

Iusnaturalismo *versus* iuspositivismo

*A mis ahijados, Jaime y Jorge, y a mis sobrinos, Tomás,
Rocío y Fernando, con el deseo de un futuro mejor
donde la norma sea la expresión de los justos.*

*«Una cosa no es justa por el hecho de ser ley.
Debe ser ley porque es justa».*

MONTESQUIEU (1689-1755)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.—II. IUSNATURALISMO.—III. IUSPOSITIVISMO.—
IV. LA IMPORTANCIA DE CASAR EL PENSAMIENTO IUSNATURALISTA CON
EL POSITIVISMO JURIDICO PREDOMINANTE EN LA ACTUALIDAD.—
V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La corriente filosófica que ha insistido siempre, como núcleo fundamental de sus argumentos, en la vinculación entre el derecho y la valoración moral de su contenido ha sido el iusnaturalismo. La más antigua de las concepciones del derecho.

Como indica Bobbio ¹, el iusnaturalismo es una doctrina filosófica tan antigua como la disputa que tenían Sócrates y los sofistas por distinguir aquello que estaba dictado por la naturaleza (*physis*) de lo que era establecido y convenido por los hombres (*thesis*); pero a su vez es tan moderna como las teorías políticas de los siglos XVII y XVIII que explican el origen y el fundamento del poder político con base en la existencia de derechos naturales, anteriores a la conformación del Estado. Y aunque los representantes del iusnaturalismo han desarrollado diferentes interpretaciones, comparten una tesis básica: el derecho natural no sólo se distingue del derecho positivo, sino que además es superior a éste porque emana de una naturaleza divina o racional (según los diferentes autores) que determina lo justo

[★] Letrada de la Asamblea de Extremadura.

¹ N. Bobbio, *El carácter del iusnaturalismo*.

y lo válido en términos universales, esto es, con independencia de los dictados particulares de cada Estado.

Se entiende por Iusnaturalismo, por lo tanto, a un conjunto de doctrinas muy variadas pero que tienen como denominador común la creencia de que el derecho positivo debe ser objeto de una valoración con arreglo a un sistema de normas o principios que se denominan Derecho Natural.

Frente a esta corriente del pensamiento, la ciencia jurídica que tiene por objeto el conocimiento del conjunto de normas que constituye el derecho vigente o positivo es denominado positivismo. Para este conocimiento, precisa Ángel Latorre², el jurista ha de usar y desarrollar el sistema de conceptos y la ordenación sistemática de los datos que encuentre en la ley, pero su análisis debe limitarse al derecho tal y como está dado y debe abstenerse de valoraciones éticas o de tener en cuenta las implicaciones de las normas en la realidad social, es el derecho entendido como un sistema de normas y sólo eso es el objeto de su estudio.

Si el terreno estrictamente positivista es el de la ciencia, hay otros dominios de la realidad y del saber en los que la preocupación del pensamiento no queda estrictamente circunscrita a unos determinados datos normativos, así ocurre en la filosofía, en la moral social, en la política, en la legislación y en la aplicación del derecho, donde es indispensable una mirada más allá del ordenamiento jurídico dado, en busca de sus fundamentos, de sus quiebras y de sus posibles correcciones. La multiplicidad heterogénea de las leyes y de las normas exige preguntarse por las estructuras básicas que subyacen a tanta movilidad histórica e inquirir unos principios esenciales. Las normas responden a unos valores sobre los que ha de versar el conocimiento. Toda actitud axiológica no es iusnaturalista pero apunta hacia ella. Estas valoraciones forman parte de la tarea del jurista que se ha de plantear el aspecto ético del derecho. Es el viejo grito que desde Sófocles resuena en la conciencia occidental, oponiendo a la ley humana injusta, las Leyes naturales de la conciencia.

De Grecia hasta nuestros días se han multiplicado los intentos para encontrar el derecho natural, es decir el sistema de principios y normas superiores al derecho positivo y por tanto a la voluntad de los hombres, aquellos derechos humanos que en todo caso debían respetarse.

Ya desde la crisis de la polis ateniense, los Sofistas contraponen a las leyes creadas por los hombres, otras leyes no escritas de validez intemporal que están revestidas de sanción inmanente, donde el punto de partida es siempre la existencia de un orden universal del ser de estructura permanente e inviolable.

La multiplicidad de doctrinas, las épocas de práctico abandono de estos intentos, como ocurrió en el siglo XIX, su resurrección tras la segunda Guerra Mundial, es la historia del iusnaturalismo, movimiento espiritual del hombre occidental, pero es también, como afirma Ángel Latorre³, la historia de uno de sus mayores fracasos; pero a pesar de esto, la humanidad no renuncia

² Á. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

³ Á. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

a buscar un ideal superior de justicia que la defienda contra la arbitrariedad de las leyes humanas. Incluso se ha dicho por Hernández Gil⁴, que la fe positiva del siglo XIX y principios del XX no era sino un derecho natural oculto por la dificultad de descartar totalmente la referencia a la justicia como uno de sus fines.

Históricamente el Derecho Natural ha cumplido funciones diversas y aún opuestas, en ocasiones ha sido conservadora de la estructura social y de la política existente, en otras, ha actuado como lema revolucionario, así ocurrió en el siglo XVIII y su última consecuencia fue la Revolución Francesa; en estos últimos casos el derecho natural sirvió para elevarse en nombre de un derecho o leyes superiores contra las leyes positivas, argumentando que la actitud revolucionaria no era opuesta al derecho si no que, por el contrario, se hacía en su nombre.

En este orden universal del ser, González Vicén⁵ distingue cuatro modelos: La *physis* en los sofistas, el *logos* universal en los estoicos, la *lex aeterna* en el pensamiento cristiano o la naturaleza en los sistemas del racionalismo moderno; en ellos se contienen por definición, los principios últimos del obrar humano en la convivencia, principios que el hombre conoce, bien directamente, como *lex incordinabus scripta* o por medio del discurso racional.

Como afirma A. Truyol⁶, la historia no nos enseña sólo que el derecho natural es una constante filosófica, sino también que la idea del mismo se ha plasmado en sistemas muy diversos formal y materialmente, y a veces opuestos entre sí en sus resultados; pero también muestra que la diversidad de las escuelas iusnaturalistas no logra ocultar una indiscutible continuidad fundamental entre algunas de ellas. Recoge Legaz y Lacambra⁷ la ya clásica tipología que hace J. Sauter (*Die philosophische Grundlagen des Naturrechts*, Viena, 1932) de los sistemas doctrinales que tratan de aprehender y explicar la idea del Derecho natural:

- a) el Derecho natural platónico-aristotélico, que incluye a Heráclito, Pitágoras, Anaxágoras, Sócrates, Platón y Aristóteles;
- b) el Derecho natural estoico, con representantes en Grecia y Roma y que renace modernamente con Spinoza;
- c) el Derecho natural trascendente, o sea, el iusnaturalismo católico-escolástico, que se inicia con S. Agustín, sigue con Alejandro de Hales, S. Buenaventura, S. Alberto Magno, S. Tomás de Aquino y Duns Scotto, y se continúa en la escolástica española y en los sistemas de Grocio y Leibniz, hasta el idealismo tardío alemán de Krause, Ahrens y Trendelenburg y el neoescolasticismo actual;

⁴ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en Persona y derecho.

⁵ F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.

⁶ A. Truyol y Serra, «Fundamentos de Derecho natural», *Nueva Enciclopedia jurídica*, Barcelona, 1949.

⁷ L. Legaz y Lacambra, «Ley, derecho y moral», *Gran Enciclopedia Rialp*, Rialp, 1991.

