

CAPÍTULO 1

IUSNATURALISMO TRADICIONAL CLÁSICO, MEDIEVAL E ILUSTRADO

Isabel TRUJILLO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El problema teórico: delimitación y definición*.
III. *Desarrollo histórico*. IV. *Conclusiones en relación con el interés actual del
iusnaturalismo para la filosofía del derecho*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del iusnaturalismo hoy en día está justificado por distintas y variadas razones. El sólo hecho de que constituya una de las tradiciones de pensamiento con la que los juristas en el curso del tiempo se han identificado autoriza ciertamente a tratar de profundizar en su conocimiento. Desde este punto de vista, el interés por el estudio del iusnaturalismo está en su valor *arqueológico*: para conocer la filosofía del derecho y lo que ha sido en el tiempo hay que saber lo que es el iusnaturalismo. Junto a esta consideración cabe sin embargo la duda de que su estudio siga siendo oportuno y útil en el presente para el jurista de hoy, o para quién se prepara para serlo, pues razonablemente el público de una enciclopedia de filosofía del derecho es el estudiante de derecho o de ciencias sociales y políticas. Una aceptable presentación del iusnaturalismo tiene que abordar entonces dos exigencias: primero, la de dejar acta de lo que ha representado este movimiento de pensamiento en la historia, estableciendo qué es una doctrina del derecho natural y cuáles han sido las conquistas más relevantes del iusnaturalismo, y, segundo, la de justificar su importancia para el estudio del derecho hoy.

Desde el punto de vista histórico vale la pena adelantar algunas ideas. La partición del examen del iusnaturalismo en este volumen individúa una diferencia entre el iusnaturalismo tradicional y el CONTEMPORÁNEO. Además se afirma que el iusnaturalismo tradicional puede dividirse en tres fases, clásico, medieval y moderno o ilustrado. Estas tres etapas tienen algo

* Catedrático de la Università degli Studi di Palermo (Italia)

en común pero también muchas diferencias, sobre todo la última respecto a las primeras. Por clásico se entiende la época del nacimiento del iusnaturalismo, en Grecia y Roma, con los autores que han puesto las bases de esta concepción del derecho. Sus coordenadas fundamentales tendrán una continuidad en la época medieval, aunque dominada por la cultura cristiana. Por iusnaturalismo ilustrado se entiende la forma de iusnaturalismo desarrollada en la época de la Ilustración, a partir del cambio de mentalidad que supone el nacimiento y el desarrollo de la ciencia moderna y de la ruptura de la unidad cultural que significan la reforma protestante y el descubrimiento de América.

II. EL PROBLEMA TEÓRICO: DELIMITACIÓN Y DEFINICIÓN

1. *Iusnaturalismo y iuspositivismo*

Para empezar, el estudio del iusnaturalismo en la actualidad no puede prescindir de la aclaración de sus relaciones con el iuspositivismo. Se puede hasta afirmar que el iusnaturalismo —como etiqueta que indica una corriente junto a otras— empieza a existir en oposición al iuspositivismo, *grosso modo* a partir de la edad de la codificación. En este sentido, la pareja iusnaturalismo-iuspositivismo es bastante reciente, aunque desde entonces se ha hecho necesario considerar paralelamente las dos corrientes. A esto hay que añadir que desde el punto de vista histórico es plausible la tesis según la cual el iuspositivismo es el heredero de una cierta forma de iusnaturalismo, el iusnaturalismo racionalista (véase, más adelante), por lo que entre los dos habría una continuidad histórica,¹ cuyo punto de evolución más avanzado sería el iuspositivismo. En este sentido, el iusnaturalismo debería considerarse superado. En realidad, como se verá, la oposición iusnaturalismo-iuspositivismo sigue siendo significativa a ciertas condiciones. Mucho más antigua es la pareja *derecho natural-derecho positivo*, que es invención de lo que ahora nosotros llamamos iusnaturalismo. Tratándose en este capítulo del desarrollo anterior a la codificación, tendremos que

¹ Barberis, Mauro, “Giuspositivismo o Positivismo Giuridico”, Voz en *Enciclopedia filosofica*, Bompiani, Milano, 2006, vol. 5, pp. 4855-4856. Ahí se sostiene que el iuspositivismo nace en el siglo XVII, con el rechazo de la doctrina del derecho natural y con la finalidad del estudio científico del derecho positivo. Ver, BOTERO BERNAL, POSITIVISMO JURÍDICO.

hacer referencia precisamente a la pareja derecho natural-derecho positivo, que es típica del iusnaturalismo que interesa en este capítulo. Todo esto ya hace imaginar que iusnaturalismo e iuspositivismo no están en relación simétrica, ni históricamente, ni conceptualmente, y que su reciente dependencia recíproca plantea un problema específico y limitado. En realidad, iusnaturalismo e iuspositivismo no se excluyen mutuamente. Habrá manera de ver cómo se sobreponen en parte el uno al otro, por ejemplo cuando se enfrentan con los mismos problemas, y cómo ponen problemas distintos, ambos significativos para el estudio del derecho. Sobre la especificidad del IUSPOSITIVISMO se reenvía a la parte dedicada a este tema.

En sus más remotos orígenes, lo que nosotros llamamos iusnaturalismo encuentra su justificación en la distinción entre *justo natural* y *justo legal*,² distinción que se expresa también como *derecho natural* y *derecho positivo*. Contra esta distinción se oponen dos posiciones teóricas distintas, que no son necesariamente tesis iuspositivistas: la idea de que la justicia es la utilidad del más fuerte, por un lado, es decir la aceptación acrítica de la prevalencia de quién ejerce el poder *de facto* y establece de manera unilateral y unívoca lo que es justo, y, por otro lado, la tesis del valor relativo de la justicia, es decir el hecho de que —siendo cada concepción de la justicia mutable— no pueda existir algo como una justicia natural, en el sentido de universal, presuntivamente válida siempre y para todos. Estas dos tesis tienen sus representantes primigenios en los Sofistas, una corriente de pensamiento difundida entre los griegos, como testimonian los diálogos de Platón (428-347 a.C.).³ Como se decía antes, que la justicia sea el derecho del más fuerte o del más hábil no es necesariamente un contenido del iuspositivismo; como tampoco lo es la idea de que la justicia sea mutable. El iuspositivismo es compatible bien con posiciones críticas del *status quo* (es decir el iuspositivismo puede estar en contra de la idea de que la justicia es la utilidad del más fuerte), bien con concepciones acríticas del *status quo* (puede estar a favor de la tesis según la cual la justicia no es otra cosa que el dominio del más fuerte). En otras palabras, el iuspositivismo es compatible con concepciones escépticas o relativistas de la justicia y con concepciones objetivistas.⁴

² Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1134a y ss.

³ Que la justicia sea el derecho del más fuerte o del más hábil desde el punto de vista de la retórica es tesis discutida en el diálogo platónico titulado “Gorgias”. Que el hombre sea la medida de todas las cosas y que por lo tanto cada uno determina lo que es justo es la tesis del filósofo Protágoras en el diálogo platónico que lleva su mismo nombre.

⁴ El escéptico duda que se pueda llegar a conocer la justicia; el relativista sostiene que las versiones de la justicia son muchas, que todas tienen el mismo valor y que se excluyen entre sí; el objetivista sostiene que se pueden distinguir versiones más o menos convincentes de la justicia (no necesariamente que haya solamente una).

Sirva desde ahora —para complicar el cuadro— la información de que el iusnaturalismo no sostiene necesariamente que el derecho natural o la justicia sean inmutables.⁵ El problema está en que la tesis según la cual la justicia o el derecho natural son mutables no quita que el derecho natural o la justicia puedan ser —simultáneamente y de alguna manera— universales. Sobre este intento de hacer cuadrar la circunferencia volveremos más adelante, a partir de ejemplificaciones históricas.

No obstante la asimetría histórica, al lector de hoy es necesario partir de la consideración de lo que es el iusnaturalismo en relación con el iuspositivismo. La razón de ello es que lo que hoy se entiende por iusnaturalismo depende mucho del modo en el que lo ve su rival y de que de la relación entre iusnaturalismo y iuspositivismo vive gran parte de la teoría del derecho de hoy, también cuando no hace referencia explícita al iusnaturalismo pero sigue planteando los mismos problemas.

Por desgracia, la historia de las relaciones entre iuspositivismo y iusnaturalismo contiene una larga lista de malentendidos recíprocos: muy frecuentemente se ha verificado que lo que el iuspositivismo piensa que es el iusnaturalismo o bien no ha existido nunca como doctrina, o bien pertenece a una de las posibles doctrinas del iusnaturalismo y no necesariamente a lo que lo identifica en modo significativo (según la falacia de confundir una parte con el todo).⁶ Vice versa, lo que los iusnaturalistas han criticado del iuspositivismo o bien no ha sido nunca defendido, por lo menos de la manera en que viene imputado, o bien es una posición minoritaria que no da razón del significado central del movimiento (simétricamente confundiendo también la parte con el todo).

Algunos malentendidos sobre el iusnaturalismo por parte del iuspositivismo son los siguientes:⁷ a) la tesis que el iusnaturalismo no posee una noción de VALIDEZ JURÍDICA (tesis de la ausencia de una noción de validez jurídica); b) la tesis que la doctrina del derecho natural no admite la exis-

⁵ Se sostiene que estas dos tesis, que exista una justicia natural y que todo sea mutable, no están en contradicción en Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1134b 25-30.

⁶ Por la pertinencia con la perspectiva histórica se señala el estudio de George, Robert, “Kelsen and Aquinas on the Natural-Law Doctrine”, *Notre Dame Law Review*, vol. 75, 2000, pp. 1625-1649 (ahora en traducción italiana: Robert P. George, *Il diritto nell'età del pluralismo*, Lindau, Torino, 2011, pp. 119-151). Se demuestra cómo las críticas de Kelsen a la doctrina del derecho natural no tienen ninguna correspondencia con la de Tomás de Aquino.

