

IUSNATURALISMO VS. IUSPOSITIVISMO (UN ALEGATO IUSNATURALISTA)

RODOLFO L. VIGO

La pregunta de si hay más derecho que sólo el establecido o el mandado como tal por las autoridades acompaña –explícita o implícitamente, y más allá de acentos y rótulos– a la historia de la humanidad y, seguramente, a la historia de cada hombre. El eterno “retorno del derecho natural”, que acuñó Rommen y se vulgarizó después de la Segunda Guerra,¹ es completado por Ollero con la “eterna rutina del positivismo jurídico”.² Aquel interrogante vital y medular centrado en el alcance y objeto de la validez u obligatoriedad jurídica, no sólo acompaña a la humanidad desde aquellos que primero se interrogaron o “admiraron” (Aristóteles) por el derecho y el poder, sino que suscitó a lo largo de la historia apasionados e irracionales y hasta violentos debates. Si bien no faltaron los que intentaron eliminar coercitivamente al contradictor del espacio en donde se desarrollaba la polémica, fue muy habitual otra respuesta menos agresiva, pero igualmente intolerante, dirigida a caricaturizar y a atribuir intereses espúreos al rival.

Aun cuando sigue habiendo personajes que en su beligerancia totalitaria no comprenden el quehacer científico y se empeñan en “li-

¹ ROMMEN, H.: *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Manchen, Hegner, 1947.

² OLLERO TASSARA, A.: “La eterna rutina del positivismo jurídico”, en MASSINI CORREAS, Carlos I.: *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, págs. 251-269.

berar” a cualquier costo del ámbito académico a las posiciones que se consideran “peligrosas” o “insostenibles”, nos parece evidente que asistimos –al menos en la Argentina– a otro clima en el marco del cual se despliegan las discusiones iusfilosóficas y, en particular, ese “eterno debate” entre iusnaturalistas e iuspositivistas. Al respecto, compartimos plenamente la convicción de Robert Alexy cuando no duda en sostener que

el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista.³

Con acierto, agrega Francisco Laporta que

el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de la filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está.⁴

y en consecuencia, el que asume académicamente la perspectiva iusfilosófica asume simultáneamente aquel problema sobre el cual deberá fijar posición. La solidez, coherencia y fundamentación racional de la opción realizada dependerá también de cuánto se conoce la alternativa descartada. Es evidente que a esta altura del debate referido, el mismo se ha tornado sutil y complejo; en buena medida ha dejado de ser un diálogo entre sordos y no hay lugar para torpes que sólo estén dispuestos a un esfuerzo fácil e improvisado. A ese diálogo donde debe procurarse que impere la pretensión de verdad, de veracidad, de inteligibilidad y de corrección (Habermas-Apel) están todos llamados, por supuesto y de manera forzosa, aquellos que admiten una verdad práctica y que confían en las razones que la respaldan para ofrecerlas a la comprensión y aceptación de la razón del eventual interlocutor.

Para cerrar esta disposición al diálogo, nos parece oportuno avalarla recurriendo –no sin emoción al recordar su calidad humana–⁵ a la autorizada palabra de Kalinowski:

³ ALEXY, R.: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pág. 13.

⁴ LAPORTA, F.: *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1993, pág. 7.

⁵ En buena medida encarnó, sin tensiones y a pesar de padecer intolerancias, sólidas convicciones filosóficas con permanente disposición afable al diálogo.

Si en el camino no evitamos la polémica, esto no quiere decir que la busquemos en particular. Pues en filosofía, como queda dicho al pasar, no se trata de convencer como de suscitar la reflexión, confrontando —con esa serenidad que evoca Etienne Wilson en Juan Duns Escoto— los principios opuestos a los nuestros, tratando de ver lo que los otros nos muestran y mostrándole lo que ellos no ven.⁶

Al mismo tiempo, y desde otra vereda, también es oportuno el respaldo de un notable iuspositivista como lo fue Alf Ross, quien, sin ambages y con grandeza, señaló que el iusnaturalismo de Tomás de Aquino

está lejos de un racionalismo abstracto que busca deducir mediante la razón una solución para cada cuestión específica concreta. Hay así mucho lugar en su construcción para una forma sociológica-realista de la política jurídica. Lo mismo ocurre con el tomismo de hoy. Si dejamos a un lado lo metafísico y lo dogmático, por lo tanto, hay posibilidades favorables para un entendimiento entre esta tendencia y un estudio realista del derecho.⁷

Otro testimonio de verdadera madurez académica lo constituye Robert Alexy cuando desde una posición filosófica diferente no tiene reparo en reconocer en Tomás de Aquino a un exponente del “iusnaturalismo serio” (*ernsthafte Naturrechtler*).⁸

1. Actualidad y caracterización del iuspositivismo

Insospechadamente Hoerster, refiriéndose a la filosofía jurídica alemana, advierte que hace por lo menos cincuenta años que es casi de buen tono rechazar y hasta condenar el positivismo jurídico.⁹ También Prieto Sanchos observa que

⁶ KALINOWSKI, G.: *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979, pág. XVIII.

⁷ ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1970, pág. 238.

⁸ ALEXY, R.: “*Recht und Moral*”, en HÄRLE, Wilfried y PREUL, Reiner (eds.): *Ethik und Recht*, Margurg, N.G. Elwert Verlag, 2002, pág. 85.

⁹ HOERSTER, N.: *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 1982, pág. 9.

parece incontestable que en la cultura jurídica de nuestros días el positivismo se bate en retirada, si es que no ha sido ya definitivamente vencido.¹⁰

Ese panorama, tan extendidamente reconocido, se puede también acreditar con una lista de notorios y simbólicos iuspositivistas que se han declarado conversos o que han simulado sus cambios a través de nuevos rótulos (por ejemplo: “neoconstitucionalismo” o “positivismo inclusivo”) u opciones que diluyen su identidad con el auxilio de llamarse *sui generis* o con los prefijos *post* o *neo*. Más allá de esas deserciones o reacomodamientos en las filas iuspositivistas, no creemos que sea apropiado hablar de derrotas ni tampoco convertir al debate de escuelas aludido en una cuestión electoral. Lo que sí nos parece es que se ha ido configurando especialmente en Europa una nueva cultura jurídica (Tarello)¹¹ al hilo de inéditos y desafiantes problemas o tópicos que resultan difícilmente compatibles con tradicionales convicciones iuspositivistas y que, simultáneamente, son más fácilmente armonizables con tesis clásicas iusnaturalistas. En efecto, realidades como los derechos humanos fundamentales, el principialismo jurídico, la creación judicial, el consenso del derecho o su constitucionalización, la globalización jurídica, la imprescriptibilidad de ciertos delitos, la objeción de conciencia, etcétera, configuran algunas de las características del mundo jurídico actual que implican un fuerte y mayor desafío al iuspositivismo que al iusnaturalismo.

Insistamos en que el debate se ha tornado muy matizado y sutil; por eso se impone hacer algunas precisiones sobre el alcance que reconocemos a la teoría iuspositivista. Si nos atenemos a la difundida clasificación de Bobbio,¹² corroboramos que el “positivismo ideológico” que identificaba a la justicia o a la moral con el

¹⁰ PRIETO SANCHOS, L.: *Constitucionalismo y Positivismo*, México, Fontamara, 1997, pág. 93.

¹¹ Cf. TARELLO, G.: *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, Società Editrice il Mulino, 1988. Sobre los cambios en la cultura jurídica, remito a mi libro *De la Ley al Derecho*, Porrúa, México, 2003.

¹² Cf. BOBBIO, N.: *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Eudeba, 1965 y *El positivismo jurídico*, Madrid, Debate, 1933.

derecho positivo y que exigía una actitud de obediencia dogmática, fue una teoría muy precaria y oscura epistemológicamente, amén de encerrar peligrosas consecuencias prácticas, por lo que se comprende el rápido descrédito de la misma, a tal punto que hoy resulta muy difícil encontrar adherentes a dicha versión iuspositivista. El “positivismo teórico” o “formalismo jurídico” se formula apoyándose en una visión del derecho como manifestación de la voluntad del Poder Legislativo y en la sistematicidad de las normas que aseguraban una respuesta anticipada y de aplicación rigurosamente silogística a todo problema jurídico. Este iuspositivismo fue muy exitoso y predominó en la cultura jurídica universitaria continental, pero sufrió serios reveses especialmente después de la Segunda Guerra y hoy su mayor hostilidad o rechazo proviene de los operadores del derecho y la práctica jurídica. Si bien existe cierta inercia en ámbitos académicos científicos o dogmáticos que favorece al iuspositivismo como teoría, ella no alcanza tan fácilmente a la iusfilosofía ni tampoco al ámbito de los constitucionalistas, pues sólo una cierta ceguera intencional puede mantener la sinonimia entre derecho y ley estatal o insistir en la ausencia de lagunas legales o en la negativa de la jurisprudencia como fuente del derecho.

Es finalmente el “positivismo metodológico o conceptual” el que resiste o intenta responder a cada uno de los desafíos que se le presentan sin renunciar a sus convicciones definitorias. Según dicho iuspositivismo, no existe conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, y ello en virtud de la “tesis de la fuente social del derecho” –a la que Raz considera la más fundamental del positivismo jurídico–,¹³ según la cual “lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hechos sociales”;¹⁴ por ello –como lo recuerda Alexy–, “cualquier contenido puede ser derecho”.¹⁵ Nino también coincide en que “la tesis central del positivismo” es

¹³ RAZ, J.: *La autoridad del derecho*, México, UNAM, 1982, pág. 56.

¹⁴ *Ibid.*, pág. 55.

¹⁵ ALEXY, R.: *El concepto y la validez del derecho*, ob. cit., pág. 13.

que el derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo. En otras palabras, y para repetir un viejo *slogan*, que el derecho que “es” puede y debe ser cuidadosamente distinguido del derecho que “debe ser”.¹⁶

Con fidelidad a sus propias ideas, Guastini concluye:

el positivismo jurídico es, dicho muy simplemente, una concepción según la cual las normas jurídicas nacen de actos humanos de voluntad (en última instancia, de actos de lenguaje) y no de cosas ni del conocimiento de cosas.¹⁷

En consonancia con las citas anteriores, estimamos que el núcleo del iuspositivismo reside en esa tesis que sólo admite como derecho aquello que los hombres de esa histórica sociedad han establecido como tal, de donde no cabe reconocer algo jurídico que se establezca como exigencia o límite insuperable para esas decisiones o fuentes sociales que crean “totalmente” el derecho. Sin embargo, pueden generarse dudas sobre si es ésa la caracterización integral apropiada del positivismo, o si habría que incluir alguna tesis explícita en materia ética o axiológica. Recordemos que para Hoerster el “positivismo jurídico en sentido pleno” se define no sólo con la referida “tesis de la neutralidad” que lleva a prescindir de condiciones para el contenido del derecho, sino también con “la tesis del subjetivismo: los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva”.¹⁸ Esta visión ampliada del positivismo jurídico también la tiene Bulygin¹⁹ cuando, con el aval de Kelsen y de von Wright, le suma a la “tesis de la positividad del derecho” (todo derecho es derecho positivo, es decir, creado y aniquilado por actos humanos), la “tesis del escepticismo ético” (concepción no cognoscitivista de valores o normas) y la “tesis

¹⁶ NINO, C. S.: *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985, pág. 148.

¹⁷ GUASTINI, R.: “Derecho dúctil, derecho incierto”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIII (1996), pág. 112.

¹⁸ HOERSTER, N.: *En defensa del positivismo jurídico*, ob. cit., págs. 9 y ss.

¹⁹ BULYGIN, E.: “Sobre el *status* ontológico de los derechos humanos”, en *Doxa*, Alicante, nº 4, 1987, pág. 83.

epistemológica” (que separa la descripción de la prescripción, o sea, la ciencia de la política jurídica). De estas dos últimas nos interesa subrayar sobre todo el rechazo de una racionalidad idónea para el campo axiológico o prescriptivo o estimativo de la praxis humana, en tanto apreciamos que esa postura negativa resulta decisiva y hasta causal de las otras tesis positivistas. Es que si bien teóricamente podría mantenerse esa distancia entre el cognoscitivismo ético y el contenido del derecho e incluso el testimonio de autores como Bentham, Austin y hasta Hart avalaría esa posibilidad, lo cierto es que parecería más coherente evitar esa esquizofrenia juricista y, consecuentemente, abstenerse de condicionar el derecho sólo en la medida en que las opiniones o creencias éticas resulten meramente subjetivas o irracionales (pero no cuando se suscribe algún cognitivismo ético). Negada esa alternativa, puede comprenderse el iuspositivismo desde el seguimiento de las enseñanzas del Círculo de Viena, que sólo admite como proposiciones con sentido a las tautológicas o analíticas, las que son verdaderas exclusivamente por virtud de su forma (las matemáticas y la lógica), y a las proposiciones empíricas, que al reflejar hechos resultan verificables.

Sintetizando, nos parece una identificación mínima suficiente del iuspositivismo aquella tesis jurídica que reduce el derecho a lo que ha sido puesto como tal en virtud de hechos sociales y que, por consiguiente, admite cualquier contenido como posible del mismo (sin que en ningún caso afecte la calidad de jurídico o derecho). Por supuesto que si buscamos explicaciones a esa perspectiva, es muy probable que encontremos la negativa a reconocer conocimientos en materia ética o axiológica, o una convicción epistemológica que rechaza búsquedas metafísicas sobre cuestiones en las que sólo cabe exponer imaginaciones, creencias u opiniones subjetivas.

2. Caracterización del iusnaturalismo (o del “no-positivismo” jurídico)

Seguramente por las implicaciones metafísicas o confesionales a las que tradicionalmente se vincula el rótulo de “iusnaturalista”, él mismo genera resistencias y, por eso, se ha extendido la abarcativa definición negativa del “no positivismo”, a la que recurre, entre otros, Robert Alexy. Ese prejuicio está claramente más difundido en la cultura europea y en especial en el mundo hispano parlante, donde in-

cluso se ha vinculado al iusnaturalismo con ciertas posturas políticas. Dejando de lado prejuicios o circunstancias históricas o personales que no comprometen de por sí a la misma teoría, estimamos que las más clásicas versiones iusnaturalistas pueden coincidir con las modernas iusfilosofías no-positivistas en postular ambas la tesis de que el derecho no está constituido sólo por lo que así se ha dispuesto por la sociedad o por sus autoridades, sino que hay “algo” jurídico cognoscible que vale como tal aunque no se lo haya reconocido o dispuesto socialmente. Por supuesto que esa juridicidad indisponible, *per se o proprio vigore*, recibe una fundamentación o nombres muy diversos, incluso algunos fuertemente metafóricos; así, mencionemos: el aristotélico “*dikaion phisikon*”, el romano “*ius naturale*”, el escolástico “derecho o ley natural”, “principios jurídicos o principios” (Dworkin), “*moral rights*” o “derechos humanos” (Nino), “umbral de injusticia o injusticia extrema”, “*extremes Unrecht ist kein Recht*” (Alexy), “bienes humanos básicos” (Finnis), “coto vedado” (Garzón Valdés), “justicia” (Villey), etc.

En el panorama actual de los iusnaturalismos o no-positivismos, una de las clasificaciones que reviste más interés es aquella que distingue entre versiones “sustanciales o materiales” y “formales o procedimentales”. La variedad de estas últimas es muy amplia, yendo desde aquellas que se limitan a definir exigencias formales que resultan compatibles con muy diversos y hasta contradictorios contenidos (pensemos en el caso de la “moral interna” o “derecho natural procesal” de Lon Fuller), hasta posiciones que confían en que a través de ciertos procedimientos es posible definir contenidos éticos para el derecho, los que en algún supuesto pueden llegar a privar de juridicidad a ciertas decisiones autoritativas (incluimos aquí, muy claramente, a la teoría discursiva de Robert Alexy).