- d) el Derecho natural racionalista, iniciado por Pufendorf y continuado por Tomasio y Wolff (que, sin embargo, tiene entronques con la línea del iusnaturalismo trascendente);
- e) el Derecho natural individualista, representado por los sofistas, los cínicos y los cirenaicos, por Epicuro y la Academia y, modernamente, por Hobbes y Rousseau;
- f) el Derecho natural en el idealismo alemán de Kant (que continúa la línea rusioniana), Fichte, Schelling y Hegel (que representa, metódicamente, un retorno al Derecho natural trascendente, pero en un sentido que implica la inversión de todo iusnaturalismo y el tránsito al positivismo). Esta casi exhaustiva tipología fue incrementada aún por el prof. E. Galán Gutiérrez con la referencia
- g) al Derecho natural metafísico-historicista de Vico, la escuela histórica, Hegel y Blinder;
- h) al Derecho natural neokantiano de Stammler, Del Vecchio, Lask, Radbruch, etc.;
- i) al Derecho natural axiológico de Max Scheler y Nicolai Hartmann («El Derecho natural y su incesante retorno», *Rev. crítica de Derecho inmobiliario*, Madrid, marzo de 1945).

Antonio Truyol⁸, ampliará la tipología siguiendo a Sauter y a Galan y hablará del iusnaturalismo platónico-aristotélico, iusnaturalismo estoico, iusnaturalismo trascendente, que Peces Barba⁹ ha llamado iusnaturalismo teológico, iusnaturalismo racionalista, iusnaturalismo individualista del idealismo alemán, iusnaturalismo metafísico histórico, iusnaturalismo neokantiano e iusnaturalismo axiológico, renacimiento del que habla Latorre.¹⁰

Elías Díaz¹¹ dirá hoy que se puede añadir nuevas formas iusnaturalistas, aquellas que en derivación existencialista afirman la posibilidad y necesidad de un derecho natural concreto, que como indica W. Maihofer partan de la naturaleza de las cosas.

Erenest Bloch desde una posición marxista habla del derecho natural como utopía jurídica.

Con todo, los dos grandes modelos históricos son: el teológico y el mecanicista, es decir el iusnaturalismo clásico-cristiano o aristotélico tomista que es un iusnaturalismo trascendente de raíz teológica y el iusnaturalismo racionalista protestante que surgió a partir de los siglos XVI y XVII.

En Europa tras la Revolución Francesa y debido a ella, el iusnaturalismo racionalista de la burguesía, del que hablaremos más adelante, encontrará su posibilidad de realización, controlando el poder político, transformando así el derecho natural en derecho positivo y con este acontecimiento, Elías Díaz puntualiza una serie de consecuencias:

⁸ Truyol y Serra Antonio: Fundamentos de Derecho natural, en Nueva Enciclopedia jurídica, Barcelona 1949.

⁹ Peces Barba Martínez Gregorio: Introducción a la filosofía del derecho Ed. Debate.

¹⁰ Á. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

¹¹ E. Días, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

La más importante y más progresiva consiste en que a través de la realización positiva del ideario iusnaturalista los derechos naturales, libertades públicas y civiles van a dejar exigencias y aspiraciones de carácter exclusivamente ético para irse progresiva y paulatinamente integrando en el derecho constitucional moderno como derecho positivo en los sistemas políticos democráticos y liberales con toda la posibilidad de efectiva y coactiva protección que de dicha integración derivan.

Una vez positivizado dicho derecho natural, la burguesía sacraliza el derecho positivo centrando todas sus fuerzas económicas, físicas e intelectuales en la conservación del mismo. La clase en otro tiempo revolucionaria se hace conservadora, González Vicén¹² resume en dos fases esta evolución, primeramente la burguesía revolucionaria cuyo destino y cuyas exigencias se hallaban en contradicción con las instituciones tradicionales se enfrentaría negativamente con esa realidad dada, pero con el acceso al poder, la perspectiva se desplaza radicalmente. La burguesía conservadora de la restauración no querrá aniquilar el presente para edificarlo según cánones racionales abstractos, si no que sus esfuerzos se dirigirán a revestir esos valores abstractos y prestar una justificación inmanente a ese presente del que es protagonista tanto política como económica y socialmente.

En este contexto histórico y sociológico, apunta el autor anteriormente citado, surgirá precisamente el positivismo jurídico, cuando la legitimidad iusnaturalista ya no se considera necesaria o fundamental y el derecho positivo aparece tan perfectamente justificado en sí mismo que incluso alegar razones de esa justificación se considere igualmente innecesario.

Entre los siglos XVI a XIX se va a producir una secularización, historificación y positivación del pensamiento jurídico.

La separación y autonomía del derecho con respecto de la teología se produce en el marco de la reforma protestante y de la posterior escuela racionalista del derecho natural, seguida en esto por la escuela anglosajona de Bentham y Austin que establecen las bases de una suficiente diferencia entre derecho y moral.

Frente a ese racionalismo iusnaturalista y su afirmación en un derecho universal, racional, válido en todas las circunstancias, las posiciones históricas reivindicarán el carácter mutable, cambiante y contingente individualizado de un derecho que se concibe como producto de las concretas circunstancias históricas. A partir de ahí, afirma González Vicén¹³ el positivismo continuará y consumará el proceso con menores riesgos irracionalistas, dejando claramente afirmada la idea del derecho como referida exclusivamente al derecho positivo.

El positivismo jurídico se constituye en la confluencia de un doble y en un principio contradictoria herencia: recibe del historicismo los postulados

¹² F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.

¹³ F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.

anti-iusnaturalistas en cuanto al concepto del derecho, pero toma del iusnaturalismo racionalista la metodología deductiva así como el sistema de valores liberales que cobran un sentido conservador y acrítico.

En Alemania la moderna ciencia y metodología jurídica nace con la escuela histórica del derecho, así como en Francia había surgido con la escuela exegética. A pesar de los ulteriores puntos de coincidencia una y otra responden a diferentes motivaciones generales. La escuela exegética se construyó en torno al Código de Napoleón y es expresión del racionalismo, mientras que la escuela histórica se muestra en decidida lucha contra la codificación y es de carácter romántico antirracionalista.

La escuela histórica alemana, cuyo núcleo central es Savigny¹⁴, entiende que el derecho es la expresión del espíritu del pueblo y se muestra en oposición al iusnaturalismo y a la codificación; la escuela histórica vino a constituirse como precedente y a la par como vehículo intelectual, afirma Elías Días¹⁵, para la difusión del positivismo.

El derecho Romano se constituyó en el derecho típicamente Alemán, iba a dar lugar a un riguroso trabajo de exégesis sobre él, desde una metodología paralela a la utilizada por los juristas franceses en relación al Código Napoleónico. De la escuela histórica habría de surgir aquella hipertrofia de la dogmática vuelta de espaldas a la realidad y a la historia que es lo que se conoce con el nombre de jurisprudencia conceptualista que fue el blanco de las ironías de Ihering como pone de relieve Legaz y Lacambra¹⁶.

La transformación del derecho natural, universal y absoluto en derecho positivo crea un vacío valorativo, el ideal desaparece, dice Elías Díaz¹⁷, y se convierte en realidad, y acto seguido se transforma en ideología, con ello se está ya en el contexto del positivismo, todo se centra en el derecho positivo excluyéndose las especulaciones sobre los ideales, es decir sobre el deber ser, excluyéndose la filosofía que ha sido definitivamente superada por el nuevo espíritu positivo.

Este positivismo se opone a plantear problemas de legitimidad y de justicia, negando la posibilidad de un discurso racional sobre valores; a este positivismo es al que se le ha dirigido la crítica de conservadurismo e incluso de inmovilismo en virtud de su incondicional aceptación de lo dado, siendo su principal riesgo, como indica Elías Díaz, el fraccionamiento y la ruptura de la totalización a través de la cual se configura la realidad. Junto a esto, la edificación constante e inevitable de lo positivo, en el mejor de los casos, ha venido a sustituir la metafísica del iusnaturalismo por la metafísica del cientificismo.

Para Latorre¹⁸, esa posición objetiva frente a un sistema legal no supone necesariamente que al jurista le sean indiferentes las motivaciones éticas o los juicios de valor sobre las leyes, ni que practique un relativismo moral, ni que

¹⁴ F. C. Von Savigny, *Sistema de Derecho Romano Actual*.

¹⁵ E. Días, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

¹⁶ L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, Bosch.