⁷ Una argumentación similar a ésta en la estructura y parcialmente en el contenido se encontrará en Finnis, John M., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1980, cap. II.2.

tencia de plurales posiciones respecto a los fines de la vida humana (tesis de la contrariedad al pluralismo); c) la idea que el iusnaturalismo salte impunemente de juicios de hecho a juicios de valor: de ciertas afirmaciones fácticas sobre la naturaleza humana se deducen normas (tesis de la violación de la denominada *ley de Hume* o falacia lógica de deducir normas de hechos).⁸

Algunos malentendidos sobre el iuspositivismo por parte del iusnaturalismo son los siguientes: a) la idea que el iuspositivismo lleva necesariamente al escepticismo ético (tesis del escepticismo);⁹ b) la tesis que el iuspositivismo sea una ideología del carácter autojustificadorio del poder político¹⁰ (tesis del positivismo ideológico); c) la idea según la cual el derecho positivo excluye los juicios de valor¹¹ (tesis de la exclusión de los juicios de valor).

Aquí no nos detendremos sino de paso en argumentar sobre las razones del iuspositivismo (aunque en las notas ya se dice algo a favor de la clarificación de los posibles malentendidos por parte de su rival); nos concentraremos en cambio sobre el iusnaturalismo, por razones de competencia. No obstante, de alguna manera las malentendidas posiciones sobre el iuspositivismo son interesantes también por lo que indirectamente nos dicen sobre el mismo iusnaturalismo, pues nos indican qué es a lo que el iusnaturalismo se opone o piensa oponerse, aunque no siempre con acierto. El iusnaturalismo entiende oponerse o se opone al escepticismo ético, a la ideología que justifica a toda costa el deber de obediencia al poder político,¹² a una visión neutral del derecho desde el punto de vista de los valores. En el curso de la exposición se irán examinando todas esas tesis y acusaciones.

⁸ Se reenvía a más adelante la clarificación de este punto.

⁹ En contra, se piense a todos los iuspositivistas que han sostenido una posición ética utilitarista, que no es ciertamente una forma de escepticismo. Por ejemplo, Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995 [1832].

¹⁰ Es correcto a éste propósito distinguir entre el iuspositivismo ideológico y el iuspositivismo metodológico. Sobre esto, Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e Giuspositivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965. Por otra parte, hay que recordar que el iusnaturalismo ha defendido muchas veces el *status quo*, abogando por la obediencia a la autoridad constituida, aún a costa de la renuncia a los propios intereses.

¹¹ En general, los iuspositivistas no lo niegan, por lo menos en relación a la interpretación. Se piense por ejemplo en la posición de Hart contra el formalismo interpretativo. Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, cap. VII. Pero sobre todo la demostración de la falsedad de esta afirmación se obtiene observando el debate contemporáneo sobre positivismo incluyente y excluyente (vid. POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO).

¹² Lo que le ha valido la acusación de revolucionario por parte de Hans Kelsen. Ver Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke Verlag, Wien, 1934, § 8.

Se intuye ya desde ahora que la primera de las tesis (que al iusnaturalismo le falta un concepto de VALIDEZ JURÍDICA) no es ni siquiera plausible, si se ha dicho que la distinción entre derecho natural y derecho positivo es típicamente una distinción iusnaturalista. Esto quiere decir que el iusnaturalismo trabaja con dos términos: justo natural y justo legal o derecho natural y derecho positivo, que hay necesariamente que distinguir y definir, por lo cual el iusnaturalismo *tiene que disponer* de una noción de derecho positivo y de su validez. Se equivoca pues quién cree que los iusnaturalistas trabajan solamente con el derecho natural (o con un supuesto concepto moral de derecho), mientras que los iuspositivistas son los que están realmente interesados en el derecho positivo.

El presupuesto de la reflexión sobre el derecho natural es, precisamente, la existencia del derecho positivo, su validez plenamente jurídica. Si no existiera un derecho positivo, no tendría sentido hablar del derecho natural. Este es un punto capital que se puede entender con un ejemplo histórico que deja ver una de las características del iusnaturalismo, en particular el de la edad antigua. Los juristas romanos, reflexionando sobre el derecho positivo de su tiempo y sobre sus instituciones, llegan a la conclusión de que la esclavitud es justa solamente según el derecho positivo (corresponde a lo justo legal, pues es instituto del derecho civil y del derecho de gentes), pero no lo es desde el punto de vista de la justicia natural (no es de derecho natural), pues es de derecho natural que todos los hombres sean libres. Así, de la misma manera, la propiedad ha sido introducida por el derecho positivo, pero por derecho natural los bienes de la tierra son de todos.¹³ Esto no quiere decir que la doctrina romana del derecho natural sea revolucionaria: el derecho natural es un criterio que sirve para identificar los límites del derecho y la justicia de una situación, aunque siga siendo prevalente el instituto como establecido por el derecho *positivo*. No obstante, estos juristas nos enseñan que el derecho aspira a la justicia¹⁴ y esta aspiración abre un espacio de juicio sobre el derecho existente. No se trata simplemente de

¹³ Corpus Iuris Civilis, Institutiones, 1,2,2: *Nam usu exigente et humanis necessitatibus gentes humanae quaedam sibi constituerunt: bella etenim orta sunt et captivitate seculae et servitutes, quae sunt iuri naturali contrariae. Iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur. Ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles.* Derecho positivo es bien el derecho de la ciudad (*ius civile*), bien el derecho de gentes (*ius gentium*).

¹⁴ Passerin d'Entrèves, Alessandro, *La dottrina del diritto naturale*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962.

distinguir entre *el derecho que es* y *el derecho que debería ser*, sino de entender los límites del derecho (puede ser injusto) y su estructura fundamental (a qué sirve), además de sus relaciones con las demás esferas o prácticas humanas (social y moral, principalmente). La discordancia entre el derecho positivo y el derecho natural es además el terreno de cultivo de preguntas cruciales, por ejemplo sobre la OBEDIENCIA moral que se debe al derecho existente, pregunta que es posible solamente si DERECHO Y MORAL son dos cosas distintas.

Pero sobre todo esta tradición nos indica un método: solamente con un *bottom-up approach*, de abajo hacia arriba, de la observación de lo que es derecho positivo, se puede identificar lo que es aceptable desde el punto de vista de la justicia o del derecho natural, o lo que no lo es. Por eso es fundamental tener como punto de partida el mismísimo derecho existente (y válido jurídicamente).

En realidad, hay que notar que el tipo de planteamiento *bottom-up* es característica esencial de la tradición del iusnaturalismo *hasta un cierto punto*. En este sentido, el error de quién trabaja sobre el malentendido que estamos examinando está causado por la tendencia bien a equivocar el sentido de la cuestión puesta por el iusnaturalismo, bien a identificar el iusnaturalismo con una de las posiciones propuestas por los autores que se inspiran en el iusnaturalismo (la falacia lógica de confundir la parte con el todo, que –como se ha visto– es típica también del iusnaturalismo respecto al positivismo). Cuando Kelsen o Raz critican el iusnaturalismo porque no tiene una noción de validez jurídica están equivocando el sentido de la cuestión puesta –por ejemplo– por Agustín de Hipona (354-430) o por Tomás de Aquino (1225-1274) a propósito de la famosa frase *lex iniusta non est lex*. Es hasta intuitivo notar que lo que no es *lex* al final de la frase es paradójicamente *lex* en el principio de la frase: no es correcto por lo tanto deducir de aquí que el iusnaturalismo no posea un concepto de validez jurídica. Más acertado es interpretar esa afirmación en el sentido de que una ley bajo un cierto punto de vista (el de su validez jurídica), si injusta, puede ser considerada imperfecta, defectuosa o viciada bajo otro punto de vista, precisamente por su falta de justicia: es ley pero es ley injusta. Estas dos cosas pueden convivir perfectamente, también en relación al problema de la obediencia a la ley, pues ésta es el resultado de una valoración complicada y tiene que ver con un juicio de conjunto.¹⁵ La tesis según la cual a determinadas con-

¹⁵ Véase, Finnis, John M., *Natural Law and Natural Rights*, *op. cit.*, cap. XII. Finnis comenta la doctrina de Tomás de Aquino sobre el punto. Este último sostiene que se puede reconocer la injusticia de una norma y tener el deber de obedecer, si las consecuencias de la

diciones de extrema injusticia la ley puede perder su juridicidad es en realidad una doctrina del iusnaturalismo contemporáneo (la tesis de Radbruch), que de alguna manera hace ya las cuentas con las críticas del iuspositivismo y con su exigencia principal: definir el concepto de derecho sin incluir elementos morales (o tesis del iuspositivismo metodológico). Según la doctrina de Radbruch, hay una medida insoportable de injusticia más allá de la cual la juridicidad desaparece: lo cual quiere decir que la justicia es relevante solamente en algunos casos, marginales o extremos.

Puestas así las cosas, resulta sorprendente que estudiosos de ese calibre hayan equivocado el sentido de una doctrina. En realidad, hay un dato histórico que hace que se explique el malentendido. Cuando el iuspositivismo tiende a insistir de esa manera sobre su objetivo crítico se está refiriendo a uno de los desarrollos históricos del iusnaturalismo, en particular, a la última etapa de la que se tratará en este capítulo. El verdadero objetivo de la crítica es, en efecto, aquella forma que el iusnaturalismo adoptará a partir de la tendencia racionalista dominante en la edad de los códigos y del despotismo ilustrado. En esa época se intentará a identificar el derecho natural en la forma de un código establecido por la razón humana (cuya mejor expresión es la razón científica), que el legislador iluminado debe hacer valer como derecho positivo. El derecho natural asume así la forma de un ideal a realizar, de un proyecto a concretar: no se tratará de reflexionar sobre lo existente y de preguntarse si es justo también desde el punto de vista natural, sino de realizar un proyecto a partir de ciertas ideas sobre la naturaleza, en particular sobre la naturaleza humana. Estamos ante un planteamiento muy distinto: se trata de un *top-down approach*, de arriba hacia abajo, exactamente opuesto respecto al anterior. El efecto de este desarrollo histórico es que el derecho natural se separa de la realidad del derecho positivo y se hace más fácilmente objeto de especulación abstracta. Si la exposición ha sido clara, se entenderá que esto se puede sostener de manera apropiada del iusnaturalismo moderno, pero no del clásico (ni, por lo menos en parte, del medieval).¹⁶

desobediencia es dañina para el bien común. Tomás de Aquino, *Suma teológica*, I-II, q. 96, art. 4.

¹⁶ Se ha puesto entre paréntesis la referencia al iusnaturalismo medieval porque en realidad la valoración de éste último tipo de iusnaturalismo es muy compleja, pues contiene muchos elementos clásicos pero también anticipaciones de caracteres modernos. Una importante lectura en este sentido es Villey, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Éditions Montchretien, Paris, 1975, por la atención al rol del derecho subjetivo.