A las teorías sustanciales o materiales, si bien coinciden en definir contenidos para el derecho que la validez del mismo exige, cabe distinguirlas entre: 1) posiciones “deontológicas”, las que al definir esas pretensiones dirigidas al derecho positivo se despreocupan de esclarecer apropiada y exhaustivamente el fundamento de las mismas: un ejemplo de esas versiones sería la “*right thesis*” de Ronald Dworkin, y 2) posiciones “ontológicas”, las que dedican un amplio esfuerzo para encontrar fundamentos objetivos o absolutos a dichos requerimientos que resultan indisponibles al momento de crearse positivamente el derecho (entra aquí, por supuesto, el iusna-

turalismo clásico objeto de este trabajo). El propósito simplificador que anima al cuadro clasificatorio referido, puede ocultar muchos matices y autores que proponen teorías que transitan por más de un andarivel. Tal puede ser el caso del “constructivismo” de Carlos Nino, en donde hay definiciones procedimentales (“equilibrio reflexivo”, “aceptabilidad hipotética”, “democracia”, etc.) pero también hay exigencias valiosas, justificatorias hipotéticamente, que se proyectan al contenido del derecho (por ejemplo, los tres principios liberales en los que se apoyarán los derechos humanos, que resultan “convicciones” intuitivas particulares de cierto ámbito cultural).²⁰

En definitiva, tanto los deontologismos como los procedimentalismos coinciden en la prevención de no buscar justificativos metafísicos para aquello que se pretende respete el derecho a la hora de definir o explicitar su contenido o el procedimiento que debe seguirse para su formulación.

Insistiendo en los tan difundidos “no-positivismos” procedimentales, subrayemos que tenemos la convicción que en ellos hay mucha antropología, y hasta metafísica implicada, aunque bastante persuasivamente disimulada. Pareciera que las reservas para establecer contenidos se suplen a través de procedimientos que conducen inexorablemente a los mismos, de manera que ese íter se construye a la medida de lo que se pretende alcanzar. Simplifiquemos argumentos sobre un tema que no es objeto del presente artículo, recurriendo a la palabra de Kaufmann cuando señala:

De hecho este pensamiento de que la pura forma, el deber ser puro, podría producir contenidos y reglas de conducta concretas, que alejen el engaño de la percepción, ha ejercido una fascinación en muchos pensadores, [y concluye] es imposible llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o del procedimiento, o por lo menos contando únicamente con éste. Es evidente el carácter circular de la demostración, sea dicho esto sin ánimo de reproche, sino a título informativo.²¹

²⁰ Sobre la teoría de Carlos Nino, cf. BLANCO MIGUELEZ, S.: *Positivismo metodológico y racionalidad política*, Granada, Comares, 2002.

²¹ KAUFMANN, A.: “En torno al conocimiento científico del derecho”, en *Persona y Derecho*, Pamplona, 1994, n° 31, pág. 19.

En cuanto a los no-positivismos deontológicos que indisimuladamente definen requisitos y exigencias de contenidos para el derecho, ellos, al rehusar explicar los fundamentos –como explícitamente lo declara Bobbio respecto a los derechos humanos–,²² eluden una respuesta que es racionalmente insoslayable y que sólo se silencia con una alternativa dogmática o autoritaria, amén de convertir a esas exigencias en sumamente débiles, hipotéticas o disponibles.

Además de las referidas clasificaciones particularmente actuales y significativas, es posible efectuar muchas otras. Así, sin ánimo exhaustivo y sin perjuicio de lo que más adelante completemos, indiquemos las siguientes:²³ 1) por su amplitud: encontramos aquellos iusnaturalismos omnicomprendivos (típicos de los que predominaron en los siglos XVII y XVIII) y también los elementales o básicos (predominantes en el iusnaturalismo aristotélico-tomista); 2) por el método de conocimiento: apriorístico o innato en tanto previo a toda experiencia (por ejemplo, en representantes seguidores de la axiología de Sèller o Hartmann), inmediato o por evidencia (es necesaria la experiencia pero no el discurso racional, porque hay captación inmediata, por ejemplo, en el iusnaturalismo de Kalinowski o Finnis) y mediato (en tanto el derecho natural o la eticidad jurídica se devela o se constituye a través de un método; en el caso de Willey sería el método dialéctico o en Alexy la razón práctica procedimental); 3) por la relación con los derechos humanos: negativistas (como Willey) o receptivos (como Finnis, Kalinowski o Alexy); 4) por el fundamento de la juridicidad indisponible: iusnaturalismo teológico (es sólo revelado por Dios y captado por la fe, por ejemplo el adscripto a la religión protestante), el no positivismo pragmático (fundado en los presupuestos contra fácticos de los actos del habla, por ejemplo Alexy); las teorías de la “naturaleza de las cosas” (así Erich Fechner o Werner Maihofer o las “estructuras lógico-objetivas de Welzel), las teorías valorativistas o axiologistas (así García Máynez, Miguel Reale o

²² BOBBIO, N.: “*Sul fundamento dei diritti dell'uomo*”, en *RIFD*; serie III, fasc. II, Milanno, Dott. A. Giuffré ed., 1965, págs. 301-309.

²³ Cf. SOAJE RAMOS, G.: “Diferentes concepciones del derecho natural”, en *Ethos*, 10-11, Buenos Aires, 1982-83, págs. 317-339; MÉNDEZ, J. R.: “La articulación del derecho concreto”, en *Persona y Derecho*, 26, Pamplona, 1991, págs. 221-231; y también mi libro *Visión crítica de la Historia de la Filosofía del Derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1984.

Cossio); el iusnaturalismo aristotélico-tomista (“*rerum natura*” en Villey, “primeros principios de la razón práctica” en Finnis o “naturaleza humana y sus inclinaciones” en Kalinowski); etc.

3. La alternativa contradictoria: iusnaturalismo o iuspositivismo

Como es habitual frente a posiciones extremas, aparecen los intentos eclécticos que intentan conjugar los beneficios o fortalezas de cada una de las alternativas. Ello está bastante extendido desde convicciones iuspositivistas que no están dispuestas a ceder a tesis metafísicas, pero tampoco a renunciar a instituciones que resulta muy difícil rechazar o debilitar (como por ejemplo los derechos humanos), y así se busca conciliar tesis “fuertes” u “objetivas” con fundamentos “débiles”, “hipotéticos” o “provisorios”. Para ello no faltan generosos esfuerzos retóricos que intentan suplir esa distancia o disimular la metafísica, que se terminan poniendo en la argumentación. De ese modo, encontramos autores que hacen explícita confesión de fe iuspositivista y rechazo al iusnaturalismo y a la metafísica, pero que luego postulan tesis difícilmente conciliables con aquellas convicciones; estamos pensando en el “contenido mínimo de derecho natural” de Hart, en los “deberes de justicia” de Raz o en los “derechos fundamentales” en Ferrajoli. También están autores como Dworkin, que parecen despreocuparse de esos rótulos, aunque éste reconoce que

las etiquetas son parte tan importante de nuestra común vida intelectual, [que] es tan estúpido evitarlas como rechazarlas [y termina aceptando que] si toda teoría que determina que el contenido del derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría iusnaturalista; entonces soy culpable de iusnaturalismo.²⁴

²⁴ DWORKIN, R.: “Retorno al Derecho Natural”, en BETEGÓN, J. y PÁRAMO, J. R. de: *Derecho y Moral*, Barcelona, Ariel Derecho, 1990, pág. 23. Pedro Serna ha analizado detallada y lúcida, básicamente desde el banco de pruebas de los derechos humanos, las posibilidades de aquel positivismo conceptual que pretende presentarse al tiempo como positivista en el plano científico y “iusnaturalista” en lo ideológico; o dicho de otro modo: “[que] pretende aceptar la epistemología kantiana y, simultáneamente, evitar sus consecuencias” (*Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, EUNSA, 1990, pág. 21).

Si iusnaturalista o no-positivista es toda doctrina que afirma que hay “algo” jurídico que vale como tal sin haber sido puesto originariamente por ninguna fuente o autoridad humana, y entendemos por iuspositivista a la que formula que “todo” el derecho es puesto originariamente por alguna fuente social o autoridad humana, resulta entonces que esa clasificación es “contradictoria” en tanto no existe posibilidad de iusfilosofía intermedia (una es particular negativa y la otra universal positiva) y, además, si una es verdadera, la otra necesariamente será falsa.²⁵ Dicho de otro modo, aquellas teorías son conjuntivamente exhaustivas y mutuamente excluyentes de todas las posiciones posibles de la relación entre el derecho puesto y el derecho “no puesto” o juridicidad indisponible.

Dejemos igualmente consignados todos esos intentos teóricos de definir o caracterizar al derecho desde lugares diferentes a los que se instalan iuspositivistas o iusnaturalistas, como, por ejemplo, algunas perspectivas “realistas” (Ross o Pattaro) o constructivistas (Nino); sin embargo, insistimos que respecto de esa alternativa (si hay o no hay algo jurídico que si se niega se afecta la juridicidad de lo dispuesto autoritativamente como derecho) resulta insoslayable pronunciarse por una u otra, sin perjuicio de que luego se agreguen muchas precisiones o aclaraciones, o incluso se llame a los temas o respuestas de otro modo.

4. Precisiones sobre el iusnaturalismo realista clásico o aristotélico-tomista

A continuación nos proponemos referirnos con exclusividad a un específico iusnaturalismo, aquel cuyas fuentes inspiradoras se constituyen básicamente por las obras de Aristóteles y Tomás de Aquino. El nombre que ha recibido esa escuela es el de “aristotélica tomista”; también el de “realismo jurídico clásico” o “iusnaturalismo ontológico”,

²⁵ Cf. ZIENBINSKI, Z.: *Practical Logia*, Warsaw, Polish Scientific Publishers, 1976, págs. 211 y ss.; MASSINI CORREAS, C. I.: *Los derechos humanos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pág. 207. A. E. PÉREZ LUÑO señala que positivismo-iusnaturalismo son conjuntivamente exhaustivos en cuanto a las posiciones sobre derecho y moral (cf. *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna*, Zaragoza, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1971, pág. 26).

entre otros, aunque algunos de sus contradictores lo llaman “iusnaturalismo católico”, lo cual resulta inequívocamente inapropiado al mezclar la razón con la fe, como luego indicaremos. En relación con las fuentes y autoridades, conviene recordar que la Segunda Escolástica también reivindicó el seguimiento del Aquinate, pero el tomismo filosófico y el jurídico han subrayado con fuerza el giro rupturista que implicó aquella Escuela, especialmente a instancias de Francisco Suárez. Al respecto, Villey no ha ahorrado críticas contra el jesuita por haber sustituido el “objetivismo jurídico” (el derecho como la “cosa justa”) por el “subjektivismo jurídico” (el derecho como facultad jurídica), que caracterizará el pensamiento jurídico de la modernidad.

También es cierto que la autoridad aislada de Aristóteles ha derivado en escuelas y autores difícilmente conciliables con Tomás de Aquino (por ejemplo, algunas versiones “comunitaristas” actuales), aunque lo habitual de la iusfilosofía en estudio es que en los casos de disonancias o de diversas interpretaciones, se privilegia la palabra del Aquinate por sobre la del Estagirita (mientras en Villey esa prevalencia es dudosa, en Finnis parece bastante clara), con la convicción de que aquél asumió a éste pero perfeccionándolo o completándolo.

Sin embargo, aun cuando la escuela reconozca aquella paternidad, el nivel de su seguimiento es motivo de diferentes respuestas. En efecto, Massini²⁶ ha hablado de un iusnaturalismo “integrista”, retrógrado o “cronofóbico” en tanto se rechaza en bloque y sin matices toda la filosofía que le sucedió a Tomás de Aquino, y en consecuencia, el criterio de verdad parece ser la misma palabra del Aquinate. Al respecto, nos parece importante insistir en que tal posición resulta no sólo insostenible filosóficamente, sino contradictoria con la misma autoridad que se invoca. Es que la tarea de la filosofía es básicamente amor a la sabiduría y no amor a los autores, y su objeto remite a la verdad o a las cosas que el filósofo debe privilegiar sobre la amistad –dijo Aristóteles en relación con Platón–, a la novedad o a los beneficios personales. Por eso, tanto Fabro como Maritain han hablado de un “tomismo esencial” y abierto al tiempo,

²⁶ Cf. MASSINI CORREAS, C. I.: *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Abaco, 1998, pág. 28.

que en definitiva es lo que hizo el mismo Tomás cuando en la Universidad de París debió enfrentarse aun con obispos y otros clérigos; y además, recordemos que aun cuando resulta procedente el uso del argumento de autoridad, éste es el más débil y no excluye la posibilidad del error. Como universitarios no podemos –y más allá de lo que otros hagan– sino elegir dialogar con nuestros contemporáneos, e incluso, abriéndonos a los problemas que nuestro tiempo y espacio impone, con la responsabilidad de que nuestro discurso resulte inteligible para sus destinatarios. Ello no supondrá demagogia o debilitamiento de convicciones o actitudes “cronolátricas” para lograr adeptos, éxitos o evitar disputas, sino asumir el compromiso de universitario en plenitud y generosidad.

Dejando de lado fuentes y autoridades, consideramos que las notas identificatorias raigales del iusnaturalismo clásico pueden sintetizarse en las siguientes: 1. Tesis de la no positividad de todo el derecho: hay “algo” jurídico que vale como tal no obstante que sea rechazado o ignorado por la sociedad o sus autoridades; 2. Cognitivism ético-jurídico: la razón puede conocer dimensiones valiosas o exigencias ética-jurídicas implicadas en las conductas humanas; 3. Tesis epistemológica: rechazo en la materia de la praxis humana a un descriptivismo absolutamente desvinculado de lo justificativo o prescriptivo; 4. Gnoseología realista: no hay ideas innatas sino que el conocimiento empieza en los sentidos, y en el plano de las conductas humanas esa referencia a lo concreto es necesaria e insoslayable y 5. Tesis ontológica: el fundamento de la juridicidad natural o indisponible remite a dimensiones o posibilidades intrínsecas al ser humano y a la naturaleza de las cosas en general. Las tres primeras tesis son las que normalmente se esgrimen en el debate jurídico, pero las otras dos –y en especial la última– resultan explicativas y justificatorias de las anteriores.

Entremos, ahora sí, a explicar algunas de las notas distintivas del iusnaturalismo clásico, indicando también al respecto y en especial las opiniones de Villey y Finnis:

²⁷ Cf. mi libro *Las causas del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983. Prólogo de Georges Kallinowski.

4.1. La definición del derecho

Por supuesto que la escuela –quizás a contrapelo de las teorías actuales– no tiene dificultades en plantearse directa y explícitamente la pregunta de “qué es el derecho”. La respuesta tiene el antecedente de Aristóteles cuando distinguía al hablar del *dikaion* o derecho o justo entre el *dikaion phisikon* y el *dikaion nomo*. Roma –al decir de Villey– inventará el derecho valiéndose del método proporcionado por Aristóteles, y diferenciará entre *ius naturale*, *ius gentium* e *ius civile*. Tomás de Aquino precisará que el derecho en cuanto objeto de la justicia es la misma cosa justa (*ius sive iustum*), pero distinguirá el derecho de la ley en tanto ésta no es propiamente el derecho sino “cierta razón del derecho” (*aliqualis ratio iuris*). Sobre la base de esos antecedentes, ha habido mucha polémica en torno a identificar aquello que es esencialmente el derecho; así, una interpretación auspiciada entre otros por Kalinowski, Graneris, Olgiati, Massini,²⁷ etcétera, coincide en reconocer que el derecho es la “conducta” que le da al otro o no le saca lo que es suyo por naturaleza o por autoridad humana; otros han señalado (Lachance, Bender, Finance, Greda, Delos, etc.) que el derecho es “relación” entre dos o más personas; Urdanoz, con reminiscencia suareciana, ha insistido en que el derecho en sentido propio es el “derecho subjetivo”; Finnis prefiere asimilar al derecho “focalmente” con las “reglas producidas”; y Villey reconoce como definición primera u originaria del derecho a la justa proporción de los bienes que se reparten entre los miembros de una sociedad, y como definición derivada al arte, profesión o actividad que determina o dilucida lo suyo de cada uno. Precisamente Villey se preocupó de combatir a los que distorsionaban el pensamiento aristotélico tomista, y al respecto se encargó de denunciar al “moralismo jurídico”, que identificaba al derecho con las normas, sin advertir que el objeto de ellas es regular conductas e imponer modelos de vida y no definir lo que le corresponde a cada uno. También fue blanco predilecto de sus embates el “subjetivismo o individualismo jurídico” en tanto el derecho dejaba de ser la medida objetiva que asigna a cada uno lo suyo y pasaba a ponerse a disposición o al servicio de cada uno a través de los derechos subjetivos o poderes individuales.