¹⁷ E. Días, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

¹⁸ Á. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

defienda la obligación en conciencia de obedecer la ley sea ésta como sea. El jurista puede y debe realizar la crítica del derecho positivo e intentar una reforma cuando la estime oportuna, pero ese horizonte lo considera fuera de su campo de acción como científico del derecho. En la misma línea Bobbio¹⁹ pone de manifiesto que la actividad positivista no tiene por qué suponer una negación de los estudios de sociología jurídica, de las indagaciones sobre la actuación del derecho en la realidad social, si no que aparta este tipo de consideraciones de la ciencia jurídica y del análisis de las normas.

El positivismo representa una típica actividad mental de asilamiento del derecho para estudiarlo al margen de otros aspectos de la misma realidad en la que se encuentra inmerso. Cuando el positivista afirma que el derecho tal y como es y nada más, constituye el objeto de sus afanes, entiende que el derecho puede ser realmente estudiado como algo separado de la consideración global de los fenómenos sociales. Tal mentalidad se desarrolla en la mayor parte de las ciencias del mundo moderno y especialmente en el siglo XIX que es precisamente el momento de mayor auge del positivismo.

Desde otro punto de vista el positivismo representa la inserción del jurista en el marco del estado moderno puesto que el derecho es un medio de control social que maneja el estado, el jurista, en cuanto interprete vinculado a este derecho, se convierte en un colaborador de la voluntad estatal. Esta perspectiva política del positivismo es uno de los rasgos que le ha acarreado las más críticas opiniones que afirman que el jurista puede convertirse, cuando el estado revista una forma de gobierno tiránica e injusta, en un servidor de la tiranía.

Para Latorre²⁰ esta acusación de amoralidad es un tanto ingenua ya que depende más del jurista como ciudadano que en lo que se proclame como derecho positivo; pero a lo que realmente conduce el positivismo es a considerar que un sistema político, por la vinculación que tiene con el estado por ser uno de los medios de acción, obliga al jurista a tomar conciencia de que su quehacer tiene, en último análisis, un sentido político de ayuda a la construcción del estado, por lo que se enfrentará con un problema de opción política, de aceptar o no el sistema jurídico en que está inserto, de decidirse o no a cooperar en la construcción del Estado tal y como es concebido en el momento y en el país en que vive.

En relación a la metodología, los juristas positivistas, no sólo en momento iniciales con la escuela de la exégesis y la jurisprudencia conceptual, sino también mucho después, la ciencia del derecho público alemán y de la teoría pura del derecho, se valdrán predominantemente de una metodología deductivo-racionalista aplicada ahora al derecho positivo.

González Vicén²¹ indica que a la idea del derecho como manifestación de un orden metafísico universal descubrible y precisable por discurso racio-

¹⁹ N. Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Milán, 1965.

²⁰ A. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

²¹ F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.

nal, sucederá la del derecho como orden vivo de las comunidades históricas, como conformación efectiva de las relaciones humanas en la convivencia; la ciencia del derecho deja de ser constructiva para hacerse reflexiva, para constituirse como conocimiento de algo —los derechos históricos— que le es dado desde fuera como punto de partida absoluto. De modo que la ciencia del derecho en el sentido del positivismo no tiene como objeto una construcción racional sino una realidad histórica concreta, un orden normativo con vigencia real, en cuya existencia se entrecruzan tensiones y corrientes sociales, luchas ideológicas, tradiciones, situaciones económicas y de poder, valoraciones éticas...

Pero como indica Solozabal Echavarría ²², la conexión entre el orden histórico y el positivismo no debe subrayarse más allá de intentar explicar la ruptura positivismo–naturalismo. La exigencia del conocimiento científico implicaba hallar lo permanente en lo variable, encontrar las estructuras constantes de los ordenamientos contingentes y concretos. El positivismo resolverá este problema mediante el formalismo, reconociendo que el estudio del derecho tiene dos niveles: el del conocimiento de las prescripciones y disposiciones jurídicas positivas y el hallazgo de las formas constantes, alcanzables mediante la utilización de procedimientos lógicos.

González Vicén ²³ resume el proceso de fraccionamiento y reducción formalista que se ve obligado a adoptar el positivismo: «todo el proceso está dirigido a encontrar en el derecho positivo elementos permanentes que permitan convertirlo en objeto de conocimiento, es decir, elementos que sean susceptibles de una conceptualización abstracta». Para llegar a ello, la ciencia jurídica positivismo abandona lo más original y fecundo de su punto de partida, la noción del derecho como realidad histórica concreta, y pasa a entenderlo como un «*compositum*», como una yuxtaposición de dos elementos dispares: un elemento variable y contingente por los contenidos normativo y otro permanente e idéntico, constituido por la estructura formal de la norma. Sólo este último, predicado en sí de toda la realidad jurídica, es susceptible de un conocimiento de carácter general, mientras que la materia jurídica queda como un resto irreductible, al margen del conocimiento jurídico en sentido estricto. Surge así, como concluye González Vicén ²⁴, una ciencia formal del derecho, una ciencia del derecho sin derecho, una ciencia que haciendo profesión de fe del positivismo jurídico elimina de su objeto todo aquello que preste al derecho concreción e individualidad histórica, es decir, la positividad, reduciendo la realidad jurídica en tanto objeto posible de conocimiento a una mera suma de determinaciones abstractas.

La contraposición entre la doctrina iusnaturalista y la positivista se da principalmente en lo que cada uno entiende por lo que es el derecho y

²² J.J. Solozabal Echevarría, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, pp. 87-109.

²³ *Ibid.*

²⁴ F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.

mucho menos por el tratamiento a que le someten. El Positivismo aportará la inducción, que si bien no estuvo siempre ausente en el racionalismo, su papel fue secundario en el reinado de la deducción a partir de principios universales colocados al frente del sistema. Ahora bien el positivismo obtiene inductivamente a partir de los datos positivos unos conceptos generales que cumplen la función de dogmas y también utiliza en abundancia la operatividad deductiva.

Para Julieta Marcone²⁵, el iuspositivismo tiene más ventajas explicativas que el iusnaturalismo, ya que apelar a un orden natural y trascendente, como justificación última de la validez de las leyes civiles, es metafísicamente más difícil que reconocer la validez de las mismas únicamente por la fuente de su poder. Para los iuspositivistas, el motivo por el cual los sujetos evitan cometer actos ilícitos no es el temor al hipotético castigo que pudiera infligirles una supuesta «voluntad divina», «moral» o «racional» (que, en última instancia, no es más que un asunto del fuero interno), sino el temor al castigo, al que podría condenarles efectivamente el Estado.

Y para la autora citada ambos sistemas tienen los mismos peligros, ya que, si es cierto que el enunciado positivista «detrás de la ley sólo está el poder» puede dar origen y justificación a regímenes autoritarios, también es cierto que el apelar a un orden trascendente puede derivar, asimismo, en un régimen autoritario aunque éste justifique su poder mediante criterios y argumentos universales y trascendentales.

Para evitarlo, será necesario que el poder soberano, legítimo según las normas democráticas, establezca un sistema normativo que respete tanto el principio de seguridad como los procedimientos preestablecidos para la elaboración de las normas y que teniendo el poder de coacción para imponerlas, respete los principios y valores consolidados en los sistemas políticos de las democracias constitucionales así como los derechos humanos y de las libertades fundamentales, tema central del derecho constitucional.

II. IUSNATURALISMO

Como hemos apuntado ya, el iusnaturalismo supone la existencia de un derecho trascendente y anterior al derecho positivo. Derecho que bajo la sombra de la razón, de la naturaleza, o de Dios, es asumido como el único orden regulador de validez universal, al que los hombres, guiados por la «recta razón», pueden aspirar. Independientemente de las diferencias que plantean los distintos representantes del iusnaturalismo en torno a la fuente de la legitimidad o al contenido concreto del derecho natural al que apelan, todos ellos coinciden en que el derecho natural es la única manifestación universalmente válida y necesaria de lo que debe ser un orden justo y racional; por ende, el derecho positivo no debe hacer otra cosa más que guardar celosa-

²⁵ J. Marcone, *Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo*.

mente el cumplimiento y el respeto de este derecho natural. El derecho positivo nunca debe contradecir al derecho natural y, llegado el caso, siempre debe prevalecer el derecho natural sobre el positivo pues, se debe suponer que pueden equivocarse los hombres pero no la naturaleza (divina o racional) en que se funda el derecho natural.

