

DERECHO NATURAL, POSITIVISMO JURÍDICO Y DERECHO CORRECTO

SUMARIO: *Advertencia. I. Introducción. II. De la teoría iusnaturalista a la positivación. III. Variedad, limitaciones y aportes del positivismo. IV. En busca de un nuevo paradigma: El derecho correcto. V. Resumen.*

ADVERTENCIA

El presente trabajo tiene una estructura singular que el lector puede advertir rápidamente y que reclama una explicación para su mejor aprovechamiento.

Las circunstancias materiales que determinaron esta investigación, condicionaron a un límite estricto para el texto. Sin embargo, a medida que la iba elaborando se afirmaba más la idea de publicarlo en su oportunidad, junto con un vasto material que había tenido en cuenta para la redacción del texto. Con este propósito, se preparó un amplio aparato de apoyo y de aclaración de afirmaciones mediante el sistema de notas. Claro está que dadas las circunstancias expuestas dicho sistema es más amplio de lo normal y constituye un trabajo relacionado con el texto, pero que actúa sobre él como un factor de reelaboración.

Pasado un cierto tiempo, he decidido darlo a publicidad. La toma de esta decisión es personal y en ella han influido diversas razones, entre las que merecen citarse la propia importancia de la cuestión tratada que forma parte de lo que podríamos denominar "problemática en la formulación del derecho". Sin embargo, ha incidido también en forma determinante los conceptos inmerecidos que ha tenido para con el presente trabajo el amigo y maestro Miguel Villoro Toranzo, quien me ha aconsejado su publicación.

I. INTRODUCCIÓN

Todo jurista sabe que la cuestión del derecho natural es una de las más antiguas preocupaciones de la filosofía o de la ciencia del derecho. Ella comienza alrededor del siglo V antes de nuestra era, con el despertar de la conciencia crítica en Grecia y no ha cesado de plantearse hasta la actualidad. También es sabido que proporcionalmente el material sobre

la cuestión es tan abundante que su sola organización demandaría una prolija obra por separado. Ante estas circunstancias el autor queda obligado, considerando el poco espacio conferido para desarrollar el tema, a elegir una manera de presentar las cosas. Esta elección entraña, forzosamente, la cancelación de otras formas de presentarlas y con ello la clausura de algunos análisis tan importantes como los que más. Todo eso significa que debemos seleccionar algunos puntos y toda selección depende de algún criterio. Creemos que, al menos, ese criterio debe quedar debidamente esclarecido.

El mero título del trabajo pareciera contener un criterio, toda vez que se alude allí a la "problemática del derecho natural", es decir que pareciera que el centro de gravedad reposa sobre el *problema del derecho natural*. Claro que esta expresión no es clara por sí misma; menos lo es en cuanto el título se refiere también —como contenido del trabajo— a las "posiciones positivistas y iusnaturalistas". Así las cosas pareciera que el problema consistiría en develar el "estado de la cuestión" entre iusnaturalistas y positivistas jurídicos. Si así fuera el desarrollo no sólo sería más extenso del permitido, sino que nos alejaría del tratamiento de algunos puntos que consideramos centrales y que reclaman urgente reflexión filosófica. Por eso estimamos necesario operar nuestra propia selección en el planteamiento de tan vasto tema.

Julián Marías en una comunicación sobre el estado de la filosofía contemporánea,¹ ha destacado la peculiar situación que padecen los filósofos en la actualidad. Encuentran dificultades no sólo porque no suelen entender lo que los otros dicen, sino porque no entienden lo que quieren decir. Esto es, resúltales difícil captar de *qué* el otro está hablando, *por qué* está hablando y *para qué* dice lo que dice. Por razones semejantes y en aras a una mejor producción intelectual, Popper ha subrayado reiteradamente que lo primero (y principal) de toda investigación científica (incluyendo en esto a la filosofía), es poner en clara evidencia el *problema*; esto es, la dificultad que se tiene ante sí y las razones por las que el asunto configura un problema.² Coincidiendo con estos modos de pen-

¹ Marías Julián, *La estructura dramática de la teoría filosófica*, XIII Congreso Internacional de Filosofía, *Symposium sobre la Actividad Filosófica*, México, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1963, pp. 37 y ss.

² Popper, Karl R., *Conocimiento objetivo*, Madrid, Tecnos, 1974. Dice este autor: "Un problema constituye una dificultad, con lo que comprender un problema consiste en descubrir que hay una dificultad y dónde la hay, lo cual se consigue solamente averiguando por qué *no funcionan ciertas soluciones aparentes*. Aprendemos a entender un problema intentando resolverlo y fracasando y cuando hayamos fracasado cien veces podremos convertirnos en unos expertos en ese problema particular. Es decir, si alguien propone una solución, podremos ver enseguida si su propuesta tiene futuro o fallará" (p. 171). En igual sentido Magge,

sar es que, a nuestro juicio, este trabajo debe preocuparse ante todo por mostrar los problemas que ha generado lo que se conoce por derecho natural (en sus diversas manifestaciones). Claro que en verdad este problema no aparece "evidente por sí mismo" entre otras razones porque viene inserto en una compleja "situación problemática" históricamente acuñada. Por eso se nos imponen algunas distinciones previas.

Una simple ojeada a la literatura actual sobre esta cuestión del derecho natural muestra que subsiste una especie de estado de beligerancia entre aquellos que argumentan en favor de su existencia y los otros que, con variadas posiciones y distintos razonamientos, la cuestionan categóricamente.³ Este enfrentamiento no ha sido permanente o al menos no ha tenido siempre igual intensidad; quizá pueda sostenerse que con todo rigor comienza en el pasado siglo XIX, cuando crecen, se organizan y estabilizan las teorías positivistas. Ahora bien: este debate —del cual no se puede privar ningún estudio serio de la cuestión— constituye por sí un problema científico. Un primer problema al que llamaremos problema A (o problema del debate doctrinario). Este problema implica seguramente a otro no menos importante y al que llamamos en este trabajo problema B (o problema de las posiciones ideológicas, manifiestas o

Bryan, *Popper*, Barcelona, Grijalbo, 1974, quien dice: "Una tarea no empieza con el intento de resolver un problema, sino con el problema mismo y con las razones por las que es un problema" o sea, que antes de dirigir la atención a la búsqueda de posibles soluciones uno debe dedicarse a la formulación del problema, y dependerá el éxito de la búsqueda de aquéllas del grado de éxito en la formulación de éstos. (p. 90).

³ Es inútil querer hacer un inventario de posiciones en pro o en contra del derecho natural; valga simplemente, como un intento para acreditar que la polémica no ha cesado, el citar dos trabajos en nuestro medio de carácter muy reciente: negando virtualidad al derecho natural, Novoa Monreal, Eduardo, en *El derecho como obstáculo al cambio social*, 2a. Edición, México, Siglo XXI, 1977. Explicando los fundamentos del derecho desde el punto de vista del derecho natural, Kuri Breña, Daniel, en *La Esencia del derecho y los valores jurídicos. Introducción al estudio filosófico del derecho*, México, Jus, 1978. Es significativo, digamos de paso, que el primero de los autores nombrados, a nuestro juicio exageradamente, considera al derecho natural como un mito al servicio de los grupos y clases dominantes (p. 67), ejerciendo un efecto conservador en el derecho (p. 77), el que debiera ser un instrumento al servicio de la política (p. 88); pero no de cualquiera sino de una que asegure el pleno desenvolvimiento humano (p. 14). Por su parte, el segundo autor, si bien considera la esencia del derecho el ser un sistema de normas dirigido al establecimiento y la conservación de un orden justo (p. 26), hace especiales esfuerzos por acreditar que tal orden se establece no sólo cuando aspira a la justicia, sino cuando, además, se tiene en vista la seguridad, la que pertenece entonces a la esencia del derecho. Nos parece que mientras en Novoa domina el valor oportunidad en el segundo, a pesar de sus consideraciones prevalece la preocupación por el valor seguridad. Estas observaciones se vinculan al que hemos denominado problema D.

tácitas, de los participantes en el debate).⁴ Pero hay otro problema —al cual nosotros dedicaremos la mayor parte de nuestro interés— consistente en determinar si más allá de los problemas A y B existe efectivamente una *auténtica dificultad* vivida por los hombres en sociedad, particularmente por los formuladores del derecho, que haya demandado, justamente, teorías y argumentaciones (que entretreídas se presentan como problemas A y B). Llamaremos a esa “auténtica dificultad” problema C.

Poner de manifiesto ese problema C es una cuestión decisiva en las actuales circunstancias para comprender los tenaces esfuerzos realizados por los pensadores de todos los tiempos, para entender graves cuestiones jurídicas, políticas y sociales, para explicarse la dureza de los enfrentamientos como para, en fin, aprovechar los frutos de tanta reflexión. Pero además es decisivo para zafarse del paradigma científico que configuran, cada uno por su lado, las teorías del derecho natural y el positivismo jurídico. Obviamente que estamos intentando presentar un nuevo paradigma, sintetizador y sustituyente de los anteriores que fagocitan la mayor parte de las reflexiones filosóficas en orden a este tema. Lo hacemos no como un puro acto de innovación sino, más bien, alentados por una tarea comenzada por otros y que promete tener cada día mayor gravitación en el escenario del pensamiento jurídico. Esto último menos por la virtualidad técnica del paradigma que por las ne-

⁴ Hay quienes —como en el caso de Novoa Monreal recién citado— siguiendo a Kelsen, consideran “que la idea de un derecho natural superior al derecho positivo no tiene por finalidad debilitar la autoridad del derecho positivo, como podría creerse de primera intención, sino el reforzarla. La doctrina tiene en su conjunto un carácter conservador muy acentuado” (Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad. Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1960, p. 108). En cambio otros como Bodenheimer estiman que “ninguna de las teorías iusnaturalistas que han jugado un papel importante en la historia de la teoría jurídica, ha opuesto obstáculos en el camino del progreso social” (p. 187) y que el renacimiento de tales teorías después de la Segunda Guerra Mundial “se dirigió sobre todo contra las prácticas inhumanas de ciertos gobiernos totalitarios. Sería difícil encontrar entre las teorías de esa clase —agrega— algunos intentos significativos de legitimar nuevas formas de medievalismo o represión”. Bodenheimer, Edgar, “Revisión del proceso contra el derecho natural”, en *Dianoia*, México, 1965, pp. 182 y ss. Es difícil ignorar la gravitación que sobre tales opiniones tienen los hechos mismos. No es difícil ver por entre las siguientes palabras de Hans Welzer las alambradas de los campos de concentración: “El Tercer Reich tomó el positivismo jurídico al pie de la letra. Puso en práctica la doctrina positivista de que el Estado —como escribió en 1917 el jurista húngaro Somló— puede sancionar cualquier contenido concebible para el Derecho, inclusive un contenido absolutamente inmoral... Las especulaciones intelectuales positivistas, como sugerencia de que la orden de asesinar a todos los niños de ojos azules es válida si procede del titular de la soberanía, se convirtieron ahora en una espantosa realidad”. (Cit. y transcrito por Bodenheimer, p. 196).

cesidades y desafíos que impone al hombre la época presente y el porvenir.

Para decirlo sencilla y directamente el problema C se refiere a los “fundamentos” de ese fenómeno histórico que aparece en las sociedades humanas que se conoce como *derecho*. Desde este punto de vista, toda vez que es una reflexión sobre los *fundamentos del derecho*, la tarea es típicamente filosófica.⁵ Abbagnano al exponer sobre la palabra *derecho* señala que “en la historia del pensamiento filosófico y jurídico se han sucedido o entrecruzado cuatro concepciones fundamentales en torno a su validez”. Es decir, en torno a su fundamentos últimos.⁶ Entre esas concepciones fundamentales cita y expone en primer lugar al *derecho natural*. Esto significa que —como veremos más adelante— las doctrinas, teorías y argumentos en favor del derecho natural son sustancialmente reflexiones sobre los fundamentos del derecho; las opiniones que se entrecruzan con aquellas reflexiones —cuestionándolas— pertenecen al mismo campo de reflexiones filosóficas. Aunque incluyan un renegar de la filosofía como actividad.

Llambías de Acevedo en una crítica a la fundamental posición positivista del pasado siglo representada por Bergbohm, expone un pensamiento que exhibe con toda claridad la existencia del problema C.⁷ En efecto, quien contempla al derecho con visión omnicompreensiva en extensión y profundidad, no puede dejar de advertir que gran parte de las acciones humanas en sociedad son orientadas por normas del llamado derecho positivo. Desde cierto punto de vista esas reglas positivas son

⁵ Es una opinión generalmente aceptada de que la filosofía puede tener diversos objetos, pero sobre todo, debe dar su parecer como “ciencia de los fundamentos”. “El conocimiento filosófico es *cognitio ex principiis*”, dice Heseen, Johannes, en su *Traado de filosofía*, 2a. ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1976.

⁶ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2a. ed., México, FCE, 1974. Según este autor “en la historia del pensamiento filosófico y jurídico, se han sucedido o entrecruzado cuatro concepciones fundamentales en torno a la validez del derecho: 1) la que considera al derecho positivo (o sea el conjunto de los derechos que las diferentes sociedades humanas reconocen) como fundado sobre un derecho *natural* eterno, inmutable y necesario; 2) la que considera al derecho fundado en la *moral* y, por lo tanto, lo considera como una forma disminuida o imperfecta de moralidad; 3) la que reduce el derecho a la *fuera*, o sea una realidad histórica políticamente organizada; 4) la que considera el derecho como una *técnica social*”. (Voz: derecho, p. 298).

⁷ Llambías de Acevedo, Juan, “Reflexiones sobre la crítica de Bergbohm a la doctrina del derecho natural”, en *Dianoia*, México, Buenos Aires, UNAM, FCE, 1965, pp. 198y ss. Este trabajo es de gran interés para conocer la posición de uno de los más ejemplares representantes del positivismo a fines del siglo XIX, Karl Bergbohm, cuyas obras —como explica Llambías— son prácticamente desconocidas y difíciles de hallar en la actualidad. El pensamiento que nos sirve de base se localiza en las pp. 202-203.

anticipadas y precisas respuestas (respuestas elegidas entre una multiplicidad posible) al interrogante acerca de cómo deben actuar los individuos en algunas situaciones de la vida. Mas esa misma visión contemplativa libre de prejuicios no puede dejar de ver que la propia *formulación del derecho positivo*⁸ es otra acción humana en sociedad. La acción de “hacer derecho”. En este caso una pregunta previa parece siempre pertinente: ¿Cuál de entre todas las reglas posibles conviene positivizar en esta oportunidad? La acción de positivizar al derecho (hacer positiva una determinada regla) supone un *problema* cuyos criterios de solución están fuera del marco de la positivación misma y cuyos *fundamentos* se escapan de ese marco en cuanto *vienen dados* por una realidad e idealidad extra derecho positivo. Dentro de la multiplicidad de reglas que pueden ser puestas en existencia por el formulador del derecho (positivadas), unas serán preferible a otras. ¿Cuáles son los criterios de preferencia? ¿Cuándo se podrá decir que una regla cuenta con mayor fundamento que otras? Ciertamente que Llambías de Acevedo puede errar en cuanto cae, al menos en el artículo citado, en las mallas del derecho natural; pero no yerra de ningún modo cuando dice que “el problema central de la filosofía jurídica es el problema de la fundamentación de los contenidos concretos de un derecho positivo”. *Esta cuestión previa a la positivización* de éste o aquel derecho es, justamente, un *auténtico problema de la experiencia política, social y, por supuesto jurídica*. Que la doctrina del derecho natural sea vulnerable en su estructuración o quizá lisa y llanamente desechable por insuficiencia, no elimina de ningún modo este radical problema que los hombres han tenido, tienen y tendrán ante sí. El positivismo —como veremos— no puede eludir su consideración, aunque teóricamente suprima su planteamiento. Sólo que cuando así actúa, sobre todo en sus posiciones más extremas, se limita a contestar la cues-

⁸ La expresión “formulación del derecho positivo” que se utiliza en este párrafo, como el resto del trabajo, merece un par de aclaraciones: a) En primer lugar no seguimos en este punto el lenguaje de Eduardo García Máynez que, como es sabido, hace depender la calidad de “derecho positivo” de la eficacia; nosotros aquí seguimos la terminología tradicional en cuanto que para nosotros es derecho positivo el conjunto de normas jurídicas concretadas en proposiciones jurídicas que rigen determinada comunidad; si bien esa concretación es posible lograrla mediante diversas “objetivaciones”, sin ser exclusiva, hoy por hoy la forma escrita es la predominante. b) En cuanto a la positivización del derecho, la entendemos en sentido amplio, es decir susceptible de ocurrir en escalones diversos y no solamente por un único acontecimiento fáctico destinado orgánicamente a establecer el derecho. c) Por lo tanto, bajo las palabras “formulación del derecho positivo” se debe ver mucho más que la importante —pero no exclusiva— etapa de formulación de ese derecho mediante instancias orgánicas legislativas; es decir, que incluye este proceso la fijación de proposiciones jurídicas abstractas hasta la concretadora sentencia judicial.

tión por vía de hecho: positivando esta norma en lugar de otras. En el contenido de la positivización se puede hallar la respuesta dada a la a la cuestión previa que es ineludible e inevitable. Por esta causa, esta cuestión, debe ser presentada como un problema real de la experiencia jurídica.