Recordemos que para Aristóteles los órdenes de la realidad se podían dividir en teórico, productivo, lógico y práctico, y el derecho pertenece a este último en tanto consiste en un orden que la razón

determina para el obrar del hombre a los fines de promover la justicia en la sociedad o su bien común. El derecho no es una realidad para ser contemplada como en el orden teórico; tampoco es orden productivo o técnico en donde fabriquemos objetos para que las cosas ganen en utilidad; menos aún es el derecho un orden lógico que la razón pone en sus actos para el logro de su operación específica. El derecho tiene por objeto lo justo, o sea, lo debido al otro, de manera que ajustemos o igualemos nuestra conducta a los títulos del otro, más allá de que eso que le corresponde al acreedor o titular se le haya conferido por su mera condición de persona humana o por acuerdos o decisiones autoritativas. El realismo jurídico clásico deriva su nombre de considerar al derecho como algo exterior, como la *ipsa res iusta*, según la clásica definición del Aquinate. *Ius est res*, el derecho es una “cosa” exterior o algo reducible a ello como una obra (*opus*) o un acto (*actio*) en cuanto unido al objeto y desprendido del sujeto. En términos estrictamente metafísicos, la escuela bajo estudio ha precisado que la realidad del derecho no es sustancial –como el hombre– sino accidental o de orden, o sea, basada en el modo en que se encuentran relacionados diferentes elementos que componen un todo –además del derecho, también, por ejemplo, la sociedad política–. Insistamos con la palabra de Hervada:

la cosa debida es lo que llamamos derecho (en sentido realista), el cual nace del título y tiene una medida. Pues bien, por razón del origen del título y de la medida, el derecho –o cosa justa– se ha dividido desde tiempos antiguos en *ius* o *iustum naturale* (derecho natural) y *ius oiustum positivum* (derecho positivo). El primero procede de la naturaleza, el segundo proviene del concierto y de la voluntad de los hombres.²⁸

4.2. La analogía en el derecho

Ballesteros estima que

²⁸ HERVADA, J.: *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1981, pág. 79.

el pensar unívoco y exacto y la exclusión de la analogía serán responsables a partir de entonces y a lo largo de la Modernidad de escisiones y desgarramientos insuperables para la persona y el mundo.²⁹

Es que una de las claves para entender el pensamiento clásico consiste en el reconocimiento de la analogía del ser o la realidad, la que lógicamente es analogía del concepto y del término. Es decir, frente a la pretensión de univocidad o equivocidad, existe la riqueza de aquellas cosas que son análogas en tanto no son ni totalmente idénticas ni totalmente diferentes. La filosofía clásica distinguió entre analogía de atribución y analogía de proporcionalidad. La primera se verifica cuando el término es atribuido a varios entes o sujetos por realizarse en cada uno de ellos –aunque de manera diferente– una relación semejante, constituyendo entre sí una proporción; así, por ejemplo, cuando se habla de la vida que se atribuye a un árbol, a un animal, a una ameba o al hombre. La analogía de atribución refiere cuando atribuimos un término a varios entes o sujetos a causa de sus diversas relaciones con otro llamado primer analogado, conviniéndole propia e intrínsecamente a esta realidad aquel término análogo.

El reconocimiento de la analogía en el derecho significa que hay distintas realidades que lo integran, pero que no a todas les corresponde por igual ese término derecho, sino que hay alguna realidad que se constituye en el “primer analogado” en tanto a ella conviene propia e intrínsecamente el nombre derecho, y a las restantes realidades “secundarias o derivadas” por su relación con aquella primera. Aparece aquí la discusión de cuál es el primer analogado en el derecho, y las respuestas que vimos en el punto anterior (conducta, norma, derecho subjetivo, relación, etc.); así, por ejemplo, cuando sostuvimos que era la conducta justa, ello implicaba que las normas se reconocían como derecho o jurídicas en tanto su objeto eran conductas justas; el saber era jurídico en tanto se ocupaba de conductas justas; la profesión era jurídica si se ocupaba de esas conductas, etc.; si, por el contrario, nos encontramos con normas, saberes, profesiones, etcétera, que ninguna vinculación tienen con las conductas justas, la con-

²⁹ BALLESTEROS, J.: *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, pág. 23.

secuencia será que esas realidades no pertenecen al derecho. Por otra parte, la analogía en el derecho significa que el derecho puede darse en la realidad con distinto nivel de perfección o acabamiento, o sea, realidades *simpliciter* que expresan de una manera plena aquello de lo que queremos hablar, mientras que hay otras realidades que lo expresan de una manera deficiente o incompleta, o sea, *secundum quid*. El mismo Aquinate entiende que entre padres e hijos o entre el marido y su esposa no se da estrictamente derecho sino un derecho debilitado o imperfecto; en tanto falta en ambos supuestos tanto una plena alteridad como una completa igualdad. Asimismo, es la analogía la que le permite a Graneris³⁰ hablar de que en la esfera del derecho vigente es posible reconocer una juridicidad decreciente y también una juridicidad extrínseca (atiende a la exterioridad que remite a las formas, estructuras o procedimientos jurídicos) e intrínseca (atiende al contenido que resulta exigido para poder reconocer que estamos frente a algo estrictamente jurídico).

Conforme a esa presencia de la analogía en el derecho, el iusnaturalismo realista clásico asume la necesidad de responder a la pregunta por aquello que es propiamente el derecho (remitimos al punto inmediato anterior) en tanto esa respuesta nos posibilitará reconocer como parte del derecho a otras realidades; así, cuando hablamos de “salud”, dicho término debe atribuirse en primer lugar al hombre que no padece problemas en su cuerpo o en su *psiquis*, pero podemos extender el uso de ese término al alimento en tanto suponemos que no afectará la salud, al profesional que se ocupa de que no tengamos problemas en nuestra salud, al rostro que permite suponer una persona saludable, etc. Pero también la analogía nos permitirá identificar realidades que son inequívocamente jurídicas junto a otras que exhiben una discutible juridicidad; así, es indudable que robar o matar es algo de lo jurídico, aunque dudaríamos de si el mentir o no decir siempre la verdad pertenecen al derecho; o con ejemplos no jurídicos: nadie dudaría de que Picasso es pintor pero seguramente tendríamos interrogantes en cuanto si le reconocemos tal carácter a un niño improvisando con la tela y el color.

Ha sido Finnis un autor que ha explotado apropiadamente la ri-

³⁰ GRANERIS, G.: *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, págs. 69 y ss.

queza de la analogía, y es una característica central de su obra el recurrir frecuentemente a esa distinción entre “el significado focal” en tanto expresa lo maduro, plenamente realizado o el buen ejemplar, de aquello que expresa lo inmaduro, lo corrompido o el caso desviado; y así la juridicidad es vista como una “cuestión de grado”.

Villey, por el contrario, nos parece que resiste esa visión diversificada de la analogía y es quizás por ello que no sólo apartará del derecho a la justicia general sino que llegará a afirmar que “es falsear el derecho, confundirlo con reglas de conducta o con el derecho subjetivo”.³¹

4.3. La admisión del derecho injusto

No es extraño encontrar aún hoy autores iuspositivistas que le atribuyen al realismo jurídico clásico el identificar el derecho con la justicia, de tal manera que para la escuela sólo lo justo sería derecho. Probablemente en la incomprensión o el rechazo de la analogía está la clave de aquella equivocada conclusión. En armonía con el pensamiento aristotélico-tomista, Casaubón escribe:

la filosofía y la ciencia del derecho no necesitan descartar de su tratamiento ni los ordenamientos relativamente injustos, ni siquiera los absolutamente injustos, y pueden hacerlo siempre que no den al nombre derecho exactamente la misma acepción, de los tres diversos casos [...] jerarquizan debidamente los objetos materiales que entran dentro de su específicamente objeto formal sin igualarlo en una gris e indiferente descripción de todos los órdenes normativos dotados de coactividad o de legitimidad positiva. La jerarquía es: 1. Derecho justo, o sea *simpliciter*; 2. Derecho relativamente justo o *secundum quid*; 3. Derecho impropriamente tal, porque en realidad es torcido o injusto.³²

En la gnoseología de la escuela, los opuestos pertenecen al mismo género de saber, y entonces, del mismo modo que los médicos saben sobre la salud y también sobre su ausencia, los juristas se ocupan

³¹ VILLEY, M.: *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1978, t. I, pág. 215.

³² CASAUBÓN, J. A.: *La justicia y el Derecho positivo*, Mendoza, Idearium, 1977, pág. 9; “Estudio crítico sobre la lógica del ser y lógica del deber ser en la Teoría Ecológica”, Buenos Aires, *Ethos*, Revista de Filosofía Práctica, n° 2-3, pág. 46.

de la justicia y por ende también de su ausencia, o sea, de la injusticia. La conclusión que se impone al respecto es que no se trata de excluir de la materia a estudiar a los opuestos (desde la justicia hasta la injusticia) sino de distinguir sin asimilar. Pues queda claro que hay alguna injusticia en el derecho que no compromete la existencia como tal del mismo. El problema es la extensión y profundidad, de manera que cuando ella alcanza cierto nivel, recién ahí desaparecerá la juridicidad y su obligatoriedad. Asimismo, estamos en el terreno del saber práctico donde habitualmente –a diferencia del saber teórico– no son posibles verdades apodíticas o certezas absolutas en el plano de las decisiones concretas prudenciales, y en consecuencia, cabe proceder con mucha humildad y conciencia de las limitaciones epistemológicas que impone la contingencia de lo fáctico. Explícitamente Serna, con el respaldo de Finnis y Hervada, reconoce que hay muchas situaciones en la vida personal y social en las que “existe un número de opciones incompatibles entre sí que son correctas (es decir, no malas)”.³³ Si bien la justicia es la clave de la obligatoriedad y la justificación de la norma jurídica que permite distinguirla de la mera imposición del delincuente³⁴ (Cotta), aquella cualidad no sólo es el resultado de un juicio práctico que provee una certeza no absoluta o excepcionable, sino que además, al concretar esa calificación deben considerarse las consecuencias y proyecciones sociales, y también las que puede generar respecto al ordenamiento jurídico su incumplimiento o violación.

La admisión del derecho injusto no ofrece la más mínima duda en Finnis, quien además de reconocer autoridad moral al derecho y criticar la objeción de conciencia como medio genérico para incumplir la ley, aconseja la eventual impugnación a través de las vías que ofrece el sistema jurídico a tales efectos; pero una vez ratificada la validez de la norma impugnada, puede haber una obligación moral colateral –no plena– de obedecer la ley injusta.

³³ SERNA, P. “Sobre las respuestas al positivismo jurídico” en RABBI-BALDI CABANILLAS, R. (coord.): *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Abaco, 1998, pág. 84.

³⁴ Cf. COTTA, S.: “Para una revisión de las nociones de iusnaturalismo y de derecho natural”, en MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996; *Justificación y obligatoriedad de las normas*, Madrid, CEURA, 1987.

En el caso de Villey, recordemos que básicamente no cree que el derecho surja de normas; más bien, el regir conductas por medio de normas es propio de la moral y no del derecho, pues éste se ocupa de discernir e indicar –no mandar ni prescribir– en concreto y en cada caso lo justo o lo que le pertenece a cada particular, y para esa tarea, por supuesto que pueda servirse de las reglas jurídicas, pero la fuente principal es la observación dialéctica de las cosas. Según el profesor francés, el método jurídico de la dialéctica no es ni silogístico ni sistémico, sino que se basa en el diálogo o dialéctica que procura alcanzar lo justo, aunque con la restricción de que esa conclusión no será ni universal ni indubitable.

4.4. La juridicidad natural o indisponible

La distinción entre el derecho natural y el derecho positivo es característica de todo iusnaturalismo, pero quizás una peculiaridad que anima a muchos de los representantes actuales del realismo jurídico clásico es insistir en subrayar la especificidad esencial o genérica de lo jurídico antes de hablar de la juridicidad natural o descubierta o indisponible y de la juridicidad positiva o puesta o creada; y, consiguientemente, alertar que esos derechos no están en tensión ni en competencia ni en paralelo, sino que en definitiva expresan distintos modos de ser del derecho. Hervada ha insistido en que

el derecho natural y el derecho positivo se integran en un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo,³⁵

y esa unidad descansa en tres factores: a) el derecho positivo se inscribe en el plano de los medios que la prudencia jurídica va estableciendo para los fines o bienes inscriptos en la naturaleza humana; b) la potestad de dar normas positivas y la capacidad de compromisos y pactos remite al orden social natural y al derecho natural; y c) las relaciones jurídicas básicas naturales y fundamentales necesitan del complemento y adaptación que posibilita el derecho positivo.

Cotta ha llegado a identificar al derecho natural con el “dere-

³⁵ HERVADA, J.: *Introducción crítica al derecho natural*, ob. cit., pág. 176.

cho positivo vigente”³⁶ en tanto éste se justifique en la coexistencia humana.

Finnis, quizás por tanto desprecio o desinterés de ciertos iusnaturalistas hacia el derecho positivo, define al derecho a partir de las “reglas producidas”, y reconoce que la ley es focalmente la ley humana y sólo secundariamente es la ley natural, e incluso prefiere el término “racional” al de “natural”. En cambio, Villey tiene un marcado rechazo a las reglas jurídicas, e incluso aconseja la lectura del Aquinate en la cuestión de la ley, dado que esta última ha generado una iusfilosofía clerical propia de los teólogos más que de filósofos laicos. De este antinormativismo villeyano se ha ocupado Kalinowski³⁷ vinculándolo a ideas tomadas de Max Scheler y reivindicando en clave tomista que si bien la ley no es el derecho, ella es una “cierta razón del derecho” por lo que ella es de algún modo causa del derecho. Una discusión que se ha dado en la escuela, pero que sin embargo parece haberse diluido en la actualidad, refiere a la distinción y relación entre ley natural y derecho natural; la respuesta más extendida es la que reconoce que el contenido de aquella remite a la totalidad de la ética –personal y social–, mientras que el derecho natural es sólo una parte de la ética social, específicamente la referida a las deudas para con el otro –particulares o el todo social– posibles de ser saldadas y de exigirse coactivamente.

La aparición operativa de los derechos humanos en el derecho internacional y nacional se ha proyectado hacia el interior del realismo jurídico clásico. Así, la mayoría ha reconocido que aquellos en última instancia coinciden con lo que clásicamente se llamaban exigencias de justicia, a tal punto que se ha hablado de que el “nuevo nombre del derecho natural es el de los derechos humanos”. En sintonía con esa perspectiva, Finnis coincide en que se trata de un modo moderno de hablar de la justicia, de la exigencia de la razonabilidad práctica y del bien común; sin embargo, Villey, adscribiendo los derechos humanos al individualismo liberal, es crítico con

³⁶ Cf. COTTA, S.: *Justificación y obligatoriedad de las normas*, ob. cit., págs. 133-149.

³⁷ Cf. KALINOWSKI, G. : “*Lex et ius*”, en *Archives de Philosophie du Droit*, nº 8, Paris, Sirey, 1963, págs. 287 y ss.

los mismos y los identifica con una visión propia del subjetivismo jurídico.