Indica Julieta Marcone²⁶ que para el iusnaturalismo la naturaleza es algo que existe *per se*, independientemente de nuestra voluntad y de nuestra fuerza. Por eso, este derecho natural, que se supone supremo y trascendente, no depende en lo más mínimo de las consideraciones ni de las formulaciones humanas o estatales. Los derechos naturales existen por sí mismos porque provienen de la propia naturaleza humana. Esta naturaleza (divina o racional) es lo que determina la existencia y el contenido de esos derechos, los cuales, independientemente del reconocimiento que tengan en el derecho positivo (estatal), existen y resultan universalmente válidos y necesarios.

El iusnaturalismo, apunta García Maynez²⁷, sostiene que el derecho vale y, por ende, obliga, no porque lo haya creado un legislador soberano o porque tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino «por la bondad o justicia intrínsecas de su contenido». Su validez universal deriva del supuesto de que cualquiera que hiciera uso de su propia razón podría distinguir lo bueno de lo malo, y lo justo de lo injusto, conforme a un hipotético orden justo, racional, universal y necesario (que en ocasiones también es denominado orden divino). Los seres racionales pueden y deben conocer ciertos principios normativos de la conducta humana que, dado que están en su propia naturaleza, deben constituir el fundamento de sus acciones.

Estas normas no se fundan en las determinaciones positivas de un Estado o en las consideraciones particulares de un sujeto sino en «la naturaleza», en un orden anterior y superior a la contingencia humana. Orden que, podría decirse que «desde siempre», ha determinado lo justo y lo bueno con independencia del tiempo y del espacio.

Desde otro punto de vista, el iusnaturalismo puede ser considerado —siguiendo a Bobbio²⁸— como ideología, como teoría general del Derecho y como método:

- a) Como ideología radical, el iusnaturalismo afirma que las leyes deben ser obedecidas sólo en cuanto son justas, y por eso en el ciudadano hay siempre un derecho a la desobediencia o a la resistencia; en cuanto ideología moderada, admite que, en caso extremo, también las leyes injustas deben ser obedecidas.
- b) Como teoría general del Derecho, el iusnaturalismo es una teoría de la moral, según la cual el fundamento de las reglas de la conducta humana no es la voluntad del legislador (divino o humano), entidad esencialmente mutable, sino la constante, uniforme y sempiterna

²⁶ J. Marcone, *Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo*.

²⁷ E. García Maynez, *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, UNAM, México, 1997; *Id.*, *Introducción al Estudio del Derecho*, 48^{ra} df; Porrúa, México, 1996.

²⁸ N. Bobbio, *El carácter del iusnaturalismo*.

naturaleza humana; el iusnaturalismo no es un sistema de valores o de prescripciones, sino un conjunto de consideraciones sobre la naturaleza humana destinadas a fundar objetivamente un sistema de valores, cualquiera que sea éste. De aquí deriva la consideración de las leyes de la conducta no como mandatos, sino como *dictamina rationis*; el ver en la naturaleza de las cosas y no en la legislación la fuente principal de producción científica; la consideración del ordenamiento jurídico como intrínsecamente incompleto y necesitado de la acción integradora del juez y de la libre investigación del Derecho, etc.

- c) Por último, en cuanto método, el iusnaturalismo se caracteriza por la exigencia de una definición valorativa del Derecho, o sea, de una definición que, considerando a éste no como mero hecho sino como algo que tiene o realiza valores, limita el uso del término Derecho al Derecho justo. Se trata, pues, de introducir en la definición del Derecho la referencia al fin (bien común, justicia, paz, etc.) que debe realizar. La consecuencia para la ciencia jurídica es que ésta debe orientarse fundamentalmente a la crítica de las leyes; el iusnaturalismo contiene, pues, una invitación a los juristas a tener en cuenta el hecho de que ante el Derecho, como ante todo fenómeno del mundo humano, no sólo debe y puede adoptarse la actitud del investigador escrupuloso, imparcial y metódico, sino también la actitud valorativa del crítico, y que de esta actividad dependen la mutación, la transformación y la evolución del Derecho. Los iusnaturalistas sostienen, por primera vez con tanto ímpetu en la historia de la jurisprudencia, al reducir la ciencia del derecho a ciencia demostrativa, que la tarea del jurista no es la de interpretar reglas ya dadas, que como tales no pueden dejar de resentir las condiciones históricas en las que fueron emitidas, sino aquella mucho más notable de descubrir las reglas universales de la conducta por medio del estudio de la naturaleza del hombre, de igual manera que el científico de la naturaleza que finalmente ha dejado de leer a Aristóteles y se ha puesto a escudriñar el cielo. Para el iusnaturalista, la fuente del derecho no es el *Corpus iuris*, sino la «naturaleza de las cosas». «La razón —dice Pufendorf— aun en el estado de naturaleza posee un criterio de evaluación común, seguro y constante, esto es la naturaleza de las cosas, que se presenta de la manera más fácil y accesible para indicar los preceptos generales de la vida y la ley natural». (Pufendorf, *De iure naturae et gentium*). En suma, lo que los iusnaturalistas eliminan de su horizonte, según Bobbio es la *interpretatio*: que continúen los juristas comentando las leyes, el iusnaturalismo no es un intérprete sino un descubridor. Si bien con una cierta simplificación, es válido sostener que el iusnaturalismo fue la primera (y también la última) tentativa de romper el nexo entre el estudio del derecho y la retórica como teoría de la argumentación, y de abrirlo a las reglas de la demostración.

El problema del iusnaturalismo, para Kelsen y otros juristas contemporáneos, es que se basa en un artificio lógico que consiste en inferir el «deber

ser» (lo axiológico) del «ser» (lo ontológico). Apelan a un orden trascendente pero nunca señalan quién establece y determina los contenidos de esos supuestos dictados de la naturaleza o de la razón. Por eso la pretensión de deducir el derecho natural a partir de un supuesto orden justo y bueno, universal y trascendente, conlleva el riesgo de justificar, en nombre de ese mismo orden, leyes que a todas luces podrían resultar más peligrosas para la sociedad que las que dicta un Estado legal y legítimamente constituido. Aunque algunas vertientes del iusnaturalismo en ocasiones han estimulado o acelerado «la consecución de los ideales humanistas de autonomía, libertad o igualdad, otras veces han ayudado a mantener las injusticias del presente histórico convirtiendo “lo natural” en cómplice de los intereses de los poderosos».

El problema es determinar qué es lo justo y lo injusto cuando seres racionales contraponen conceptos excluyentes de justicia.

Entrando en el estudio de la historia de esta corriente filosófica, decimos de nuevo, que es encuentran en Grecia las raíces de las distintas doctrinas del Derecho Natural; en la Grecia del siglo V a.C. los Sofistas sometieron a crítica al *nomos*, las leyes y las costumbres. Su reflexión les llevó a cuestionar la obediencia y la sumisión del individuo. Como dice Truyol²⁹ a la mudanza y la contingencia del *nomos* opusieron un principio permanente e inmutable a cuya luz enjuiciaron las instituciones concretas; este principio fue la naturaleza la *physis* y así surgió en la sofística la contraposición entre *physis* y *nomos*, entre la naturaleza y la ley, entre lo que está sustraído al arbitrio humano y lo que depende de él.

De esta dialéctica entre *physis* y *nomos*, que es en opinión de Peces Barba³⁰ un precedente de la contraposición entre derecho positivo y derecho natural entre «validez» y «justicia» surgirá el núcleo central de reflexión permanente del modelo iusnaturalista.