Como conclusión parcial de esta parte podemos decir que hay que distinguir distintas etapas en la historia del derecho natural, caracterizadas por nociones diversas de lo que es ese derecho natural, de su relación con el derecho positivo y de su método. Las preguntas que surgen entonces son: ¿hay algo en común entre todas las versiones del iusnaturalismo? Si son tan distintas, ¿por qué tratar conjuntamente todas estas doctrinas? Veamos una razón para ponerlas todas juntas (e incluir también algunas teorías iuspositivistas).

2. *¿Una ética universal?*

La contestación a las preguntas con las que termina la sección anterior puede ser construida a través de dos recorridos. Uno sigue el estilo del análisis puntual: una vez identificado que lo que justifica la existencia del iusnaturalismo es el uso de la noción del derecho natural junto al derecho positivo es necesario descomponer la expresión en sus dos términos, *derecho* y *natural*, y aclarar lo que se entiende por uno o por otro. Si vale la hipótesis antes apuntada, la aclaración del concepto de *derecho* incluirá también la noción de derecho positivo y su validez jurídica, por supuesto. El otro camino sigue una aproximación de tipo holístico: se trata de entender qué es lo que significa y en qué consiste la apelación a un *derecho natural*. Su aproximación es, por lo tanto, estructural. Empezamos por la segunda. De la primera se tratará en los siguientes párrafos.

Ya se ha dicho que apelarse al derecho natural es hacer uso de una noción de justicia como criterio de juicio del derecho positivo. Cuando se piensa en el derecho natural como criterio de medida o de juicio del derecho positivo, se piensa como consecuencia necesaria que su contenido es válido tendencialmente siempre y para todos. Si cada uno tuviera *su* derecho natural, no se entiende cómo se podría sostener que el derecho positivo deba aspirar a él. ¿A cuál de los “derechos naturales” posibles debería aspirar el derecho positivo? El problema se puede formular de manera idéntica con referencia a la justicia. Si existen varias “justicias”, ¿a cuál de ellas tiene que aspirar el derecho positivo? En esta línea, los críticos del derecho natural han pensado que quienes sostienen el derecho natural necesariamente se oponen al pluralismo (moral). Al realizar esta inferencia, han dado un paso muy significativo, pues a través de este camino se llega a cambiar el contexto de la discusión y, al fin y al cabo, se nos obliga a abandonar el campo de la oposición iusnaturalismo-iuspositivismo. La existencia de un criterio universal de medida del derecho positivo es, en efecto, independiente de esa relación. Veamos el porqué de esta conclusión.

El punto de partida clásico para examinar la oposición iuspositivismo-iusnaturalismo suele ser la tesis de la relación entre derecho y moral. El iuspositivismo afirma la tesis de la separación entre derecho y moral, mientras el iusnaturalismo asume la existencia de una conexión entre derecho y moral (por lo menos en el sentido de que *la justicia* es una cualidad *del derecho*). Sin embargo, como ya se ha dicho antes, el iuspositivismo no por eso se transforma en una posición ideológica de justificación del derecho existente o se resigna a no criticar el derecho existente; ni – por otra parte – el iusnaturalismo pierde necesariamente la noción de validez jurídica.

El iuspositivismo se distingue del iusnaturalismo por el *plano* desde el que realiza la crítica al derecho positivo. El iusnaturalismo sostiene que la crítica al derecho positivo es de algún modo interna a la juridicidad, pues se hace a partir del *derecho* natural. El iuspositivismo podrá criticar el derecho positivo no ya a partir de un criterio interno (pues rechaza la noción de derecho natural), sino a partir de un criterio externo a la juridicidad: la moral, de la que el derecho está perfectamente separado. El punto importante de la cuestión es que – puestas así las cosas – el problema de la contrariedad al pluralismo sigue existiendo, pero esta vez es un problema común al iuspositivismo y al iusnaturalismo, pues ambos piensan que sea oportuno disponer de criterios para valorar o criticar el derecho positivo.

Desde este punto de vista, la diferencia significativa no está entre iusnaturalismo y iuspositivismo, pues esa distinción no aclara el punto en cuestión. La verdadera discrepancia es la que pasa entre concepciones relativistas y concepciones universalistas de los criterios para enjuiciar el derecho positivo; o, si se prefiere, entre escepticismo y objetivismo (bien se trate de un escepticismo u objetivismo exclusivamente a lo moral, como en el iuspositivismo, bien se refiera a lo jurídico-moral, como en el iusnaturalismo). Ya se ha dicho que no todos los iuspositivistas son escépticos o relativistas, pues los hay objetivistas. En este sentido, la diferencia entre iusnaturalistas y iuspositivistas estriba en que los primeros son todos (de alguna manera) objetivistas, mientras que los iuspositivistas pueden ser objetivistas, o escépticos, o relativistas, pues la concepción moral de los iuspositivistas es cuestión distinta de su posición sobre el derecho. Esta conclusión es aún más importante si se piensa que el problema de la valoración crítica del derecho positivo no es un problema típico de la edad clásica, sino más bien de siempre. También hoy es importante preguntarse si el derecho existente puede contar sobre bases justificadas y racionales y por lo tanto persuasivas, o si es simplemente cuestión de opiniones y de preferencias subjetivas,

y, en particular, el resultado de la imposición por parte del más fuerte. La primera posición es típica de los iusnaturalistas y de los iuspositivistas no escépticos y objetivistas en campo moral; la segunda posición es propia de los iuspositivistas escépticos o relativistas desde el punto de vista moral.

Para dar razón de este estudio, habría que preguntarse además si de la tradición del derecho natural podemos aprender algo sobre el modo de plantear la cuestión del objetivismo desde la perspectiva jurídica. Sobre este punto no podemos interrogar al iuspositivismo, pues ya se ha aclarado que para él ésa es una cuestión puramente moral y no jurídica. Hay que tener en cuenta, en fin, que las diferencias entre las distintas versiones del iusnaturalismo tienen que ver con el modo de entender el objetivismo y sobre todo con su alcance. Por supuesto habrá algunas mejores que otras, en el sentido de más persuasivas o plausibles.

Al final del párrafo anterior ya se notaba la gran diferencia entre el planteamiento clásico (y medieval) del derecho natural, por un lado, y el planteamiento moderno, por otro. La diferencia tiene relación con el punto de vista, esquemáticamente, tendencialmente *bottom-up* en el clásico (y medieval); *top-down* en el moderno. Ciertamente, desde los dos puntos de vista se puede alcanzar un resultado objetivista o universal, en el sentido de que se presume válido para todos, aunque es lícito pensar que los dos objetivismos-universalismos de resultado serán distintos. El objetivismo alcanzado *bottom-up* será capaz de tener en cuenta el detalle, pues nace a partir de institutos jurídicos existentes. Sus contenidos universales serán mucho más difíciles de alcanzar en la medida en que se contemplan más especificidades, y presumiblemente el ámbito de sus contenidos será reducido, pues desde abajo las diferencias son mucho más destacadas. Tendencialmente será a-sistemático, pues el punto de partida es contingente. Por lo contrario, el objetivismo-universalismo *top-down* es mucho más fácil de identificar en abstracto; su contenido será mucho más amplio; su estructura más sistemática, pues desde arriba es más fácil controlar la coherencia de un sistema. Por otra parte, éste último seguramente tendrá problemas a la hora de hacer cuentas con las diferencias de detalle. Según el método *top-down*, si las reglas de la moral/del derecho natural son racionales, tienen que valer para todo ser racional. Si se encontrara un test de racionalidad, se tendría en la mano el *passee-partout* del conocimiento universal, que por supuesto tiene que ser único. Bajo este prisma, en el iusnaturalismo (moderno) tendrán éxito dos líneas: la que mueve desde el desarrollo de la razón humana como se ha concretado en la ciencia moderna (el uso científico de la razón aplicado al derecho) y la de la kantiana ley moral y sus condiciones

a priori. La discusión de este punto implica que se entre en el detalle de las concepciones históricas, lo que haremos en el siguiente párrafo.

Otra conclusión provisional es la siguiente: el iusnaturalismo y una parte del iuspositivismo (no relativista, no escéptico) tienen el *mismo* problema, es decir, justificar los criterios válidos para la crítica y la valoración del derecho, sólo que el primero buscará estos criterios en una zona jurídico-moral que es el derecho natural, mientras que el segundo simplemente no se plantea el problema en relación al derecho, pues considera que se trata de un problema moral, es decir, externo al derecho. No obstante, ambas posiciones tendrán que resolver de alguna manera el carácter universal de los criterios que usan para valorar el derecho y en la medida en que abracen una u otra forma de objetivismo a ambas se las podrá acusar de contrariedad al pluralismo. En este sentido el problema es si toda forma de objetivismo es contraria al pluralismo moral. Y aquí viene la ventaja de la perspectiva iusnaturalista, que está en el carácter limitado de su investigación: le interesa solamente establecer si hay una medida objetiva del derecho y no de la moral en general. Una cosa es preguntarse si hay una medida objetiva de los derechos a reconocer a los individuos; otra cosa es investigar sobre todo el campo moral. Una cosa es preguntarse si un determinado instituto es justo también desde el punto de vista natural-universal, otra cosa es indagar sobre el mejor sistema moral, válido para todos. Este último problema con dificultad puede ser considerado de competencia de la filosofía del derecho, mientras que la pregunta sobre la medida objetiva del derecho (la justicia) es fácil que pueda serlo. Para contestar a la pregunta en el título de la sección, una teoría del derecho natural es ciertamente una forma de ética universal, pero limitada en cuanto al contenido: es una teoría de la justicia en relación al derecho existente. Por eso su enemigo principal es la tesis de la irracionalidad de la justicia y de la irrelevancia de ésta respecto al derecho, no necesariamente el iuspositivismo.