Creemos que este problema auténtico e inevitable es y será de carácter permanente porque la dinámica vital humana exige una constante reformulación del derecho positivo.⁹ Lo variable está dado por las construcciones teóricas formuladas como solución a aquel problema, al menos a partir del momento en que se toma conciencia de su existencia. El llamado problema C no se ha planteado con igual claridad e intensidad en todos los pueblos y en todas las épocas; a veces ni siquiera se ha presentado.¹⁰ Fue necesario el desarrollo de una conciencia crítica,

⁹ *Vid.*, nota anterior. Además, téngase presente las ideas que sobre la "perversión de la ley" y la "creación de normas", expone Friedrich, C. F., en *El hombre y el gobierno. Una teoría empírica de la política*, Madrid, Tecnos, 1968. Aquí, partiendo de la base de que entre los principales actos políticos de una comunidad se encuentran las leyes, se ponen de manifiesto aspectos dinámicos del derecho que los juristas suelen a veces olvidar, cuando en verdad, el proceso de "reformulación" es casi constante. "La ley —decía Robert Penn Warren— es siempre demasiado corta y demasiado estrecha para una humanidad en crecimiento. Lo mejor es actuar y, a continuación, elaborar las leyes adecuadas, sabiendo que, cuando aparezcan en los códigos, se actuará ya de un modo diferente". Este punto de vista, marcadamente político, será repudiado por los juristas; pero tiene la virtud de descubrir tendencias reales en la sociedad que dinamizan, constantemente, el proceso de formulación del derecho.

¹⁰ "Uno queda impresionado al pensar en los pocos hindúes, por ejemplo, que tienen alguna idea sobre los derechos fundamentales contenidos en su constitución, y mucho menos, sobre cómo defenderlos en caso de que sean violados por su gobierno", dice Friedrich *op. cit.*, *supra* nota 9, p. 300, puntualizando cómo la conciencia jurídica de los pueblos no ha sido independiente de la base religiosa forjada a través de la historia.

Sobre tema semejante, aludiendo a la etapa del despertar de la conciencia crítica, dice Popper: "Una de las características que definen la actitud mágica de una 'sociedad cerrada', primitiva o tribal, es la de que su vida transcurre dentro de un círculo encantado de tabúes inmutables, de normas y costumbres que se reputan tan inevitables como la salida del Sol, el ciclo de las estaciones u otras evidentes uniformidades de la naturaleza. La comprensión teórica de la diferencia que media entre la 'naturaleza' y la 'sociedad' sólo puede desarrollarse una vez que esa sociedad cerrada mágica ha dejado de tener vigencia" (*La sociedad abierta y sus enemigos*, Buenos Aires, Paidós, t. I, p. 86). Con bellas palabras relata Erich Kahler el despertar de la conciencia humana como algo diferenciado capaz de discernir: "La evolución gradual del espíritu humano, que se manifiesta en los conceptos religiosos de los egipcios, babilónicos, persas y judíos debe considerarse como sucesivos pasos de humanización, personalización y temporalización del ser humano. El mismo proceso lento, humanizador, que transforma al dios en un ser cada vez más espiritual, hizo que el hombre fuera de más en más un ser temporal, terrenal, ligado de una manera creciente a este mundo terrenal y pre-

como la que históricamente emergiera en la Grecia presocrática y hasta el desarrollo de funciones superiores en el lenguaje humano,¹¹ para que ese problema pudiera ser planteado y las primeras soluciones ensayadas.¹² Mas para tener una cabal idea de la historicidad del problema y sus sendas soluciones es menester otra aclaración: aquella conciencia crítica no emergió de una vez y para siempre como un parto instantáneo. A lo sumo con ella se inicia una nueva etapa de la humanidad —un nuevo desarrollo del “espíritu del hombre”— y cuyo devenir futuro realmente ignoramos. Toda vez que este espíritu humano ha tenido y seguirá teniendo su propio desarrollo histórico, las teorías para fundamentar al derecho han sido y serán constantemente revisadas, según los problemas generales y especiales de la época de que se trata y el estadio de desarrollo de ese espíritu.¹³ De modo que la aparente reiteración de

sente” (*Historia universal del hombre*, México, FCE, 1973, p. 71). Las razones por las cuales esa “personalización” alcanzara una conciencia crítica con la emergencia presocrática y socrática en la polis griega no puede ser explicada aca. Pero sí debe tenerse presente la singularidad de ese hecho que marca un hito en la evolución universal del género humano. A esta evolución aún hoy tratan muchos pueblos de acceder.

¹¹ “La última y más elevada de las funciones (del lenguaje) es la *función argumentadora* que puede observarse, en su forma superior de desarrollo, en una *discusión crítica disciplinada*. La función argumentadora del lenguaje no sólo es la más elevada de las cuatro que discuto (la expresiva y la señaladora, común a hombres y animales, la descriptiva y la argumentadora, exclusivas del hombre) sino que además es la última que aparece en el proceso evolutivo” del hombre. (Popper, *op. cit. supra*, nota 2, p. 219). La discusión crítica, precisamente, se da en la época griega que comentamos, a niveles tales que la “argumentación” era el fuerte de los sofistas, produciendo reacciones en Sócrates por los abusos que de ella hacían. No se debe desconectar este empleo de la función argumentadora, con la toma de conciencia crítica que se atribuye a los griegos de esa época.

¹² Por lo que se puede saber las “primeras soluciones ensayadas” en torno a los fundamentos del derecho están muy cerca de lo que García Máynez llama “iusnaturalismo biológico” representado especialmente por la posición del sofista Calicles, fundando el derecho en la fuerza. La tesis ha sido examinada magistralmente por Menzel Adolf, en *Calicles. Contribución a la historia de la teoría del derecho del más fuerte*, trad. Mario de la Cueva, México, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1964. Lo importante —para lo que decimos en el texto— más allá del contenido de estas tesis, es que en esa etapa, en ese lugar, comienzan a fecundar las teorías —en abierta y continuada discusión crítica— sobre los fundamentos del derecho.

¹³ Sobre esa evolución espiritual humana, *cf.*, Kahler, *op. cit., supra*, nota 10. Pero específicamente referido a lo jurídico, la obra del maestro Villoro Toranzo. Miguel, *La justicia como vivencia*, México, Jus, 1978, en cuya introducción expresa magníficamente lo que queremos decir: “Nuestra posición puede sintetizarse en las siguientes afirmaciones: 1) La formulación de lo justo no se hace por un proceso puramente lógico-discursivo, sino desde la integridad de la personalidad total por medio de las vivencias de justicia. 2) El acercamiento a lo justo es evidentemente algo relativo: cada individuo se aproxima a lo justo desde su propia

algunas doctrinas acerca de los fundamentos del derecho (como por ejemplo la reaparición de un vigoroso derecho natural en el siglo XVII), es bastante menos un fenómeno de redescubrimiento de viejos argumentos olvidados que la reelaboración de nuestras construcciones teóricas. Esta historicidad en el tratamiento del problema C, configura —por su parte— otro problema al que llamaremos *problema D*.

Imposible resulta en los límites de nuestro trabajo intentar siquiera un desarrollo de este problema D; pero creemos que no debemos dejar, al menos, de puntualizar su importancia como su pertenencia al tema de la “problemática del derecho natural”.

Se trata de considerar y ponderar la gravitación de las diferentes coyunturas históricas en la reformulación de las teorías sobre los fundamentos del derecho. Si luego de la primera y segunda guerras mundiales se ha hablado de un “renacimiento del derecho natural”¹⁴ y, en estos días, un tema tan vinculado a esta cuestión como son los “derechos fundamentales del hombre” ha cobrado inusitada actualidad, es por causa de esa compleja vinculación que media entre las circunstancias históricas y las teorías que apuntan a explicar los fundamentos del derecho. No dudamos un instante en pensar que este problema D pertenece a la problemática indicada, pues pensamos que nuestra época aparece con tan inéditos como desorientadores caracteres para el hombre que es propio hablar de un estado de “crisis” en muchos ámbitos de la organi-

personalidad, como cada grupo humano desvela lo justo desde su propia cultura” (p. 13). Popper dice en su obra sobre el *Conocimiento objetivo*: “Al igual que las otras funciones, el arte de la argumentación crítica se ha desarrollado mediante el método de ensayo y supresión de errores y ha tenido una influencia de lo más decisiva sobre la capacidad humana de pensar racionalmente” (p. 220). Mas esto no se refiere sólo a la capacidad de pensar. Su teoría es más amplia e incluye el desarrollo de la capacidad de sentir, de emocionarse, las que también —como condición del espíritu— se desarrollan a través del tiempo y por la dialéctica de la acción del ser humano. “Según la postura que he adoptado aquí, el tercer mundo es un producto del hombre, del mismo modo que la miel es producida por las abejas o las telas de araña por las arañas. . . (p. 152); este tercer mundo es autónomo, aunque genéticamente sea producido por el hombre y “sus efectos sobre nosotros se han hecho para nuestro desarrollo y el suyo propio que los de nuestra acción creadora sobre él, ya que la casi totalidad de su crecimiento se debe a un efecto de retroalimentación: al resto que representa el descubrimiento de problemas autónomos, muchos de los cuales nunca dominaremos” (p. 154).

¹⁴ Varios autores lo han puesto de manifiesto, aplaudiendo o reprobando el hecho. Sobre esto, *cfr.*, Bodenheimer, *op. cit.*, *supra*, nota 4, y el de Bobbio. Norberto, “Sulla rinascita del giusnaturalismo”, *XIII Congreso Internacional de Filosofía (Symposium sobre Derecho Natural y Axiología)*, México, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1963, p. 49, sobre el cual volveremos. La bibliografía existente es impresionante.

zación social.¹⁵ En tales circunstancias la reflexión filosófica sobre aquel auténtico e inevitable problema (problema C) se torna, como se ha dicho, en cuestión central de la filosofía jurídica. Pero una meditación productiva sobre el viejo problema en medio de las nuevas circunstancias demanda una no menos acabada reflexión sobre lo que hemos denominado problema D. El examinar cuidadosamente los condicionamientos históricos que han gravitado sobre esas reflexiones sobre el problema C en el pasado, echará mucha luz para reflexionar sobre la misma cuestión teniendo presente la coyuntura actual y la que ella entraña para el porvenir. Quizá estemos ya en una etapa de la historia de la humanidad en que muchas evasiones o transferencias hechas en el pasado se han tornado imposibles. Como ha dicho Popper, quizá toda la responsabilidad de nuestras decisiones éticas recaiga, exclusivamente, sobre nosotros.

En resumen, nuestro plan de trabajo consistirá sustancialmente en discurrir en torno al llamado problema C; esto es, análisis de la problemática del derecho natural como un intento de esclarecer los fundamentos del derecho. Haremos incursiones sobre aspectos que pertenecen a alguno de los otros problemas en que hemos escindido la "situación problemática"; pero esto se hará más en atención al problema que por una consideración a ellos mismos en razón de su propia entidad.

¹⁵ Hay también abundante bibliografía sobre los riesgos que penden sobre la humanidad en la actualidad, cuya peligrosa situación se debe a diferentes frentes de ataque: las armas nucleares, la deificación de la producción y el consumo, la destrucción de los recursos naturales al ser tratados como mero capital y no como yacimientos de los cuales depende la vida, los modelos de comportamientos sociales impuestos por la sociedad industrial los cuales generan grupos e individuos que por desarraigo son necrófilos o simplemente tienden a perder su condición humana, etcétera. Me permito citar algunos trabajos que revelan la preocupación por la suerte de nuestra estirpe en la época actual: Freyer, Hans, *Teoría de la época actual*, México, FCE, 1976; Fromm, Erich, *Anatomía de la destructividad humana*, 3a. ed., México, Siglo XXI, 1977; Schumacher, E. F., *Lo pequeño es hermoso. Por una sociedad y una técnica a la medida del hombre*, Madrid, H. Blume Ediciones, 1978 y, por supuesto la ya citada obra de Kahler en la que considera que el resto actual a la humanidad (año 1943), consiste en saber si será capaz de lograr o no el "reinado del hombre". Tal cosa no significa la deificación del hombre, sino el reconocimiento del elemento humano que hay en el hombre. "Desde tiempo inmemorial ha estado el hombre buscando esa idea y en todos sus conceptos ha estado, en realidad, buscando a tientas una idea de sí mismo" (p. 554). El logro de este reinado está —para todos estos autores— decididamente vinculado al *orden social* que se establezca en concreto y en esa operación, ningún papel secundario cabe al derecho. Pero es entonces que aquel *problema auténtico* (problema C), cobra el valor de una impostergable demanda, ya que hoy, como nunca, es necesario saber cómo el derecho positivo, tras esos objetivos, *debe ser*. Desde el punto de vista católico es recomendable la obra de Messner, Johannes, *La cuestión social*, Madrid, Rialp, 1960.

II. DE LA TEORÍA IUSNATURALISTA A LA POSITIVACIÓN

Al comienzo del trabajo hemos reconocido la longevidad del tema denominado derecho natural. Sin embargo bajo ese nombre, o semejantes, sólo muy parcialmente hay una verdadera línea de continuidad a través de los siglos. En rigor, debajo de esa denominación suelen ocultarse teorías bien diferentes en otros aspectos. Esta observación es necesaria para evitar una discusión sobre un supuesto derecho natural que nunca ha existido, salvo en la reelaboración de esta doctrina por autores que no comulgan con esas posiciones, que, para su propio uso toman como tal lo que no ha sido. Sin embargo, por razones de espacio no estamos en condiciones de hacer, siquiera, una relación de las distintas doctrinas sobre el derecho natural desde sus orígenes. No tenemos otro camino que remitirnos a trabajos existentes en nuestro medio. Entre ellos citamos en primer lugar el de García Máynez, quien apoyándose sobre todo en la obra de Johann Sauter, *Die Philosophischen Grundlagen des Naturrechts*, hace una exposición de las diversas posiciones a través del tiempo. En segundo término la magnífica labor ha logrado, justamente, encontrar los hilos de la continuidad por debajo de la diversidad, puntualizado entre otros los antecedentes estoicos y españoles en Hugo Grocio a quien no pocos consideran el fundador del iusnaturalismo moderno.¹⁶ A nosotros nos interesa, por razones de resonancia en nuestra época contemporánea, precisamente lo que Villoro llama "escuela racionalista del derecho natural", que otros llaman "iusnaturalismo moderno", "derecho nacional" o simplemente "iusnaturalismo".¹⁷

¹⁶ García Máynez, Eduardo, *La definición del derecho*, 2a. ed., Xalapa, México, Universidad Veracruzana, 1960, capítulo III, en el que hace una sucinta relación sobre el iusnaturalismo biológico, el teológico (Sócrates y Sófocles), el teleológico (Platón y Aristóteles), el racionalista y panteísta de los Filósofos del Pórtico, el trascendente de los filósofos cristianos (San Agustín y Santo Tomás), el trascendente racionalista y social de Hugo Grocio, el individualista (Hobbes y Locke), el determinista (Spinoza), el racionalista (Pufendorff), el utilitarista y eudemonista (Thomasius), el objetivista (Leibniz), complementando con las teorías contractualistas y de contenido variable (p. 44 a 100). Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1973, en la que trata la escuela española (p. 189/204) y luego la escuela racionalista del derecho natural (p. 263/328). También tiene formulada una buena exposición crítica Bodenheimer, Edgar, *Teoría general del derecho*, México, FCE, 1976, dedicándole toda la segunda parte de su obra en las siguientes secciones: derecho natural estoico y cristiano (p. 125); escuela clásica del derecho natural (p. 150); la resurrección moderna del derecho natural (p. 195).