Aristóteles, en *Ética a Nicómaco* diferencia entre Justicia Legal y justicia Natural, dice Aristóteles: «La justicia política se divide en natural y legal; la natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza independientemente de lo que parezca o no y la legal la de aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera pero una vez establecido ya no da lo mismo. Para nosotros hay una justicia natural y sin embargo toda justicia es variable, con todo hay una justicia natural y otra no natural, pero es claro cual de entre las cosas que pueden ser de otra manera es natural y cual no es natural sino legal o convencional aunque ambas sean igualmente mutables». Para Aristóteles en el conocimiento de lo justo y de lo injusto no es posible alcanzar la misma certeza que logra el razonamiento matemático y resulta necesario conformarse con un conocimiento probable: «Sería igualmente inconveniente —había afirmado— exigir demostraciones de un orador, que contentarse con la probabilidad en los razonamientos de un matemático».

²⁹ A. Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, Alianza Universidad, dos volúmenes.

³⁰ G. Peces Barba Martínez, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate.

Una importante oscilación en este campo de ideas se manifiesta en los estoicos, para esta tendencia filosófica la clave de la concepción del mundo es la razón como principio general que gobierna el universo y por tanto también al hombre que de él forma parte. Vivir según la naturaleza, es vivir con arreglo a los dictados de la razón que rige aquella; el derecho natural se transforma en derecho ideal.

La jurisprudencia romana acoge estas ideas y así se refleja en los textos de Ulpiano, que acogió la pura concepción naturalista. La opinión dominante realizó un sincretismo entre la idea estoica del derecho natural establecido por la razón natural y un hecho positivo del sistema jurídico romano: el desarrollo del «*ius gentium*» nacido de las necesidades prácticas ante la situación de aplicar el derecho genuino romano al ciudadano romano y el derecho extranjero para los que no lo eran. Los pretores construyeron empíricamente un sistema de normas y buscaron su fundamento en lo que a su juicio debía ser en virtud exigible a todo hombre, fueran o no romanos: la «*la fides*» que en principio era cumplir la palabra dada, después se amplió siendo el deber general de comportarse correctamente con los demás, «la buena fe». El *ius gentium* nació así en los siglos II y III a.C. como sistema de derecho positivo libre de trabas, flexible y práctico preferente en las relaciones entre los ciudadanos romanos al derecho quiritarario formalista incómodo e inadecuado a las nuevas necesidades sociales. Los juristas romanos creyeron ver en el *ius gentium* en la idea de un derecho basado en la razón natural de los estoicos; se identifica *ius gentium* y derecho natural. Cicerón dirá: la verdadera ley es la recta razón en armonía con la naturaleza, es de aplicación universal, inmutable y sempiterna; incita al cumplimiento del deber por medio de sus ordenes y aparta a las obras injustas por medio de sus prohibiciones, una ley eterna e inmutable que será válida para todas las naciones y todos los tiempos. Dios es el autor de esta ley su promulgación y su juez sancionador, no necesitamos mirar fuera de nosotros mismos en busca de quien nos la explique e interprete.

Legaz y Lacambra³¹ realiza una síntesis histórica de esta corriente de pensamiento, en la que afirma que en la voz iusnaturalismo se sustantiviza la afirmación de la idea del *ius naturale*, expresión usada por vez primera por los juristas romanos, pero recogiendo una tradición intelectual que proviene de la filosofía helénica (singularmente Sócrates, Platón y Aristóteles, con su distinción del *nomoi dikaion*, lo justo legal, y el *fysei dikaion*, lo justo por naturaleza) y, concretamente, de la filosofía estoica. Ulpiano habla de un *ius naturale* que es «quod natura omnia animaba docuit» (El derecho natural es «lo que la naturaleza enseñó a todos los vivientes...»). Gayo hace referencia a los «*naturalia iura quae apud omnes gentes peraeque servantur*», los cuales «*semper firma atque inmutabilia permanent*» («Los derechos naturales son guardados por todas las gentes» y «permanecen siempre firmes e inmutables»); y Paulo alude a un *ius naturale* que se dice de aquél que siempre es bueno y jus-

³¹ L. Legaz y Lacambra, «Ley, derecho y moral», *Gran Enciclopedia Rialp*, Rialp, 1991.

to. Cicerón recurre a la idea de la Ley natural y habla de que la naturaleza del Derecho ha de repetirse de la naturaleza del hombre.

Fue quizá, como afirma Latorre³², la influencia cristiana la que decidió la separación entre los dos conceptos. El *ius naturale* se convierte en ideal superior e inmutable de justicia, el *ius gentium* queda reducido a las normas que se encuentran de hecho en la mayoría de los pueblos y que pueden coincidir o no con el derecho natural. Surge la famosa tricotomía que pasará al pensamiento medieval y moderno: *ius naturale*, *ius gentium*, *ius civile*.

El modelo iusnaturalista que culmina el mundo antiguo y medieval es el modelo teológico y dentro de él el tomista que integra la tradición del pensamiento clásico griego y romano con la aportación cristiana.

Afirma Legaz y Lacambra³³ que a través de S. Isidoro de Sevilla la clasificación romana tripartita del Derecho en *ius naturale*, *ius gentium* y *ius civile* se convierte en bien común de canonistas y legistas medievales, como doctrina que subyace a la corriente especulativa que arranca de S. Pablo y tiene su primera manifestación sistemática en S. Agustín, con su división trimembre de la Ley en *lex aeterna*, *lex naturalis* y *lex humana*. La escolástica medieval emplea indistintamente los términos *lex naturales* y *ius naturale*, aun cuando existe la noción fundamental de que el derecho natural es aquella parte de la ley natural que hace referencia a la virtud de la justicia. El mérito de haber llevado a cabo una precisión en estos conceptos corresponde fundamentalmente a S. Tomás de Aquino: «Se da el nombre de justo a aquello que, realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aun sin tener en cuenta cómo lo ejecute el agente, mientras que en las demás virtudes no se califica algo de recto sino en atención a como el agente lo hace. De ahí que especialmente, y en diferencia de las demás virtudes, el objeto de la justicia, que se denomina lo justo, es determinado en sí mismo —*secundum se obiectum*—. Y esto es el Derecho. De donde resulta que el Derecho es el objeto de la justicia».

Y es Santo Tomás el máximo representante de la filosofía medieval y pensador más constructivo y sistemático de su tiempo que a diferencia de la filosofía agustiniana que expresaba una visión pesimista de la vida del hombre en sociedad con la corrupción de la naturaleza humana por el pecado, S. Tomás representa una visión más radical y más positiva, su reflexión sobre el orden natural de las cosas está vinculado al orden que Dios establece formando parte de él.

El núcleo central del modelo tomista se sitúa en la *Suma teológica*, allí describe la división tripartita: ley eterna, ley natural y ley positiva. S. Tomás armonizó las diversas tendencias del modelo ideológico que le tocó vivir, fue el que más sólido respaldo dio al pensamiento católico. Fiel a la visión teocéntrica del mundo, dominante en aquella época, su punto de partida es que el mundo es gobernado por la divina providencia, es decir, por la voluntad de Dios, la razón divina establece el orden general del universo, sus reglas cons-

³² Á. Latorre, *Introducción del Derecho*, Ariel.

³³ *Ibid.*

tituyen la suprema ley. De este orden divino una parte es conocida por el hombre por que Dios ha querido manifestarlo a través de las sagradas escrituras y la tradición.

La ley divina es superior a todas y su único interprete autorizado es la Iglesia, lo que la coloca en supremo poder moral en el mundo.

Otra parte importante de ese ordenamiento general del mundo establecido por Dios es asequible a la razón humana, sin necesidad de revelación y forma el Derecho Natural. El Derecho Natural es descubierto por la razón y no puede en ningún momento ser opuesto a lo que Dios ha revelado.

Después de la ley divina y de la ley natural para S. Tomás viene la ley humana, que es la dictada por el hombre con vistas al bien común, no es una decisión voluntarista del que ostenta el poder, sino que ha de ser racional, la ley humana no puede ser contraria a la ley natural ni a la divina. La ley injusta no obliga por que las leyes divinas y naturales han de obedecerse antes que las humanas. El legislador, el gobernante está vinculado por el derecho natural y divino. Así S. Tomás traza los grandes rasgos de una concepción a la vez jerárquica y armoniosa de la sociedad humana.