3. *¿Una concreta tradición histórica de investigación moral?*

La sospecha y la desconfianza que instintivamente levantan todas las concepciones éticas universales ha llevado a la formulación de otra hipótesis de reconstrucción de la historia del derecho natural que tiene relación con la idea de tradición en sentido epistemológico. En vez de comprender el derecho natural como una manera de concebir una especie de ética universal, se le ha interpretado como una concreta forma o estilo de investigación

moral históricamente y socialmente radicada. Una tradición es un saber que se transmite, que pasa de una generación a la otra, que hace referencia a los mismos textos significativos, un contexto en el que se comparten conceptos y presupuestos. Respecto a ésta hipótesis quién investiga sobre el iusnaturalismo tiene que enfocar su especificidad histórica en la aproximación al estudio del derecho, sus constantes en el tiempo. Habría quizás que distinguir entre el método del iusnaturalismo y los contenidos a los que se llega, admitiéndose que con un mismo estilo de investigación se puede llegar a distintas conclusiones, pero la insistencia en la idea de tradición parece exigir que también los resultados que se obtienen deban ser los mismos.

La concepción del iusnaturalismo como tradición quiere decir aún algo más: hay que hacer cuentas con un preciso desarrollo histórico y social y no se puede entender el iusnaturalismo fuera de ahí. Aquí se ve la diferencia con la idea de que el derecho natural es otro modo de hablar de una ética universal.¹⁷ En el caso en el que se entienda que el iusnaturalismo es una especie de ética universal, su historia aparece como una línea sin solución de continuidad, pues se pueden dar diferentes modos de concebir esa ética universal. En el caso en el que se entienda que el iusnaturalismo es una tradición, en su historia debe identificarse su origen, su mejor realización y también sus degeneraciones.

La elección de la segunda hipótesis está motivada por las dificultades que suscita una ética universal abstracta, descontextualizada y válida para todos y por la unida exigencia de determinar el contexto de la investigación moral. En este sentido es interesante notar que la perplejidad respecto al conocimiento universal es compartida también *dentro* del iusnaturalismo, lo que da la idea de que se trate de un punto difícil y controvertido en general. La tesis epistemológica que sostiene esta hipótesis de lectura del iusnaturalismo es que cada versión concurrente de la justicia exige un estilo distinto de la razón práctica.¹⁸ La racionalidad es práctica cuando se aplica a los siguientes problemas: ¿qué es justo hacer?, ¿cuáles son los criterios de acción más apropiados?, ¿qué se debe hacer en esta circunstancia particular? Se trata de un conocimiento que alcanza su satisfacción no en el mismo conocer, sino en la determinación de la acción a cumplir. Desde Aristóteles (384 a. C. – 322 a. C.) se distingue así la razón práctica de la razón teórica (o el uso de la razón en el ámbito práctico y el uso de la razón en el ámbito teórico o teóricico).

¹⁷ Porter, Jean, “A tradition of civility: the natural law as a tradition of moral inquiry”, *Scottish Journal of Theology*, vol. 56, núm. 1, 2003, pp. 23-48.

¹⁸ MacIntyre, Alasdair, *Whose Justice? Which Rationality?*, Notre Dame Press, Notre Dame, 1988.

Se puede entender la tesis que se está presentando en este párrafo a partir de la contribución a la epistemología moral de MacIntyre y de su crítica al proyecto de la Ilustración:¹⁹ este autor ha sostenido la imposible neutralidad de la racionalidad –sostenida por el pensamiento ilustrado– pues la razón trabaja con conceptos presupuestos y en contextos específicos de argumentación.²⁰ El desacuerdo sobre la justicia estaría en la diversidad de las racionalidades prácticas posibles. En otras palabras, las múltiples contestaciones a la pregunta sobre lo que es justo depende del instrumento con el que se pretende contestar a la misma pregunta, es decir, la misma razón. En consecuencia, para contestar a la pregunta sobre lo que es justo hay que establecer antes qué se entiende por racionalidad práctica y cuáles son sus mecanismos y sus criterios.

La cuestión fundamental es entonces saber cuáles son las características de la racionalidad práctica típicas del iusnaturalismo. A esta pregunta se intentará dar contestación en el siguiente párrafo. Por ahora hay que contestar a ésta otra: ¿cuál es la tradición común a la que hace referencia el iusnaturalismo? Como se decía antes, esta interpretación del iusnaturalismo exige que se distinga entre sus orígenes, su modelo de referencia principal y sus degeneraciones. Limitándonos a la parte de la historia que estamos examinando, parece que lo que llamamos edad antigua del derecho natural (principalmente con la contribución estoica y aristotélica) es el taller en el que se forja el pensamiento iusnaturalista, que llega a su perfección en la asunción de esta heredad por parte del cristianismo: desde Agustín a Tomás de Aquino, con sus seguidores, a través de la segunda escolástica, *grosso modo* hasta el siglo XVII (con Grocio y Locke, sobre los que se dirá más adelante); una tradición que se disuelve con el iusnaturalismo moderno. La especificidad de la tradición iusnaturalista, según esta hipótesis, estaría en una concepción de la razón que se apoya en la revelación cristiana (presente en las Sagradas Escrituras) como expresión de la sabiduría divina, en la que la razón humana busca o bien elementos de racionalidad que impulsan la investigación moral, o bien garantías para lo que logra alcanzar por sí misma. Para entrar en el club de los iusnaturalistas no sería sufi-

¹⁹ Vid. MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 2007 (primera edición 1981).

²⁰ Por el reconocimiento del papel de la tradición en el proceso cognoscitivo ha abogado también la corriente hermenéutica. Gadamer, Hans G., *Verdad y método*, Edición Sígueme, Salamanca, 1999 [1960].

ciente sostener cualquier idea de la razón, sino la que es compatible con la revelación.

Como hipótesis y como reacción a aquellas versiones iusnaturalistas que han exagerado en el universalismo abstracto, esta segunda propuesta es interesante, aunque parece pedir demasiado. Si la función histórica del derecho natural ha sido la de ser criterio y medida del derecho positivo, sostener que hay que pertenecer a una única tradición histórica y social —prácticamente la del cristianismo— parece poco razonable (también desde el punto de vista del derecho natural cristiano). Si todas las versiones del iusnaturalismo asumen una forma de objetivismo moral (hemos visto que también una parte del iuspositivismo hace lo mismo), teniendo en cuenta la dificultad de la reflexión moral (cosa que hasta la pluralidad de posiciones iusnaturalistas demuestran), seguirán existiendo versiones distintas de lo que es justo. Y si esos resultados servirán para valorar críticamente el derecho positivo, se tratará de posiciones de alguna manera clasificables como iusnaturalistas. Además, si a esto se añade el tipo de aproximación del iusnaturalismo antiguo (y medieval) — *bottom up* y no *top down* —, el derecho natural tenderá a mantenerse inalterado en la medida en que las instituciones jurídicas mantienen una coherencia, mientras que plausiblemente cambiará en la medida en que el derecho se irá transformando en su estructura y en su contenido. Para mostrar esto se tendrá que entrar en el detalle de la evolución histórica del derecho natural, no sólo clásico, medieval e ilustrado, sino también contemporáneo.²¹

En el rechazo de esta lectura, en conclusión, juegan una buena parte todas las formas de iusnaturalismo, pues todas ellas miran a una universalidad obtenida con la razón humana, aunque ésta no excluya la revelación. La constante del iusnaturalismo es el uso de la razón en el juicio del derecho.

4. *Derecho y natural*

Antes de pasar a la historia de las etapas más destacadas de este movimiento, hay que aclarar lo que significa el derecho natural para el iusnaturalismo, distinguiendo dos expresiones a menudo usadas como sinónimos: *derecho natural* y *ley natural*. Para eso podemos servirnos de algunas observa-

²¹ Esta enseñanza (la relevancia de la configuración del derecho sobre el estudio del derecho) ha sido puesta a fruto por Todescan en su última reconstrucción de la historia de la filosofía del derecho, en la que hace preceder al estudio de las corrientes filosóficas un análisis de la jurisprudencia del tiempo. Todescan, Franco, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 2009.

ciones de Maritain a propósito de las tesis de Tomás de Aquino.²² Más allá del significado preciso que se les pueda dar, el punto fundamental es que derecho y ley son dos términos analógicos, es decir, pueden ser usados de distintas formas entre ellas ligadas por una relación semántica de semejanza. Así, se puede hablar de *derecho positivo*, de *derecho natural*, de *derecho divino*, por un lado, y de *ley eterna*, *ley natural*, *ley positiva*, por otro. Las diversas expresiones que contienen el mismo término significan cosas distintas pero mantienen una relación de semejanza, pues de otra manera, el significado resultaría equívoco y, por lo tanto, más valdría abandonarlo. En cada uno de estos grupos cabe distinguir la expresión que mejor refleja el significado semántico (que se llamará el analogado principal o significado central o paradigmático) y las otras, que brillan de alguna manera de luz refleja (analogados secundarios o significados secundarios).

Pues bien, según la interpretación de Maritain, Tomás de Aquino afirma que, en el primer grupo de significados analógicos, alrededor del término *derecho*, el analogado principal, es decir el sentido ejemplar de *derecho*, es la expresión *derecho positivo*, mientras que las otras expresiones son derivadas e imperfectas. El concepto de *derecho* se encuentra por excelencia en la expresión *derecho positivo*, mientras que las expresiones *derecho natural* y *derecho divino* son semejantes a la primera pero de alguna manera imperfectas o incompletas desde el punto de vista semántico: les falta algo importante para alcanzar el significado central de *derecho*. En este sentido, el derecho natural es un derecho en sentido derivado o secundario (*secundum quid*). La razón es que el derecho (positivo) está caracterizado por ser promulgado, por ser eficaz, por tener fuerza coactiva (concepto de validez jurídica). Y estos caracteres difícilmente se dan en el derecho natural (o en el derecho divino).

Vice versa, en el caso de la ley, el analogado principal es la ley eterna, mientras que la ley natural y la ley positiva son significados secundarios. La justificación estriba en que la ley es ordenación de la razón al bien, y se supone que la sabiduría divina, siendo superior a la humana, es más excelsa en su capacidad de dirigir al bien las criaturas. La ley eterna es el orden de todo lo existente hacia su perfección y su bien; la ley natural es el orden de la razón humana que dirige la acción hacia el bien (no solamente del bien

²² Maritain, Jacques, *Nove lezioni sulla legge naturale*, Jaca Book, Milano, 1985, lección segunda.

individual, como el de la autoconservación); la ley positiva es la ordenación por parte de la autoridad de una comunidad política hacia el bien común.