A diferencia del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, el iusnaturalismo ontológico clásico fue muy modesto al referirse al contenido del derecho natural y muy generoso al reconocer las alternativas con las que contaba la autoridad con capacidad para crear derecho. Ángel Sánchez de la Torre³⁸ identifica a los romanos *tria iuris precepta* (vivir honestamente, no ocasionar daños a nadie y dar a cada uno lo suyo) con la categoría aristotélica de *proteron physei* (principios naturales) “del derecho universalmente entendido”. Heinrich Rommen³⁹ hace coincidir al derecho natural con dos normas: “debe hacerse lo que es justo, debe omitirse lo que es injusto” y “a cada uno lo suyo”. Kalinowski⁴⁰ nos da un amplio número de ejemplos de los juicios normativos evidentes que constituyen los primeros principios de la ley natural. Más allá de amplitud de contenido –reiteremos que en general muy modesto–, la escuela distingue niveles de juridicidad natural, y así frente a lo justo o lo adecuado a otro que se puede conocer de manera directa y clara, o sea, un “derecho natural primario”, está también aquello justo que para conocerlo requiere de razonamientos, búsquedas o deducciones, al que se llama “derecho natural secundario o derivado”. Conforme a esta distinción, el derecho natural no es un bloque homogéneo sino que admite mayor o menor naturalidad, o sea, una vez el recurso a la analogía.

4.5. El derecho positivo

Obviamente que el iusnaturalismo clásico reivindica la necesidad del derecho positivo, más allá de que a veces ha predominado una mirada poco atenta y desinteresada de la importancia y características del mismo. En la visión estrictamente tomista del derecho positivo, cabe distinguir, por un lado, aquel que es positivo “por accidente”

³⁸ Cf. SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: *Los principios clásicos del derecho*, Madrid, Unión Editorial, 1975.

³⁹ ROMMEN, H.: “*Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*”, ob. cit., pág. 225.

⁴⁰ Cf. KALINOWSKI, G.: “*Le fondement objectif du droit d’après la Somme Theologique de Saint Thomas d’Aquin*”, en *Archives de Philosophie du Droit*, nº 18, Paris, Sirey, págs. 59-75.

(*per accidens*) en tanto su contenido son “conclusiones” extraídas de los principios iusnaturales (del precepto universal iusnatural de no hacer daño a nadie se deduce que no se debe matar) y es de éstos principalmente de donde obtiene su fuerza obligatoria; y por el otro, el derecho positivo llamado por sí (*per se*) en tanto su contenido son “determinaciones” o aplicaciones del derecho natural que dejan alternativas válidas a la autoridad (por ejemplo, el modo de sancionar al que comete un daño a otro) y que en consecuencia su fuerza obligatoria le viene principalmente de la misma fuente social. Precizando o aclarando metafísicamente esa distinción, Hervada señala que

todo derecho positivo deriva de un derecho natural, del que es desglose, extensión o complemento,⁴¹

en tanto toda cosa hecha o constituida por el hombre depende en su radical posibilidad de existir de datos naturales, o sea que remite al propio ser del hombre, sus tendencias, capacidades y bienes inherentes.

Ollero encuentra en el proceso de “determinación” la clave para entender el surgimiento del derecho, en tanto la decisión judicial remite a la explicitación de un texto normativo general, y éste a un “texto” radicalmente ontológico; así

la ley jurídica natural, como un primer elemento jurídico que late en el orden universal, aunque no sea todavía realidad jurídica, ‘cosa justa’, sino principio orientador de su búsqueda.⁴²

E insiste en otra obra:

Hacer leyes no es, pues, poner la justicia, sino comenzar a hacer la justicia. Juzgar el caso concreto no es aplicar una justicia dada sino acabar un ajustamiento sólo incoado.⁴³

⁴¹ HERVADA, J.: *Introducción crítica al derecho natural*, ob. cit. pág. 111.

⁴² OLLERO, A.: *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, EDERSA, 1982, pág. 45.

⁴³ OLLERO, A.: *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, Congreso de los Diputados-Monografías, 1996, pág. 276.

En similar sentido, Jesús Ballesteros se pronuncia:

No hay por tanto dos órdenes jurídicos –el natural y el positivo–, sino exclusivamente un único orden. De ahí que las notas señaladas como rasgos de lo jurídico –relevancia social, indiferencia del motivo, tipicidad, coactividad, reciprocidad o simetría del comportamiento– sean rasgos que afecten a la totalidad de dicho orden. Sin embargo, dentro de este único orden jurídico cabe distinguir la raíz y el tronco, lo implícito y lo explícito, lo originario y permanente y lo derivado y contingente, lo “natural” y lo “positivo”, lo dado y lo puesto.⁴⁴

Recordemos que el derecho –tampoco el natural– no está para ser completado sino para “encarnarse” dirigiendo conductas, ya sean universales, generales o individuales, definiéndolas en su *status* deóntico como obligatorias, prohibidas o permitidas. Es precisamente tarea de la prudencia jurídica –legislativa, judicial, etcétera– el proyectar a través de normas jurídicas generales o particulares para cada problema jurídico, la solución jurídica que se tomará desde alguna norma o principio iusnatural general o universal. Recordemos una vez más en este punto que en la creación del derecho positivo –deduciendo o aplicando las exigencias de lo justo natural– opera la razón práctica, que sólo posibilita una certeza práctica, y que no es posible pretender sólo lo que es inequívocamente justo o inequívocamente injusto.

El iusnaturalismo clásico actual, al menos en algunos de sus representantes más importantes, además de preocuparse del contenido del derecho positivo, ha prestado atención y revalorizado los aspectos procedimentales y técnicos jurídicos, los que en buena medida a través del derecho moderno se han precisado, revalorizado y difundido. Al respecto, ya Graneris, hablando de lo que denomina la “esfera jurídica”, llama la atención respecto de que en ella habría

un núcleo central de juridicidad sólida y firme, recubierto de zonas de menor solidez y de juridicidad decreciente, hasta que en la superficie no tenemos más que formas vacías.⁴⁵

⁴⁴ BALLESTEROS, J.: *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 107.

⁴⁵ GRANERIS, G.: *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 73.

En esa línea de interés por los aspectos formales nos parece forzoso aludir a la teoría de Finnis, pues éste, al definir el derecho en su “significado focal”, lo perfilará progresiva o gradualmente, incluyendo al inicio un análisis estrictamente formal (*the main features of legal order*), seguido por otro parcialmente formal (las ocho desideratas del *Rule of Law*), y concluirá finalmente con *a definition of law*. Pero además, el profesor de Oxford no tiene inconvenientes en reconocer que las características principales del orden jurídico son que “el derecho es un orden coactivo” y que “el derecho regula su propia creación”, y también debemos destacar que al definir la ley injusta incluye las causales de incompetencia del autor al dictar la norma en cuestión y la de violación del procedimiento.

En contrapartida, observamos que la teoría jurídica de Villey es poco receptiva a detenerse en los aspectos procedimentales enarbora-dos por el derecho moderno en búsqueda fundamentalmente de la seguridad jurídica.

Más allá del control de validez –formal o sustancial– que la juridicidad natural o indisponible ejerce sobre el derecho positivo, éste no se limita a repetir el derecho natural, sino que cumple la función de historizar y reforzar con la coacción a lo justo natural, además de completar lo justo en todos aquellos aspectos en que las alternativas son variadas o nada indica aquella juridicidad natural.

4.6. El fundamento y conocimiento de la juridicidad natural

Se trata de responder la pregunta por el fundamento o dónde está y cómo leer o conocer el derecho natural.

Por fundamentación ontológica del deber ser –y, por tanto, del derecho– no entendemos [concluye Cotta] una deducción del contenido de los deberes, y de las normas, a partir de la naturaleza humana al modo de la ética y del iusnaturalismo racionalistas sino la determinación del porqué en el hombre, y sólo en el hombre, es decir, en una específica clase de entes, se da la ineludible dimensión del deber ser.⁴⁶

La existencia del ente humano –seguimos en la perspectiva cottiana muy vinculada al existencialismo y a la fenomenología– pue-

⁴⁶ COTTA, S.: *Justificación y obligatoriedad de las normas*, ob. cit. pág. 158.

de definirse como “vivir la posibilidad”, o sea, tomar conciencia de que se tiene posibilidad de actualizar posibilidades implícitas en el ser, pero esa existencia es también un coexistir en la que el otro tiene las mismas capacidades del yo, “el coexistir fenoménico es expresión de una paridad ontológica”, llegando el profesor italiano a la siguiente conclusión:

la coexistencia es el fundamento ontológico del derecho y el criterio de justificación objetiva de los diferentes ordenamientos y normas, a los que confiere (o niega) legitimidad.⁴⁷

El iusnaturalismo clásico rechaza ideas innatas y deducciones racionalistas, y de manera más directa o indirecta remite a la metafísica o a la antropología. Sin embargo, en este punto encontramos muchos matices y diferencias. Veamos algunas respuestas.

Villey, de manera provocativa, señala que “hoy en nuestros movimientos de renacimiento del derecho natural” y en la mayoría de los neo-tomistas no ha desaparecido la creencia de que el derecho natural se inferiría de la “naturaleza del hombre”. Empresa condenada de antemano, pues las proposiciones jurídicas no apuntan al hombre en particular, sino a las relaciones entre los hombres.⁴⁸ El derecho natural para el profesor parisino

es derecho extraído de la naturaleza [...] el derecho es una realidad. Consiste en una proporción (*ison o aequum*) que ha de existir entre las cosas cuando se reparten entre varias personas [...]. El derecho reasienta fuera de la razón humana, preexiste a la conciencia que tenemos de él.⁴⁹

El método para conocer ese derecho natural y para derivar de él al derecho positivo será el dialéctico, que se apoya en la observación de la realidad y las costumbres, y que a través del cotejo de opiniones alcanza las definiciones de lo que es la cosa disputada (que Aristóteles llama *oroi*).

Villey también critica los intentos de derivar soluciones jurídicas a partir de la *sindéresis* o principios generalísimos de la ley natural.

⁴⁷ *Ibíd.*, pág. 165.

⁴⁸ VILLEY, M.: *Compendio de Filosofía del Derecho*, ob. cit., t. I, pág. 138.

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 153 y 154.

Una vez que el jurista logra sacar a la luz lo justo oculto en la naturaleza de las cosas,

el destino normal del derecho es el de convertirse en derecho positivo [...] la filosofía del derecho natural ha engendrado en la historia al derecho positivo,⁵⁰

por eso Villey repite con Sabino que la ley viene después del derecho, aunque la autoridad de esas reglas generales escritas se establece por su origen, que es ante todo jurisprudencial, pero el derecho no se agota con las leyes porque

el intérprete, ayudándose de las leyes, iba más lejos de las leyes, continuaba el trabajo del legislador.⁵¹

Un mayor esfuerzo por aventar objeciones filosóficas y lógicas es el realizado por Kalinowski, quien argumenta que gracias al intelecto del que está dotado el hombre, es capaz de llegar al conocimiento de sus inclinaciones naturales y de los fines a los que corresponden y hacia los cuales se orientan , pues

esas inclinaciones comportan una carga axiológica y normativa que su intelecto práctico, que ejerce su función cognoscitiva en vistas a la dirección de la acción, aprehende, emitiendo los juicios, estimativos o normativos, que corresponden según el caso. Es evidente que las inclinaciones humanas en cuestión son naturales en el sentido más estricto y por lo tanto buenas, sólo porque son “esenciales”, es decir, expresivas de la esencia del hombre en la cual están ancladas [...]. La esencia de un existente es la medida del ser impartido a éste y es por ello que un comportamiento conforme a la esencia de un existente acrece su ser, mientras que un comportamiento contrario lo disminuye. Esto explica por qué las inclinaciones naturales, siendo esenciales, son buenas y por qué [...] es el conocimiento del ser el que condiciona en primer lugar el conocimiento del bien.⁵²

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 222.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 233.

⁵² KALINOWSKI, G. : “*Sur la muabilité du concept de nature et l’inmuabilité de la loi naturelle*”, en *Das Naturrechtsdenken, heute und morgen*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983, pág. 50.

Entonces, el derecho natural para el pensador polaco consiste en esas proposiciones normativas hechas evidentes a partir del conocimiento de la naturaleza humana; así, el derecho natural, en razón de esa esencia o naturaleza humana, es

en sus principios, el mismo para todos y absolutamente inmutable [...]. Sólo las aplicaciones de estos principios varían al compás de las circunstancias.⁵³

Los planteos de Finnis, a tenor de sus propias palabras, son el rechazo del recurso a la metafísica o a la antropología; lo decisivo no es una supuesta conformidad con la naturaleza humana sino con lo “razonable”, de manera que para poder pronunciarnos sobre la moral o lo justo partimos de los primeros principios de la ley natural (o formas básicas del bien humano), que son premorales, evidentes e indemostrables, y cualquiera que tenga uso de razón puede captarlos de manera inmediata o por *simplici intuitu*, sin inferencia ni derivación de nada.

4.7. El saber jurídico como saber práctico

Un clasificador decisivo del saber es aquel que distingue entre saber teórico y práctico,⁵⁴ dado que las posibilidades y métodos de uno y otro son diferentes; por eso, con insistencia, Aristóteles advertía que

no se ha de buscar el rigor por igual en todos los razonamientos [...] porque es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimiento en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión como reclamar demostraciones exactas a un retórico.⁵⁵

⁵³ KALINOWSKI, G.: “*Sur l’emploi métonymique du terme ius par Thomas d’Aquin el sur la muabilité du droit naturel selon Aristote*”, en *Archives de Philosophie du Droit*, nº 18, Paris, Sirey, 1973, págs. 337-338.

⁵⁴ L. E. PALACIOS escribe: “No creo que pueda hallarse una división más radical, primitiva y general [...] que la división del conocimiento humano en teórico y en práctico [...]. La palabra teórica proviene de teoría, y el vocablo práctico se origina en praxis, y estas dos voces, teoría y praxis, son, como se sabe, un legado del pueblo griego. Sus equivalentes latinos son los términos especulativo y operativo, que proceden uno y otro de especulación y operación, aunque luego precisa cuatro ámbitos del conocimiento”. *Filosofía del saber*, Madrid, Gredos, 1962, págs. 157 y ss.

⁵⁵ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, I, 3, 1094, b 12.

En cuanto a la caracterización del saber práctico, la escuela en estudio ha privilegiado al objeto y al fin, en tanto el mismo refiere a conductas propiamente humanas que son estudiadas no con propósito contemplativo o descriptivo sino para regularlas o valorarlas.

Sin embargo, la diferenciación también puede apoyarse en la universalidad o singularidad del conocimiento, su necesidad o contingencia, el método para conocer, las características de la verdad, etcétera. Si bien existen conocimientos pura y simplemente (*simpliciter*) teóricos en tanto su objeto es puramente especulable y no pueden proyectarse en regulación de la praxis humana (por ejemplo, la astronomía o las matemáticas), y conocimientos pura y simplemente prácticos en tanto refieren intrínsecamente a conductas y a su regulación (por ejemplo, el saber propio de los jueces en orden a la resolución de sus causas), existen también conocimientos que, desde algún punto de vista (*secundum quid*), son teóricos y, desde otro, prácticos (por ejemplo, la ciencia jurídica, pues ella es en última instancia e intrínsecamente práctica en tanto se ocupa de justificar o criticar axiológicamente normas reguladoras de conductas jurídicas, pero también puede cumplir una función teórica de descripción o sistematización de las mismas).

La practicidad del saber es algo variable en intensidad y así ella aparece debilitada o en su mínima expresión en el plano de los primeros principios que coinciden con los fines más universales del obrar humano en cuanto orientado a procurar el bien y la consiguiente felicidad; y también ese saber alcanzará su máxima practicidad en el plano de las conductas concretas y contingentes, donde, consiguientemente, se encontrará más debilitada tanto la necesidad como la certeza del mismo.