Aunque Tomás de Aquino representa la cúspide del pensamiento cristiano medieval, merece mencionar a dos grandes representantes de la escolástica tardía Duns Scoto y Guillermo de Occam, la importancia de estos filósofos está en el énfasis que ponen en la voluntad más que en la razón como fuente del derecho, en esto se separan de S. Tomás que insistió siempre en el carácter racional de la ley confundiendo en Dios voluntad y razón, no pudiendo haber contradicción entre la voluntad de Dios y la razón; para Scoto y Occam esa confusión no existe, siendo la voluntad de Dios la fuente de la ley divina que si es racional no es por que exista identidad entre ambas sino por que Dios que es suma bondad no iba a querer nada injusto.

El interés práctico de estas teorías está en que preludian las direcciones voluntaristas, la idea central de que el derecho deriva de la voluntad del legislador, de la decisión del estado sin referencia a la racionalidad o moralidad de su contenido.

Para Hernández Gil³⁴ es entre los teólogos españoles de los siglos XVI y XVII: Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Gabriel Vázquez, S. Tomás, los jesuitas Francisco Suárez, Luis de Molina Fernández, Vázquez de Menchada en donde se muestra cierta influencia del voluntarismo y nominalismo de Occam, siendo el eslabón entre el nominalismo en sentido propio y el posterior derecho natural profano de Grocio y Pufendorf. Frente a una idea de derecho natural omnímodo, capaz de apoderarse de la totalidad del ordenamiento jurídico por vía de la deducción sin límites, la escuela del derecho natural española sustenta la existencia de un conjunto de principios y normas superiores que sirven de fundamento al orden jurídico y le marcan unas directrices sin ser suficientes para regir todas las relaciones humanas; entienden que se requiere el consenso como exigencia de la propia razón natural

³⁴ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en Persona y derecho.

como en otras normas de derecho positivo. El derecho natural cumple, pues, una función orientadora, crítica y resolutive, pero en ningún caso tiene pretensiones de exclusividad. La escolástica española, significó una creciente juridicalización del pensamiento iusnaturalista.

Con Hugo Grocio y, más estrictamente, con Pufendorf, se inicia la llamada escuela racionalista del Derecho natural, en la cual se le considera como el Derecho que corresponde al estado de naturaleza, interpretando la naturaleza en función de principios diferentes, que pueden ser, para unos, el de socialidad; para otros, el instinto de conservación; para otros, la idea de perfeccionamiento, etc. Es, como dice el prof. G. Ambrossetti³⁵, un complejo verdaderamente imponente de doctrinas, basadas en supuestos filosóficos muy afines y, sobre todo, en unos postulados metódicos que vienen a ser coincidentes, que se desarrolla en un periodo de tiempo que va del *De iure belli ac paces* de Grocio (1625), a los *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho* de Kant (1797). Los autores pertenecientes a esta corriente intelectual se consideraron a sí mismos como los representantes del Derecho natural por antonomasia, olvidando, los estudios y tradición que les han precedido. A esta escuela del *ius naturae et gentium* se la llama escuela clásica y, también, iusnaturalismo puro y simplemente; y afirma Legaz y Lacambra³⁶ que todo el pensamiento jurídico moderno se ha acostumbrado a hablar del Derecho natural, para hacerle objeto de su crítica, por referencia exclusiva a ese sistema normativo abstracto de explicación de la sociedad y de la historia, que no es más que una forma histórica de manifestarse el iusnaturalismo.

El iusnaturalismo racionalista, supondrá un cambio radical en la forma de pensar del derecho en relación con el iusnaturalismo medieval, será la ruptura del monopolio y de la uniformidad religiosa llevada a cabo por la reforma protestante, con la pluralidad religiosa se constituyen también una pluralidad de interpretaciones de la ley eterna. Contraviniendo su propia exigencia de unidad, diferentes leyes naturales podrían hipotéticamente derivar de diferentes interpretaciones de la ley eterna; como indica Elías Díaz³⁷ esto supuso que si se quiere encontrar un concepto unitario de derecho natural aceptado por todos los hombres, sean cuales fuesen sus ideas religiosas, se hace preciso independizar el derecho natural de las ideas religiosas.

Los principios del mundo moderno supusieron el fin de la hegemonía eclesiástica, el Renacimiento proclamó los fueros de la razón independiente; un nuevo concepto de Estado con una la nueva organización económica con una nueva clase burguesa comerciante que la impulsaba hasta nuevas formas de poder político, el cambio cultural, el racionalismo, el individualismo, la afirmación de la autonomía e independencia de la razón humana se imponen frente a la razón teológica, se piensa que la base y fundamento de ese derecho natural no puede ser ya la Ley eterna, sino la misma naturaleza racional del hombre, que pertenece por igual a todo el género humano.

³⁵ G. Ambrossetti, *Derecho natural cristiano*, Roma, 1964.

³⁶ L. Legaz y Lacambra, «Ley, derecho y moral», *Gran Enciclopedia Rialp*, Rialp, 1991.

³⁷ E. Díaz, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus Humanidades.

Consecuencias de la secularización y del pluralismo religioso será la autonomía de la ciencia y el impulso de ciencias como la astronomía, la física, la matemática respecto de la teología; afirma Bobbio³⁸ que podemos hablar con mayor fundamento del origen del pensamiento moderno cuando en la segunda mitad del siglo XVI este espíritu de apasionada búsqueda de la realidad exterior, de la naturaleza, se difunde. Será Galileo en su polémica antiaristotélica en su defensa del modelo experimental donde hunde sus raíces el pensamiento moderno. El método deductivo de las matemáticas será el que utilice el iusnaturalismo racionalista. Dios, que no desaparece de la escena del mundo, será garante externo de un sistema autosuficiente donde el hombre será protagonista. El antropocentrismo marcará el paso del derecho natural objetivo a los derechos naturales subjetivos. El sistema de valores naturales, al parecer de Elías Díaz³⁹, no era sino el sistema de valores de la nueva clase dominante, la burguesía, clase en continuo ascenso desde hacía siglos. Del mismo modo que el derecho natural medieval había sido la traslación de los valores e interés de los estamentos del clero y la nobleza dominantes en el mundo feudal, este nuevo derecho racionalista se apoya en la nueva ideología de la burguesía, en las ideas de libertad de comercio, libertad de propiedad, en la tolerancia, en la libertad de pensamiento y opinión; nos encontramos en el contexto general de la filosofía política del liberalismo que progresivamente irá acentuando su actitud de defensa de los derechos humanos.

Hugo Grocio con su obra *Iure belli ac pacis* va a tener una significación crucial en la historia del pensamiento jurídico, su obra fue publicada en el siglo XVII, se lanza la idea de que existe realmente un derecho Natural pero que su único fundamento es la razón. Esta razón en el pensamiento de Grocio es independiente de toda fe religiosa, El derecho Natural es tan inmutable que no puede ser cambiado por Dios mismo y existiría aunque Dios no existiese. No pone en duda la existencia de Dios sino que libera el fundamento del derecho natural de su implícito respaldo religioso, tal actitud tenía también la importante consecuencia de situar el derecho natural fuera del ámbito del poder eclesiástico, eliminado la posición decisiva que había tenido la iglesia medieval en su conceptualización.

Grocio ve en el derecho natural un conjunto de principios y reglas concretos deducibles por la razón y por la experiencia de los usos normales en los pueblos civilizados que son superiores al derecho positivo. Traza así unas reglas generales que deben regir las relaciones entre estados en paz y en guerra, a demás de dar fundamento al derecho internacional y al el derecho general tomando la mayor parte de su doctrina del derecho romano.

Con Grocio se inicia la tendencia del derecho natural racionalista. Que el mundo sea racional significa que se concibe un conjunto de objetos y de fenómenos vinculados entre ellos por leyes universales y necesarias que existen y valen independientemente del hombre y que el hombre tiene la tarea

³⁸ N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*.

³⁹ E. Díaz, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus Humanidades.

y la posibilidad de descubrir a través de la libre investigación científica. Así el mundo, explica Bobbio ⁴⁰, asume la configuración de una gigantesca máquina en la cual todas las partes singulares tienen una precisa función en el movimiento del todo, cuyo movimiento está regulado por un ente superior que ha construido esta máquina y la ha regulado para que no se detenga. La naturaleza humana forma también parte de esa máquina y por eso es adecuada la denominación de *ius mecanicista*.