¿Qué le falta al derecho natural respecto al derecho positivo? Positividad (promulgación, eficacia, coactividad). ¿Qué le falta a la ley positiva frente a la ley eterna? Sabiduría, es decir, de capacidad de dirigir hacia el bien o, en otras palabras, a su fin apropiado. Por esta razón, si se añade que según Aristóteles la ley humana tiene poder coercitivo porque es una regla que deriva de una cierta sabiduría e inteligencia,²³ se entiende que la relación entre razón (sabiduría, inteligencia) y coacción es, en general, estructural. Todo eso explica las contrastantes valoraciones de lo que es más importante en orden a definir lo que es ley: su capacidad de indicar un curso de acción o su carácter coercitivo, aunque no puede ser completa una definición que excluye uno de los dos elementos.

A la luz de la anterior precisión, la locución *derecho natural* será preferida por los que asumen el método *bottom-up*, pues a partir del derecho positivo lo más cercano es el derecho natural. La expresión ley natural será preferida por los que asumen la perspectiva *top-down*, pues —dejando de lado la ley eterna— la ley natural es la que se presta para hacer de punto de partida de un sistema racional y universal. En la primera perspectiva, se entiende que lo que interesa no es tanto la construcción de un sistema ideal, sino —si acaso— la mejora del derecho existente. Al contrario, de la ley natural hay que descender hacia la ley positiva, y en esta perspectiva es más fácil que se pierda el contacto con el derecho existente: en esto radica la diferencia entre las distintas formas de iusnaturalismo.

Otra importante razón para preferir la locución *derecho natural* a *ley natural* es que el derecho aspira a la justicia, y *iustitia est ad alterum*, la justicia tiene que ver con lo que es intersubjetivo. En este sentido, se puede sostener que en realidad el derecho natural es una parte de la ley natural, aquella que tiene que ver con las relaciones intersubjetivas. Derecho natural y ley natural están como una parte (derecho natural) al todo (ley natural). Esta notación es importante porque indica que la objetividad que el derecho natural busca no es la de todo el campo de lo ético, sino la objetividad de lo debido en las relaciones intersubjetivas, que es, en otras palabras, el significado de la justicia. Lo que se propone entender el derecho natural es —por ejemplo— qué es lo debido a los individuos por parte de los demás individuos, en las relaciones en que se encuentran: de reciprocidad (la justicia del intercambio), de responsabilidad (la justicia en la distribución) o lo debido a cada ser humano (sus derechos). En ese sentido, el iusnaturalismo

²³ *Ética a Nicómaco*, 1180a 20.

es menos ambicioso de lo que se piensa. Algo que se puede aprender del iusnaturalismo clásico (y medieval) es que el alcance del objetivismo necesario para la crítica del derecho es circunscrito y limitado a lo que tiene que ver con la justicia (y no con la felicidad personal o con la moralidad integral de los sujetos). Y que a la identificación de todo eso se llega a partir del derecho existente.

En cuanto de alguna manera objetivo el derecho natural es indisponible. De esta manera se puede introducir un primer significado de *natural*: como medida del derecho positivo su contenido no puede depender del mismo derecho positivo que pretende juzgar. También suele decirse que no depende de la voluntad humana, mientras que el derecho positivo depende ciertamente de la voluntad humana, aunque esto no aclara muy bien las cosas. Decir que todos los hombres son iguales por naturaleza significa decir que la igualdad o la desigualdad no la establecemos nosotros, sino que las cosas son razonablemente así. No quiere decir necesariamente que lo haya establecido otra voluntad (la de Dios, por ejemplo). El motivo para sospechar de esta última interpretación es que depende de una imagen unívoca de la noción de derecho, contra su caracterización como término analógico que antes se recordaba. Que se trate de un término analógico significa que no es necesario que así como el derecho positivo está puesto por voluntad de los hombres, el derecho natural esté puesto por voluntad de Dios. La indisponibilidad del derecho natural está conectada con su razonabilidad. Una tesis que frecuentemente subyace a la oposición racionalismo-voluntarismo es aquella según la cual lo que depende de la voluntad está libre de vínculos racionales, pero esta lectura tiene que ser probada y es a menudo engañosa. Más acertado es sostener que el derecho natural es un derecho en el que cuenta más la razón que la voluntad.²⁴

Para empezar a ilustrar las distintas etapas del desarrollo histórico del iusnaturalismo, habrá que tener presente que uno de los conceptos clave y variables en este desarrollo es el de *razón*. La otra variable es la misma percepción o concepción del derecho. Cuando el derecho positivo será conce-

²⁴ Ya se ha visto que todos los iusnaturalismos reservan un papel importante a la razón. Para encontrar una posición distinta hay que apelarse al voluntarismo, en la que se hace hincapié en el papel de la voluntad, también en la determinación de lo que es el derecho natural. Obviamente en este caso se trata de la voluntad de Dios. La teoría voluntarista sostiene que el derecho natural es tal no por ser racional, sino por ser querido por Dios, lo cual implica que podría también ser irracional. La tesis es contrastada ya por Platón en el diálogo *Eutifrón* (XI-XII, 10, a-c).

bido como relación o institución, el derecho natural será entendido como criterio de valoración de estas instituciones; cuando el derecho positivo se centrará en la libertad o la facultad de los sujetos, el derecho natural aparecerá como el conjunto de libertades y facultades que pertenecen al sujeto y que no dependen del derecho positivo; cuando el derecho positivo será concebido como un sistema de normas, el derecho natural aparecerá como un código paralelo al código de derecho positivo. Lo que demuestra esta lista de posibilidades es que el modo de concebir el derecho natural depende del modo de entender el derecho positivo.

Otro modo de entender el derecho *natural* es oponerlo al derecho *artificial*. El significado es prácticamente el mismo: el derecho artificial depende de la capacidad y de la voluntad humanas que construyen el derecho existente, mientras que el derecho natural no es construido de la misma manera. El problema se pondrá a la hora de entender cómo se produce éste último: la divinidad, la naturaleza, la razón como opuesta a la voluntad. Este último caso, como ya se ha dicho, es el más problemático, pues es controvertido cómo la voluntad pueda decidir sin la razón o vice versa.

Un último significado del adjetivo *natural* se puede obtener contrastándolo con *convencional*. Obviamente todo el derecho positivo es convencional (y esto lo reconoce fácilmente también un iusnaturalista), pues se trata de una práctica social, a la que dan vida decisiones y comportamientos socialmente relevantes y verificables por parte de los actores humanos. ¿Qué puede significar en este contexto *derecho natural*? No puede pensarse que natural esté por *no convencional*, pues el derecho no se encuentra en el mundo de la naturaleza y también la búsqueda del derecho natural depende de los mismos sujetos que dan vida al derecho positivo. El derecho natural tiene que ser necesariamente convencional en el sentido de compartido, discutido, elaborado por sujetos dotados de razón. Lo que lo distingue del derecho positivo es precisamente que se apoya sobre la razón y no sobre la fuerza: no puede imponerse sino que tiene que convencer.

Hasta ahora se ha reflexionado sobre *natural* como adjetivo, dando por descontado que éste es el uso correcto del término. A menudo se piensa que lo determinante en el significado de derecho natural es, sin embargo, el uso de *natural* como sustantivo: la noción de naturaleza. Los iusnaturalismos se distinguen por lo que entienden que es la naturaleza: el cosmos, la naturaleza humana, aquello que el derecho debe respetar y que parece ya dado. El punto importante a este propósito es que lo que es relevante para el iusnaturalista no es la naturaleza en sí (las inclinaciones humanas, la madre naturaleza o el orden del universo) sino –si acaso– el juicio que la razón da sobre ellas, estableciendo que el derecho debe respetarlas. En consecuencia,

también en el caso en que se use el sustantivo, lo determinante para el iusnaturalismo es la razón humana.

III. DESARROLLO HISTÓRICO

Una de las impresiones generales de la historia del iusnaturalismo hasta la época moderna que más llama la atención es su solidaridad teórica con el pensamiento filosófico general o por lo menos con el pensamiento filosófico-político y social. Los representantes del iusnaturalismo son en realidad filósofos que se ocupan del derecho como de un fenómeno humano en relación con otros fenómenos humanos;²⁵ en este sentido, el iusnaturalismo parece ser una *filosofía* del derecho hecha por los filósofos. Sin embargo, ya se ha dicho antes que la distinción entre derecho natural y derecho positivo es una creación de juristas, más que de filósofos, pues el *derecho existente o positivo* es aquello sobre lo que los juristas trabajan en lo que es su estudio principal: la jurisprudencia o la *ciencia del derecho*. Esta notación pone ya desde ahora en relieve una tensión que caracteriza la filosofía del derecho desde siempre y que se puede resumir en una pregunta: ¿es la filosofía del derecho obra de los filósofos o de los juristas? Si vale la hipótesis que se ha defendido en el anterior párrafo, *según el modelo iusnaturalista* la balanza se inclina a favor de los juristas o por lo menos de quienes se interesan al derecho existente, aunque esta tendencia se podrá debilitar en determinados momentos de la historia. Si vale la impresión que se obtiene cuando se observa a los representantes más significativos de la parte de la historia que aquí se desarrolla, la balanza se inclina hacia los filósofos. Para enfocar adecuadamente esta aparente alternativa habría que profundizar en los planteamientos epistemológicos característicos de las distintas edades en estudio, pero esto nos llevaría demasiado lejos. Es suficiente tomar conciencia de que la especialización del saber no es cierto una característica del período que estamos analizando, sino más bien reciente. Además, puede decirse que las preguntas que pone el iusnaturalismo –vengan de juristas, vengan de filósofos– son preguntas *filosóficas*. En este sentido, la historia de la filosofía del derecho puede hacerse coincidir con la historia del iusnaturalismo. Más precisamente (y provocativamente) podría decirse que quién hace preguntas filosóficas sobre el derecho está asumiendo una posición iusnaturalista; el iuspositivismo tiene su posibilidad o en el tipo de respuesta

²⁵ Cotta, Sergio, *Diritto persona mondo umano*, Giappichelli, Torino, 1989, pp. 123-155.

que se da a esas preguntas o en un contexto de especialización del saber humano.²⁶

El estudio del desarrollo histórico del iusnaturalismo clásico, medieval e ilustrado según estas premisas es extremadamente complicado, sobre todo en un espacio limitado. Por un lado, hay que tener en cuenta el desarrollo del derecho durante dos milenios (lo cual es ciertamente difícil, aún limitándonos a una experiencia bastante restringida, la occidental). Por otro, hay que esquematizar líneas de conjunto y para eso es necesario seleccionar aspectos que no pueden dar cuenta adecuada de una historia riquísima de contribuciones y de matices importantes. Por estas razones, nos guiaremos por la exigencia de poner en evidencia para qué sirve estudiar el iusnaturalismo, más que reconstruir lo que el derecho natural ha sido efectivamente, corriendo el riesgo de no tratar nuestro objeto adecuadamente desde el punto de vista histórico y de cometer demasiadas simplificaciones. La esquematización es el precio a pagar por la visión de conjunto.²⁷

1. *Los orígenes*

Ya se ha dicho que la idea de derecho natural se encuentra en la filosofía griega y en la filosofía y jurisprudencia romanas. La distinción aristotélica entre justicia natural y justicia legal encuentra su paralelismo en la jurisprudencia romana, como diferencia entre derecho natural, por un lado, y derecho positivo (civil y de gentes) por otro. En ambos casos se trata de la justicia del derecho positivo. En la literatura griega que conocemos, el conflicto entre las leyes humanas y las leyes divinas y la pregunta sobre la obediencia debida a las primeras es un tópico, bien de las tragedias, bien de obras filosóficas.²⁸ Sobre el método de la jurisprudencia romana ya se ha dicho. Ahora hay que explicar qué es el derecho natural para algunos representantes de ésta época y su significado para el derecho positivo. Puede ser interesante a éste propósito examinar dos contribuciones significativas

²⁶ Como tipo de preguntas, el iuspositivismo parece más cercano a la teoría del derecho que a la filosofía del derecho.