¹⁷ Abbagnano define al "iusnaturalismo" con un sentido específico: "teoría del derecho natural, tal como fue configurada en los siglos XVII y XVIII a partir de Hugo Grocio y de la cual son representantes, asimismo, Thomas Hobbes y Samuel Pufendorff", distinguiéndolo de la "teoría tradicional porque no considera tal de-

En este punto, para continuar con provecho, es necesario hacer una observación: en nuestro idioma (como en otras lenguas latinas) suele emplearse el mismo enunciado verbal para indicar dos cosas radicalmente diferentes: el orden normativo (o un sector de ese orden normativo) y las teorías o argumentaciones (la ciencia) sobre aquel orden normativo.¹⁸ Algo semejante ocurre en relación al derecho natural. Con este nombre que se menciona ¿un orden normativo o la ciencia jurídica que discurre sobre ese orden? Nosotros mismos hemos usado ese lenguaje ambiguo hasta este punto. Y, seguramente, por razones obvias es fácil que incurramos otra vez en esa ambigüedad. Pero ella puede tener efectos costosos; entre otros el de inundar la discusión con posiciones que enturbian en lugar de aclarar. Esto ocurre cuando los litigantes creen que en lugar de enfrentarse por teorías, están —en verdad— jugando la existencia de un orden normativo de insuperable valor. Esto lo ha puesto de manifiesto con gran oportunidad Norberto Bobbio en su ya mencionado trabajo sobre el “renacimiento del derecho natural”, sosteniendo —a nuestro juicio con razón— que la mayor parte de las veces con ese nombre no se menciona un orden normativo en particular, sino que se trata meramente de una teoría sobre ese supuesto orden normativo.¹⁹

Esto es importante para esclarecer el sentido con que aparece el “iusnaturalismo” a partir de Hugo Grocio. Rudolf Stammler plantea las cosas de esta forma:

La larga guerra y los tiempos difíciles por los que atraviesa el mundo en esta época (siglos XVI y XVII) hacen nacer una serie de dudas de carácter práctico que no era posible resolver mediante las simples nor-

recho como la participación humana en un orden universal (como lo consideraron los antiguos, siguiendo el ejemplo de los estoicos) o derivado de Dios (como lo consideraron los escritores medievales), sino como reglamentación necesaria de las relaciones humanas, que el hombre descubre confiándose a la razón y que, por lo tanto, es independiente del querer mismo de Dios”. *Diccionario, op. cit., supra*, nota 6, voz “iusnaturalismo”.

¹⁸ Así, empleamos el nombre derecho civil para designar al conjunto de proposiciones normativas que se articulan en esa rama del derecho, como para designar los estudios o teorías sobre ese sector normativo; *idem* derecho penal, etcétera. Distinto ocurre, como señala Sebastián Soler, con “botánica” que sólo designa la ciencia que estudia los vegetales o “zoología” que estudia los animales. Esta ambigüedad en el lenguaje ocasiona dificultades en los estudios jurídicos. Pero a nuestro juicio refleja cierta realidad que convendría poner de relieve: hay cierta identidad o al menos semejanza entre la *teoría del derecho* (como conjetura sobre esa realidad llamada derecho) y el *derecho como teoría* acerca del orden social, toda vez que siempre el derecho importa, de una u otra manera, un proyecto de vida y como tal entraña una conjetura sobre la conveniencia de ese proyecto. De cualquier manera esa dificultad es menor en otros idiomas.

¹⁹ *Op. cit., supra*, nota 14.

mas del derecho positivo; el robustecimiento de los poderes del Estado, que en este período se mostraba de modo bien patente a los ojos de todos, tenía por fuerza que dar lugar a profundas reflexiones.²⁰

Mas no era solamente la 'larga guerra y los tiempos difíciles'; una suma de hechos formarían el contexto en que nacería una nueva concepción del derecho. El humanismo, corriente espiritual de la revalorización de la naturaleza y de sus relaciones con el hombre, representado por figuras como Leonardo da Vinci y Erasmo, entrañó un proceso de secularización que, sin ignorar su precedente (las concepciones medievales) inició un rumbo cuyos remates estaba lejos de presentir.²¹ Los hechos señalados por Stammler fueron en parte producto de un acontecimiento decisivo para la cultura de Europa y por ende del mundo: en 1520 se inicia la reforma, que tendría respuesta poco después en la Contrarreforma, a partir de lo cual Europa y la cristiandad quedarían divididas; ese cisma religioso causó efectos aún difíciles de ponderar.²² En 1492 se descubre un "nuevo mundo" (más propio que llamarlo América, que suena a parte del mundo). Este hecho fue decisivo en los más múltiples sentidos: desde generar fervores del tipo de las cruzadas, hasta relativizar todos los modos y costumbres, sin dejar de disolver el orden imperante con los gravísimos trastornos económicos desde la instalación del capitalismo, hasta el desarrollo de la inflación general de precios, que caracterizó al siglo XVI. Mas esto no fue todo, Butterfield dice categóricamente: La revolución científica "eclipsa cualquier otro hecho acaecido desde el advenimiento del Cristianismo y reduce el Renacimiento y la Reforma a la categoría de simples episodios".²³ Quizá haya en esto una aparente exageración; sin embargo, para 1690 la ciencia había adquirido un prestigio enorme y los miembros de la *Royal Society*

²⁰ Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho* (trad. Wenceslao Roces), México, Editora Nacional, 1974, p. 38.

²¹ Para facilitar la comprensión y ubicación histórica de los principales representantes del "iusnaturalismo" moderno, presentamos un cuadro, que es parcial, pero que permite apreciar las conexiones de esos hombres con hechos decisivos en el continente europeo y en el mundo. (Ver apéndice al final del artículo.) Un análisis de lo que estos datos significan en relación a la aparición del iusnaturalismo pertenece a la clase de cuestiones que hemos llamado *problema D*. Pero no podemos dejar de llamar la atención sobre las grandes perturbaciones religiosas, sociales y bélicas que ocurrieron en Europa y especialmente en los lugares donde habrían de florecer las principales construcciones sobre la doctrina del derecho natural: como Holanda, Inglaterra y Alemania.

²² El trabajo clásico sobre este punto es el de Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, en varias ediciones traducidas al castellano. Pero conviene ver Müller-Armack, Alfred. *El siglo sin Dios*, México, FCE y de Buber Martín, *Caminos de utopía*, *idem*.

²³ Butterfield, Herbert. *The Origins of Modern Science*, New York, 1952.

y la *Académie Royal Des Sciences*, estaba estrechamente vinculados con los gobernantes y los miembros de las familias dominantes.²⁴ Es inútil y hasta perjudicial ignorar, como dice Stammler “dudas de carácter práctico” que asaltaban por doquier. No eran dudas teóricas. Junto a todo lo relacionado apareció con dimensiones desconocidas desde Roma el *Estado moderno*, reconocible como una gigantesca concentración de poderes. Había que reflexionar hondamente sobre el “orden” que convenía a la sociedad. Lejos estaríamos de la verdad si pensáramos que la preocupación era sobre el “orden jurídico”. Dentro de esa revolución general que se estaba operando, el médico Quesnay meditaba “científicamente” sobre el *orden económico* al que uno de sus discípulos llamaría “*fisiocracia*”.²⁵ Hobbes y Locke, por su parte, discurrían acerca de cómo debía ser el *orden político*, teniendo en cuenta, justamente, las condiciones naturales del hombre. Las tendencias de estas corrientes históricas del pensamiento —motivada *por* y dirigida *a* efectos reales que se habrían de sentir, suavemente en la Revolución americana, muy convulsivamente en la Revolución francesa.²⁶ La “naturaleza” descubierta emotivamente en el Renacimiento italiano habíase mecanizado; ahora el hombre en medio de los trastornos generales de la época, intentaba mediante un esfuerzo titánico ordenar al mundo en transformación. Para ello dice que se inspiraba en la “naturaleza”; la verdad es que inspirará en su “imagen de naturaleza”. En ese contexto, paso a paso, con una sincronía que llama la atención, las teorías jurídicas van abandonando los cánones medievales hasta llegar a lo que se llama el “ius-naturalismo racional”.²⁷

²⁴ Bernal, John D., *La ciencia en la historia* (trad. Eli de Gortari), 3a. ed., México, UNAM, Ed. Nueva Imagen, 1979, p. 476.

²⁵ El jefe del grupo “los economistas” era François Quesnay, médico de cámara de madame Pompadour y lo integraban entre otros Dupont de Nemours y el marqués de Mirabeau, quien redactó las nuevas ideas en un trabajo que tituló *Physiocratie* (1767-1768); “fisiocracia” significa *gobierno de la naturaleza*.

²⁶ Desde luego que por su contundencia la Revolución francesa ha logrado un lugar muy superior al de la Revolución americana; lugar que de ninguna manera le corresponde si se miran los efectos de una y otra al cabo de dos siglos. Aquellos pobres emigrantes del siglo XVII a los que se sumaron sucesivas oleadas de hombres, mujeres aún más pobres durante todo el siglo XIX, lograron no sólo revolucionar su propio modo de vivir, sino el del mundo entero. Sobre esto, véase Jackson Turner, Frederick, *La frontera en la historia americana*, 2a. ed., Madrid, Ed. Castilla, 1976, y el clásico George, Henry, *Progreso y miseria*. En cuanto a las tendencias autoritarias contenidas en el seno de la Revolución francesa, Talmon, J. L., *Los orígenes de la democracia totalitaria*, México, Aguilar, 1956, respecto a alguno de sus resultados, el insuperable trabajo de Tocqueville, Alexis de, *Antiguo régimen y revolución*. La figura ejemplar es Descartes quien, fundamentalmente, con la geometría descubre al mundo natural. La imagen cartesiana del mundo será uno de los fundamentos de la nueva revolución que aún perdura.

²⁷ “El paso crucial del panteísmo al deísmo se encuentra precisamente en este

Está claro a nuestro juicio que así como los fisiócratas “descubrían” las leyes naturales de la economía, cuyo equivalente en Adam Smith sería “la mano invisible” que conducía el orden económico, mientras hombres como Galileo, Kepler y Newton habían —por su parte— descubierto las leyes naturales que gobernaban al mundo, como antecedente necesario del descubrimiento de las leyes naturales de la evolución de Darwin, los juristas, comenzando por Grocio y continuando con Puffendorf, Locke, Thomasius, y Christian Wolf, fueron “descubriendo” las leyes naturales que componían ese orden normativo llamado derecho natural. Tan claro como que —en verdad— todos ellos estaban *teorizando sobre el derecho*. Es decir, formulando conjeturas, teorías, construcciones intelectuales o sistemas ideales más o menos complejos, a partir de los cuales no solamente el mundo pudiera ser entendido, sino también transformado. No flotaba un simple angélico espíritu de conocimiento, regía un espíritu de transformación.²⁸

Representa un progreso para la solución de los problemas que tocan a la filosofía del derecho el que desde la era del racionalismo se investigue la posibilidad de un *derecho natural*, basado, no tanto en la “naturaleza” humana como en la “naturaleza” del *derecho mismo*. Este movimiento —continúa Stammler— se inicia bajo la égida del dogmatismo filosófico de la época.²⁹

desarrollo de la relación del hombre con la naturaleza, o más bien, en el cambio fundamental del carácter y significado de ésta. En el cambio del orden de la naturaleza, místico, irracional y emotivamente concebido y venerado, a un orden natural que está de acuerdo con la razón humana y que debe llegarse a comprender mediante los exactos métodos de la moderna ciencia natural. En el panteísmo la naturaleza es divina... la divinidad de los deístas ha quedado sujeta a la necesidad mecánica de las *leyes de la naturaleza*”. Este orden no es sino la proyección del sistema lógico de la razón para hacer de la naturaleza un objeto de uso humano (Kahler, Erich, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 407). Este “espíritu del tiempo” se refleja de sobremanera, en lo que a nosotros interesa, en la concepción de Leibniz sobre el derecho. Si la palabra justicia es algo más que un sonido, tendrá que ser definida o explicada por medio de un concepto comprensible, del que se puedan desprender reglas lógicas y firmes. “Esto es precisamente lo que se hace en la construcción de las ciencias necesarias, rigurosamente demostrativas, que no derivan de los hechos, *sino exclusivamente de la razón*, como la metafísica, la aritmética, la geometría, la ciencia del movimiento y, también, la *del derecho*” (Leibniz, G. W., *Hauptschriften*, traducido y transcrito por García Máynez, en *Definición del derecho*, p. 91). (Cursivas nuestras).

²⁸ Se suele citar como ejemplo de tal espíritu naciente al banquero Fugger. Sin embargo él estaba bastante más extendido. Blas Pascal (1623-1662), el niño prodigio de las matemáticas, que construyó a los 19 años una máquina de calcular y reflexionaba sobre la condición humana (el hombre es una caña que piensa), entró en empresas comerciales, patentó su máquina de calcular, participó de un proyecto para desecar los pantanos de Poitou e invirtió dinero en una empresa de transportes de París.

²⁹ Stammler, *Tratado*, p. 43.

Los nombres de Christian Wolf, Jeremías Benthan (1748-1832) y J. J. Rousseau puntualizan esa transformación sobre cuál es la naturaleza que debe ser observada para poder establecer un derecho como es debido. Aquí evidentemente que estamos muy lejos de observar la realidad para calcarla respetuosamente. Estamos mucho más cerca de querer transformar voluntariamente esa realidad. Que este proceso llegara a fenómenos tales como la *Constitución americana* (iniciando la era del constitucionalismo), el *Code Napoleón* (iniciándose la era de la codificación) es a la luz de esta imagen mucho menos sorprendente de lo que corrientemente se supone. El maestro García Máynez tiene sobre este particular una frase "Las reglas de conducta que integran el derecho vigente de las naciones modernas son en proporción no desdeñable, oro iusnaturalista, que el cuño del Estado ha convertido en moneda de curso legal".³⁰ Con esto no ganan en solidez científica las actuales doctrinas del derecho natural, en cuando siguen siendo "teorías sobre los fundamentos del derecho". Pero la frase refleja en toda su plenitud la eficacia de aquel "iusnaturalismo" (en cuanto teorías sobre cómo debe ser el derecho positivo), toda vez que aquella larga y poderosa corriente desembocó, finalmente en el ancho mar de la codificación, entendida ésta en el más amplio sentido. "De este modo, el sistema jurídico ideal que en contraposición al orden positivo (de entonces), formulaba el racionalismo iusnaturalista, pasó a concretarse legislativamente."³¹ Esto habría de tener no sólo para la organización social, sino para el más modesto campo de la ciencia y filosofía jurídicas, efectos revolucionarios.

En primer lugar, haciendo una forzada síntesis y no una relación cronológica de los hechos, a partir del gran progreso de positivización de lo que se consideraba propio del derecho natural éste quedó, por decirlo

³⁰ García Máynez, *La definición del derecho*, p. 243. En idéntico sentido, Bodenheimer, quien sostiene que "los juristas de la escuela clásica del derecho natural prepararon el terreno para el orden jurídico de la civilización moderna". Lo cual, dicho sea de paso, no es poca cosa (*Teoría*, p. 190).

³¹ Nino, Carlos Santiago, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1974. Este autor considera que la generalizada positivización del derecho constituyó un "hecho tan trascendental en la historia del derecho, que modificó sustancialmente la actitud de los juristas hacia el orden positivo. Los nuevos códigos ejercieron una real fascinación sobre los hombres de derecho; no pudieron eludir la sugestión —en parte justificada por las evidentes ventajas técnicas que presentaban esos cuerpos sobre el derecho anterior— de que *por fin se había dado con un sistema racional que reflejara en sus más íntimos aspectos la naturaleza humana y se fundamentara en la voluntad general. Ante el nuevo orden, los revolucionarios de antes se convirtieron, al ver concretados sus ideales, en los más severos conservadores del mismo*" (p. 23, cursivas nuestras).

de algún modo, sin sentido;³² a lo sumo reducido a una especie de principios inspiradores de futuras normas o de interpretación de las existentes. En el mundo de los hechos había cobrado existencia un orden positivo, sistemático, racional, coherente, pleno de sentido.³³ Su sentido podía estar oculto o no ser fácilmente discernible, pero sí posible de ser conocido. En todo caso, sea por la mera lectura del texto claro y revelador, sea por la interpretación sofisticada, en este derecho existente (el derecho positivo) estaba cristalizado el derecho a secas. Había así campo para realizar una fecunda actividad. En general de ello queda aún —con carácter casi dominante— lo que se considera la ciencia jurídica *per sé*: la ciencia dogmática.³⁴

Tercero: la indiscutible retroalimentación entre *Estado y derecho* (en cuanto que aquél afina su organización y se hace realmente eficaz mediante una prolija y compleja actividad normativa y éste cobra su máxima entidad existencial mediante la positivización racional por órganos del Estado especialmente creados con ese fin),³⁵ aseguró una tarea de investigación científica y labor práctica de orden permanente, dejando en

³² Laurent, el civilista decía: “Los códigos no dejan nada de arbitrio al intérprete. Éste no tiene ya por misión hacer el derecho. *El derecho está hecho*. No existe incertidumbre pues el derecho está escrito en textos auténticos.” (Transcrito por Llambías, Joaquín, en *Tratado de derecho civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot.) Era la época de la exaltación de la ley positiva, cuando Bugner despectiva y orgulloosamente decía: “No conozco derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón.” En ese ambiente no quedaba sitio para afirmar la existencia de un derecho natural capaz de derogar la ley.