Entre esos dos extremos, aparece un saber con una practicidad intermedia en tanto no llega a la intensidad que alcanza en el saber prudencial de las conductas históricas, pero es mayor que el filósofo centrado en aquellos primeros principios, pues en este plano intermedio –que podríamos llamar científico– su objeto será definir normas o directivas de conductas que se inferirán o determinarán desde aquellos principios. Este proceso, que acompaña al saber práctico dirigido a alcanzar su mayor practicidad con la consiguiente pérdida en la universalidad, necesidad y acentuación del carácter probable de la certeza que suministra, está expresamente reconocido por el Aquinate:

La razón práctica se ocupa de cosas contingentes, que son el ámbito de las acciones humanas, y por eso, aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tanto más defectos encontramos [...]; respecto de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es idéntica en todos los hombres ni, en aquellos en los que es, igualmente conocida.⁵⁶

Por supuesto que la caracterización precedente del saber práctico vale exactamente para el saber jurídico, dado que éste tiene centralmente por objeto conductas humanas sociales a las que procura dirigir las, asesorar las o valorar las, y para ello requiere del recurso a la justicia no sólo particular, sino fundamentalmente la referida al bien común. Ese conocimiento jurídico tiene diferentes niveles de practicidad, y así ella estará disminuida en el plano de los primeros principios de la juridicidad natural, pero luego se acentuará en el plano de las normas y principios derivados de los anteriores, en donde aparecerán conductas perfiladas genéricamente, y alcanzará dicho saber su más completa practicidad en el plano de las normas y juicios que tienen por objeto conductas concretas e históricas. A medida que aumenta la practicidad del saber jurídico, va disminuyendo su universalidad y necesidad y, consiguientemente, la verdad práctica que se va obteniendo crece en probabilidad, lo que expresamente es destacado por Tomás de Aquino:

Acerca de los actos humanos sobre los que versan los juicios y son exigidos los testimonios, no puede darse una certeza demostrativa, ya que dichos actos tienen por objeto cosas contingentes y variables, y, por lo tanto, es bastante la certeza probable, que alcance la verdad en la mayoría de los casos.⁵⁷

Reconstruyendo esos diferentes niveles en un ejemplo que trae el mismo Aquinate, señalemos: que en el juicio que manda respetar lo suyo de cada uno contamos con universalidad y necesidad; luego inferimos la norma que manda devolver los depósitos por parte del depositario al depositante y que luce con una mayor practicidad que

⁵⁶ TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 4.

⁵⁷ *Ibid.*, II-II, q. 70, a. 2.

el principio anterior en tanto juegan variables tales como de quién es lo depositado, quién es depositante y depositario legitimado, etcétera; y finalmente, tenemos el terreno de las conductas concretas y así nos podemos encontrar con que el depositante pide el arma dada en depósito para matar al depositario, y por ende, en tal situación debe hacerse prevalecer el bien de la vida, que es superior al respeto de lo acordado.

Villey adopta una posición muy particular y casi solitaria en cuanto al saber jurídico, en tanto lo identifica con “enunciados en indicativos, verdades sobre el ser” que expresan no lo que debe ser sino lo que “es” justo, pero simultáneamente señala que su método es el “dialéctico”, o sea, una investigación dialogada de hombres experimentados en el arte del derecho, el que transita entre la ciencia y la retórica. Los representantes de la escuela no han dudado sobre la practicidad del saber jurídico; y así también Finnis inequívocamente adscribe el saber jurídico a la razonabilidad práctica y a sus nueve exigencias, pues ella es uno de los bienes humanos básicos y el método mismo del derecho, la política y la moral. En consecuencia, para el profesor de Oxford, en el saber jurídico exhaustivo hay descripción junto a la valoración.

4.8. Los distintos tipos de saberes jurídicos

Una de las características del pensamiento jurídico de la modernidad será su obsesión científicista, y así la iusfilosofía quedará descartada por ocuparse de objetos metafísicos e irracionales o subjetivos, como también se descarta el saber y la razón en el momento creador del derecho en el que se adscribe –tanto en la norma jurídica general como en la norma individual judicial– con exclusividad a la voluntad. El iusnaturalismo clásico frente a las tentaciones verificadas en la historia del pensamiento por los reductivismos, ora filosóficas (hegelianismos), ora científicas (positivismos clásicos) u ora jurisprudencialistas (realismo norteamericano), reivindica la diversidad y la unidad propia de los diferentes saberes. En la escuela bajo estudio resulta central el papel que se le asigna a la iusfilosofía a los fines de afrontar problemas tales como: a) el del concepto del derecho o problema ontológico jurídico, es decir, qué es el derecho o la pregunta por el “ser” del derecho; b) el problema de la justicia, o en terminología más moderna: el problema axiológico jurídico, o sea, aquello que

hace valer al derecho y que permite distinguir entre el mejor y peor derecho; c) el problema gnoseológico jurídico, cuyo objeto será dilucidar las características, posibilidades y especies del saber jurídico; d) el problema lógico jurídico referido al análisis de las estructuras lógicas a las que recurre el derecho y e) el problema del lenguaje jurídico o semiótica jurídica. Esta enumeración lejos está de ser canónica en la escuela, e incluso muchas veces los problemas aparecen no diferenciados sino absorbidos por alguno de ellos; pero de todas maneras, estimamos que es posible el abordaje de cada una de las referidas cuestiones reivindicando la especificidad que marcan las fuentes filosóficas del iusnaturalismo ontológico.

También está fuera de discusión el reconocimiento que la escuela hace del saber prudencial jurídico, en tanto encargado de buscar, determinar y mandar la conducta justa de ese sujeto en ese tiempo y lugar. Quizás lo que importe destacar es que si bien la prudencia remite a la razón práctica, aquí está también presente no sólo la voluntad sino también la experiencia; y a este respecto recurramos a la autorizada palabra de Santiago Ramírez:

como el conocimiento de los singulares se obtiene por los sentidos y por la experiencia, resulta que la prudencia se funda esencialmente en la experiencia de la vida y de los hombres.⁵⁸

Para que haya actos de justicia, o sea conductas que le den o no le saquen al otro lo que es suyo o lo justo, se requiere la presencia de la prudencia que nos permite conocer qué es lo suyo de cada uno. El saber prudencial en tanto saber práctico, como todo el saber jurídico, supone diálogo (dialéctica, diría Villey) y presencia de los valores junto a las demás fuentes adonde los juristas van a buscar el derecho; pues siendo su objeto la dirección de la conducta jurídica absolutamente singular y concreta, la certeza que la prudencia posibilita es “intelectual-afectiva”.⁵⁹

La perspectiva epistemológica propia de la ciencia jurídica, en tanto diferenciada de la filosofía, ha sido en la escuela objeto de grandes polémicas. No han faltado voces que directamente niegan o debi-

⁵⁸ RAMÍREZ, S.M.: *La prudencia*, Madrid, Palabra, 1978, pág. 46.

⁵⁹ *Ibíd.*, pág. 198.

litan sensiblemente ese nivel gnoseológico (Fernández Alonso, Ramírez, Lachance, Casaubón, etc.).⁶⁰ Precisamente, Villey también participa de aquella visión desconfiada hacia la ciencia jurídica que precisaba el fin del derecho y al arte jurídico de la dialéctica que definía el derecho de cada uno. Sin embargo, autores como Martínez Doral se han esforzado por establecer la diferenciación entre filosofía jurídica, ciencia jurídica y prudencia jurídica, e incluso alude a que la “cultura jurídica” consistiría en la unidad y síntesis de esos tres modos de conocimiento jurídico.⁶¹ Massini, asumiendo una concepción analógica de la ciencia, admite la posibilidad de una ciencia jurídica en la medida que se estudie crítica y valorativamente el derecho positivo desde la perspectiva de los principios jurídicos universales, o sea, un saber que dependerá de la filosofía jurídica en tanto debe asumir esos principios, pero que también resultará

explicativo en la medida en que descubra las causas de las realidades jurídicas y universal, en cuanto trascienda la contingencia y singularidad de un sistema jurídico determinado.⁶²

Por parte de Finnis, su perspectiva gnoseológica es amplia y variada. Así apela a la colaboración entre la filosofía práctica y la ciencia social descriptiva, y en el caso del derecho, hay una atención privilegiada sobre los aspectos técnicos-procedimentales, de modo que el “punto de vista interno” del *spoudaios* no sólo necesita de filosofía sino que requiere conocer el derecho positivo y vigente de la sociedad en la que se pronunciará.

El iusnaturalismo ontológico tiene todo el espacio que le brinda la analogía y su vocación realista, para aceptar diversos tipos de saberes sobre el derecho sin reductivismos excluyentes, al margen de los acentos y presencias gnoseológicas inexorables.

⁶⁰ Cf. LAMAS, F. A.: *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, cap. VII.

⁶¹ MARTÍNEZ DORAL, J. M.: *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963, pág. 158.

⁶² MASSINI CORREAS, C. I.: *La prudencia jurídica*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág. 119.

5. Objeciones principales al iusnaturalismo clásico

Después de tanto debate, no pueden haber dudas de que iusnaturalistas e iuspositivistas conocen sus fortalezas y debilidades. Lo que se impone es una actitud no soberbia y dispuesta al diálogo racional. Esta disposición tan raigalmente académica, lejos está de presuponer convicciones débiles; por el contrario, son esas convicciones las que alientan a la confrontación con el propósito de que el otro acepte las razones que se esgrimen. Con ese ánimo sincero y dialógico, puntualicemos en este alegato iusnaturalista algunas de las más fuertes y principales objeciones de las que debemos defendernos:

5.1. Dudosa convicción democrática: El hablar con la convicción de que se habla desde la verdad puede suponerse que no se está dispuesto a tolerar al “error” que los otros sustentan. Sin embargo, esa consecuencia no sólo no está exigida por el presupuesto, sino que la experiencia de la humanidad revela que también relativistas han resultado totalitarios e intolerantes con la opinión de los otros. Concedemos que la historia confirma más fácilmente la presencia de objetivistas intolerantes y poco democráticos. De todas maneras, insistamos en que al menos desde la teoría pareciera más coherente con el objetivismo la construcción de una democracia sólida, dado que el relativismo o el escepticismo suponen reglas frágiles que pueden ser cambiadas sin dificultad o que están subordinadas a la nueva e imprevisible decisión individual o colectiva. Kalinowski ha explicado la debilidad que conlleva hablar de normas obligatorias que tienen tal carácter porque así yo o esta sociedad lo han determinado, pues en tal lógica una nueva decisión puede cambiar totalmente el contenido obligatorio normativo.⁶³ Cuando se reconoce un límite infranqueable

⁶³ Cf. KALINOWSKI, G.: “*Obligations, permissions et normes. Réflexions sur le fondement métaphysique du droit*”, en *Archives de Philosophie du Droit*, nº 26, Paris, 1981, pág. 339. Carlos NINO impugna políticamente al escepticismo ético: “Una cosa es que haya indeterminaciones en materia ética y que no pueda en este campo, como en otros, alcanzarse una certidumbre absoluta, y otra muy distinta es que no haya una verdad moral objetiva. Lo primero es [...] lo que permite justificar a la democracia como un sucedáneo imperfecto pero operativo del discurso moral; lo segundo, en cambio, excluye la justificación de la democracia, o de cualquier otro arreglo social, y nos coloca a los demócratas en la posición de enfrentar al totalitarismo con nuestras manos en lugar de hacerlo a través de la discusión” (“La concepción de Alf Ross sobre los juicios de justicia”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, nº 3, pág. 74).

para toda decisión válida, aun aquella mayoritaria, se está simultáneamente reconociendo la posibilidad de desconocer jurídicamente aquello mandado contra lo indisponible (se llame derecho natural o se prefiera el moderno nombre de “derechos fundamentales”); por eso ya en el Aquinate aparece postulado el derecho de resistencia contra el tirano:

Si un pueblo tiene derecho a darse un rey, el mismo pueblo puede justamente deponerlo o refrenar su autoridad, si abusa tiránicamente del poder real [...] no comportándose fielmente en el gobierno del pueblo tal como exige su deber, los gobernados no guardan el pacto con el contraído.⁶⁴

Inspirado en esas fuentes clásicas, Ollero categóricamente concluye: “ningún derecho natural sin democracia, ninguna democracia sin derecho natural”.⁶⁵

Recordemos que la teoría jurídica villeyana remite las exigencias del todo social no al derecho sino a la política y, por ende, aquéllas no son cuestiones que atañen a los juristas. Finnis, por su parte, no ha dudado en defender “absolutos morales”, o sea, “normas morales negativas” que “obligan siempre y en cada situación”, reconociendo un cierto paternalismo político que en su última obra *Aquinas* resulta debilitado hasta quedar muy cercano al *harm principle* de Stuart Mill. Massini efectúa una buena síntesis del pensamiento de la escuela en cuanto a la “moral” posible de ser mandada por el derecho:

no es propio de la ley jurídica prohibir y castigar todos los vicios, sino sólo: 1) los más graves; 2) los que perjudican a los demás; 3) aquellos sin cuya prohibición la sociedad humana no podría mantenerse; 4) aquellos cuya prohibición no acarree males mayores; y 5) todo ello ha de hacerse de modo gradual y progresivo, teniendo en cuenta el tenor moral de la sociedad a la que ha de aplicarse la ley.⁶⁶

Sintetizando, digamos que en términos políticos el Aquinate auspiciaba que “todos participen en el ejercicio del poder, pues así se lo-

⁶⁴ TOMÁS DE AQUINO: *El Régimen Político*, lib. I, cap. 7.

⁶⁵ OLLERO TASSARA, A.: “La eterna rutina del positivismo jurídico”, art. cit., pág. 264.

⁶⁶ MASSINI CORREAS, C. I.: *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Abaco, 1998, pág. 99.

gra la paz del pueblo”, y ese protagonismo de la comunidad llega a tener una significativa proyección jurídica al reconocerle carácter derogatorio a la costumbre:

El consentimiento de todo el pueblo, expresado por una costumbre, vale más en lo que toca a la práctica de una cosa que la autoridad del soberano, que tiene facultad de dictar leyes sólo en cuanto representante de la multitud.⁶⁷

5.2. La filiación católica

Confesaba Spinoza que mientras los escolásticos partían de las cosas, Descartes lo hacía desde el sujeto, y él tomaba a Dios como punto de partida. No se equivocaba el autor de la *Ethica ordine geometrico*, al menos en cuanto al Aquinate, dado que cualquier sobrenaturalidad del objeto de la filosofía es ajena al discurso filosófico, y esta peculiaridad del tomismo frente al agustinismo lleva a Muñoz Alonso a afirmar:

Tomás de Aquino y Agustín son dos pensadores teológicamente idénticos, pero filosóficamente irreconciliables.⁶⁸

Destaca Sicaa que en las enseñanzas del Aquinate “no hay género alguno de servidumbre de la filosofía respecto de la teología” y agrega:

la autonomía que Santo Tomás reconoce al saber humano en general y a la filosofía, saber fundamental, es completa; tiene en sí misma sus principios, no acepta nada dogmáticamente por autoridad, admite sólo que es evidente o está lógicamente probado; es decir, es conocimiento crítico y comunicable, de donde concluye que Tomás constituye “el nacimiento de la conciencia laica”.⁶⁹

⁶⁷ TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, I-II, q. 97, a. 3.

⁶⁸ MUÑOZ ALONSO, A.: “El hombre en el pensamiento de Agustín y Tomás de Aquino”, *Atti del Congressazo Internazionale Tommaso d' Aquino nel suo settimo centenario*, t. 7, pág. 313.

⁶⁹ SCIACCA, M. F.: *Perspectiva de la metafísica en Santo Tomás*, Madrid, Speiro, 1976, pág. 37.

El derecho natural del tomismo no es para creyentes ni emplea verdades dogmáticas; a lo sumo, puede decirse con Graneris⁷⁰ que no es ateo pero tampoco confesional, en tanto puede vincularse a una religiosidad primera y genérica que se asume filosóficamente al hablar de, por ejemplo, un orden en la naturaleza:

es maravillosamente equilibrada, es laica pero no laicista: Santo Tomás reconstruyó los fundamentos de un orden temporal autónomo, de la justicia del orden jurídico, necesaria para el vigor del arte del derecho, que San Agustín dejó perder, pero todo ello sin sacrificar los fines espirituales del hombre; de ese modo, frente a la opinión agustiniana de que lo verdaderamente justo era sólo lo que surgía del Evangelio, la teología de Santo Tomás ha liberado a los juristas de la Europa cristiana de la dictadura de las fuentes bíblicas y destruido el clericalismo jurídico,

y categóricamente concluye:

He aquí lo que a mi entender, me enseña la *Suma [Teológica]*: que los partidarios actuales del clericalismo jurídico estarían equivocados al invocar el patronato de Santo Tomás.⁷¹

Igualmente, el testimonio de Finnis en su principal obra (*Natural Law and Natural Rights*), dejando para el último capítulo el problema de Dios, habla de que ese iusnaturalismo clásico no necesita hacer explícito ni llegar a la última causa –lo que en Aristóteles fuera de toda creencia religiosa era el Motor inmóvil– para poder explicar esa juridicidad indisponible que podía conocer cualquier hombre.

