su propia conciencia para crear normas jurídicas vinculantes para la colectividad, prohibiendo u obligando. El legislador, en efecto, en el plano personal de su conciencia puede, si el derecho permite y no obliga y no prohíbe, ejercitar su propio universo de valores para tomar una decisión libre; pero no es ausplicable, porque se abre el sendero para llegar a un Estado ético y al Imperio de una sola moral, que su conciencia personal obligue (o prohíba) a tener (o a no tener) comportamientos que son contrarios a la conciencia de una parte consistente de la sociedad. Y ello precisamente por el hecho de considerar el derecho como el producto de la voluntad estatal a través de sus representantes, por un lado, y, por el otro, por la sencilla razón de que en nuestras reflexiones acerca del derecho no podemos prescindir completamente de considerar sus normas con instrumentos valorativos propios de una visión que supera con mucho los límites de la posición según la cual moral y derecho habitan dos universos completamente separados, casi opuestos. Probablemente es más útil desde el punto de vista conceptual, pero también desde la perspectiva de la ética pública, una visión en la que a los dos

ámbitos, en su mayor parte, se les ve como diferentes, pero que en algunos otros aspectos se encuentran estrechamente relacionados. Tomar conciencia de este hecho quizá conlleve la posibilidad de no caer en el error de confundirlos, a la moral y al derecho, de modo que, en consecuencia, no se caiga en el error de considerar moralmente justificado aquello que es sólo jurídicamente válido, pero más que nada para sentar las bases de manera de poder acceder a un conjunto de instrumentos adecuados para tomar las decisiones dramáticas que la vida antes o después a todo ser humano le pone enfrente.