³³ Aubry echa las bases del nuevo criterio que imperará entre los juristas: “La ley toda, tanto en su espíritu como en su letra, con una extensa aplicación de sus principios y el más completo desenvolvimiento de sus consecuencias, *pero nada más que la ley*” fue su divisa, dice Joaquín Llambías. La ley es tan completa que cae fuera de todo juicio lógico pensar en que ella tenga lagunas; a lo sumo serán “espacios vacíos de derecho” y, en todo caso, la supuesta laguna nunca está en el derecho sino en el saber del que lo investiga (Karl Bergbohm, transcrito por Juan Llambías de Acevedo, *op. cit.*, *supra*, nota 7, p. 206).

³⁴ Si bien esto se refiere particularmente a la Europa continental, incluye también a los países anglosajones. La Analytical School de Austin es una prueba de ello. Con esta salvedad recuérdese a la *escuela de la exégesis*, al *conceptualismo jurídico*, a la posterior *jurisprudencia de intereses* y finalmente —para ir directamente— a la *dogmática jurídica*, como resultado de pensar científicamente al derecho desde dentro de él mismo (Soler, Sebastián, *Las palabras de la ley*, p. 121).

³⁵ Hay una correspondencia funcional entre derecho y Estado; no una identidad como sostiene Hans Kelsen. En su recíproca unión se observa que entre ellos media un *ensamble* existencial. “De este modo —dice Henkel— la unión de Derecho y Estado significa para ambos un apoyo y reforzamiento bilateral” (Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del derecho, Fundamentos del derecho*, Madrid, Taurus, 1964). En consecuencia, si en la época moderna, como se ha visto, la aparición del Estado nacional aceleró las investigaciones en torno a los fundamen-

el mundo de los etéreos principios a las investigaciones sobre el derecho natural. Especulación metafísica en el sentido más peyorativo del término.

Nada debe extrañarnos entonces que desde mediados del siglo XIX hasta comienzos del XX la teoría del derecho natural entrara en un eclipse prolongado,³⁶ del cual — pese a los sucesivos renacimientos que se han anunciado — no estamos seguros que pueda salir.³⁷ No sólo porque en el proceso de autoafirmación del derecho positivo aparecieran simultáneos defensores del “positivismo” y agresores de las teorías del derecho natural, con la energía de un Karl Bergbohm y con la lucidez de un Hans Kelsen,³⁸ sino porque en verdad las tendencias recuperatorias del derecho natural han sido no sólo de muy diverso jaez sino que muchas de ellas han constituido el sostén ideológico a formas sociales de colectivización, o al menos han abierto las puertas a formas políticas en donde la libertad se ha visto perdida.³⁹ Este duro juicio es más aplicable a los intentos de restablecer el derecho natural en los comienzos del siglo que a los que se han formalizado luego de las guerras mundiales, especial-

tos del derecho, quizá por temor al poder que se concretaba de tal modo, en los hechos todo aquel saber jurídico, mediante la positivación codificadora, no sólo reforzó al derecho existente, sino a las propias formas estatales. En esa dialéctica de recíproco apoyo nos encontramos sumidos hoy.

³⁶ Bodenheimer, *op. cit.*, *supra*, nota 16, p. 195.

³⁷ Dice Bobbio, un tanto sarcásticamente: “Frente a una doctrina que continuamente renace, las explicaciones posibles son dos: 1) renace continuamente porque está siempre viva; 2) renace continuamente porque no alcanza a crecer. Personalmente propicio la segunda”. (*Sulla rinascita...*, p. 50, traducción nuestra).

³⁸ Si se toma como principal defensor del positivismo del siglo pasado, en razón de la energía puesta en sus escritos y la dureza de sus juicios, a Karl Bergbohm (el derecho natural “debe ser abandonado por toda la Jurisprudencia y todo trabajo espiritual empleado en él es loca dilapidación”), debe considerarse a Hans Kelsen su más inteligente y fino teorizador. Habiendo aportado construcciones que, como se ha dicho, son dignas de admiración. Sin embargo es notable que esas defensas no se hayan hecho sin un correlativo ataque al derecho natural. Como si no hubiera lugar para el uno con la existencia del otro.

³⁹ El movimiento del “derecho libre” puede ser considerado como un intento de poner en práctica el concepto stammleriano de un “derecho natural de contenido variable”. Encabezado por Hermann Kantorowicz y Ernst Fuchs, ha sido mal visto por los juristas. De Bodenheimer, estamos sacando las citas, quien dice duramente: “Quien simpatice con los objetivos del movimiento del Derecho libre, debe darse cuenta de esos peligros que han demostrado su realidad en el caso de Alemania” (p. 210), país en el que el 28 de junio de 1935 se dictó esta norma: “Es punible todo acto que la ley declara por tal, o merece castigo según los principios de cualquier ley penal y según el sentimiento sano del pueblo” (p. 211). Bodenheimer considera que tales resultados no son ajenos a los postulados del movimiento del Derecho libre. Críticas semejantes lanza contra León Duguit (que sostenía que eran deberes y no derechos los que tienen originalmente los hombres) contra los neotomistas franceses del presente siglo. A todos en general les imputa el sostener, más que filosofías del derecho natural, “filosofías del poder disfrazadas” (p. 224).

mente la segunda, en la que ha visto cuál es la inhumana actuación a que el hombre puede llegar. Sin embargo es muy sugestivo que en los ámbitos más favorables al derecho natural se sostenga que, por lo menos, hay que deshacerse decididamente del nombre de derecho natural.⁴⁰ Esto es muy indicativo de una definitiva imposible recuperación. Ciertamente que en esto no ha de verse otra cosa que la insuficiencia de la doctrina del derecho natural para resolver —a la altura de estos tiempos— aquel problema auténtico e inevitable: ¿Cuál es la regla que debemos dictar?

Norberto Bobbio ha subrayado con precisa claridad las causas de esta insuficiencia. Ellas radican en el esquema conceptual teórico de la totalidad de las teorías llamadas “derecho natural”.⁴¹ Dice el profesor italiano:

Para que una doctrina pueda ser definida como iusnaturalista, se requiere la presencia conjunta de estas dos afirmaciones: 1) Que una parte de las reglas de conducta del hombre en sociedad no sean obra del hombre histórico (históricamente condicionado), 2) Que la parte, grande o pequeña, de esas reglas naturales esté situada en un plano axiológicamente superior a la parte compuesta por las reglas positivas.⁴²

Es claro que la primera afirmación se refiere a la *forma de producción* de las normas. La parte axiológicamente superior del ordenamiento, es producida por algo diferente del hombre. La segunda establece un *criterio de preferencia*: entre las normas producidas por el hombre y las otras

⁴⁰ Así expresamente Henkel (p. 675), pero también Joaquín Llambías de Acevedo considera —por otras razones— que “la única consecuencia lógica sería privarlo de su nombre tradicional, puesto que éste contiene un elemento equívoco”, agregando en nota 21 que él mismo ha “propuesto sustituirlo por el de orden esencial” (p. 216 en el trabajo ya citado). Por supuesto que estas dificultades lingüísticas suelen ocultar problemas más serios de lo que aparentemente sugeriría el rápido expediente de cambio de nombre. (Vid. Bodenheimer, *Proceso contra el derecho natural*, p. 189).

⁴¹ Bobbio, dedica el segundo párrafo de su escrito a distinguir entre la *moral* de la *teoría de la moral*. “En la mayor parte de los ejemplos adoptados (y aquellos otros infinitos que se podrían agregar) de un renacimiento del iusnaturalismo, se invoca corrientemente al iusnaturalismo como remedio a una crisis moral. ¿Pero el iusnaturalismo es un sistema moral? ¿Cuál? La tesis principal de mi relación es que el iusnaturalismo es rectamente entendido sólo cuando se toma conciencia de que “no es una moral sino una teoría de la moral”. “Entiendo por ‘moral’ un conjunto de prescripciones de la conducta humana en general, ordenadas sistemática y jerárquicamente en torno a alguna máxima fundamental, inspirada corrientemente en la aceptación de un valor considerado como preeminente” (*Sulla...*, p. 50). “En cambio, entiendo como ‘teoría de la moral’, un conjunto de argumentaciones sistemáticamente elaboradas, con el fin de dar a una moral, cualquiera que ella sea, una justificación racional que debe ser corrientemente capaz de convencer a los otros a aceptarla” (p. 51).

⁴² *Sulla...*, p. 55.

que provienen de una fuente no humana, estas últimas deben considerarse superiores. Este esquema teórico permite identificar a las teorías iusnaturalistas, y con él pueden obtenerse explicaciones sobre las contradicciones en que suelen incurrir los contenidos concretos del "derecho natural" a través de la historia.⁴³ Con este esquema se ve claro que los sucesivos postulados "derechos naturales" no fueron nunca *derecho* (orden normativo) sino "teorías acerca de cómo debe ser el derecho". Así las cosas toda teoría que se ajuste a aquel esquema conceptual es efectivamente una *teoría tipo "derecho natural"*, más allá del contenido concreto que sus normas propongan. Visto de un lado muchas de ellas bajo el nombre de "derecho natural" no son más que puras racionalizaciones de ciertos derechos existentes o por existir; visto desde el punto de vista no positivo, pueden ser efectivamente el punto de partida orientador para mejorar el derecho existente.⁴⁴ Claro que esta multiplicidad de aplicaciones resta importancia a semejante construcción teórica y tiene que verse en las doctrinas de "derecho natural" una pretensión ideológica disfrazada. Bobbio arriba a la conclusión que desde el punto de vista teórico las teorías tipo "derecho natural" son insostenibles⁴⁵ y si bien reconoce la función histórica que ellas han cumplido, considera que cons-

⁴³ Ha sido uno de los principales argumentos en contra del "derecho natural" el que haya dado lugar a normas de contenidos concretos totalmente contradictorios. A la sombra del derecho natural una vez se ha justificado la esclavitud y otra la libertad; en su nombre se ha sostenido la "naturalidad" de la propiedad privada (Locke) y a la vez la propiedad común (Babeuf) y así sucesivamente. Bobbio trae un ejemplo de todos los días, significativo del sentido de la palabra palabra "natural" en nuestra época. Se trata en dicho ejemplo de la reclamación por parte de un comité internacional de escritores que considera que los *derechos de autor* son derechos naturales emergentes de la "naturaleza de las cosas (!)". "*O natura —dice Bobbio— sarebbe il caso di esclarama, quanti delitti sono stati commessi in tuo nome!*", p. 58). Habría que plantearse si, también, además y por separado o entremezcladamente, no se ha denominado con la voz *derecho natural* a teorías acerca de lo qué es derecho. En este caso la teoría tendría un contenido ontológico evidente, en cuanto trata de explicitar al *ser* del derecho.

⁴⁴ De hecho no pocas veces ha ocurrido así. Bodenheimer, analizando los resultados prácticos del iusnaturalismo, no olvida que "la escuela clásica del derecho natural percibió la íntima relación entre el derecho y la libertad individual", consiguiendo —entre otras cosas— "esclarecer los elementos constitutivos, los ingredientes indispensables de todo sistema jurídico maduro y desarrollado" (p. 191), ayudando con ello al progreso de su época, liberando a los individuos de las ligaduras medievales y creando —con el fenómeno de la positividad— un marco de seguridad indiscutible.

⁴⁵ Bobbio cifra sus argumentos en el examen de los principios que brindan los diversos sistemas iusnaturalistas —supuestamente básicos— y que sin embargo carecen de solidez. Uno de ellos, por ejemplo, es el *principio de respeto a la vida*. Este, dice Bobbio, es el menos "natural" de los principios, viendo el brutal exterminio que la naturaleza nos brinda por doquier. *Cfr. p. 57, op. cit., supra, nota 14.*

tituye una pretensión desmesurada por parte de los iusnaturalistas de hoy el creer que sobre sus espaldas cae la pesada carga de defender al género humano o al individuo de las tendencias negativas que campean por nuestra sociedad.⁴⁶

Por nuestra parte creemos que, sustancialmente, Bobbio acierta al distinguir nítidamente entre “teoría de los fundamentos del derecho” y el “derecho como orden normativo”, de la clase que fuere, fundado por aquellas teorías. Bajo el nombre de derecho natural, en general, se han sostenido *teorías sobre los fundamentos del derecho*. Lo original de ellas es que responden al esquema teórico conceptual presentado por Bobbio. En eso reside la trampa científica, pues forma parte de la teoría (desde principio hasta una serie de normas) un sector no susceptible de discusión crítica, por provenir de un mundo fuera del dominio humano. De esta zona o condicionado por esta zona y sólo a partir de esta zona le es dado al hombre hacer su propio derecho. Esta duplicidad de ordenamientos es el gran fallo teórico de las teorías “derecho natural”.

Si su tradicional “función histórica” (asegurar los principios de la tolerancia religiosa, limitar los poderes del Estado, asegurar un ámbito para la personalidad, etcétera) fue cumplida en límites insospechados en determinado momento (como fue el remate del gran proceso de ordenamiento de la sociedad durante los siglos XVIII y XIX), ello se debió, a nuestro juicio, a dos razones fundamentales: *a*) una ajena a los cultivadores del derecho y de la filosofía jurídica: todos los factores que sucintamente antes hemos expuesto; *b*) otra, la labor realmente excepcional por parte de juristas o pensadores sobre el derecho a lo largo de casi tres siglos, cuyos nombres de ninguna manera puede limitarse a los citados corrientemente.⁴⁷ Esta segunda reflexión es muy importante porque: primero, de toda esa labor quedan materiales de primera calidad, verdaderas conquistas para el género humano que no pueden perderse y que deben ser aprovechadas para reconstruir la sociedad contemporánea; segundo, porque es la prueba fehaciente de que los “fundamentos de derecho” no pueden ser expuestos de una vez y en una teoría. Ponerlos de manifiesto exige una larga y colectiva labor de reflexión filosófica que no se agota ni en una persona ni en una obra.⁴⁸

⁴⁶ *Sulla...*, p. 60.

⁴⁷ “No puede atribuirse a ningún expositor determinado del pensamiento de la escuela clásica del derecho natural este éxito. Fue conseguido por los esfuerzos colectivos de varias generaciones de pensadores”. Bodenheimer, *Teoría...*, p. 191.

⁴⁸ Uno de los aspectos preocupantes de la sociedad contemporánea es la revitalización del valor “oportunidad” para la solución de los problemas políticos y sociales, que en el orden interno se suele traducir en una desvalorización general del derecho (con lo que ello implica) y en las relaciones internacionales, en la

III. VARIEDAD, LIMITACIÓN Y APORTES DEL POSITIVISMO

Según lo que acabamos de ver puede afirmarse con cierta seguridad que las corrientes llamadas "positivistas", dentro del campo jurídico, tienen como punto de partida definitivo el gran proceso de codificación cumplido desde finales del siglo XVIII y durante todo el siguiente siglo XIX en el ámbito del continente europeo y Latinoamérica. Sin embargo es necesario recordar que el positivismo no es una pura cuestión de juristas. Muy por el contrario hay todo un contexto social y científico que precede y envuelve al "positivismo jurídico" (entendido en sentido lato este término), y que, en alguna forma fue el presupuesto, junto con aquella codificación, para su aparición y desarrollo.⁴⁹

Es también indicativo del "positivismo jurídico"⁵⁰ que a diferencia de lo que ha ocurrido en todo tiempo con las teorías "derecho natural", no se puede hablar de una escuela positivista en el sentido que ella, de la clase que fuere, brinde una visión coherente, omnicompreensiva y profunda del derecho. No se podría esperar otra cosa, porque las corrientes positivistas son sobre todas las cosas antifilosóficas. Muchas de ellas sostie-

revitalización del principio de la "razón de Estado". Este "espíritu de la época" es el que gravita para caracterizar al derecho como mero instrumento de la política, sometiendo de ese modo el derecho a la fuerza, en lugar de hacer de aquél una instancia legitimadora de ésta. Esto constituye una degradación de la vida humana y supone la destrucción de verdaderos *instrumentos liberalizadores del hombre* que ha demandado milenios construir. (Cfr., *op. cit.*, *supra*, nota 10).