²⁷ La bibliografía seleccionada contiene obras que desarrollan puntos sobre los que aquí no es posible detenerse.

²⁸ “Antígona” es una tragedia de Sófocles en la que la protagonista se apela a las leyes no escritas de los dioses contra la orden del tirano de Tebas, Creón, que le impide dar sepultura a su hermano Polinice por haber luchado contra la ciudad. “Critón” es un diálogo de Platón en el que Sócrates y sus amigos, principalmente Critón, en la inminencia de la muerte del primero, discuten si y por qué hay que obedecer a las leyes de la *polis* y en particular a la sentencia de muerte de Sócrates.

por parte de juristas: en la edad de la república romana, Cicerón (106-43 a.C.); en la edad imperial, Ulpiano (170 aprox.-223 d.C.).

Cicerón es relevante por su síntesis entre la tradición griega y romana. De la primera asume sobre todo la enseñanza del estoicismo.²⁹ Para la comprensión del derecho natural el estoicismo es importante por la centralidad del *logos* o razón. La doctrina estoica (en la parte que aquí interesa) se funda sobre el principio según el cual el ser humano participa de una razón universal, que es origen y providencia del mundo, y que es también el fundamento de un único género humano al que pertenecen todos. La virtud del ser humano consiste en vivir en coherencia con su naturaleza de ser racional, controlando lo que a ello se opone (como las pasiones). El derecho natural para Cicerón es pues la ley de la razón. Para conocerla habrá que conocer las inclinaciones naturales de los seres humanos, sus más profundas tendencias, sin dejarse engañar por las pasiones. Cicerón propone una lista de ellas: la autoconservación; la procreación y el cuidado de sí mismos y de los hijos; la amistad con los demás seres humanos, sobre todo con los más cercanos aunque dentro de una comunidad que abraza todos los hombres; la búsqueda de la verdad y del bien. Todo eso explica instituciones jurídicas como la propiedad, la familia, la patria. Muchas de esas inclinaciones o instintos son comunes a los hombres y a los animales, pero la diferencia entre éstos y los seres humanos es el modo en que éstos realizan esos fines: con la razón y no solamente como resultado del instinto.

En la misma línea, Ulpiano identifica la justicia como el fin del derecho: equivocadamente hace derivar *ius* de *iustitia* (mientras filológicamente parece más acertada la hipótesis contraria). Ofrece una definición del derecho natural como aquello que la naturaleza enseña a todos los animales: *quod natura omnia animalia docet*,³⁰ una fórmula exitosa. Quizás la razón del éxito es su ambigüedad, pues se presta a interpretaciones que van desde el naturalismo biológico (el derecho natural se identificaría con la Madre-Naturaleza) a la naturalidad de la razón, de modo similar a la posición de Cicerón, decididamente orientada a esto último. En realidad, la versión común a los dos pensadores es la más aceptable, en ambos por influencia del estoicismo. Esta misma versión será también dominante durante el medioevo cristiano.

²⁹ Escuela filosófica griega fundada por Zenón de Citio.

³⁰ Corpus Iuris Civilis, Digesto, 1, 1, 1, 3.

2. *El cristianismo medieval*

La tradición cristiana del derecho natural, que se forma en el encuentro entre el cristianismo y las doctrinas del derecho natural antes indicadas, es riquísima y diversificada. Como carácter general hay que notar que los pensadores cristianos tenderán a asumir como propias las tradiciones filosóficas y jurídicas de las que se ha hablado, como demuestra el hecho de que el derecho común durante los siglos que llamamos medievales será el mismo derecho romano, sistematizado en el *Corpus Iuris Civilis*³¹ y comentado ampliamente por *glossatori* y comentaradores.³² Más allá del problema de cuánto este trabajo de compilación y de anotación haya en realidad transformado el mismo derecho romano, a esta tradición jurídica hay que añadir la creación de un nuevo derecho, el derecho canónico. Respecto al derecho civil, el derecho canónico es un tipo de instrumento jurídico que sirve a una finalidad espiritual o moral, lo cual tendrá consecuencias sobre su evolución y también sobre el desarrollo del derecho en Occidente, pues categorías del uno influenciarán al otro.³³ También del derecho canónico se hará una compilación similar al *Corpus Iuris*, que es la *Concordia discordantium canonum*, o Decreto de Graciano (1140), que sucesivamente tendrá la misma suerte del *Corpus Iuris* a través de los comentaradores llamados decretistas.

La idea de que el saber jurídico deba trabajar sobre un material racional –en el sentido que no tenga contradicciones o de que las contradicciones inevitables sean de alguna manera eliminadas– es un elemento importante en la evolución bien del derecho positivo, bien del derecho natural occidental. Este tipo de evolución jurídica, que favorece la reflexión sobre las relaciones recíprocas entre institutos jurídicos y la comprensión del derecho como un conjunto ordenado, inclinará progresivamente la ciencia jurídica hacia una actitud sistemática, en la que la razón será protagonista en encontrar vínculos y crear nexos. En buena parte, la suerte del derecho natural irá unida a esta presencia de la razón en el derecho (a veces dando lugar a tendencias claramente racionalistas), a la que se opondrá el voluntarismo, que pondrá el acento en el papel de la voluntad o de la decisión en

³¹ Lo hizo componer el Emperador romano Justiniano (482-565). Está dividido en el *Codex* o compilación de las *constitutiones*, el *Digesto* o compilación de los *responsa* de juristas ilustres, las *Institutiones* o manual de uso didáctico, las *Novellae* o leyes posteriores).

³² Se hace referencia a la escuela de juristas de Bolonia, que se ocupan de anotar (*glossare*) o comentar el *Corpus Iuris*.

³³ Por ejemplo la relevancia de la intención en el derecho moderno puede derivarse del derecho canónico.

la creación del derecho. Como ya se decía con anterioridad, lo racional puede tener el significado de *natural* o *indisponible*, mientras que la dimensión artificial del derecho se identifica con lo que depende de la decisión o voluntad de quién crea el derecho. Desde este punto de vista bien se puede intuir cuán problemático es distinguir el derecho positivo del natural, pues razón y voluntad se entretajan inevitablemente en el derecho positivo.

Como se anunciaba antes, el tipo de operación que los pensadores cristianos hacen respecto al pasado es el de asumir sin problemas la tradición heredada, añadiendo junto a la razón humana la revelación divina como ayuda para la primera. En este sentido, ya en plena síntesis, aunque el Decreto de Graciano diga que *ius naturale est id quod in Lege et Evangelio continetur: quo quisque iubetur alii facere quod sibi vult fieri, et prohibetur alii inferre quod sibi nolit fieri*,³⁴ haciendo referencia explícita al patrimonio de la religión hebrea y cristiana, el derecho natural sigue siendo concebido como universal, como demuestra la segunda parte de la frase, que contiene la llamada *regla de oro*. La explicación se encuentra en el convencimiento que el derecho natural está a disposición de todo ser humano que con su razón se pregunte cuáles son sus inclinaciones fundamentales, pues hay una ley inscrita en el corazón del hombre que es la ley de la razón.³⁵ El hecho de que el contenido del derecho natural haya sido ya individuado por pensadores anteriores a la existencia del cristianismo de alguna manera confirma su universalidad. Así, por ejemplo, Tomás de Aquino hablará de las inclinaciones naturales en un sentido similar a Cicerón. Si esta tesis es correcta, entonces la hipótesis de que el derecho natural es una tradición epistemológica y social conectada necesariamente al cristianismo no es aceptable, al menos en relación al pasado.

Ciertamente, en la perspectiva de Tomás de Aquino (y en general para estos pensadores), el último fundamento de la obligatoriedad de la ley natural está en la ley divina, pues ya se ha recordado que la ley —en cuanto ordenación de la razón al bien— es por excelencia la ley divina, y sólo de manera derivada la ley natural y la ley humana. En esta perspectiva, el concepto de obligación está ligado al de necesidad racional para el fin: si se quiere un fin (bien), hay que querer el medio (la acción que consigue el fin, y que por tanto resulta obligatoria). Aquí está un punto fundamental para la caracterización del derecho natural cristiano medieval: la ley natural es

³⁴ Decretum Gratiani, I, dist. I, in princ.

³⁵ San Pablo, *Carta a los Romanos*, 2, 14-16.

una chispa de la razón divina y participación de la ley eterna en la criatura racional. Por este motivo, la razón humana es capaz de entrever lo que es necesario racionalmente y por lo tanto obligatorio. Es verdad que, en última instancia, solamente la razón divina creadora puede obligar, en cuanto es la mejor guía para el bien, pero la razón humana como participación a la razón divina puede aferrar lo que es obligatorio en tanto en cuanto es necesario desde el punto de vista racional en orden al fin.