En la explicación de Kalinowski,⁷² la ley natural se puede decir

⁷⁰ GRANERIS, G.: *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 96.

⁷¹ VILLEY, M.: *Compendio de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 136; *El pensamiento ius-filosófico de Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, Gherzi, t. VIII, pág. 142.

⁷² KALLINOWSKI, G.: *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979, pág. 118; *Initiation a la philosophie morale*, Paris, SEI, 1966, págs. 119 y ss.

post naturam hominis, en el espíritu humano, bajo la forma de juicios inferidos a partir de su naturaleza específica,

la que remite a *in natura hominis* y finalmente *ante natura hominis*, pero aun esta investigación no requiere de la fe o la revelación dado que el hombre con su razón puede comprender su naturaleza y sus potencialidades. Aun cuando se pueda admitir que el realismo jurídico clásico conlleve esa religiosidad implícita a la hora de reconocer la presencia de un orden en la naturaleza, lejos está de privar de autonomía a lo jurídico y, en consecuencia, resulta inaceptable el rótulo de católica, dado que, al margen de intenciones, supone confundir el plano de la fe con la razón.

5.3. El antisistematicismo

La preocupación por el sistema jurídico se suscita especialmente por Savigny en su propósito de fundar la moderna ciencia jurídica, y será Kelsen con su pirámide el que logrará en buena medida cubrir muy acabadamente las exigencias que traía la reconstrucción sistémica del derecho: unidad, completitud, jerarquía, coherencia y economía. El iusnaturalismo, con su preocupación por la equidad y la justicia, ha debilitado el interés por el sistema, dado que finalmente él sucumbirá cuando la solución valiosa así lo exija.

Pensadores del realismo clásico influidos por la hermenéutica – por ejemplo Ollero– han insistido en los “círculos hermenéuticos” que en definitiva relativizan la importancia del sistema en aras del caso y la tópica. Villey también ha sido muy crítico con los sistematicismos y ha privilegiado la solución jurídica que se crea y se inventa para los casos, llegando a confesar estar más cerca de la escuela del derecho libre. Finnis lejos está de ese casuismo y ha reivindicado la importancia de todos los aspectos procedimentales, formales y estructurales aportados por el moderno derecho.

Ha sido quizás Kalinowski el representante de la escuela que más aportó en el tratamiento del tema, pues su obra *Metateoría del sistema normativo*⁷³ es un esfuerzo lógicamente riguroso para describir la

⁷³ Cf. KALINOWSKI, G.: *Metateoría del sistema normativo*, Mendoza, Idearium.

estructura del derecho sin perder de vista su fundamento metafísico; así, el pensador polaco se propone estudiar la estructura de

las reglas del obrar [que] forman un todo coherente, un sistema, [con] sus normas primarias y secundarias; sus reglas lingüísticas (reglas de vocabulario y reglas de sintaxis) y sus reglas de admisión de las normas primarias y secundarias.

Respecto de estos dos últimos tipos, cabe destacar la “evidencia analítica” en el caso de admisión de las primarias, y en cuanto a las reglas secundarias, hay de dos grupos: las reglas lógicas deductivas y las reglas propias o específicas del sistema normativo referido.

La vocación logicista de otras escuelas, por ejemplo la analítica, ha llevado muy lejos los análisis sistémicos. Por supuesto que el realismo jurídico clásico se mueve más cómodo en otros temas más sustanciales, pero de todas maneras, la escuela tiene aportes significativos como el de Kalinowski, que muestra la posibilidad de receptar aquellos estudios sin alterar las convicciones centrales de la escuela. Del recordado profesor polaco también podemos mencionar al respecto su *Lógica del discurso normativo*, en donde pretende

dar a conocer la lógica deóntica *sensu* largo, casi totalmente ignorada todavía fuera del muy limitado círculo de los especialistas y que sin embargo merece ser conocida más ampliamente, en particular por los moralistas y los juristas y, en general, por todos aquellos que tienen que inferir a partir de normas o que las estudian desde cualquier punto de vista.⁷⁴

Hablando de lógica y de analítica, incluyamos aquí la imputación de desinterés por el “lenguaje”, la que si bien puede valer en términos tradicionales, pensamos que la escuela ha comenzado a reaccionar en ese terreno en donde una vez más debemos mencionar a Kalinowski⁷⁵ y a Beuchot.⁷⁶

⁷⁴ KALINOWSKI, G.: *Lógica del discurso normativo*, Madrid, Tecnos, 1972, pág. 18.

⁷⁵ Entre las diferentes obras de interés para el problema del lenguaje de G. KALINOWSKI, mencionemos “*Loi juridique et loi logique. Contribution a la sémantique de la loi juridique*”, en *Archives de Philosophie du Droit*, n° 25, Paris, Sirey ; *Semiotique et Philosophie*, Paris-Amsterdam, Hades Benjamins, 1985; etc.

⁷⁶ Las obras de M. BEUCHOT referidas al problema del lenguaje son muy numerosas y en buena medida su filosofía se ha alimentado de dicha cuestión; al respecto,

Quizás como contraargumento tendiente a justificar aquel interés actualmente disminuido por el sistema, vale la pena recordar a Bobbio en sus estudios por una teoría funcional del derecho,⁷⁷ y por supuesto los aportes de la tónica de Viehweg y también los de Canaris definiendo el sistema como “un ordenamiento axiológico o teleológico de principios generales del derecho”.⁷⁸

5.4. El riesgo de falacia

El iusnaturalismo tradicional, quizás por una especie de autismo académico, no prestó demasiada atención a las críticas de Hume o Moore que lo denunciaban por incurrir en ese error lógico de derivar prescripciones o juicios de deber ser desde descripciones o juicios del ser. Así, en Villey no encontramos un tratamiento exhaustivo y puntual de aquel ataque lógico típicamente analítico, aunque la escuela siempre destacó las peculiaridades del ser o naturaleza en cuanto cargada de normatividad; y así, por ejemplo, argumenta Beuchot:

en el ser hay una carga de deber ser, que en la descripción de la naturaleza humana hay una virtualidad de prescripción, es decir, en la misma ontología hay deontología, pues la metafísica está cargada de ética, así sea germinal o potencialmente.⁷⁹

Cotta, apoyándose en Husserl, también ha rechazado la posibilidad de falacia:

cf. *Elementos de Semiótica*, México, Universidad Veracruzana, 1993; *La hermenéutica analógica: hacia un nuevo orden de racionalidad*, México, Plaza y Valdés Editores, 2000; etc. A los fines de un análisis semiótico en clave de la filosofía realista clásica puede consultarse con provecho CONESA, F. y NUBIOLA, J.: *Filosofía del lenguaje*, Barcelona, Herder, 1999.

⁷⁷ Cf. mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas* (Ross, Hart, Bobbio, Dworkin, Villey), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, págs. 125-166.

⁷⁸ CANARIS, C-W.: *El sistema en la Jurisprudencia*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pág. 55.

⁷⁹ BEAUCHOT, M.: “Naturaleza humana y ley natural como fundamentos de los derechos humanos”, en MASSINI CORREAS, C. I.: *Iusnaturalismo actual*, ob. cit., pág. 18.

La justificación de una norma —o sea, del enunciado que establece, de un modo prescriptivo o constitutivo, un deber, una obligación— encuentra un primer fundamento válido en el plano de lo fáctico. En este plano no se cae bajo la acusación de “falacia naturalística” que sin duda es válida en el plano proposicional, donde, en efecto, no es posible transformar una proposición deóntica o del deber ser, o más bien del deber hacer. Pero en la vivencia concreta de la experiencia personal, todo deber ser es asumido por el “yo” con una referencia, más o menos lúcida, a la realidad de las necesidades cuya satisfacción es considerada esencial para el perfeccionamiento de uno mismo, para la superación de la propia indigencia individual. Esta realidad es el elemento alético en el que se funda subjetivamente la fuerza obligatoria del deber [...] características ontológicas del hombre, que revelaba la relacionalidad coexistencial del mismo. Y ésta constituye la verdad del ente-hombre sobre la que se fundan los deberes objetivos (o sea, válidos para todo individuo humano) más allá de la obligatoriedad puramente subjetiva.⁸⁰

Es sin duda la “nueva escuela anglosajona del derecho natural”⁸¹ la que asume aquel frente de ataque en torno a la *naturalistic fallacy* y de manera puntual se da un amplio esfuerzo para repelerlo. Seguramente, el enclave anglosajón de esa escuela y los antecedentes analíticos de algunos de sus miembros hayan contribuido a brindar a la objeción en estudio una atención privilegiada. Por supuesto que al mismo Finnis le cupo un papel central en esa polémica, y al respecto argumenta categóricamente:

El Aquinate afirma tan claramente cómo es posible que los primeros principios de la ley natural, que especifican las formas básicas del bien y del mal, y que pueden ser adecuadamente aprehendidos por cualquiera que esté en la edad de la razón (y no sólo por los metafísicos), son per se nota (autoevidentes) e indemostrables. Ellos no son inferidos de principios especulativos. No son inferidos de hechos. No son inferidos de proposiciones metafísicas acerca de la naturaleza humana [...]. No son inferidos o derivados de nada. Ellos son primarios o no-derivados (pero no innatos).⁸²

⁸⁰ COTTA, S.: “Para una revisión de las nociones de iusnaturalismo y de derecho natural”, art. cit., pág. 41.

⁸¹ Cf. MASSINI CORREAS, C. I.: “La nueva escuela anglosajona del derecho natural”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, R. (coord.): *Las razones del derecho natural*, ob. cit.

⁸² FINNIS, J.: *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pág. 34.

No hay ideas innatas sino que los primeros principios de la ley natural –en especial el primero de todos: el bien debe hacerse y el mal evitarse– son aprehendidos como proposiciones deónticas de manera evidente al contacto de la experiencia de índole práctica por parte de cualquiera que conozca el significado de las realidades designadas en esas proposiciones. El primer principio permanece en la estructura interna de la totalidad de los principios y proposiciones prácticas y, de ese modo, todos ellos ordenarán el obrar humano hacia un bien, determinado en mayor o menor medida. Se respeta dentro del silogismo práctico que tiene por objeto el pronunciamiento sobre el *status* deóntico de una conducta determinada, la exigencia que la lógica enseña de que la conclusión debe seguir a la premisa más débil, que es el primer principio.⁸³

5.5. El debilitamiento de la norma y la seguridad jurídica

Ya recordamos que Villey se complacía en repetir con Sabino que el derecho no surgía de la norma sino que ésta venía después de aquél, y así el derecho se construía en los casos, o sea, jurisprudencialmente. El pensador francés asimilaba a las normas con el intento de identificación del derecho con la moral; ésta efectivamente regulaba conductas y no distribuía cosas. Precisamente Kalinowski, recurriendo a las mismas fuentes que Villey, en especial a Tomás de Aquino, ha reivindicado para el derecho a la norma que si bien no es el derecho, es “cierta razón del mismo”, pues

la ley es una de las causas del derecho y determina lo justo, es tan importante cultivar la filosofía y las ciencias de la ley como la filosofía y las ciencias de lo justo. Y porque el mismo término derecho designa hoy a la ley y a lo justo, estamos autorizados a dar el nombre de filosofía del derecho a la filosofía del uno y del otro. Pero en razón del vínculo exis-

⁸³ Cf. GRISEZ, G.: “*The first principle of practical reason*”, en *Aquinas: a Collection of Critical Essays*, London, Mac Millan, ed. Anthony Kenny, 1969; FINNIS, J., GRISEZ, G. y BOYLE, J.: “*Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends*”, en *The American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame Law School, Notre Dame - Indiana, 1987, vol. 32; MAC INERNY, R.: *The Moral Philosophy of Thomas Aquinas*, Washington, The Catholic University of America Press, 1988; KALINOWSKI, G.: “Introducción a la lógica jurídica”, ob. cit.

tente entre lo justo y la ley, incumbe a la filosofía del derecho (en el sentido contemporáneo y amplio de la palabra) tratar, en primer lugar, a la ley y solamente en segundo término al derecho entre los efectos de la ley.⁸⁴

Con similar orientación al pensador polaco se han pronunciado Graneris, Lachance u Olgiati,⁸⁵ afirmando que la ley o la norma es la causa o la madre del derecho. Es ésa también la opinión de Finnis cuando reconoce en las normas un papel insustituible y creador del derecho; en especial, en las leyes positivas, en las que ve el “significado focal” de ley, y no en la ley natural, que sólo por analogía puede ser llamada ley.

Pero en el ámbito de la escuela, no sólo se ha dado esa polémica en torno a la ley y/o el derecho, sino también hay autores que han privilegiado la expresión del derecho a través de principios más que a través de las normas, así el caso de Ollero,⁸⁶ y en consecuencia, en esa visión principialista frente a la visión normativista han encontrado el acompañamiento de autores ajenos a la escuela como Alexy o Dworkin, que auspician teorías no positivistas o de reconocimiento de la presencia en el derecho del contenido moral que tienen los principios.

Por supuesto que esa perspectiva anti-normativista, principialista o axiologista genera el temor de afectar la seguridad jurídica o la previsibilidad de las soluciones jurídicas, sobre la base de la inercia instalada por el modelo exegético de asociar la seguridad a la norma general dictada con anterioridad al caso que debe resolverse. Dejemos de lado la experiencia contrastante del mundo anglosajón, donde la sociedad no sufre la angustia de la imprevisibilidad por carecer de normas generales, y detengámonos en señalar tres precisiones: a) frente a la tensión entre seguridad y justicia está claro que ésta prevalece de manera que frente a la injusticia extrema no hay ningún valor jurídico, tampoco la seguridad y ni siquiera el derecho; b) el carácter analógico de la justicia permite avalar que una norma ge-

⁸⁴ KALINOWSKI, G.: “Lex et ius”, ob. cit., pág. 291.

⁸⁵ Cf. mi libro *Las causas del derecho*, ob. cit., págs. 25 y ss.

⁸⁶ Cf. en particular OLLERO, A.: *La eterna polémica del derecho natural*; y también mi libro *Los principios jurídicos*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

neral puede ser justa como tal y que sin embargo se concreten excepciones a la misma por razones de equidad, en vista a la justicia de “ese” caso peculiar y c) si bien la seguridad para algunos representantes de la escuela pierde identidad y queda asimilada al bien común, otros, entre los que me cuento,⁸⁷ hemos revalorizado la importancia de la seguridad jurídica que la modernidad nos permitió reconocer en toda su magnitud.

5.6. Ahistoricidad o inmovilismo jurídico

No se equivoca Bobbio al sostener que frente al derecho natural “el positivismo jurídico se ha valido de la crítica historicista”,⁸⁸ y así Kelsen ha subrayado ese dualismo a que lleva el iusnaturalismo entre “naturaleza y supernaturaleza, entre lo natural y lo sobrenatural, lo empírico y lo trascendente, el más acá y el más allá”.⁸⁹ No obstante que en algún caso puede encontrar pie esa crítica de un derecho natural fuera del tiempo y del espacio, creemos que predomina en la escuela una respuesta que asume de algún modo la historicidad. En efecto, Vallet de Goytisolo confirma que:

Nada tiene, pues, de estático el derecho natural en su concepción clásica, no por razón de las mutaciones operadas en el mundo en que vive el hombre, ni por los cambios sufridos en la propia moral de éste.⁹⁰

Y Graneris concluye: “El Código eterno e inflacionista está fuera de nuestro pensamiento tradicional”.⁹¹ Es que en sintonía con el Aquinate, la escuela distingue, por un lado, los primeros principios de la razón práctica que al expresar los bienes humanos básicos o los

⁸⁷ Cf. mi artículo “Aproximaciones a la Seguridad Jurídica”, en *Derechos y Libertades*, Universidad Carlos III de España, año III, n° 6 (incluido en mi libro *Interpretación Jurídica*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999).