⁴⁹ El término *positivismo* fue utilizado primeramente por Saint Simon para designar el método exacto de las ciencias, incluyendo la filosofía; fue adoptado por Augusto Comte para designar su obra. La característica fundamental —según explica Abbagnano acertadamente— es la romantización de la ciencia, exaltándola como única guía para el conocimiento e incluso actuar en la vida. El término viene de "positivo" (puesto) y para Comte la palabra "positivo" designa lo real por oposición a lo quimérico. *Método positivo* es así el método de la ciencia en cuanto se dirige al reconocimiento de los hechos y a sus relaciones entre sí. (Abbagnano, *Diccionario...*, voces "positivismo" y "positivo").

⁵⁰ Mencionamos con "positivismo jurídico" toda clase de positivismo desarrollado en el examen del derecho o cuestiones jurídicas. En este sentido como dice Bodenheimer "el positivismo invadió todas las ramas de la ciencia social, incluyendo la jurídica, pues luego de la codificación parecería que se cumplía exactamente la ley de los 'tres estados'. El primer estado en la evolución de la humanidad opera la explicación de los fenómenos por causas sobrenaturales y correspondía desde la antigüedad a la Edad Media, periodo en el cual se explicó al derecho por causas teológicas; el segundo estado corría desde el Renacimiento hasta mediados del siglo XIX (explicación por causas metafísicas y finalmente, el tercer estado (el positivo) en el que reconocía toda la construcción hipotética para limitarse a constatar los hechos, comienza cuando finaliza el anterior: *examen del derecho positivo como único objeto de investigación*". Cfr., Bodenheimer, *Teoría...*, pp. 303 y ss.

nen ser simplemente “científicas” en tanto que otras combaten toda metafísica, tática o expresamente; pero en general se aprecia una carencia de espíritu filosófico en sus construcciones.⁵¹ El producto obtenido es una visión fragmentada del derecho con muy diverso contenido. Se podría argumentar, como hace Bobbio, que los resultados de las “teorías derecho natural” ofrecían conclusiones contradictorias en cuanto al contenido concreto de los preceptos constitutivos del derecho natural; pero lo que no se le puede imputar a ninguna de esas teorías, es que hayan carecido tanto de sensibilidad como de vocación por ofrecer una visión unitaria del derecho, con la adicional de presentarlo como un sector integrante de la restante totalidad. En cambio, las teorías positivistas sólo son unitarias en sí en cuanto a su particular modo de ver el derecho. La oposición que entre ellas existe puede ser —en algunos casos— mayor que la que media entre algunas de las versiones del positivismo y las reprochadas teorías “derecho natural”.⁵² Esto no es causa de un puro desorden intelectual ni mucho menos. Sencillamente es el efecto de la asunción científicista del positivismo. Su decisión metodológica es partir de

⁵¹ “El positivismo, como actitud científica, rechaza las especulaciones apriorísticas y se confina en los datos de la experiencia. Se aleja de las alturas más elevadas del espíritu y trata de analizar los hechos inmediatos de la realidad. Se niega a ir más allá de los fenómenos, de la apariencia de las cosas” Bodenheimer, *Teoría...*, p. 305.

⁵² “La Teoría Pura del Derecho —dice Kelsen iniciando su obra— es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular.” “Al calificarse como teoría ‘pura’ indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que nos responda a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños” (*Teoría pura del derecho, op. cit., supra, nota 4, p. 15*). Y como el derecho sólo es un sistema de normas (p. 43), quedan fuera, como es sabido, de toda consideración los elementos reales. Este positivismo es radicalmente opuesto por ejemplo al de Ehrlich, para quien de los “hechos resultan reglas de actuación que determinan el comportamiento de los hombres en sociedad”. En cambio, el positivismo kelseniano, tiene un punto metafísico que ha puesto de relieve el maestro García Máynez, recordando propias palabras de Hans Kelsen. Refiriéndose a qué sentido tiene la norma fundamental —punto de arranque del sistema— García Máynez dice que Kelsen ha tenido que buscar un fundamento *no positivo* de la validez del derecho y con ello admitir un “mínimo” de metafísica. Kelsen, transcrito por el autor mexicano, dice: “Si se quiere considerar tal postulado como elemento iusnaturalista, pese a su renuncia a una justicia en sentido material, poco o nada podría objetarse (García Máynez, *La definición...*, p. 234 y nota 31). En otras palabras, aunque sea pequeño, es ese un ingrediente que Kelsen está más dispuesto a aceptar, es mucho más que lo aceptable proveniente de una rama del positivismo, dentro del cual él se encuentra. Erich Kaufmann ha ido más lejos y ha llamado a esto una “plena capitulación”, así en Coing, Helmut, *Fundamento de filosofía del derecho*, Barcelona, Ariel, 1961, p. 175. Esto explica nuestra afirmación sobre la heterogeneidad de las corrientes positivistas.

lo dado, del dato y el fenómeno, tal como por otra parte lo hacen la mayoría de las ciencias.⁵³ Desde luego, como es de suponer, *lo dado* —tras la engañosa unicidad y precisión que presenta el término— es justamente la mayor diversidad: lo dado es para unos la norma; para otros es más bien la proposición; lo dado es la conducta real de los magistrados, en cambio para otros son las fuerzas que imperan dentro de una sociedad y así sucesivamente. No es sorprendente entonces que la diversidad de teorías positivistas sea realmente grande y que a pesar de su relativa corta edad (comparándola con la longeva escuela del derecho natural)⁵⁴ se nos presente en un verdadero mosaico de posiciones cuyo agrupamiento no siempre es legítimo.⁵⁵

Es posible anticipar, desde ya, que el positivismo carece entonces de la posibilidad de exponer una visión totalizadora del derecho, es decir, una exposición fundamental del derecho; por método y por rechazo a la

⁵³ Es nota distintiva del positivismo jurídico —como todo positivismo— partir del dato. Además de la cita en nota 51, Henkel, quien dice: “La *contemplación positivista* se limita a lo real, en el sentido de lo *dado* y *demonstrable positivamente*”. Henkel, *op. cit.*, *supra*, nota 35, p. 616.

⁵⁴ Bodenheimer sostiene que Jeremías Bentham (1784-1832) y Rudolf Von Ihering (1818-1892), sin que se los pueda considerar positivistas, fueron con sus concepciones (uniliterarista el primero e historicista el segundo), quienes iniciaron el camino del positivismo. La interpretación es dudosa, frente a los trabajos de John Austin (1790-1832) que no se publicaron hasta su muerte, pero son claramente positivistas. Sea como fuere, los más conspicuos representantes del positivismo provienen de los años finales del siglo XIX. El trabajo sobre la norma jurídica de Augusto Tohn, por ejemplo, es del año 1878. Su obra *Rechtsnorm and subjektives Recht*, es considerada como producto del impacto del positivismo en las ciencias jurídicas. Karl Bergbohm, Bierling y Somló, están enmarcados sobre los dos siglos. En cuanto a Kelsen (1881-1973), es decididamente de nuestro siglo. En términos históricos el positivismo jurídico es trabajo de nuestros días. Esta afirmación cobra aún mayor sentido si se tiene en cuenta —como debe ser— al realismo americano con Roscoe Pound, Jerome Frank, etcétera.

⁵⁵ Henkel expone la posición positivista (bajo cuyo nombre se encierran cosas y direcciones muy diversas), ordenándola en las siguientes secciones: *Positivismismo racionalista* (los conceptualistas), el *positivismo jurídico naturalista* (los organicistas), el *positivismo jurídico sociológico* (sociologistas como Eherlich) el *positivismo jurídico psicológico* (que funda la validez del derecho en fenómenos psíquicos), el *positivismo jurídico teleológico* (como la jurisprudencia de intereses), el *positivismo normativo* (la teoría pura de Hans Kelsen), el *positivismo legal* (distinguiendo dentro de este último formas moderadas y radicales, caso este último de Karl Bergbohm). Ciertamente que es esta una lista bastante completa, pero no exhaustiva. Bodenheimer, que agrupa las diversas posiciones positivistas en *positivismo analítico* y *positivismo sociológico*, incluye dentro de esta clase, como no podía ser de otro modo, las diversas corrientes realistas de los EE.UU., dentro de la cual está —según sus palabras— el ala extrema del realismo; *op. cit.*, *supra*, nota 16, p. 342. Estas menciones son suficientes para comprender la diversidad que compone la llamada “posición positivista”.

investigación filosófica no lo puede lograr.⁵⁶ Sin embargo, era presumible (ante la inevitable necesidad de contar con tal visión) que muchas versiones del positivismo asumieran posturas filosóficas. En este caso son generalmente erradas, gruesamente erradas. Suelen ser abusivas generalizaciones de las conclusiones a que han llegado sus autores tras la contemplación del dato como punto de partida.⁵⁷

Formuladas estas advertencias generales, muy sucintas, pero que se completan con las referencias en las notas, creemos necesario repasar con mayor detalle las causas del origen del positivismo. Este repaso nos posibilitará mejor su comprensión y así un mejor aprovechamiento de sus investigaciones que en algunos aspectos han sido verdaderamente notables. Lo menos que se puede decir es que ha sacado a la investigación jurídica del mero divagar por la estratosfera, buscando un derecho natural que ya había descendido del mundo celestial para tomar cuerpo real en el derecho positivo vigente.

A nuestro juicio el hecho material decisivo que precipita la actitud positivista, fue el proceso de "codificación" (en sentido lato), o sea la positivización del derecho en proposiciones escritas, coherentes, técnicamente superiores, ocurrida durante el siglo XIX, aun en el mundo de habla inglesa.⁵⁸ A ello deben agregarse los efectos de la "revolución científica" que impulsaron al positivismo en general.⁵⁹ El eclipse del derecho natu-

⁵⁶ Desde luego que el rechazo hacia el conocimiento filosófico en tanto tal, debe ser considerado como una antigualla positivista. Popper, al que no se puede acusar de metafísico en ningún sentido, destaca la inexorable necesidad de la filosofía, entre otras razones, porque solemos dar por sentadas muchas cosas (supuestos) que son de carácter netamente filosófico, cuando es probable que buena parte de ellos sean falsos. Por lo tanto un examen crítico de tales supuestos "que es una actividad filosófica, es importante tanto desde el punto de vista moral como del punto de vista intelectual". Bryan Magee, *op. cit., supra*, nota 2, p. 19.

⁵⁷ En la mayoría de las concepciones positivistas se da esta especie de filosofía por consecuencia, en el sentido de generalizar las conclusiones sobre el aspecto estudiado científicamente como concepción global del derecho. Quizá el descontar *a priori* la imposibilidad de un conocimiento filosófico sea lo que lleva al positivismo a ocupar el *globus intellectualis* con verdades parciales; pero el hecho es que —como se verá más abajo en el caso de Gumplowicz o de Kelsen (a pesar de la diversidad de sus positivismos)—, acaban por dar una concepción general del derecho que resulta, a poco ver, inaceptable.

⁵⁸ Suele hacerse la reserva de que la positividad (codificación), sólo determinó esta actitud en el continente europeo, no así en los países de habla inglesa. En tal sentido, Nino, en su trabajo ya citado sobre la *Dogmática jurídica*, p. 6. Sin embargo tal afirmación es dudosa en términos absolutos, vista la actividad de Jeremías Bentham y, sobre todo, los pensamientos de John Austin, que han dejado toda una escuela. Sobre esto, Bodenheimer, *Teoría...*, p. 317.

⁵⁹ Como se dijo en nota 23 y su texto, la "revolución científica" comenzó a operar manifiestamente en el siglo XVI; pero sus efectos se hicieron patentes

ral —como quehacer científico— fue rápidamente sustituido por un serio esfuerzo por constituir una “ciencia del derecho” de alta calidad. El quehacer científico exigía partir de lo dado y en este caso, gracias a la positivación, lo dado estaba frente a quien quisiera tomarlo. Así es que, justamente en Inglaterra, con John Austin (1790-1859), iniciara el positivismo en una de las más persistentes versiones: la *jurisprudencia analítica*.⁶⁰ En Alemania la presencia de la Escuela Histórica (que constituyó una fuente de ataque al iusnaturalismo)⁶¹ sirvió de base para el desarrollo de juristas de la talla de Rudolf Jhering (1818-1892), quienes ponen en existencia una serie de nociones fundamentales que dieron lugar al *conceptualismo jurídico* (*Begriffsjurisprudenz*), notablemente semejante a la analítica de Austin.⁶²

a todo el mundo a través de un proceso del que hasta ahora no hemos hablado, pero que tuvo una capacidad transformadora increíble: la “revolución industrial”. El momento preciso de su iniciación es imposible de fijar; pero se puede estimar que alrededor de 1750 estaba plenamente en marcha, con sus consecuencias positivas y negativas a la vista. Este proceso pasó de Inglaterra al continente europeo y americano muy prontamente y en general el “industrialismo” comenzó a ser una ideología dominante entre quienes, como Saint Simon, iniciaron el positivismo como filosofía científica y vital.

⁶⁰ Bodenheimer, *Teoría...*, p. 314. “La ciencia de la jurisprudencia, decía Austin, se ocupa de leyes positivas, o simplemente de leyes en sentido estricto, sin considerar su bondad o su maldad”. Austin distinguía, junto a una ciencia de la jurisprudencia, una ciencia de la legislación, a la que estimaba una rama de la ética. Con esto —como es común en los positivistas— los campos se dividían tajantemente: al jurista la ciencia del derecho positivo y a otros (legisladores, políticos o filósofos), los problemas de cómo debe ser el derecho.

⁶¹ Entre las corrientes que se opusieron al iusnaturalismo racionalista figura el romanticismo. Una de sus manifestaciones más fuertes tuvo su sede en Alemania “verdadero hogar del movimiento romántico”, donde constituyó un programa intelectual. Respecto al derecho, Friedrich Karl Von Savigny y su discípulo Georg Friedrich Puchta, como herederos del romanticismo y creadores de la Escuela Histórica, fueron adversarios terminantes del iusnaturalismo racionalista. Conforme con esta opinión, Bodenheimer *Teoría...*, p. 272.

⁶² Los postulados del *conceptualismo jurídico* eran aproximadamente los siguientes: 1. Adhesión formal al derecho legislado, al que se supone completo, preciso y coherente. 2. Aceptación del principio de la Escuela Histórica de que el *Volksgeist* (espíritu del pueblo) es la fuente inspiradora del derecho que se revela por la boca de los juristas. 3. Las ideas jurídicas de los científicos del derecho se encarnan en “conceptos jurídicos fundamentales”. 4. Hay una relación causal entre esos conceptos jurídicos fundamentales, las normas legisladas y los efectos sociales. 5. Mediante el método de la construcción (clasificación y combinación de conceptos) se pueden extraer nuevas reglas que —implícitamente— están en el derecho legislado. 6. La tarea del juez es cognoscitiva, debiendo inferir sus conclusiones casi mecánicamente y sin consideraciones a las consecuencias prácticas de la resolución. *Cfr.*, Nino, *op. cit.*, *supra*, nota 31, p. 26 y nota 10. Ihering, que inspiró en una primera época a esta tendencia, se apartó de ella formulando corrosivos ataques en su obra *Jurisprudencia en broma y en serio*.

ses” (lo cual también es discutible, pero bastante menos, no ofrece diferencia.