Podría decirse entonces que, mientras el derecho natural es conquista humana en cuanto racional y por eso se le puede definir como una ética natural, no se explica la capacidad de la naturaleza de la razón humana sin hacer referencia a ley eterna. Sin embargo, esta última cuestión no es de competencia de los juristas ni de los filósofos del derecho, que se ocupan principalmente del derecho y sólo instrumentalmente de la razón. Lo basilar es que la razón constituye un método universal para la búsqueda del derecho justo. La función de la revelación es la de acrisolar las consecuencias de la razón humana. Desde este punto de vista, el abandono de la revelación divina como punto de referencia traerá consigo un importante cambio en la historia del pensamiento iusnaturalista, aunque no tendrá por qué romper su continuidad. Todo esto será posible en un clima de transformación dentro y fuera del mundo griego-hebraico-cristiano, hasta entonces un marco común cultural. Dos circunstancias resaltan en ese pasaje: lo que trae consigo el descubrimiento de América, con el descubrimiento de la diferencia antropológica, y la reforma protestante, con sus implicaciones en la difusión del pluralismo moral.

3. *El iusracionalismo o iusnaturalismo ilustrado*

La exposición de esta fase de la historia del iusnaturalismo es la que más se presta a simplificaciones excesivas. También aquí se hace necesario proceder por pinceladas para no perder la idea de conjunto.

Desde el punto de vista jurídico dos son los fenómenos fundamentales para entender el desarrollo del iusnaturalismo. Por un lado, el nacimiento del estado moderno y —como la otra cara de la misma medalla— su proyección internacional, en un derecho de gentes que se acerca cada vez más al derecho internacional. Por otro lado, la centralidad asumida por el individuo y por la categoría jurídica que testimonia esta centralidad: el derecho subjetivo. Se trata de dos fenómenos que son el fruto de una incubación muy larga, y que solamente con esfuerzo pueden ser colocados en un momento concreto del tiempo. Ciertamente, uno de los anillos de esta evolución es la llamada *Segunda Escolástica*, que sigue y adapta a las nuevas cir-

cunstancias la enseñanza de Tomás de Aquino (a veces traicionándola) y cuyos mayores representantes —Francisco de Vitoria (1483-1546) y Francisco Suárez (1548-1617)— tendrán influencia decisiva sobre los protagonistas de esta fase del iusnaturalismo. En Vitoria —seguido por Suárez— encontramos ya el uso de una noción clara de derechos subjetivos naturales a reconocer a todos los hombres, también a los “diversos” de la época, es decir, a los indígenas de América.

Desde el punto de observación que aquí estamos manteniendo, para entender el iusnaturalismo en esta época, la figura más destacada es Hugo Grocio (1583-1645). Como se apuntaba al final del párrafo anterior, la ruptura de la unidad cultural pone una pregunta sobre cómo debe ser entendido el derecho natural una vez desaparecido el marco común del cristianismo. Grocio sigue manteniendo fidelidad a la tradición que lo precede,³⁶ en particular sobre el papel de la revelación, pero del derecho natural —la conservación de sí y de la sociedad, en extremada síntesis— afirma que subsistiría igualmente aunque se admitiera (lo cual a su juicio no podría hacerse sin impiedad) que Dios no existiera o que no se ocupara de los hombres: *etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*. Esta famosa frase, que se encuentra en el párrafo 11 de los prolegómenos al *De iure belli ac pacis*, le ha valido el título de representante más significativo del iusnaturalismo laico (en el sentido de independiente de la religión) y racionalista.

Como se puede observar, el contenido del derecho natural sigue siendo prácticamente el mismo, aunque se irá reforzando un matiz individualista, pues se pone el acento sobre lo que es debido a cada individuo, es decir sobre sus derechos. El derecho natural empieza a hacer referencia primaria y constante a lo que se entiende por *naturaleza*, sea la humana individual o la de la sociedad, de alguna manera entificadas, y no ya a la justicia como fin del derecho. El instrumento de identificación del derecho natural es el mismo que en el período precedente, es decir la razón, aunque progresivamente se irá afirmando su independencia respecto a la revelación y por lo tanto su autonomía epistemológica, reforzada también gracias al cambio de paradigma gnoseológico derivado de la difusión del método y de la mentalidad de la ciencia moderna. En este contexto, el iusnaturalista moderno abandonará la perspectiva finalista porque es demasiado metafísica³⁷ y

³⁶ Basta leer el comienzo de su obra y las citas que hace. Vid. lecturas aconsejadas.

³⁷ Es difícil usar adecuadamente el término *metafísico*. Como es sabido, viene de la colocación de ciertos libros de Aristóteles, que se encontraban después del libro de la *Física*, aun-

abstracta y asumirá el estilo de investigación empírico típico de la ciencia, que si acaso estudia la causa eficiente. Esta última es lo que empuja al movimiento o mueve a la acción. La naturaleza para el pensamiento griego es un principio dinámico intrínseco que mira hacia un fin; es más causa final que eficiente.

Los más significativos representantes de este desarrollo del iusnaturalismo —entre otros— son Thomas Hobbes (1588-1679) y Samuel Pufendorf (1632-1694). Para ambos, la naturaleza humana va estudiada a través (y el derecho natural extraído) de la observación de las cosas humanas, de los comportamientos humanos efectivos. En el caso de Hobbes, la ley natural es un teorema de la razón (un cálculo) y su precepto principal es el de pasar del estado de naturaleza de guerra de todos contra todos al estado civil, el único en el que es posible la sobrevivencia del individuo. En abierta oposición a Hobbes pero en continuidad de planteamiento, para Pufendorf la circunstancia de la *imbecillitas* (debilidad) humana hace que el fundamento del derecho natural sea la socialidad. Aquí es importante notar que se rechaza la tesis (filosófica-metafísica) de que el ser humano es un animal social o político, como la tradición había transmitido desde Aristóteles, y, al contrario, de observaciones empíricas se deducen algunas consecuencias sobre la naturaleza humana. Pero paradójicamente, cumpliendo este paso, a diferencia de la tradición filosófico-metafísica, estos autores sí que se hacen culpables de la acusación de infringir la *ley de Hume*, según la cual no es posible deducir prescripciones/normas/valores de hechos (como se recordará, una de las acusaciones del iuspositivismo contra el iusnaturalismo).³⁸ Cuando Aristóteles (y la tradición que lo ha seguido sobre ese punto) saca consecuencias normativas de la consideración filosófica de la naturaleza del hombre no está cayendo en esa falacia, pues no está tomando ocasión de datos empíricos.³⁹

que llegó a significar el contenido de esos libros, en los que se desarrolla un examen filosófico de la realidad, según un método específico (indagación de las causas y de los principios de la realidad). El uso despreciativo que hoy tiene depende de la influencia de los epistemólogos del Círculo de Viena, a primeros del siglo XX, que consideran lo metafísico como algo no susceptible de investigación científica y por lo tanto inútil, si no dañino.

³⁸ La ley de Hume se llama así por David Hume (1711-1776), que criticando las obras de algunos autores iusnaturalistas de su tiempo notaba el paso (injustificado) de afirmaciones de hecho a prescripciones. Sobre la ley de Hume, la reconstrucción más completa y exhaustiva, Celano, Bruno, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994.

³⁹ En qué consiste el método filosófico y cómo se distingue del método científico o empírico no puede ser objeto de esta exposición. Otra cosa es que no sea posible un método filosófico-metafísico. Se tome nota del hecho que deducir de la dificultad o de la imposibili-

Una característica común a todos estos pensadores es el uso del instrumento epistemológico que consiste en distinguir el *estado de naturaleza* del *estado civil*. En general no se trata ni siquiera de una ficción histórica. Sirve más bien a identificar lo que precede la actual posición en la comunidad política, es decir, la ley natural. Según Hobbes, por ejemplo, la ley natural impone precisamente salir del estado de naturaleza de guerra de todos contra todos, a motivo de la exigencia de la sobrevivencia. Una vez abandonado el estado de naturaleza, la ley positiva es prácticamente absoluta: por esto Hobbes será considerado también el padre del iuspositivismo.

No se puede finalizar la historia del iusnaturalismo sin hacer referencia a John Locke (1632- 1704) y a Immanuel Kant (1724-1804). El primero desarrollará la noción *subjetiva* de derecho natural que ya se encuentran en Vitoria, Suárez y Grocio, entre los autores nombrados. No se habla ya de derecho natural sino de derechos naturales, pues su contenido es el conjunto de derechos naturales de los individuos. Sin embargo, estos derechos se siguen fundando en la ley natural. Por esa razón, los derechos naturales (la vida, la libertad y la propiedad ganada con el propio trabajo) son inalienables e irrenunciables. La ley natural no solamente no deja de ser obligatoria una vez abandonado el estado de naturaleza, sino que en el estado civil se hace todavía más coactiva. Así pues, el poder político nace limitado por títulos externos independientes del (y preexistentes al) mismo poder político, aunque se le necesite para garantizar la efectiva tutela de los derechos de los individuos. En este sentido, el tipo de aproximación de este iusnaturalismo es seguramente *top-down*. Lo será aún más en la medida en que se irán formando los presupuestos ideológicos de la edad de la codificación, cuando el soberano ilustrado intentará demostrar que sus órdenes no son el fruto del arbitrio o del capricho sino promulgación de las leyes de la razón. En ese momento, el iusnaturalismo y el iuspositivismo coincidirán. Pero ya ésta historia no pertenece al presente capítulo. De todas formas, este desarrollo pone en claro que el derecho natural en esta época no es ya el contraste del derecho positivo, sino del poder político. De aquí en adelante, muchas posiciones iusnaturalistas se encontrarán en el campo de la filosofía política. En esta misma encrucijada nacerá la corriente que

dad de aplicar el método científico a ciertas realidades la inexistencia de éstas es precisamente una conclusión metafísica en el sentido despreciativo del término.

llevará hacia la práctica de los derechos humanos, a partir de los derechos naturales.