Peces Barba ⁴¹ descubre tres rasgos comunes en el derecho natural que arranca de Grocio y llega hasta Kant, que tendrá múltiples versiones pero que coinciden en su secularización, ya que la justicia se descubre en la propia naturaleza humana, al divinizar al hombre por su razón; en su carácter subjetivista por que del derecho natural se pasa a los derechos naturales expresión del individualismo característico de la cultura del mundo moderno a partir del renacimiento y que explica el nacimiento de los derechos fundamentales como derecho natural. y por último las teorías de este periodo coinciden en su vinculación con el contractualismo ya que el contrato social está en la justificación del origen del Estado moderno, de la doctrina de los derechos del hombre y del positivismo jurídico.

Thomas Hobbes estaba convencido de que el desorden de la vida social, las sediciones, el tiranicidio, la aparición de las facciones en la guerra civil, dependían de las doctrinas erróneas de las que habían sido autores los escritores antiguos de las cosas políticas, y del espíritu sectario alimentado por malos teólogos. Apunta Bobbio ⁴² que poniendo en comparación la concordia que reinaba en el campo de las disciplinas matemáticas, con el reino de la discordia sin tregua donde se agitaban las opiniones de los teólogos, de los juristas y de los escritores políticos, Hobbes sostiene que las peores calamidades que sufre la humanidad serían eliminadas «si se conociesen con igual certeza las reglas de las acciones humanas como se conocen las de las dimensiones en las figuras». «Aquellas que llamamos leyes de naturaleza —precisa después de haberlas enumerado— no son otra cosa que una especie de conclusión derivada de la razón con respecto a lo que se debe hacer o evitar». Si es verdad que la geometría es «la única ciencia que hasta ahora le haya gustado a Dios para regalársela al género humano», la única ciencia «cuyas conclusiones ahora ya se han vuelto indiscutibles», al filósofo moral compete imitarla; pero precisamente a causa de la falta de un método riguroso, la ciencia moral ha sido hasta ahora la más maltratada. Una renovación de los estudios sobre la conducta humana no puede pasar sino a través de una renovación del método.

En Hobbes se encuentra el enfoque del carácter subjetivista cuando dice que la naturaleza dio a cada uno derecho a todas las cosas, ahora, el derecho de todos a todas las cosas es insostenible, porque la primera ley fundamental es que se debe buscar la paz. A partir de aquí y hasta llegar al Estado, socie-

⁴⁰ N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*.

⁴¹ G. Peces Barba Martínez, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate.

⁴² N. Bobbio, *El carácter del iusnaturalismo*.

dad a través del pacto, toda argumentación de Hobbes será desde los derechos naturales, para Hobbes el derecho natural es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder. A través de la diferenciación entre *ius* y *lex* Hobbes perfilará más ese sentido subjetivo del derecho natural: el derecho consiste en la libertad de hacer o no hacer, mientras que la ley determina y ata a uno de los dos.

El iusnaturalismo de Hobbes será una justificación del poder del Estado y del derecho positivo «Autorizo y abandono el derecho a gobernarme a mí mismo, a ese hombre o a esa asamblea de hombres con la condición de que tú abandones tu derecho a ello y autorices todas sus acciones de manera semejante». Hecho esto, la multitud así unida se llama República. Esta es la generación de ese gran Leviatán o bien de ese Dios mortal a quien debemos bajo el Dios inmortal, nuestra paz y defensa.

El modo hobbesiano afirma, como pone de relieve Bobbio⁴³, que el Derecho Natural tiene como único contenido convalidar los mandatos del soberano; su precepto es exigir de los súbditos una exigencia incondicional.

Woff se inclina por esta interpretación subjetiva del derecho natural, no entiende por derecho natural la ley natural sino más bien el derecho que pertenece al hombre en virtud de esa ley natural.

La línea de inspiración iusnaturalista que, aunque con precedentes muy anteriores, alcanza su apogeo en la misma época y al amparo de las mismas tendencias racionalistas, es la de los Derechos Naturales del hombre frente al Estado. Representa esta idea el contrapeso histórico al principio del poder absoluto del Estado que caracteriza el mundo moderno. El hombre tiene unos derechos naturales inalienables, es decir que no pueden ser trasferidos permanentemente a ningún gobernante.

Tanto Locke como Pufendorf trataron las teorías contractualistas vinculadas al derecho natural, tras los cuales vendrá el positivismo y el sociologismo con el fracaso del iusnaturalismo.

El filósofo inglés John Locke centra estos derechos en la vida, la libertad y la propiedad. Para asegurarlos, Locke recurre a una vieja idea que habían utilizado otros pensadores con los más diversos fines: La del contrato social. El más famoso representante de esta tendencia es el filósofo ginebrino Rousseau dará toda la fuerza explosiva a estas ideas en su célebre obra *El Contrato Social* que se publicó en 1762: «El hombre ha nacido libre y en todas partes está encadenado. El gran problema Político es conciliar la libertad natural del hombre con la necesidad de la vida en un Estado». La respuesta es el contrato Social «encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la cual cada uno uniéndose a todos, no obedezca sin embargo, más que a sí mismo y siga tan libre como antes».

El contrato social es un modelo ideal de organización política. La Revolución Francesa hará estallar en la práctica todo este caudal de ideas. En Euro-

⁴³ N. Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Milán, 1965.

pa, gracias a ella ese iusnaturalismo de la burguesía, que llega a controlar el poder político, va a encontrar al fin su posibilidad efectiva de realización, transformándose en derecho positivo, el ideal se realizará pero concebido como un sistema cerrado de deducciones racionales obtenidas y establecidas de una vez para siempre; realizado el ideal, el ideal desaparece. El derecho natural se transforma en derecho positivo y con ello como remarca Elías Díaz ⁴⁴, se producen importantes consecuencias, una de las más importantes y más progresivas consiste en que a través de esa realización histórica y positiva del ideario iusnaturalista, los derechos naturales y las libertades públicas y civiles van a dejar de ser exigencias y aspiraciones de carácter exclusivamente ético para irse progresiva y paulatinamente integrando en el derecho constitucional moderno, como derecho positivo de los sistemas políticos liberales y democráticos con todas las posibilidades de efectiva y coactiva protección que de dicha integración derivan y que hoy sigue siendo una realidad.

A pesar de las indudables insuficiencias subyacentes desde el principio en el ideario liberal burgués, centrado en una rígida y absoluta defensa de la propiedad privada, y a pesar de que una vez posibilitado dicho derecho natural, la burguesía sacraliza el derecho positivo por ella de ese modo creado, centrando todas sus energías económicas, físicas e intelectuales en la conservación del mismo, tales restricciones e insuficiencias se dan dentro de un contexto general de libertad y tolerancia que van a posibilitar también importantes evoluciones internas del sistema hacia posiciones más realmente democráticas.

La clase en otro tiempo revolucionaria se hace mucho más conservadora González Vicén ⁴⁵ resume dos fases de esa evolución «La burguesía revolucionaria cuyo destino y cuyas exigencias se hallaban en contradicción con las instituciones tradicionales se enfrenta negativamente con esta realidad dada y convierte su superación en un postulado ético universal. Con el acceso al poder de esa burguesía la perspectiva se desplaza radicalmente. La burguesía conservadora y la restauración no quieren ya aniquilar el presente para edificarlo según cánones racionales abstractos; sus esfuerzos están dirigidos a revestir de valor absoluto y a presentar una justificación inmanente a ese presente en el que ella detenta el poder político, económico y social».

En este contexto histórico y sociológico surgirá precisamente el positivismo jurídico, cuando la legitimidad iusnaturalista ya no se considere necesaria o funcional por la burguesía y el derecho positivo aparezca tan perfectamente justificado en si mismo que incluso alegar razones de esa justificación se considere igualmente innecesario. Con esa transformación del derecho natural revolucionario en derecho positivo liberal, el ideal en opinión de Elías Díaz ⁴⁶ se hace perfectamente inútil y desaparece dejando un hueco valorativo que es característico del positivismo.