El carácter marcadamente formalista de este tipo de positivismo acarrearía reacciones, pero dentro del propio marco positivista. La llamada *jurisprudencia de intereses* fue buen paso hacia la consideración de los hechos en el conocimiento del derecho.⁶³ Sin embargo, estaría reservado al llamado *positivismo sociológico* (en radical oposición al positivismo formal, que toma como dato a la ley), el de poner de relieve las raíces materiales que la norma jurídica tiene.⁶⁴ Se suele citar como fundador de esta rama del positivismo al sociólogo austriaco Ludwig Gumplowicz (1838-1909), toda vez que en su trabajo *Der Rassenkampf* (La lucha de razas), exponía que el factor que mueve la historia humana es la lucha entre las diferentes razas y que el derecho surge del conflicto de grupos sociales heterogéneos, siendo su idea directriz la de mantener y perpetuar la desigualdad política, social y económica. Si bien aquí el motor es la lucha de razas en tanto que en Marx y Engels se trata de la lucha de clases, pensamos que en realidad ambas posiciones y en todo caso con primacía para estos últimos, deben ser incluidas en el positivismo sociológico.⁶⁵

⁶³ La *jurisprudencia de intereses*, de alguna manera también fundada por el Ihering de la segunda época, inició su estructuración criticando al conceptualismo jurídico. Lo fundamental en ella consistía en que no debía atenerse el intérprete a los textos literales sino más bien tener en cuenta los intereses valorados por el legislador al hacer la ley. Se facultaba al intérprete para ampliar su juicio colocándose en el punto de vista en que se hubiese colocado el legislador. El juez podía así forjar su propio criterio. En todo esto hay, ciertamente, la voluntad de atender en la interpretación de la ley a las consecuencias prácticas de la decisión judicial, con lo cual se planteaba la necesidad de que el juez conociera algo más que el mero derecho. Para una síntesis muy clara, el mismo trabajo de Nino antes citado.

⁶⁴ “La *jurisprudencia sociológica* ha llevado a la Ciencia del Derecho a una relación íntima con los hechos y las realidades de la vida social. Ha demostrado que el Derecho es un producto de las fuerzas sociales y no meramente formal del soberano”, Bodenheimer, *Teoría...*, p. 350. Para una consideración más amplia, Stone, Julius, *El derecho y las ciencias sociales*, México, FCE, 1973.

⁶⁵ Si en verdad el materialismo histórico marxista no desarrolló inicialmente una teoría completa sobre el derecho e incluso dejó una imagen confusa sobre su verdadera condición —ya que una vez es presentado como superestructura de las relaciones de producción (o sea que aparece como un derivado de hechos estructurales) y en otras es conceptualizado como un instrumento de dominio y explotación—, nos parece exagerada la posición de Bodenheimer en cuanto ubica a la teoría de Marx junto a la de Hegel caracterizándose ambas, por “fuertes elementos” metafísicos. Estamos de acuerdo en la ubicación de Gumplowicz entre los positivistas sociológicos; pero no encontramos razón alguna para no ubicar en la misma línea a Marx y Engels, máxime cuando tienen, inclusive, primacía en el tiempo. Que aquél planteara como motor de la historia la “lucha entre razas” (lo cual, dicho sea de paso, es bastante discutible) y éstos la “lucha entre clases” (lo cual también es discutible, pero bastante menos), no ofrece diferencia formal; en cambio hace justicia a la contribución que el materialismo histórico

De esta breve e incompleta relación surge que durante el transcurso del siglo XIX y de lo que va del corriente, el positivismo jurídico ha estado signado por un proceso de bifurcación dialécticamente activado, en el sentido que las posiciones desarrolladas a partir de un dato, han motivado otras antitéticas (no siempre radicalmente opuestas, sino al menos diversas), que a su vez en forma arbórea han dado lugar a otras y así sucesivamente. Este proceso no puede decirse que esté finalizado ni hay razón para que lo esté. En verdad el positivismo jurídico desde el comienzo —más o menos conscientemente— asumió la tarea de construir una “ciencia del derecho” y si bien es cierto esto parece imposible (si por ciencia del derecho se entiende a una de las ramas en que el positivismo se ha expresado), sí es una realidad a la vista de lo que ha conseguido ampliando y profundizando el conocimiento de lo jurídico a través de una serie bastante amplia de ciencias jurídicas.⁶⁶ Quizá en forma un poco forzada, pero que de alguna manera comprende a las corrientes positivistas, podría hablarse de un *positivismo normativo*, de un *positivismo sociológico* y de un *positivismo lógico*.⁶⁷

¿Qué juicio puede darse, en relación a nuestro trabajo, de las corrientes positivistas? Con modo ponderado las conclusiones principales deben ser dos: A) Por una parte un franco conocimiento a lo que científicamente el positivismo ha aportado en favor de un mejor conocimiento del derecho; rumbo que de ninguna manera está agotado y que por el contrario promisoriamente se puede desarrollar aún más. B) Por la otra es que no se encuentra ni se puede encontrar en el positivismo, una exposición del derecho como una totalidad. Esto es el precio que paga por su propio quehacer: el positivismo no tiene, en tanto tal, capacidad para captar lo esencial del derecho ni exponer sus fundamentos en totalidad. Mas ha hecho, exigiendo una mayor consideración por los hechos de la sociedad para comprender fenómenos como el derecho.

⁶⁶ Sobre esto, mi trabajo *Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*, UNAM (en prensa).

⁶⁷ Creemos que luego de los avanzados trabajos sobre lógica deóntica, entre los que merecen citarse los de Carlos Cossio y Georg Henrick von Wright, hay que reconocer que este tipo de conocimiento científico jurídico tiene un fuerte desarrollo y constituye —a nuestro juicio— un tipo de positivismo que no cuadra en los tradicionalmente inventariados. Creemos contar con el apoyo, para esta sugerencia, con la denominación de *positivismo lógico* a la dirección impresa a ciertas meditaciones filosóficas como las del Círculo de Viena y de Ludwig Wittgenstein. Puede hablarse también de un *positivismo ético*, que según algunos es atribuible a Bobbio, y aquellos otros para quienes la finalidad del derecho se agota en el *valor del orden*. Sobre una justa crítica a este positivismo ético, véase a Rodríguez Paniagua, José María, *Hacia una concepción amplia del derecho natural*, Madrid, Tauro, 1970.

que el positivismo jurídico ha cancelado la posibilidad de las teorías estas dos afirmaciones merced una aclaración, pues aunque parezca paradójico ambas están entrelazadas con nuestro problema auténtico (problema C) y sin una correcta comprensión de ese entrelazamiento difícil será zafarnos del dualismo beligerante que constituyen todavía hoy la alternativa "positivismo-derecho natural".

Respecto de los aportes del positivismo (en el desarrollo de sus variadas expresiones) hay que decir francamente que sin esos avances no es posible una contemplación filosófica del derecho que pueda poner en evidencia su anclajes con la realidad. Si las "teorías derecho natural" en el estilo de la Escuela Clásica deben darse por terminadas, es menos por los ataques de que han sido objeto por parte de los positivistas, que por los logros de algunas de las expresiones del positivismo. "El mérito del positivismo jurídico —dice Henkel— consiste en que ha promovido el conocimiento del lado existencial del Derecho".⁶⁸ Mas no solamente porque haya revelado y dejado como asunto fuera de cuestión el hecho de que el derecho sólo llega a la existencia a través de la positivación y que, por lo tanto, ésta representa un *elemento constitutivo* del derecho, lo cual —ciertamente— es una cuestión de decisiva importancia. También porque ha expuesto la *realidad fenoménica* de la cual el derecho depende. Justamente temas como el poder, la condición humana en su raíces biológicas, psíquicas y espirituales, los fenómenos sociales como las costumbres o las instituciones o los conflictos sociales, entre otras cosas, han sido presentadas por el positivismo (en este caso por el positivismo sociológico) de un modo tal que resultaría un filosofar ingenuo (si es que se puede hablar de tal cosa) el discurrir sobre el derecho sin una contemplación a ese flanco real del derecho. Ciertamente que a partir de esa acumulación de conocimientos científicos (entre los que hay que agregar los logros del positivismo normativo y lógico) resultan las tres consecuencias que puntualiza sintética, pero claramente, Henkel: 1) *No existe ningún orden jurídico dado apriorísticamente al hombre*, el derecho es al fin una tarea de su exclusiva responsabilidad. 2) *No existe un derecho absoluto y general* independiente de agrupaciones humanas, espacios y tiempos, sino sólo existe un derecho histórico concreto. 3) *La idea de un derecho debido no es por sí sola* constitutiva del derecho existente.⁶⁹ Por eso se puede decir "derecho natural", toda vez que ellas tienen —como estructura lógica— elementos que el positivismo ha demostrado como radicalmente falsas.⁷⁰

⁶⁸ Henkel, *op. cit.*, p. 634.

⁶⁹ *Idem.*, p. 635.

Desde luego que —para decirlo en el estilo de Popper— el falseamiento a que ha sometido el positivismo a las doctrinas del derecho natural no nos traerá, gratuitamente, la solución al problema auténtico que tiene el nombre y que es la preocupación central de este análisis: Cuál es el derecho debido?

La pregunta precedente se refiere, justamente, a los fundamentos del derecho, como objeto del reflexionar filosófico. Si una pobreza deplorable muestra el positivismo jurídico (en cualquiera de sus versiones), arrastrándolo a ser punto de apoyo de las más desgraciadas ideologías, y si aún persisten con vigor los intentos por restablecer teorías de derecho natural, ambos fenómenos tienen una misma causa: el positivismo tan logrado en exponer el lado existencial del derecho es incapaz por vocación y por método de exponer *la esencia* del derecho. Esto —posiblemente de un modo unilateral y en combate equivocado con el positivismo— es lo que a su manera han tratado siempre de satisfacer las teorías del derecho natural, de todos los tiempos.

¿Qué cualidad hace que este derecho que existe en tanto tal sea —por esencia— derecho? A esta pregunta se niega el positivismo a responder y desconociendo al problema, se remite a las *explicaciones* científicas. Tiene que caer víctima inexorablemente de las más chocantes contradicciones. Ya Glumpowicz en su obra sobre el derecho como producto de la lucha de razas, sostenía que en definitiva eran el derecho y el Estado, instrumentos de dominación de los más fuertes; paralelamente —presintiendo algo esencial en el derecho, pero en franca inconsecuencia con sus afirmaciones— sostenía que el derecho podría ser instrumento de liberación de los pueblos.⁷¹ Han pasado más de cien años de aquellas ideas —que no son más que la vieja ideología de la fuerza— y se siguen sosteniendo aún como realmente progresistas. “El derecho (es) tan sólo un medio, carece de fines propios. Ni la justicia ni la seguridad jurídica pueden ser tenidas como fines del derecho.”⁷²

⁷⁰ Ver de este trabajo capítulo II.

⁷¹ Bodenheimer, *Teoría...*, p. 336.

⁷² Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo...*, p. 87. Dice este autor luego de despojar de fines autónomos al Derecho: “Ahora bien, determinar cuál es ese bien, qué elementos o manifestaciones lo diversifican o integran y cuál es la manera de alcanzarlo habida cuenta de las condiciones históricas en que vive la sociedad, es materia propia de la política, como ciencia y como práctica del gobierno de los pueblos. Será por ello, la autoridad del Estado encargada de dirigir a la sociedad y de determinar en concreto las metas que deben ser alcanzadas y la manera práctica de llegar hasta ellas, la que decidirá la forma en que el

Esta falencia del positivismo es la que lo hace inhábil para satisfacer no la mera inquietud intelectual del hombre sobre lo que el derecho es, sino las necesidades más urgentes impuestas por el desarrollo de una sociedad compleja y en ciertos aspectos inhumana, sometida, sutil o francamente, al riesgo permanente de cerrarse sobre sí misma en formas totalitarias de organización. Esta falencia —que es una falencia de ideas, la que a su vez posibilita la cristalización de cualquier idea— ha tenido siempre, lo que podríamos llamar una peligrosa eficacia.⁷³ El positivismo, bajo el argumento de atenerse a los hechos, ha despreciado el flanco ideal del derecho. Con ello no sólo nos da una visión incompleta y fragmentada, sino que abre las puertas de par en par para que el poder —a secas— haga pasar por derecho lo que claramente no lo es. Nos deja inermes en una sociedad en la que los fenómenos de poder —político, social, económico, militar— son sus aspectos dominantes. En tales condiciones, tiene razón Henkel, cuando dice a modo de consigna: “el positivismo jurídico no puede tener la última palabra cuando se trata de mantener *la validez jurídica independientemente de la cualidad de dere-*

Estado, la sociedad misma y sus miembros deben organizarse, estructurarse y ordenarse para cumplir tal fin”. (Las cursivas son nuestras). Fuera de que hay cierta confusión en el sentido del largo párrafo, queda claro que será la política y la autoridad las que dicten qué es derecho. Esto es un regreso a las viejas tesis de Bergbohm de fines del siglo pasado que no se caracterizaban más que por ser una filosofía del poder.

⁷³ “El desarrollo del positivismo en la Ciencia del Derecho fue relativamente inocuo mientras los resultados fundamentales de la escuela del Derecho Natural mantuvieron imperturbada su influencia práctica sobre el Derecho Positivo. Pero los juristas analíticos no vieron que el carácter *verdaderamente jurídico de esas normas y disposiciones dependía menos de su forma que de su contenido*; y de hecho, el contenido de muchas de las normas más importantes no eran sino Derecho Natural congelado.” Bodenheimer, *Teoría...*, p. 331 (cursivas nuestras). Mas *las ideas son operativas*; de manera que el positivismo deja de ser inocuo. En ese sentido Friedrick, *El hombre y el gobierno...*, dice: “El rechazo al idealismo filosófico no nos debe impedir el reconocimiento: 1) Del enorme papel de las ideas... 2) El papel de los ideales al dar realidad a las proposiciones normativas y a los valores” (p. 104).

Agrega más adelante: “las innovaciones más dramáticas de los tiempos actuales se han llevado a cabo merced a las realizaciones de la dictadura totalitaria. Es un lugar común pensar que esta forma de gobierno surgió de golpe con la revolución bolchevique de 1917. Nada más lejos de la verdad. Los rusos revolucionaron la idea vulgar de dictadura y la consideraron como una situación transitoria de acuerdo a las predicciones y el análisis de Marx. Pero los problemas con que se encontraron, les forzaron a una serie de innovaciones trascendentales que culminaron en una dictadura totalitaria a los diez años del estallido revolucionario” (p. 106). A lo cual se podría agregar: de esa innovación surgieron ideas e ideales que luego gravitarían sobre la forma de organización social de otros pueblos y de establecer el derecho. Frente a los hechos históricos el positivismo, como decimos

cho".⁷⁴ Pues es imaginable —como nos enseñan las experiencias de la política estatal totalitaria— una falta de tal esencia jurídica. En cuyo caso —al menos en el caso límite de una falta total de esa esencia— hará discutible la existencia de lo que se presente como derecho.

IV. EN BUSCA DE UN NUEVO PARADIGMA

Observando desapasionadamente lo sucedido después del eclipse del derecho natural, no hace estricta justicia a los hechos la afirmación de Bobbio negando eficacia a ese renacimiento. En verdad, más allá de lo que él signifique y de lo que en definitiva resulte de su desarrollo, ha habido sucesivos intentos por reestablecer los fueros de las teorías que hemos llamado "tipo derecho natural". Variadas en su contenido y diferentes en cuanto a sus logros. De modo que tal renacimiento no debe ser ignorado; por el contrario debe ser cuidadosamente registrado, y distinguir cuáles acontecimientos han motivado esas producciones intelectuales, qué causas permanentes subsisten como "problema" a dilucidar y, finalmente, qué tendencias o sentidos se pueden captar en esas actitudes. En cuanto a nosotros, después de nuestras conclusiones sobre la caducidad de las teorías "tipo derecho natural",⁷⁵ como del reconocimiento de la impotencia del positivismo para hacerse cargo de lo que hemos denominado problema C, más los riesgos que esa incapacidad implica para el derecho y para la sociedad,⁷⁶ la cuestión del "renacimiento" de esas teorías no puede ser tratada muy a la ligera. Digamos por ahora que somos proclives a ver en ellas la prueba del esfuerzo por satisfacer la perenne necesidad de conocer *cómo el derecho debe ser*. Salvo —claro está— que se piense en que el derecho sea algo inocuo para el hombre y la sociedad; esto sí nos parece un pensamiento superficial.

En pos de captar el recto sentido de esos esfuerzos, creemos que convendría distinguir entre aquellos que fueron realizados especialmente como una manifestación de inquietud o integridad intelectual y aquellos otros que tuvieron lugar luego de los trastornos casi apocalípticos que sufriera la sociedad contemporánea durante el presente siglo. Esos hechos han dejado su impronta en muchas conciencias sensibles y generado grandes reflexiones sobre la necesidad de saber seriamente con cuáles criterios los hombres pueden contar para organizarse socialmente, de

⁷⁴ Henkel, *op. cit.*, p. 638.