La explicación de Kant puede ser dejada como última, por la originalidad de este pensador y por su importancia en la coronación de la parábola del iusnaturalismo moderno (véase, además, TEORÍA JURÍDICA DEONTOLOGÍA). La lectura de Hume y de Rousseau (1712-1778) despierta Kant del sueño dogmático de la razón, es decir de la ilusión que la razón pueda conocer integralmente la realidad. Por eso su obra filosófica está dedicada a la crítica de los límites de la razón e implica una revolución copernicana que consiste en que, en vez de pensar que el conocimiento humano se adapta a la realidad, es la realidad a adaptarse al conocimiento humano. En vez de formular juicios analíticos *a priori* (el método deductivo a partir de axiomas) o sintéticos *a posteriori* (el método inductivo o empírico), Kant fundará el método sintético *a priori*, que consiste, muy esquemáticamente, en la investigación sobre las condiciones *a priori* de la moralidad y del derecho. Según este autor, la condición *a priori* del derecho positivo es precisamente el derecho natural: esto quiere decir que la legislación positiva está legitimada en la medida en que se hace portavoz de las instancias racionales. El derecho natural es el conjunto de obligaciones que el hombre conoce con su sola razón, y que debe ser obedecido sin intervención externa, es decir, en régimen de completa autonomía. El derecho positivo es el conjunto de obligaciones emanadas por un legislador, sobre el presupuesto del derecho natural. Con esta contribución se llega al culmen del iusracionalismo y a la inversión total de la relación entre derecho positivo y derecho natural con la que hemos empezado, pues ahora es el derecho natural a ser condición de posibilidad del derecho positivo.

IV. CONCLUSIONES EN RELACIÓN CON EL INTERÉS ACTUAL DEL IUSNATURALISMO PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO

El resumen de la evolución del iusnaturalismo que hemos expuesto, no obstante las limitaciones inevitables del intento de concentrar en pocas páginas una historia de milenios, nos permite traer algunas conclusiones. La primera es que el iusnaturalismo no es una posición teórica unitaria y homogénea, sino que —dentro de algunas coordenadas comunes sin las cuales sería imposible reconocer una identidad de fondo— son posibles versiones entre ellas bastante distantes.

Es bastante evidente que, independientemente de lo que se entienda por derecho natural y de su relación con el derecho positivo, el iusnaturalismo usa un código binario: justicia legal/justicia natural; derecho positivo/derecho natural. De alguna manera, ésta es la característica estructural del iusnaturalismo, y en un sentido mínimo, puede ser considerada una constante identificativa. El esquema puede ser modificado en su contenido manteniéndose invariada la estructura. También puede modificarse el plano en el que este discurso se coloca: ambas vías en el plano jurídico, o bien una en el ámbito moral y la otra en el jurídico. Desde este punto de vista, se puede identificar una actitud epistemológica típica del iusnaturalista: lo es todo aquel que sostiene que el derecho positivo es criticable y mejorable sobre la base ciertos criterios, aunque el punto de partida para la identificación de tales criterios fuera – por ejemplo – el irracionalismo, el sentimentalismo o el emotivismo, es decir, posiciones que no se apelan a la razón. En el fondo de esta aproximación se reconoce la tesis que el derecho (y su estudio) no es algo aislado, sino que forma parte de una experiencia humana y social (en este sentido, el iusnaturalista es filósofo del derecho). Hay que tener en cuenta que el fenómeno jurídico, entrando en relación con las demás dimensiones, puede concordar o contrastar con ellas. En esta línea, la actitud iusnaturalista –que puede ser definida crítica– está orientada por una consideración unitaria de la experiencia humana y social, sin que la unitariedad impida la distinción de esferas.

Sin embargo, en un sentido más intenso, el iusnaturalismo parece exigir una cierta razonabilidad de los criterios asumidos para valorar el derecho positivo. El motivo de esta exigencia tiene que ver con la justicia, que en su significado más simple está a indicar la presencia de una justificación. Como se decía con anterioridad, lo que verdaderamente se opone al iusnaturalismo es la tesis según la cual la justicia es la utilidad del más fuerte. ¿Qué significa entonces la apelación al derecho natural o a la justicia natural? Como no depende del más fuerte, significa que de alguna manera la concepción de la justicia a defender puede ser compartida por el más débil desde el punto de vista del poder contractual, es decir por quién se encuentra en una situación de desventaja. En un sentido muy simple, eso significa que lo razonable es independiente del equilibrio de poder, del *status quo*. Lo justo no puede imponerse sino tiene que convencer. La medida de la razonabilidad y de la universalidad es precisamente el acuerdo por parte de quien no tiene poder contrac-

tual. La capacidad de convencimiento, también del más débil, es la base de la universalidad de la justicia natural. Universal, en este sentido, significa comunicable, compartible, común, pero no común entre los que comparten una situación de prevalencia, sino entre los que ocupan distintas posiciones, también las menos aventajadas.⁴⁰

Este tipo de consideraciones recordará al lector ese sector de investigación que en los últimos cuarenta años ha alcanzado gran notoriedad gracias a la obra pionera de John Rawls, *Una teoría de la justicia*,⁴¹ publicada en 1971, por lo que podría concluirse que el iusnaturalismo está superado pues, por un lado, el iuspositivismo ha sustituido el iusnaturalismo en el estudio teórico del derecho, y por otro las teorías de la justicia se ocupan de proponer criterios de juicio. El iusnaturalismo clásico nos enseña que la diferencia entre las posiciones iusnaturalistas y las doctrinas morales o las teorías de la justicia es el punto de partida del iusnaturalismo: el derecho positivo. Interesa la justicia del derecho y no simplemente la justicia o la justicia de la comunidad política (que es solamente una parte de la justicia que interesa el derecho, pues el derecho no es solamente político). Por esta razón el iusnaturalismo sigue señalando la importancia de indagar qué es el derecho, cuál es su naturaleza, a qué sirve, cuáles son los bienes que garantiza. La justicia del derecho —en este sentido es bien apropiado hablar de derecho natural— tiene que ver con la naturaleza/estructura del derecho.

En conclusión algunos tendrán la impresión que el iusnaturalista es un utópico, pues ve en el derecho lo que tendría que cambiar. Sin embargo, el iusnaturalista es también un defensor del derecho existente, por lo cual no asumirá sin necesidad una posición revolucionaria, pues sabe que el derecho que puede ser injusto en algún aspecto, es justo en muchos otros, y que generalmente las instituciones jurídicas son capaces de garantizar algunos bienes primarios, que están precisamente conectados con la existencia del derecho, como por ejemplo aquel conjunto de características que llamamos *rule of law*.⁴² En algunos casos, la resis-

⁴⁰ Por esta razón, aún siendo la teoría utilitarista clásica una teoría racional de la justicia, pues la utilidad se alcanza con un cálculo, el hecho de que el criterio de la utilidad sea referido a la mayoría la excluye de las posiciones que pueden ser tomadas aquí en consideración.

⁴¹ Rawls, John, *Una Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000 [1971].

⁴² Una lectura importante en este sentido es Viola, Francesco, “La legge umana, rule of law ed etica delle virtù in Tommaso D’Aquino”, Mangini, Michele y Viola, Francesco. *Diritto naturale e liberalismo. Dialogo o conflitto?*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 1-63.

tencia al derecho será necesaria y entonces habrá que estar dispuestos a pagar personalmente.

V. BIBLIOGRAFÍA

1. *Bibliografía Seleccionada*

- BOBBIO, Norberto, *Giusnaturalismo e Giuspositivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco, *Historia del Derecho Natural: Un Ensayo*, Unam, México, 1999.
- COTTA, Sergio, *Diritto persona mondo umano*, Giappichelli, Torino, 1989.
- FINNIS, John M, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1992. (hay versión en español Cristóbal Orrego, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000)
- FUENTES LÓPEZ, Carlos, *El Racionalismo Jurídico*, UNAM, México, 2003.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *Filosofía y Retórica del Iusnaturalismo*, UNAM, México, 2002.
- TODESCAN, Franco, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 2009.
- VILLEY, Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Editions Montchretien, Paris, 1975.
- VIOLA, Francesco, "Positive Law and Natural Law". *IVR Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law*, 2005, http://ivr-enc.info/index.php?title=Positive_Law_and_Natural_Law (fecha de consulta: 29 junio 2011).
- WELZEL, Hans, *Derecho Natural y Justicia Material*, Editorial Aguilar, Madrid, 1957.

2. *Lecturas Aconsejadas*

SÓFOCLES. *Antígona* (aprox. 442 a.C.).

Se puede descargar en <http://portal.bibliotecasvirtuales.com/estantes?fid=2622> (fecha de consulta 29 junio 2011) Sobre el conflicto entre las leyes no escritas de los dioses y las leyes del tirano.

PLATÓN. *Critón* (aprox. 395 a.C.). Se puede leer en

<http://www.bibliotecasvirtuales.com/biblioteca/otrosAutoresdelaliteraturauniversal/Platon/Criton.asp> (fecha de consulta 29 junio 2011) Se discute de las razones para obedecer a las leyes de la ciudad.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, capítulo V, 10: 1134a 15-1136a-9.

Se trata del capítulo dedicado a la noción de justicia natural y positiva.

CICERÓN. *De Officiis*, I, 3-5 (44 a.C.).

Qué es lo que se entiende por ley natural y cuáles son las inclinaciones humanas.

Tomás DE AQUINO, *Summa Theologiae* (1266-1273).

Prima pars secundae partis, quaestio 90, articulus 4 (sobre las características del derecho positivo); Prima pars secundae partis, quaestio 91, articulus 2 (sobre la definición de ley natural como participación a la razón divina).

Francisco DE VITORIA, *Relectio de indis*, I, 2, 22 (1539).

Se niega que la conquista de los Indios sea legítima por haber violado la ley natural, a motivo del carácter problemático de su conocimiento.

Hugo GROCIO, *De iure belli ac pacis* (1625). Prolegomena, §§ 1-14.

Sobre la noción de derecho natural en sentido racionalista.

Thomas HOBBS, *Leviatán: o la materia, la forma y poder de una república eclesiástica y civil* (1651).

Capítulo XIV, trata de la necesidad de pasar del estado de naturaleza al estado civil.

John LOCKE, *Segundo Tratado del Gobierno Civil* (1689).

Capítulo Segundo, Trata del estado de naturaleza, en el que la ley natural gobierna y obliga a todos.

Samuel PUFENDORF, "Specimen controversiarum circa ius naturale ipsi nuper motarum". En: SCANDICA, Eris, *Qua adversus libros de iure naturali et gentium obiecta diluuntur* (1677), cap. I.

Pufendorf hace una historia del derecho natural en la que se ve con claridad la especificidad del iusnaturalismo racionalista. (Hay traducción italiana en Bobbio, Norberto, *Principi di diritto naturale*, Paravia, Torino, 1952).

Immanuel KANT, *La metafísica de las costumbres* (1797).

Introducción, que trata de la noción de legislación jurídica y moral y de sus relaciones con la razón.