⁸⁸ BOBBIO, N.: *El problema del positivismo jurídico*, ob. cit., pág. 72.

⁸⁹ KELSEN, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979, pág. 14.

⁹⁰ VALLET DE GOYTISOLO, J.: *En torno al Derecho Natural*, Madrid, SALA, 1973, pág. 32.

⁹¹ GRANERIS, G.: *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 9.

finés esenciales o constitutivos de la naturaleza humana, resultan universales y comunes a todos los hombres, y, por el otro, los principios segundos o derivados, en donde ya se resiente la universalidad y la certeza del conocimiento atento al condicionamiento histórico. Villey, simplificando quizás demasiado, ha escrito:

Si el primer principio abstracto de la razón práctica es universal (*bonum faciendum, malum vitandum est*), desde el momento en que se arriba a las conclusiones provistas de un contenido jurídico, los preceptos dejan de ser inmutables y universales. Porque la naturaleza humana es mutable, es menester que el derecho también lo sea; homogénea con respecto al objeto medido [...]. Santo Tomás repite constantemente que el derecho es mutable y que ninguna regla jurídica es estable, ni del todo justa, ni perfectamente adaptada al objeto que pretende regular [...] el derecho es obra humana, profana, imperfecta, histórica.⁹²

La historicidad, aunque no el historicismo, está asumida plenamente en Finnis, lo que puede acreditarse desde la misma definición del derecho a partir de las “reglas producidas”, aunque recuerda que

hay normas de justicia que jamás pueden ser superadas o dejadas sin efecto, correspondientes a los derechos absolutos del hombre.⁹³

Un tratamiento delicado y matizado ha realizado al respecto Hervada, quien ha distinguido entre “derechos naturales primarios” (representan los bienes fundamentales de la naturaleza humana y los que corresponden a sus tendencias básicas) y “derechos derivados” (manifestaciones y derivaciones de un derecho primario):

la importancia de esta distinción radica en la diversa influencia que la historicidad tiene en unos y otros. Mientras que los derechos primarios son constantes y permanentes, los derechos derivados están sujetos a una mayor variabilidad en lo que respecta a su extensión, por cuanto dependen en mayor grado de las condiciones históricas.⁹⁴

⁹² VILLEY, M.: *El pensamiento iusfilosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Buenos Aires, Gherzi, t. VIII, pág. 140.

⁹³ FINNIS, J.: *Natural Law and Natural Rights*, ob. cit., pág. 288; y cf. *Moral Absolutes*, The Catholic University of America Press, 1991.

⁹⁴ HERVADA, J.: *Introducción crítica al derecho natural*, ob. cit., pág. 92.

Y también distingue entre “derechos naturales originarios” (proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma y, por lo tanto, son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana) y los “derechos naturales subsiguientes” (emanan de la naturaleza humana en relación con situaciones creadas por el hombre). Además, el profesor de Navarra se hace cargo de que

es históricamente variable la enumeración concreta de aquellas materias que constituyen derechos naturales

y esta variabilidad puede explicarse por: 1. una razón de conocimiento de la naturaleza humana; 2. la dimensión histórica que es propia de los derechos derivados y subsiguientes y 3. por los criterios científicos utilizados en la sistematización de los derechos naturales. La historia, aun cuando no afecte al título de un derecho natural, sí puede afectarlo en cuanto: a la modalidad (por ejemplo, el derecho al trabajo en la primera etapa de la vida es derecho al aprendizaje, luego es derecho a un trabajo y en la vejez derecho a la jubilación), a la eficacia (por ejemplo, hay una incapacidad natural que impide ejercer el título, o cuando el título se torna ineficaz por ausencia de objeto, o cuando el titular se coloca en situación de neutralizar la deuda que corresponde a su derecho) y a la medida (el entorno histórico influye por ejemplo sobre la cantidad y calidad de la educación o la salud). Sintetizando con Hervada:

La naturaleza humana es la esencia del hombre en cuanto principio de operación,

pues ella no está sujeta al cambio, dado que significaría cambio de la especie o transformación, pero por supuesto que la historia radica en la naturaleza aunque el cambio histórico no afecta a la misma;

lo justo natural –los derechos naturales– no sólo no son ajenos a la historicidad, sino que ésta es una dimensión suya. Y lo es de dos maneras: a) por ser derechos realmente existentes, son derechos que se tienen en el tiempo, en la historia; no son derechos supratemporales o intemporales, sino temporales e históricos, como inmersa en la historia está la persona humana; b) en cuanto, al suponer un ajustamiento en-

tre cosas o entre personas y cosas, el cambio les afecta, al cambiar personas y cosas.⁹⁵

5.7 La falta de rigor científico

Terminantemente, Alf Ross escribe:

la doctrina del derecho natural, a través de todas sus variaciones, se ha conservado esencialmente la misma. Su característica principal es un modo de pensamiento que, en todas sus fases –mágica, religiosa y filosófica-metafísica–, difiere radicalmente del punto de vista científico.⁹⁶

Por supuesto que en esa calificación de no científico está presente una noción de ciencia y de conocimiento en general, la que en última instancia niega su posibilidad en el campo de la praxis humana. Si la única verdad que se admite como tal es aquella que proveen las ciencias verificables o las lógicas-matemáticas, es indudable que se negará la verdad en el campo de lo jurídico, la política y la moral. Es elocuente el Prólogo de la “Teoría Pura del Derecho” en tanto Kelsen confiesa su propósito de “elevar” a la categoría de ciencia al conocimiento del derecho procurando “objetividad y exactitud”⁹⁷ a través de la descripción del mismo y dejando de lado los valores jurídicos.

Recordemos que en la década de 1970 se ha reconocido que la epistemología asiste a un “movimiento de rehabilitación de la razón práctica”⁹⁸ en donde sin duda el pensamiento aristotélico-tomista tiene un lugar. Una zona de conflicto trascendente entre iusnaturalismo e iuspositivismo ha sido el saber práctico, en tanto ha habido un importante empeño tanto para defenderlo por parte de aquella orientación como para negarlo por parte de esta otra perspectiva iusfilosófica. Precisamente las características de la verdad y certeza que posibilita el saber práctico resultan indigeribles para la visión reductivista de ciencia que maneja Kelsen, y entonces se rechaza por falta de rigor

⁹⁵ *Ibíd.*, pág. 99.

⁹⁶ ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1977, pág. 221.

⁹⁷ KELSEN, H.: “Prólogo a la primera edición” de *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 2000.

⁹⁸ RIEDEL, M. (ed.): *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Rombach, Freiburg i. B., 1972-1974, 2 vols.

epistemológico un saber que admite que hay conductas objetivamente mejores que otras, que reconoce que una verdad es compatible con excepciones y que debe recurrir a ponderar razones que se esgrimen en un diálogo argumental. Desde aquella distinción a la que hemos aludido arriba entre saber teórico y saber práctico, los juristas adscriptos al realismo jurídico clásico asumen lo que enseña Enrico Berti para la filosofía práctica, pero que se extiende a todo tipo de conocimiento práctico, en el sentido de que éste

no se vale del método deductivo propio de la racionalidad científica, sino del método tópico-dialéctico consistente en la discusión de opiniones. Esto no es índice de menor rigor o de menor científicidad, sino que es perfectamente conforme con la naturaleza de su objeto, que no es lo “necesario”, sino aquello que Aristóteles llama “lo más frecuente”.⁹⁹

Insistamos en que en la escuela del iusnaturalismo ontológico, al adscribir el saber jurídico al saber práctico, no renuncia a la verdad ni a la certeza, simplemente la moraliza en razón de su objeto, fin y método. Pero además, si bien no tendría problemas en reconocer la existencia y utilidad de un conocimiento descriptivista y sistematizador, lejos estaría de reducir la gnoseología jurídica al mismo. Más aún, destacaría las insuficiencias y limitaciones de éste y reiteraría la necesidad de la diversidad y unidad del saber jurídico en tanto: filosofía jurídica, ciencia jurídica y prudencia jurídica. Kalinowski ha realizado un particularizado y amplio estudio sobre la verdad y la verificación de las proposiciones morales (comprensiva de las proposiciones estimativas, normativas e imperativas) en donde hablará de la

sabiduría moral (en cuanto disposición global al conocimiento de la verdad moral) y sus componentes: la “sindéresis”, hábito de las estimaciones y de las normas morales analíticamente evidentes, la “prudencia”, aptitud para el conocimiento moral empíricamente evidente y la disposición para el conocimiento moral discursivo, llamada por los antiguos ciencia práctica.¹⁰⁰

⁹⁹ BERTI, E.: *Le vie della ragione*, Bologna, Il Mulino, 1987, pág. 33.

¹⁰⁰ KALINOWSKI, G.: *El problema de la verdad en la moral y el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979, pág. 173.

Y llegará a concluir que

el conocimiento moral, aunque obra de la razón, sea tributario en cierta medida de las disposiciones de la voluntad, de la vida afectiva, de las tendencias sensibles, o rodeado por un halo emocional ya señalado por Price. No obstante, al margen de lo que en nosotros pudiese significar el acompañamiento de lo racional por lo irracional e incluso la influencia de éste sobre aquél, la moral –y con ella el derecho– son, como hemos tratado de probarlo, realmente conocimiento, conocimiento específico, desde luego, en el sentido de conocimiento del bien y del mal pero, sin embargo, conocimiento intelectual que, en consecuencia, cae bajo las categorías de lo verdadero y de lo falso.¹⁰¹

En definitiva, la verdad en el orden práctico supone la presencia del “apetito” en tanto rectificado por la razón verdadera, por lo que podemos concluir con Kalinowski:

La verdad de la razón en el plano del conocimiento del fin determina la rectitud del apetito en materia de intención de ese fin. Y la rectitud del apetito que tiende hacia un fin objetivamente bueno (que le ha sido indicado precedentemente por la razón) condiciona a su vez la verdad de la razón al pronunciarse sobre los medios adecuados en vistas de ese fin.¹⁰²

6. Ventajas teóricas y prácticas del iusnaturalismo actual

Vaya ahora un último alegato a favor del realismo jurídico clásico o iusnaturalismo ontológico o personalista, tratando de mostrar sus mejores argumentos frente a las alternativas iuspositivistas.

6.1. *El humanismo del derecho*

Los griegos y los romanos no dudaron de la obvia e inescindible conexión entre el derecho y el hombre, lo que condensaron en adagios: *hominis causa omne ius constituitur* y *ubi homo ibi societas et ubi societas ibi ius*. Enseña Cotta que la pregunta “por qué hay derecho”

¹⁰¹ *Ibíd.*, pág. 176.

¹⁰² *Ibíd.*, págs. 83 y ss.; y cf. GAUTHIER, R. y JOLIF, J. Y.: *Comentaire a l'Etique a Nicomaque*, Paris, Louvain-Nauwelaerts, 1970, págs. 563 y ss.

es anterior a la pregunta “qué es el derecho”, y aquélla nos lleva a la antropología, por lo que ha insistido en su tesis: “la coexistencia como fundamento ontológico del derecho”.¹⁰³ Kaufmann coincide en esa inescindible vinculación entre lo jurídico y lo humano concluyendo que “la idea de derecho es una imagen de la idea del hombre”.¹⁰⁴

Sin embargo, el iuspositivismo ha prescindido de ese trasfondo y ha dedicado todo su esfuerzo al problema epistemológico, intentando construir una ciencia jurídica que exhiba tal título sin complejos. Pero ese olvido y renunciamiento a conexiones humanistas también lo auspician, aunque con distinto fundamento, otras escuelas como las posmodernas cuando llegan a concluir –como Foucault– que la noción de sujeto es un “invento del siglo XVIII”, postulando “la liberación como sobrepensamiento del sujeto”, luego de denunciar al conocimiento como “contra-instintivo” y “contra-natural”.¹⁰⁵

El llamado permanente de la escuela es a no perder de vista la persona humana con su intrínseca dignidad, dado que si se pierde de vista al hombre y a su sociedad nos quedamos con estructuras que resultan ininteligibles al perder de vista el por qué y el para qué de las mismas. Es que el hombre constituye, en la fórmula de René Marcia, una “no mensurada medida de toda medida”, y si no contamos con esa radical medida, el riesgo es que lo creado resulte no sólo alejado del hombre sino contra él mismo. Los testimonios que subrayan esa radicalidad y teleología antropológica del mundo jurídico resultan variados. Categóricamente, Fuller ha escrito:

si me pidiera que señalara un principio básico indiscutible de lo que puede llamarse derecho natural sustantivo –Derecho Natural con mayúsculas– lo encontraría en el mandato: Descubre, mantén, y preserva la integridad de los conductos mediante los cuales los hombres se comunican entre sí lo que perciben, sienten y desean.¹⁰⁶

¹⁰³ COTTA, S.: “*La coesistenza como fundamento ontológico del Diritto*”, en *RIFD*, n° LVIII (1981), incluido como apéndice en el libro *Justificación y obligatoriedad de las normas*, ob. cit.

¹⁰⁴ KAUFMANN, A.: “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fe de él”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, R.: *Las razones del derecho natural*, ob. cit., pág. 238.

¹⁰⁵ FOUCAULT, M.: *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1991, pág. 23.

¹⁰⁶ FULLER, L.: *La moral del derecho*, México, Trillas, 1967, pág. 204.

En estos tiempos donde resultan tan evidentes la universalidad e inescindibilidad de los derechos fundamentales del hombre, debe advertirse que si disolvemos o negamos al ente “hombre”, aquella fórmula se torna en palabras vacías. Es que los derechos fundamentales se fundan en que el hombre es un

ser digno en sentido absoluto, dueño de sí y, en consecuencia, portador de unos bienes que le son suyos y que por otros le son debidos. La persona, por tanto, se presenta ante los demás como un ser debitorio y exigente.¹⁰⁷

Digamos, en consonancia con la filosofía de Levinas,¹⁰⁸ que sólo si al “otro” lo reconozco como algo indisponible para ser medio o al servicio de “otros”, aquél resulta un presupuesto sólido e innegociable para fundar los derechos humanos.

Uno de los grandes desafíos de la humanidad es definir cuánta protección e igualdad estamos dispuestos a brindar y a reconocer a los más débiles (sean económicamente, físicamente, intelectualmente, culturalmente, etc.), y el otro es cuánta privacidad conservaremos frente a la tentación de control y supervisión del *big brother*. Los juristas tenemos una gran responsabilidad en esa disputa, y el arma privilegiada para la igualdad y la intimidad es la eticidad indisponible en el derecho, sea bajo el nombre de derecho natural, justicia, derechos humanos, principios o cualquier otro. La dimensión humanista o moral del derecho permite que éste radicalmente funcione al servicio del hombre y de todo hombre; por eso es hora de no abandonar la pregunta por “el sentido del derecho”, pues en su respuesta se unirán

íntimamente derecho y vida humana, viendo en aquél, no la perfección de la realización personal del hombre, lo que corresponde a la moral, pero sí un estadio importante al servicio de tal perfección.¹⁰⁹

¹⁰⁷ HOYOS CASTAÑEDA, I. M.: “Entre la naturaleza y la dignidad”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, R.: *Las razones del derecho natural*, ob. cit. pág. 205.

¹⁰⁸ LEVINAS, E. : “*Les droits de l’homme et les droits d’autrui*”, en AA. VV.: *Indivisibilité des droits de l’homme. Acte du Colloque Interuniversitaire*, Univ. Fribourg (Suisse), 1985, págs. 35 y ss.

¹⁰⁹ BALLESTEROS, J.: *Sobre el sentido del derecho*, ob. cit., pág. 190.