⁷⁵ Ver *supra*, III.

⁷⁶ Ver *supra*, III.

modo que no sólo sea posible la vida sino que además merezca ser vivida.⁷⁷ Hoy debemos tener presente que —como es lógico— las sucesivas generaciones van sellando aquellas llagas y con esto el olvido mitigador reemplaza a la conciencia alerta; esto es bueno, pero entraña la posibilidad de reiteraciones siempre posibles. Por otra parte lo horrible no ha desaparecido del seno de la sociedad moderna. Dejando de lado las causas, los hechos objetivos muestran, para quien quiera ver, que fenómenos contrarios a una vida humana digna subsisten por doquier. La mayor parte del mundo vive en condiciones muy precarias y en una buena porción de esa parte, las necesidades más primarias no pueden ser satisfechas. Con ello se degrada física y espiritualmente el ser humano. Pero hay más aún: pueblos que no padecen tales privaciones tampoco están exentos de su capítulo de terror, con lo que hay buenas razones para pensar que las meditaciones sobre la condición humana y sus derechos son más urgentes que nunca.⁷⁸ En verdad son estos problemas existenciales los que dinamizan el pensar fructífero. La reflexión filosófica plena de sentido vital necesita de las categorías intelectuales y de los debates que ellas generan; mas no puede agotarse en esas cuestiones so pena de desarraigarse del más fértil de los terrenos: la vida.

Lamentablemente los límites de tiempo y espacio que para este trabajo nos impusimos nos impiden, absolutamente, abordar al detalle ese fenómeno que hemos denominado “renacimiento” de las teorías tipo derecho natural. Apenas si podemos intentar puntualizar algunas de sus notas más sobresalientes, con la intención de dejar expedito el camino para algunas postulaciones finales e investigaciones futuras.

Un aspecto notable —entre nosotros— es que dentro del fenómeno general del Renacimiento parecieran prevalecer dos tendencias. Ambas se

⁷⁷ Dice Brunner: “Contemplando la monstruosidad que se llama Estado totalitario, ha aflorado de nuevo en nuestra conciencia la idea de que hay no solamente derechos originarios y primarios del hombre y de la sociedad, sino que hay también un orden justo y un orden injusto de las ordenaciones o instituciones. El Estado totalitario no es —como la dictadura— una forma de Estado, sino la absorción de todas las instituciones y de todos los derechos por el Estado.” (Brunner, Emil, *La justicia, doctrina de las leyes fundamentales del orden social*, México, Centro de Estudios Filosóficos, UNAM, 1961, p. 167).

⁷⁸ Tanto a través de organizaciones internacionales públicas como privadas se ha puesto de manifiesto el deplorable estado en que se encuentra la mayoría de la humanidad en cuanto a la vigencia de los llamados “derechos fundamentales” o “derechos humanos”. Sobre este capítulo de terror que asuela gran parte del mundo y que sin embargo es ignorado no sólo por gente común, sino por hombres responsables en su respectiva sociedad, puede tenerse una idea con trabajos como *Evidence of Torture. Studies by the Amnesty International*, Danish Medical Group, Londres, 1977; de la misma organización, *Report of an Amnesty International Mission to Argentina*, noviembre, 1976.

caracterizan por superar los márgenes creados por el iusnaturalismo racionalista, tal como lo hemos descrito al comienzo de este escrito. Una de esas tendencias se perfila como un firme intento por regresar a los orígenes mismos de las teorías sobre el derecho natural. Como si el iusnaturalismo racionalista hubiere significado un definitivo desvío y, por tanto, la entrada a un callejón sin salida, los integrantes de esta tendencia tratan de reexaminar las fuentes más antiguas: no sólo la escolástica de Santo Tomás, sin dejar de considerar a los principales representantes de la escuela española, van incluso más atrás: llegan al mismo Aristóteles.⁷⁹ No se trata, obviamente, salvo en algún caso de excepción, de desempolvar viejos argumentos para liberar una pura lucha académica, más bien se trata de encontrar entre aquellos monumentos del pensamiento humano ideas, sugerencias, materiales, que le permitan al pensador actual exponer sus ideas sobre la reconstrucción de un orden de vida que le permita vivir con dignidad. Es claro que por una larga tradición muchos de esos pensadores son de origen católico; pero de ninguna manera el proceso se limita a ellos. Ni tampoco —es necesario aclararlo— esta actitud recae puramente sobre problemas jurídicos. El punto de vista incluye al derecho, pero lo sobrepasa.⁸⁰

La otra tendencia a la que nos referimos con más detalle, apunta más bien a lograr un paradigma superador de la dicotomía existente entre un derecho natural al que se considera indefendible y los resultados de una ciencia positiva jurídica, que si bien no pueden ser negados, resultan impotentes para exponer al derecho en su compleja unidad. “Mas allá del

⁷⁹ Creemos apreciar esa tendencia tanto en la obra de Villoro Toranzo, ya citada, como también en los trabajos del maestro Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho y Ensayos filosófico-jurídicos y políticos*, 8a. ed., México, editorial JUS, 1976 y 1977, respectivamente. Esto se aprecia claramente en la obra de Rodríguez, José María, *Hacia una concepción amplia del derecho natural*, Madrid, Tecnos, 1970. Por su parte Bodenheimer ya lo había puntualizado en su trabajo citado (*Teoría...*, pp. 214/219), al analizar los neotomistas franceses.

⁸⁰ Brunner, ver nota 77. Además: “La enfermedad específica de nuestra época, a diferencia de las anteriores, es andar a tientas en la oscuridad y es el embrollo de ideas. Precisamente en esta época en que la humanidad dispone de medios para la realización de los fines que quiera proponerse como meta, en una medida tan grande como nunca tuvo antes, los hombres padecen gran inseguridad respecto de los fines” (p. 319). Esta oscuridad —obviamente— no se refiere tan solo a los fines del orden jurídico, sino al de cada uno de los órdenes y al mismo sentido de la vida. La noción de “orden” a que hacemos mención ha cobrado cuerpo en las investigaciones económicas, políticas y sociales. Como ejemplo el mencionado trabajo de Johannes Messner. Entre los juristas, últimamente, la ha tomado el maestro García Máynez en su libro *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1974, pp. 20 y ss.

iusnaturalismo y del positivismo” pareciera ser la consigna de esta tendencia.⁸¹ Desde luego que esta línea abandona franca y conscientemente el nombre mismo de derecho natural en el que no sólo encuentra contradicciones lingüísticas y conceptuales, sino todos los riesgos de una tradición confusa y desorientadora. Procura en su faena tratar de forjar una idea nueva: la *idea del derecho correcto* como diferenciable (más que opuesto) del derecho históricamente incorrecto. No se trata de un mero cambio de nombre, nuevos odres donde verter un viejo vino. Una de las pruebas de esto es su falta de compromiso con el nombre propuesto: podría llamarlo tanto derecho correcto como derecho verdadero o como derecho justo.⁸² *Lo sustancial es que no hay dos órdenes normativos sino uno solo.*

Observando las cosas con detenimiento entre ambas tendencias se advierten puntos comunes (como es el hecho mencionado de que ambas, de alguna manera y con diferentes razones, dan por terminado el periodo iusnaturalista histórico). Una de las cosas que sobresale —dentro de las

⁸¹ Este es el título textual del capítulo con que García Máynes remata su obra sobre la definición del derecho, antes citada, p. 237. Esta tendencia, desde luego, ha sido más acentuada en el maestro recientemente fallecido Luis Recaséns Siches, quien relacionando su propia obra filosófica dice textualmente: “Recaséns-Siches comprendió que era preciso afrontar las siguientes tareas: a) No restringirse al campo puramente gnoseológico o epistemológico ni partir de él, antes bien, *tomar como base el plano ontológico*; superar el formalismo puro en teoría general del Derecho, rechazando como punto de arranque, demasiado simplista, la dualidad de categorías formales ‘ser y deber ser’ y tomando como fundamento la realidad de la ‘vida humana’; b) Incluir dentro del concepto universal o esencial de lo jurídico las dimensiones funcionales del Derecho, como por ejemplo, la función de certeza y seguridad; superar el formalismo axiológico y reelaborar la estimativa jurídica aprovechando muchos descubrimientos de la filosofía fenomenológica de los valores”. *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, I, 489 (cursivas nuestras).

⁸² Henkel opta en alemán por la designación de *richtiges Recht* que Gimbernat Ordeig traduce por “derecho correcto” en una opción expresa y consciente, ya que podría haber sido traducida por “derecho justo”; *op. cit.*, p. 615, nota al pie. La opción es acertada porque, como en castellano, en alemán la palabra “justo” tiene un doble sentido, ya que puede indicar “arreglado a justicia” y, también “exacto, que no tiene en número, peso o medida ni más ni menos que lo que debe tener”. Mas en el primer sentido la palabra precisa en alemán hubiera sido *gerechtes Recht* y no *richtiges Recht*. La cuestión lingüística no es baladí, porque usando la traducción “derecho justo” (empleada en la obra de Stammmler) se habría prestado a confusión, pues se habría pensado en la idea de un derecho arreglado a justicia y no es ésta la intención de Henkel. En cambio la expresión “derecho correcto” admite equivalentes como “derecho verdadero” o “derecho adecuado” o “derecho puntual”, o “derecho conveniente”, todos los cuales, sin ser injustos (en el primer sentido de la palabra), no se orientan a realizar, *exclusivamente*, la justicia, y además incluye en su formulación “directrices” emergentes de los “datos previos” llamados también “naturaleza de las cosas”.

semejanzas— es que en cuanto a los efectos, a los resultados, media entre ambas tendencias menor distancia de la que se pudiera sospechar en un comienzo.⁸³ Sin embargo subsiste la diferencia más importante: para los del primer grupo sigue siendo válida la definición que diera Max Weber de derecho natural,⁸⁴ siéndoles por esa causa aplicable el esquema lógico diseñado por Bobbio. En cambio, como anticipáramos, la otra tendencia trata de eludir el viejo y clásico esquema de los dos órdenes aunque uno de ellos —el axiológicamente superior— quedara reducido a un manejo de principios.

Esta segunda tendencia intenta con verdadero esfuerzo poner de resalto los fundamentos del derecho. Por una parte están los *fundamentos reales* de los que por su estructura óptica surgen para quien debe formular el derecho: “directrices”, preformas, a considerar en su tarea. Por el otro, los *fundamentos ideales*, valores con su vocación de realización, que postulan al formulador del derecho exigencias a ser satisfechas. Cuando mencionamos “formulador del derecho” lo hacemos en un sentido muy amplio: desde los hombres que en uso y ejercicio de su voluntad se “comprometen a actuar de determinado modo”, hasta aquellos que con competencia dictan una ley en particular, pasando por quien pronuncia sentencia en el caso concreto. El derecho aparece en su totalidad como un *producto del hombre*. Metafóricamente se semeja un puente tendido (y por lo tanto en tensión) entre el mundo de la realidad y el de la idealidad. Esa realidad que es frecuentemente mencionada como “la naturaleza de las cosas” y esa idealidad que es nombrada como idea o esencia del derecho. Ni de la una ni de la otra sale espontáneamente el derecho. Éste reclama necesariamente el gesto constructor del ser humano.

⁸³ Por ejemplo Rodríguez Paniagua, a quien hemos citado en nota 79, propugna la aceptación de un derecho natural para cuya fundamentación “adonde se vuelven nuestros ojos —dice— es ante todo a la gran tradición aristotélica que unida a elementos del cristianismo, ha encontrado su más excelente formulación en Santo Tomás de Aquino y en los grandes escolásticos españoles” (p. 69). Esta posición, sin embargo, no obsta a que de modo muy claro sostenga un concepto de “derecho natural en sentido amplio” que se diferencia en una doble función: “una, la de señalar, desde un punto de vista *racional*, lo que sea ética, moralmente vinculante; otra, de la *realidad*, lo que hay que tener en cuenta para que las prescripciones morales sean coherentes con esa realidad” (p. 107), lo que lo coloca —en cuanto a los efectos— muy próximo, por ejemplo, a la posición de Henkel.

⁸⁴ Max Weber definió al derecho natural en sentido tradicional como “el conjunto de normas, independientes de todo Derecho positivo y preeminentes frente a él, que no poseen su dignidad en base a un establecimiento contingente, sino que, por el contrario, son ellas las que legitiman la obligatoriedad de ese establecimiento. Normas, pues, que son legítimas no en virtud de su origen de un legislador legítimo, sino en virtud de cualidades puramente inmanentes” (*Rechtssociologie*; citado por Henkel, p. 646, nota 4).

En su tarea, el formulador del proyecto puede tener mayor o menor acierto. Dependerá de cómo haya captado las directrices emanadas de la realidad, cómo haya comprendido las exigencias de la idealidad y cómo —en su acto de creación típicamente espiritual— haya entretejido los finos hilos de ambos grupos de directrices en eso real que se llama derecho positivo. El derecho puede ser así más o menos correcto.

Desde estos puntos de vista es obvio que una reconsideración y una profundización sobre los hechos que suelen englobarse en la confusa expresión “la naturaleza de las cosas”, haya aparecido como principal tarea. Es un hecho que investigaciones filosóficas sobre este tipo de cuestiones han pasado a primer plano.⁸⁵ Nos es imposible resumir aquí la variedad de exámenes y conclusiones. Dentro de lo poco que podemos decir conviene reconocer que una de las posiciones más orientadoras en este espinoso tema es la representada por Henkel. Este autor no trata de agregar argumentos en el camino trillado y más bien trata de mostrar con sus reflexiones que es imposible “señalar con el dedo” la “naturaleza de las cosas”. En verdad esa expresión poco o nada significa. La diversidad de datos que suelen agruparse bajo ese nombre no autoriza a ninguna generalización.⁸⁶ Uno de los aspectos sobresalientes de la posición que comentamos, por su efecto constructivo, es que ella posibilita un cabal aprovechamiento del acervo de conocimientos logrados por las ciencias positivas, sean o no jurídicas. Conocimientos que suelen presentar una realidad fragmentada y que en sí mismos son fragmentarios, constituyen —sin embargo— el material útil con que el filósofo cuenta para reflexionar sobre el fundamento real del derecho. Se abre de este modo un ancho campo para discusiones, tesis y reflexiones tal como suele ocurrir cuando se trata de un genuino paradigma (Thomas Kuhn). Tienen aquí cabida los

⁸⁵ Para citar a modo de ejemplo recordemos a Recaséns Siches “*Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*”, México, FCE-UNAM, 1971 Coing, Helmut, *Fundamentos de filosofía del derecho*, Barcelona, Ariel, 1961, quien dedica gran parte de su obra (cap. V), a los “datos del derecho: idea del derecho naturaleza de la cosa y derecho natural”; también, aunque con sentido crítico, English, Karl, *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1968.

⁸⁶ La expresión “naturaleza de las cosas” es empleada tanto vulgar como técnicamente en varias ramas del saber y especialmente en el derecho, lo cual es mucho más pernicioso que benéfico. Henkel —que examina cuidadosamente lo que llama “datos previos al derecho” —hace una crítica al empleo de este término, al que sólo la asigna el valor de ser un nombre colectivo que incluye cosas absolutamente diversas, tales como *determinaciones naturales de las cosas, estructuras sociales, estructuras de fin y de intereses, el orden social de valores, las instituciones y las estructuras lógico-reales*. Difícilmente puede reunirse tal diversidad de cosas bajo un nombre que se utiliza con tanta reiteración como ligereza. Ver Henkel, *op. cit., supra*, nota 35, pp. 470/488.

conocimientos científicos sobre el hombre, su condición física, biológica, psíquica, espiritual y cultural; los que se han elaborado sobre la sociedad y las relaciones que dentro de ella se establecen; sobre sus estructuras e instituciones. Henkel —en nuestro parecer— ha tenido la virtud de exhibir ante el filósofo una verdadera mesa tendida con prodigalidad. A partir de ella es posible y a la vez indispensable la reflexión filosófica.

Por otra parte y con la misma conciente pretensión de descubrir los fundamentos del derecho correcto, la tendencia que analizamos requiere de una profundización en torno a la base ideal. También aquí se da una característica semejante al caso anterior: no son pocas las reflexiones existentes sobre la llamada “esencia” del derecho (y en esto los aportes del iusnaturalismo de toda época son incuestionables). Pero a la vez no es sencilla la materia que tiene ante sí el filósofo. Por comenzar habría que descartar como excesivamente simplista el supuesto de que la esencia o la idea del derecho es algo homogéneo o unitario. La vida muestra que los fines jurídicos son varios y se presentan con semejantes modos de exigencia: unos quieren imponerse a los otros colocando a veces en verdaderas perplejidades a quien debe formular derecho. La idea de la unicidad de la esencia del derecho debe ser reconsiderada. A partir de este punto la complejidad del examen es notoria, porque existiendo más de un fin jurídico, constituyentes todos de la esencia o la idea del derecho, hay que reconocer que ellos actúan dialécticamente entre sí. Las exigencias que nos vienen de la idea del derecho constituyen una resultante —variable según el caso concreto— que no es sencilla de aprehender. Henkel emplea —a nuestro juicio acertadamente— la noción de “idea polarizada”.⁸⁷ Un problema es la determinación de los valores integrantes de esa idea. Pero otro problema, no menos importante, consiste en encontrar criterios que reflejen la polarización de la idea del derecho. Tampoco aquí se puede

⁸⁷ Así como la expresión “naturaleza de las cosas” es por demás equívoca y no refleja ninguna homogénea realidad, también la idea del derecho dista mucho de ser monolítica y homogénea. Bajo ese nombre se mienta, en verdad, una constelación de valores, un plexo axiológico, sobre cuyo contenido —como se dice en el texto— se puede discutir, porque justamente merece un cuidadoso examen. Mas una de las características de esta constelación axiológica es su “polarización”, es decir que ella se vertebra en uno u otro sentido (dando lugar en cada caso a directrices que interactúan entre sí) según el caso concreto en cuestión. Dice Henkel sobre esto: “La idea del Derecho se descompone en diversas exigencias y efectos que presentan tensiones, contradicciones y antinomias; tensiones incluso dentro de las distintas direcciones de actuación: por ejemplo, en las distintas tendencias de la justicia y en los diversos momentos de la idea de seguridad jurídica. Pero esos distintos momentos no se quedan desvinculados entre sí, sino que se buscan y se exigen recíprocamente como complemento y nivelación” (*op. cit.*, *supra*, nota 35, p. 569).

“señalar con el dedo” cual sea esa esencia del derecho. La propuesta es ahondar las reflexiones sobre el fundamento ideal del derecho.⁸⁸

Lo que hemos llamado “*paradigma del derecho correcto*” no configura de ningún modo una especie de “derecho apriorístico”. No podría serlo toda vez que el análisis de la realidad —uno de los fundamentos— parte sustancialmente de lo empírico; debe descartarse tal idea. Pero tampoco debe entenderse como modelo de un derecho posible. Más bien —como antes se dijo— es una postura científica. La exigencia de una contemplación filosófica del derecho como cosa de este mundo, dependiente de factores reales, y actuado por el hombre —como uno de sus productos espirituales— capaces de incidir sobre el mundo.

Por cierto que ello compromete una determinada actitud filosófica. Reclama —como dijera Recaséns Siches— tomar como base el plano *ontológico*, para aprehender *tanto el ser del derecho como su deber-ser*. Esta es una tarea que excede las posibilidades de un individuo. Constituye

⁸⁸ Aunque es asunto que demandaría una mayor extensión y profundización, creemos necesario subrayar que la *idea del derecho* merece una reelaboración desde un doble punto de vista. *Uno* es el señalado en el texto en el sentido de que ella no es algo homogéneo sino una región de objetos ideales (valores) o ‘plexo axiológico’ (Carlos Cossio); los autores discrepan acerca de cuales valores integran tal región, pero cada vez más aceptan la noción de heterogeneidad de la *idea del derecho*. Mientras para Henkel tal idea incluye la de justicia, seguridad y oportunidad, nuestro García Máynez en su última obra sólo acepta los dos primeros, rechazando al tercero, por no considerarlo exclusivo del orden jurídico. El otro punto de vista que debe ser articulado con el anterior y que por lo que sabemos no ha merecido hasta ahora debida consideración por parte de los juristas (Henkel sólo lo menciona al tratar de ubicar el sector al que pertenece la idea de ‘justicia jurídica’), es el de la justicia social. La cuestión radicaría a nuestro entender en más o menos lo siguiente: el orden social como un todo se estructura con arreglo a cierta ‘idea’ o conjunto de valores. Dentro de ellos si no en forma exclusiva si con presencia indispensable, se nos aparece la exigencia de que *tal orden debe ser justo*; es decir, debe orientarse por una idea de justicia que, siendo criterio para establecer las relaciones sociales en su totalidad la llamamos simplemente, justicia social. Pero, debemos reconocer que esa totalidad denominada ‘orden social’, se nos presenta o es comprensible como una serie de órdenes específicos, diferenciados y diferenciables, tales como —entre otros— el orden político, el orden económico, el orden moral, orden de costumbres, y ‘*last but no the last*’, el orden jurídico. Lo primero que se nos manifiesta en una contemplación de esa realidad es que cada uno de esos órdenes específicos —para que el orden social sea justo— debe estar orientado también hacia la justicia, que será propia de cada orden pero que deberá inordinarse en la noción comprensiva de justicia social. De este modo el orden económico debe tender a una idea de ‘justicia económica’, el político a otra de ‘justicia política’ y —desde luego según vimos arriba, en el primer punto de vista— el orden jurídico se orientará por cierta ‘justicia jurídica’. Lo que cada una de ellas sea es, precisamente, tema de investigación filosófica. Lo segundo es que dentro de esta concepción o por causa de ella se ve bien claro el absurdo que importa querer establecer un orden políticamente justo junto con un orden económicamente injusto; o un orden jurídicamente justo con otro políticamente injusto.

para nosotros un fallo cierto —que disimula esa incapacidad— la de pretender “definir” el derecho por alguno de sus fundamentos: el existencial o el esencial. La tarea es más compleja y demanda prolongados y colectivos esfuerzos. Sentimos que las palabras con que Henkel termina su introducción, describen exactamente lo que queremos decir:

En la interpretación de un fenómeno como el derecho, que presenta tantos aspectos, el autor individual sólo puede ofrecer aportaciones y no una exposición exhaustiva; de ahí que sus esfuerzos puedan hacer avanzar un trecho el conocimiento del objeto, pero todas las posibilidades de ampliación y profundización de nuestras ideas quedan reservadas a los esfuerzos de otros.

La tendencia que busca un derecho correcto “ajustado a la materia y a la época” tiene un *problema práctico* —propio de la reflexión filosófica— fácilmente advertible: si no hay un orden suprapositivo de normas de validez general, ni puede extraerse en forma directa de la “naturalidad de las cosas”, ni es deducible de ninguna esencial concepción, constituye un efectivo problema el determinar “con qué *medios* y por qué *camino*s ha de averiguarse como Derecho a encontrar, este derecho verdadero”.⁸⁹

Quizá convenga puntualizar, o repetir en este punto, que conforme hemos visto no hay derecho que emerja por sí solo de la realidad dada, por conocida que sea ésta o por impecables deducciones que hagamos de la idealidad. El derecho se positiva por *un acto de creación* apoyado, ciertamente, en aquel par de fundamentos antes citado. No es sorprendente entonces, dentro de la tendencia que comentamos, en la tentativa de encontrar los modos de acceso al derecho correcto, la vieja *tópica*, como arte de inventar o propia del ingenio, no sólo para convencer (Cicerón),

Esto significa descubrir, o poner al descubierto, una vieja sospecha: *los órdenes específicos en los que la sociedad se articula deben ser consistentes entre sí*. Si no lo fueran la tendencia es la búsqueda de la consistencia con las consabidas crisis que los pueblos padecen. Para el jurista esta idea nos parece altamente productiva, pues le está exigiendo una tarea, al decir de estos tiempos, multidisciplinaria: deber avanzar o conocer sobre los contenidos de la justicia que orientan a los demás órdenes de la sociedad; no puede ignorar —en sus lucubraciones sobre la justicia jurídica— lo que sean la justicia política, económica, etc. Como en todos los casos la ‘idea de justicia’ es una idea polarizada, o sea que lanza exigencias con carácter de directrices o contenidos materiales sólo frente a la realidad concreta. De manera que el conocimiento del orden económico u orden político, tal como de hecho se dan, parece inexcusable para teorizar sobre la justicia jurídica y el derecho.

⁸⁹ Henkel, *op. cit.*, *supra*, nota 35, p. 677.

sino para *construir la solución debida* (Vico), haya reaparecido como el camino adecuado hacia el derecho correcto.⁹⁰

El cuidadoso análisis de la diversidad de factores reales (impropiamente mentados por la colectiva expresión “la naturaleza de las cosas” y de los factores ideales) pondría en evidencia los *topoi*; esto es “los elementos de construcción, las preformas de una regulación jurídica que todavía ha de ser encontrada y conformada”. De esas preformas emergen criterios que, por principio excluyen soluciones discrecionales, pero que además brindan puntos de apoyo a las soluciones posibles dejando, con todo, el espacio suficientemente libre como para tomar decisión final en la conformación de la regulación jurídica.

¿Mas cómo aparecen los *topoi* ante la visión del encargado de formular la regulación? En este punto son ilustrativas las enseñanzas de Karl Popper en cuanto al que contemple un problema le viene dado *un determinado contenido material*, de modo que los *topoi* a considerar no entran casualmente en aquel campo de visión. Vienen determinados por la estructura propia del problema.⁹¹

La obtención del derecho correcto demanda una sucesión escalonada de pasos que, brevemente resumimos así: 1) reconocimiento del problema material planteado por la realidad; 2) aprehensión de los *topoi* ordenados en el problema, que por lo general serán varios y ninguno exclusivo; 3) actividad espiritual de sopesar, ponderar en verdadero ejercicio del *arte de descubrir* (tópica), los distintos *topoi* que ni vienen ordenados ni son de una misma clase. Este “arte del descubrimiento en el camino hacia el derecho correcto” (Henkel), no es posible ejercerlo con un solo método: la pluralidad metodológica se impone para una “auténtica conformación en base a los elementos de construcción que vienen dados en los *topoi* y que necesitan un ensamble de sentido y de fin”;⁹² 4) la puesta en relación de los *topoi* se hace dentro de un espacio libre donde la *elección* y la *decisión* juegan su final papel. El *ensamble* de los *topoi* (provenientes de los factores de la realidad y de las exigencias de idealidad jurídica) será elegido y decidido —si se quiere un derecho correcto— sometándose a la vinculación impuesta por la idea de bien común.⁹³

⁹⁰ Así lo hace expresamente Henkel, apoyándose en los trabajos de Vichweg, *Topic and Jurisprudence*; *vid.* p. 679.

⁹¹ Repasar nota 1 y los textos allí citados.

⁹² Henkel, *op. cit.*, *supra*, p. 686.

⁹³ La idea de bien común se manifiesta como valor fundamental en toda conformación de relaciones sociales, sean o no jurídicas y desde este punto de vista en una *idea rectora* que vincula tanto al orden jurídico como a los demás órdenes en que se vertebra la sociedad. Ver nota 88.

“La solución encontrada teniendo en cuenta los *topoi* determinantes y sobre la base de consideraciones de bien común, puede ser calificada de *derecho correcto*” (Henkel) que no será ni “subjétivamente” correcto, ni “absolutamente” correcto. Dentro de la pluralidad de soluciones se presentará como la más ajustada al lugar, a la época y a las circunstancias. Será, en palabras de Arthur Kauffman, un “derecho objetivamente correcto”. Como todo derecho formulado es en buena medida proyecto para conductas futuras, sería en el sentido de Popper una “teoría”, pero una “teoría de vida”. En semejanza a sus propuestas científicas los métodos propuestos llevarían a aceptar que —por el momento— es “la mejor de todas las teorías posibles”. La aplicabilidad en la vida nos dará la prueba del grado de acierto o error que esa obra humana contiene. En esto la formulación del derecho no estaría ni más lejos ni más cerca de las demás ciencias y del arte mismo. La perfectibilidad del derecho queda así asumida abiertamente: *el derecho correcto no es el derecho definitivo sino un paso en el largo andar de la humanidad tras un derecho mejor.*⁹⁴

V. RESUMEN

Creemos que las siguientes proposiciones resumen nuestro trabajo:

1o. La “problemática del derecho natural” se expresa en varios problemas. Según nuestro parecer en cuatro problemas deferentes (problemas A, B, C y D).

2o. Que de entre ellos hemos elegido uno, al que hemos denominado *problema “auténtico e inevitable”* para todo aquel que deba formular derecho (problema C).

3o. Hemos tratado de demostrar que tanto el llamado derecho natural, como las doctrinas de derecho natural y en especial (por su experiencia histórica) el iusnaturalismo racionalista, han sido siempre “teorías sobre cómo el derecho debe ser”.

⁹⁴ “El científico y el artista, lejos de desempeñar actividades opuestas o incompatibles, tratan ambos de ampliar nuestra comprensión de la experiencia mediante el uso de la imaginación creadora sujeta a control crítico. de modo que ambos están usando a la vez facultades racionales e irracionales. *Exploran ambos lo desconocido y tratan de articular la búsqueda y sus hallazgos*” Magge, *op. cit., supra*, nota 2, p. 93. “Todas las estructuras, sean intelectuales, artísticas, sociales, administrativas o de cualquier otra especie, sólo pueden ser *modificadas (y creadas) por etapas*, a través de un *proceso de retroalimentación crítica*, constituido por reajustes sucesivos. La noción de que pueden ser creadas o corregidas de golpe, como si se tratara de un impreso, es una ilusión que nunca puede darse en la realidad”, *Idem*, p. 91 (cursivas nuestras).

4o. Que según la experiencia histórica, del iusnaturalismo brotó el positivismo jurídico. Éste logró importantes avances en torno al conocimiento de lo jurídico, pero por su misma posición científico positiva es importante para suministrar criterios de valoración respecto del derecho existente o el derecho que debe existir, dejando por lo tanto sin solución al problema “auténtico e inevitable” que al hombre se le plantea sobre cómo debe ser el derecho.

5o. Que hay fuertes tendencias que tratan de superar la dicotomía “derecho natural” o “positivismo” por considerarla una batalla estéril y que cierra el paso al aprovechamiento de ambos esfuerzos intelectuales. Proponen —en su lugar— una actitud superadora y evolutiva: la de conseguir estructurar un nuevo paradigma denominado “derecho correcto”.⁹⁵

6o. Esta última tendencia exigen actuar en el plano ontológico, para lograr una visión compleja acerca del ser y el deber ser del derecho.

Héctor Raúl SANDLER

⁹⁵ Para Popper la dificultad que tiene el hombre en abandonar el dualismo ingenuo de los dos órdenes normativos (considerando al positivismo un monismo ingenuo), radicaría en el temor humano de aceptar que caiga sobre nuestros hombros la exclusiva responsabilidad de nuestras decisiones éticas; por esta razón siempre se intentan *transferencias* a la naturaleza, a Dios o a la sociedad. Pero en la hora actual esa responsabilidad es *ineludible*, razón por la que se impone un *dualismo crítico*. Para semejante dualismo no basta la supresión de los dos órdenes normativos; *es necesario establecer los criterios de valoración y crítica al derecho existente. Esto lo brinda la idea del derecho correcto. Cfr. La sociedad abierta y sus enemigos*, t. I, p. 112.

A P E N D I C E

<i>Años</i>	<i>Personaje</i>	<i>Acontecimiento</i>
1452-1519	Leonardo Da Vinci	
1466-1536	Erasmus	
1469-1530	Macchiavello	
1478	Tomás Moro	
1480-1546	Francisco Vitoria	
1483-1543	Martín Lutero	
1492		Descubrimiento del Nuevo Mundo
1520		Se inicia la Reforma
1525		Sublevaciones campesinas
1540-1590		Guerra de liberación de los Países Bajos
1548	Francisco Suárez	
1564-1642	Galileo Galilei	
1571-1630	Kepler	
1583-1645	Hugo Grocio	
1588-1679	Hobbes	
1618-1648		La guerra de los 30 años en Alemania
1632-1677	Epinoza	
1632-1704	Samuel Puffendorf	
1632-1704	John Locke	
1640-1660		Revolución puritana en Inglaterra
1649		Ejecución del Rey Carlos I de Inglaterra
1655-1728	Thomasius	
1679-1754	Christian Wolff	
1689		"Revolución gloriosa" en Inglaterra
1712-1778	J. J. Rousseau	
1724-1804	I. Kant	
1776		Revolución americana (Constitucionalismo)
1789		Revolución francesa
1804		Código Civil francés (codificación)