El legado para la filosofía del derecho en la época posmoderna es, en la opinión de Kaufman, volver a sus preguntas originarias que giran en torno al hombre, o sea, a “la preocupación por el hombre; aún más: la preocupación por la vida en general en todas sus formas”.¹¹⁰

6.2. El respaldo en la realidad jurídica

Nos parece bastante evidente que el iuspositivismo se mueve más cómodo en el mundo académico que entre los operadores jurídicos y la concreta realidad jurídica. Muchos rasgos e institutos que hoy exhibe el derecho vivo que circula diariamente entre la ciudadanía, abogados y jueces resultan muy difíciles de entender, explicar o justificar desde convicciones iuspositivistas centrales; o dicho de otro modo, la actualidad jurídica exhibe una gran variedad de características que remiten a explicaciones típicas o afines al iusnaturalismo. Con un propósito no exhaustivo, ejemplifiquemos empezando con la fuerte y ética presencia de los derechos humanos o *moral rights* en donde no sólo los mismos documentos internacionales y universales revelan un lenguaje iusnaturalista (Hervada), sino que aquellos entendidos en clave iuspositivista son contradictorios o incomprensibles (Gregorio Robles), absolutamente “débiles” (Bulygin) o “edictos de tolerancia revocables” (Spaemann). Todo el nuevo fenómeno europeo del “constitucionalismo” y la “constitucionalización del derecho” es un “nuevo desafío al iuspositivismo” (Prieto Sanchís) o “un claro aliado del no positivismo principialista” (García Figueroa). El recurso creciente a los “principios jurídicos” no sólo en el ámbito jurisprudencial sino también legislativo y doctrinario, en tanto suponen contenido moral (Esser, Dworkin, Alexy, etc.), encuentra claras resonancias iusnaturalistas o no iuspositivistas, pues Zagrebelsky es categórico en negar la posibilidad de un “iuspositivismo principialista”. El tradicional normativismo del derecho penal anclado en la tipicidad de los delitos ha experimentado la tensión con tesis difícilmente conciliables con el iuspositivismo más tradicional; pensemos en el reconocimiento de delitos intrínsecamente imprescriptibles o tipos penales ampliados por el *ius cogens* o derecho natural secundario. El derecho a la resis-

¹¹⁰ KAUFMANN, A.: *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, Colombia, Temis, 1992, pág. 67.

tencia (Marcia señala que “constituye la sanción del derecho del ser”)¹¹¹ o el derecho a la objeción de conciencia en tanto justificativo para neutralizar la aplicación de una ley basada en las convicciones éticas personales, es otra presencia de un reclamo o postulado iusnaturalista o ético que no resiste los intentos de pureza jurídica. En los planteos ecologistas subyace el reconocimiento de un orden objetivo en la naturaleza (Massini) que exige ser reconocido jurídicamente y que no son meras propuestas ideológicas o políticas. Cuando nuestros tribunales descalifican normas o sancionan conductas por su “arbitrariedad axiológica” o “irrazonabilidad”, se supone algún cognitivismo ético porque de lo contrario esa decisión queda sin fundamento alguno y sólo sostenida por el poder o la retórica. El traslado de las teorías de la argumentación jurídica del campo judicial a las diferentes autoridades (Atienza) es una admisión de la racionalidad práctica y un rechazo a los planteos escépticos. La reivindicación de culturas con *status* jurídico privilegiado por ser mejores, preferibles o más humanas desde un rechazo de la racionalidad de la ética o desde un fundamento del derecho reducido a las formas o la voluntad autoritativa, resulta una clara contradicción o cínica postulación.

De manera elocuente, Francesco D’Agostino¹¹² ha hablado del “jurista como iusnaturalista” en tanto

el principio, a partir del cual el jurista le dará vida hermenéutica al derecho positivo, no será otro que el que la tradición occidental ha designado con la expresión derecho natural.

En la Argentina, Tomás Casares habló de que al legislador y al juez los animan la misión de “afianzar la justicia”, dando a cada uno su derecho, y así el derecho natural se torna un elemento “inextirpable” de la “función” evitando que la discusión gire sobre “gustos” subjetivos.¹¹³ En la misma sintonía iusfilosófica, Andrés Olle-

¹¹¹ Cit. en KAUFMANN, A. y HASSEMER, W.: *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, pág. 151.

¹¹² D’ AGOSTINO, F.: “Hermenéutica y Derecho Natural”, en RABBI-BALDI CABANILLAS, R.: *Las razones del derecho natural*, ob. cit., pág. 307.

¹¹³ CASARES, T.: *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1974, pág. 172.

ro¹¹⁴ ha insistido en el enclave iusnaturalista en el que se desenvuelve la jurisprudencia. El ciudadano común seguramente no entenderá las reservas de los juristas iuspositivistas para hablar de la justicia en las conductas o en las normas, dado que –como lo advierte Spaemann– los hombres de hecho “distinguen acciones justas o injustas [...], leyes justas e injustas, sentencias justas e injustas”.¹¹⁵ Calsamiglia recepta de Nino que el teorema fundamental de la teoría jurídica contemporánea es “porque debo obedecer el derecho” y esta pregunta

no puede responderse con descripciones, a no ser que tomemos las descripciones como prescripciones, y eso requiere un juicio moral.¹¹⁶

El trabajo en el foro y en la universidad serían sustancialmente diferentes si de pronto inéditamente se pusieran en práctica las enseñanzas iuspositivistas que excluyen del derecho consideraciones axiológicas o que lo reducen a lo establecido autoritativamente; así los abogados y jueces se quedarían sin argumentos valorativos idóneos para esgrimirse racionalmente frente al colega. Dado que tal práctica resultaría como mínimo hipócrita o ininteligible, tampoco tendría mucho sentido tomarse en serio las fundamentaciones que exhiben mayorías y minorías en tribunales colegiados, o constituiría un ejercicio caprichoso o arbitrario postular académicamente interpretaciones de *lege ferenda* o derogaciones legislativas, etcétera.

¹¹⁴ Además de las obras citadas de A. OLLERO, pueden consultarse: *Igualdad en la aplicación de la ley precedente judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; *Derechos Humanos y Metodología Jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989. También, de VIOLA, F. y ZASCCARIA, G.: *Diritto e interpretazione*, Roma, Editori Laterza, 1999.

¹¹⁵ SPAEMANN, R.: “La actualidad del derecho natural”, en *Crítica de las utopías políticas*, Pamplona, EUNSA, 1980, pág. 315.

¹¹⁶ CALSAMIGLIA, A.: “Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomos XIII-XIV (1996-1997), Madrid, pág. 487. Es conocida la tesis de Carlos Nino de que la justificación jurídica desemboca en justificación moral (cf. *Derecho, Moral y Política*, Barcelona, Ariel, 1994, cap. 2).

6.3. La “no insularidad del derecho”

Esta fórmula reproduce una tesis enunciada por Carlos Nino, la que a su vez guarda conexión con inequívocas afirmaciones del iusnaturalismo clásico en tanto éste nunca pretendió un juridicismo extremo obsesionado por independizar el derecho de toda contaminación con la moral, la política, la economía, la cultura, etc. La tentación juricista debe ser vinculada con la preocupación científicista que con la modernidad se extiende en Europa, y clara manifestación de esa perspectiva la constituye la Teoría Pura de Kelsen, en cuyo marco se proponen definiciones del Estado como “el orden jurídico normativo total” y consecuentemente, el territorio se identifica con el ámbito de validez personal del mismo. El mundo anglosajón, quizás por una mayor cercanía con el derecho romano antiguo, resistió más que el derecho continental esos intentos de insularidad o de juridicismo.

Recordemos que algo extraño en este punto puede resultar la teoría villeyana en tanto excluye del derecho a la justicia general o justicia del bien común y sólo la circunscribe a la justicia particular. Finnis, por el contrario, dentro de su definición de razón práctica incluye explícitamente a la moral, la política y el derecho. Precisamente esta visión, absolutamente extendida dentro del pensamiento iusnaturalista clásico, es explicada por Lachance de manera muy simple:

Por poco que penetremos con alguna profundidad en cualquier sector del saber humano, nos quedamos asombrados ante la compenetración de sus diversas partes. Se percibe que los tabiques que separan los compartimentos de nuestro conocimiento no son tan impermeables como las apariencias podrían hacernos creer. Ellos son atravesados en todas partes por corrientes continuas de ósmosis y endósmosis, por el vaivén de los mutuos intercambios.¹¹⁷

La nota de politicidad del derecho ha sido esclarecida apropiadamente por Olgiati¹¹⁸ en tanto el derecho en sentido pleno se forma,

¹¹⁷ LACHANCE, L.: *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953, pág. 331.

¹¹⁸ OLGIATI, F.: *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977, págs. 227 y 334.

desarrolla y sirve a la sociedad política o, mejor aún, al bien común de la misma; pero a su vez el profesor italiano, frente a ciertos prejuicios moralistas o antieconomicistas, aclara que esa definición del derecho clásica incluye la dimensión de lo útil o lo económico. La preocupación por la ética de la escuela en cuestión no la lleva a identificar moral y derecho, pues está claro que éste no está para prohibir todas las conductas reprochables desde la moral, sino sólo aquellas más graves para la vida en común, pues el derecho no busca “buenos hombres” sino se conforma con “buenos ciudadanos”; de ahí que también prescindiera en principio de las intenciones que acompañan a las conductas y atiende privilegiadamente los aspectos externos y objetivos de las mismas.

Un banco de pruebas apropiado para medir la insularidad del derecho lo constituye la decisiva noción de validez. Es que la reducción de su caracterización a aspectos meramente formales o sistémicos, no sólo empobrece la definición de validez sino que deja sin respuesta la pregunta elemental y básica que suscita la norma en su destinatario acerca de si ella tiene fuerza para obligarlo. La experiencia en la década de 1990 de la Alemania unificada pone al desnudo toda la importancia de esa discusión. En efecto, recordemos que el Tribunal Constitucional alemán sancionó a funcionarios de muy diversos rangos, incluidos jueces, por haber cumplido o aplicado normas que no obstante su validez formal o sistemática eran intrínsecamente inexistentes o inválidas sustancialmente dada su “injusticia extrema”. Reducir nuestro análisis sobre la validez de las normas jurídicas a que ellas respeten a las normas superiores en cuanto contenido, órgano o procedimiento, puede conducirnos al engaño de que estamos frente a algo jurídico cuando en realidad estamos fuera del derecho en razón de su extrema disvaliosidad. Más allá de los supuestos de donde parte García Figueroa y las consecuencias que señala, coincidimos con su conclusión respecto a que la validez de la norma jurídica entendida como obligatoriedad “es incompatible con un enfoque iuspositivista del derecho”.¹¹⁹

En definitiva, desde enseñanzas iusnaturalistas clásicas compartimos la afirmación de Calsamiglia de que

¹¹⁹ GARCÍA FIGUEROA, A.: *Principios y Positivismo Jurídico*, Madrid, Centro de Estudiantes Políticos y Constitucionales, 1998, pág. 53.

si deseamos construir una teoría que sirva para la toma de decisiones jurídicas, deberíamos abandonar el principio de insularidad.¹²⁰

El riesgo del juridicismo no es sólo darnos una definición del derecho irreal, sino alentar una práctica jurídica que resulta perjudicial para el mismo derecho. Una teoría jurídica que intente explicar u operar el derecho con sólo derecho terminará brindando una caricatura que puede agradar por su belleza, pero debemos estar advertidos de que no es una fotografía, y asimismo, un operador jurídico que desprecia costos y beneficios humanos puede estar conspirando inconscientemente contra el derecho.

6.4. La riqueza epistemológica: Los distintos tipos de saberes jurídicos (básicamente el iusfilosófico, el científico y el prudencial, aunque no se descartan otros, como el dogmático en tanto descriptivo o sistematizador) posibilitan distintas explicaciones y aproximaciones del derecho que enriquecen la mirada y posibilidades del mismo. El iuspositivismo ha rechazado o dudado de las posibilidades cognoscitivas ofrecidas por la filosofía jurídica, y así epistemológicamente se ha limitado a describir, ordenar o sistematizar normas meramente judiciales (jurisprudencia sociológica norteamericana), sólo legales (exégesis) o todo tipo de normas (Kelsen). El iusnaturalismo no rechaza el estatuto epistemológico de la ciencia, pero se niega a aceptar que sea el único saber jurídico, y consecuentemente, apuesta a la riqueza significativa que le provee el saber más universal, medular y crítico proveniente de la iusfilosofía, y también el saber jurídico circunstanciado y concreto que es propio de la prudencia. Cada uno de esos niveles no éticos responde a problemas y necesidades diferentes, pero en su unidad terminan brindando una visión exhaustiva, completa y coherente del derecho. La pretensión de que el autor de la norma no sólo sea juzgado por la competencia del órgano o el proceso de dictado de la misma sino también por las razones que exhibe en su fundamentación, o el exigir que al hablar teórica o prácticamente del derecho se hagan explícitos un concepto del mismo, las exigencias que deben satisfacerse para reconocer la validez jurídica o las características del saber apropiado para la realidad del derecho, encuentran pleno respaldo en lo

¹²⁰ CALSAMIGLIA, A.: "Teoría del participante versus...", art. cit., pág. 490.

que la escuela llama saber prudencial y saber iusfilosófico, respectivamente.

Resulta imprescindible esa riqueza epistemológica en la formación de los juristas porque de lo contrario fomentamos una conciencia jurídica dogmática, teórica y sectorial. Desde la unidad del saber jurídico, las respuestas que brinda cada estatuto epistemológico se potenciarán y diversificarán. No se trata de plantear rivalidades ni falsas opciones, pues sería poco operativo y práctico quedarnos con los aportes iusfilosóficos; igualmente nos empobreceríamos si sólo estamos en condiciones de hablar del derecho vigente en términos de su organicidad y claridad conceptual; también contaríamos con lecturas parciales si sólo somos capaces de resolver cuestiones jurídicas apelando a nuestras convicciones jurídicas. Focalizando la atención en el momento final de la obra colectiva del derecho que es el trabajo tribunalicio, se puede comprobar la necesidad de aquella perspectiva cognoscitiva integral, pues precisamente no estaríamos frente al mejor juez, aunque le reconozcamos solvencia resolutoria de problemas jurídicos, si el mismo carece de formación científica jurídica como para fundar sus sentencias en el derecho vigente y conforme a la terminología y cánones establecidos en el paradigma de esa cultura jurídica, o si, por otro lado, encontramos que sus fallos se alimentan de nociones iusfilosóficas contradictorias y así algunos descartan la apelación a valores mientras que otros son fundados en valores.

Además de las conclusiones gnoseológicas auspiciando aquella unidad y diversidad del saber jurídico, mencionemos que la experiencia confirma que la calidad y vocación del jurista guarda vinculación con aquel desborde habitual que anima la práctica jurídica, en tanto el dominio de un nivel requiere de la confirmación, rectificación o respuestas que generan los otros niveles gnoseológicos. Es muy difícil que alguien que domina un campo del saber resista la tentación de avanzar en los otros terrenos cognoscitivos, pero lejos de auspiciarse el control de esa inclinación, lo que corresponde es defenderla y potenciarla. La escuela, en definitiva, reconoce la legitimidad de los distintos tipos de saberes y, en consecuencia, lo que rechaza es el exclusivismo y afirma el reconocimiento de los aportes que cada uno de ellos puede hacer en orden al conocimiento y la operatividad del derecho. La recuperación de esa visión cognoscitiva integral y diversificada contribuiría seguramente, especialmente por el papel que se

le atribuye a la iusfilosofía,¹²¹ a superar o debilitar el extendido vicio que se observa en la currícula de nuestras Facultades de Derecho, en donde cada asignatura se convierte en un mundo autosuficiente y completo que asume el derecho y se lo ofrece a los alumnos autistamente. Pues la realidad –gnoseológicamente lamentable– más extendida es que se dominan los adjetivos (lo “penal” del derecho, lo “civil” del derecho, lo “administrativo”, lo “procesal”, etc.) pero se ignora el sustantivo (el derecho sin aquellos adjetivos), y así las explicaciones corren el riesgo no sólo de insuficiencias, sino de contradicciones o de dogmatismos.

¹²¹ J. HERVADA con elocuencia ha condensado enseñanzas clásicas en el sentido de que la filosofía del derecho “no es una construcción racional [...] sino filosofía de la experiencia jurídica”, y agrega: “la perspectiva de la ciencia del derecho y de la filosofía jurídica es la perspectiva del oficio del jurista” (*Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1990, págs. 94 y 95).