⁴⁴ E. Días, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

⁴⁵ F. González Vicén, *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979. *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.

⁴⁶ E. Días, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

Ángel Latorre⁴⁷ entiende que son tres los factores que pueden señalarse en el eclipse del iusnaturalismo en el siglo XIX.

De una parte la filosofía crítica de Kant el cual se cuestionaba como era posible dar valor general a lo que solo podía proceder de un conocimiento *a posteriori*, cuando el único conocimiento general válido que la razón pura podía dar, tenía que fundarse con independencia de la experiencia *a priori*. Ciertamente Kant reconstruye la posibilidad de encontrar una norma general de conducta sobre la base de la razón práctica pero esta no llegó, como es sabido, a la trascendencia de la razón pura. La filosofía crítica hizo desaparecer la metafísica y la ética, capaces de expresar con validez general los contenidos a la vez universales y materiales del derecho natural; el debilitamiento que provoca Kant en la doctrina del derecho natural procede también del peculiar subjetivismo con que entiende la moral.

En una dirección diferente la Escuela Histórica representada por Savigny, al poner el fundamento del derecho en la expresión espontánea del espíritu popular negaba la existencia de un Derecho Natural superior. Cada pueblo produce su derecho como su lenguaje y no cabía someter esa evolución natural a los marcos de un sistema racional de reglas no nacidas de ningún Volksgeist; aunque para autores como Radbruch fue la teoría del conocimiento y no la historia del derecho, la filosofía crítica de Kant y no la escuela histórica de Savigny la que asestó el golpe definitivo contra el derecho natural.

El auge general de las codificaciones produjo, aunque éstas estuvieran inspiradas en las ideas iusnaturalistas, que se engendrara una mentalidad y una ciencia jurídica eminentemente positiva, el derecho natural al pasar de la razón a los códigos se convirtió en enemigo de sí mismo. El tríptico programático —Vida, Libertad, Propiedad— absorbido en los códigos, encarna la mentalidad y los intereses de una burguesía pujante para la que tal ideología era el gran arma contra la ya fallecientes estructuras feudales. Triunfante esta clase social, el viejo espíritu revolucionario se convierte en serenidad conservadora para lo cual nada mejor que un positivismo que pusiera el centro del derecho en el Estado que era predominantemente burgués.

En este clima positivista las invocaciones que se hacen al iusnaturalismo en los siglos XIX y XX se mostrarán con mucha frecuencia conectadas a las actitudes político-sociales reaccionarias contra la burguesía; si la ecuación era orden Natural-orden Liberal, las reacciones contra la burguesía se harán en su propio terreno, intentando utilizar el antiguo concepto del derecho natural y del orden natural que será sinónimo de orden antiliberal.

Como afirma Hernández Gil⁴⁸ el derecho natural es una constante histórica en el ámbito de la cultura occidental. En ningún momento ha sido totalmente eliminada del horizonte jurídico. Han sido diversos los modos de entenderlo y han conocido fases de esplendor y de crisis, pero un total desarraigo no ha llegado a producirse. Por tanto, el fenómeno del resurgimien-

⁴⁷ Á. Latorre, *Introducción del derecho*, Ariel.

⁴⁸ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en *Persona y derecho*.

to no significa que vuelva un derecho natural desaparecido sino más bien que se reafirma con más fuerza lo que de algún modo al menos latente siempre ha subsistido.

En España la nota de continuidad del derecho natural fue tan acusada que casi no dio lugar a hablar de renacimiento.

Durante el siglo XIX se mantuvo con vida propia el derecho natural cristiano y especialmente católico de base teológica. En Francia la fundación de una teoría de este signo se debe a De Maistre que resistiéndose a las ideologías propagadas por la Revolución Francesa propugnó un retorno al derecho natural de base teológica conforme a la tradición cristiana. En la tradición Neoescolástica alemana destacan los nombres de los juristas Meyes y Cathreum quienes reducían el derecho natural a tres preceptos «vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo, no dañar al otro». En Italia son figuras de relieve Taparelli, Rosmini y Prisco.

Durante la ascensión positivista del siglo XIX, la situación en España ofrece características peculiares ya que la dialéctica iusnaturalista iuspositivismo, no alcanzó en ningún momento de alto grado de tensión que tuvo en otros países. En España tardó mucho tiempo en recibirse el modelo de la ciencia jurídica dogmática. Falta en nuestros autores una adhesión al positivismo, el positivismo no llegó a ser ideología aunque a veces si se utilizó su método. La profesión de fe iusnaturalista ha sido la predominante, del iusnaturalismo podemos decir que en España ha sido ideología, filosofía y teoría del derecho, aun que el método fuera iuspositivista.

En el siglo dominado por el pensamiento positivo la pervivencia del derecho natural tiene como causas determinantes, aparte del poco fervor positivista, el neoclasicismo tomista y el krausismo. El influjo de estas dos directrices fue mayor por que la doctrina universitaria se ejerció bajo sus postulados.

El neoescolasticismo del siglo XIX de Ceferino González, Ortí y Lara, Mendive, Rodríguez de Cepeda y Marqués de Vadillo ha sido tachada de falta de rigor en la utilización de las fuentes y de escasa originalidad. Mayor importancia tendrá el Krausismo, introducido en España por Julián Sanz del Río movimiento cultural que se consolidó en la creación en 1876 de la institución libre de enseñanza. Krause tomó sus fuentes de inspiración de Santo Tomás, Spinoza y Leibniz, y diferencia entre derecho posible, objeto de la filosofía jurídica, que estudia los ideales y los arquetipos de las instituciones, del derecho real, objeto de la ciencia referida a los diferentes ordenamientos. La relación entre ambos y la elaboración de un modelo incumbe a la política jurídica que es donde desemboca su especulación iusnaturalista. Seguidores suyos, además de Sanz del Río, fueron Romero Girón, Clemente Fernández Elías, Giner de los Ríos, Azcarate, Joaquín Costa, Leopoldo Alas, Posada y Fernando de los Ríos.

Giner de los Ríos introdujo algunas rectificaciones y sostuvo la unidad perfecta entre filosofía y ciencia, acercó la filosofía a la historia y rechazó el carácter estático del iusnaturalismo racionalista, llegando a decir que cada época histórica tiene su derecho natural lo que llevo a un acercamiento del derecho natural al positivismo.

Debe mencionarse la influencia que el Krausismo ejerció a través de Ahrens para quien aunque el derecho actúa siempre por un acto de voluntad, no tiene en éste su origen, por que designa una regla permanente de comportamiento a la que debe ajustarse la voluntad. El derecho natural desempeña una función cognoscitiva, interpretativa y crítica que tiene por objeto determinar como se realiza y si se realiza en el derecho positivo la idea general del derecho.

En el pensamiento protestante Emill Brunner suscitó el interés por el derecho Natural, si bien la doctrina protestante se ha situado siempre del lado del derecho positivo y a favor de la validez jurídica exclusiva de las normas del estado, considerando el derecho natural no como otra cosa que una idea crítico-normativa, sin embargo, Emill Brunner afirmaba su significación política directa y entendió el derecho natural como un derecho de resistencia frente a la tiranía del moderno estado totalitario.

Si a finales del siglo XIX se llegó a decir que el iusnaturalismo había muerto, en el siglo XX y tras la segunda Guerra Mundial ha experimentado un renacimiento espectacular, es lo que Legaz y Lacambra⁴⁹ denomina el eterno retorno del derecho natural aunque como afirma Latorre no sin importantes variantes respecto de modelos anteriores, con ello no se quiere decir que el cientificismo positivista haya entrado en vía muerta sino que disminuyó la tensión y se buscaron las compatibilidades. Por su parte el derecho natural ha reconocido también sus limitaciones, la variedad ha dejado de ser una necesaria negación de la universalidad, en el siglo XX asistimos a la reconstrucción o resurgimiento de un pensamiento iusnaturalista con cierta inclinación al eclecticismo. En 1910 Charmont publicó un libro titulado *Renaissance du droit naturel*; la expresión se generalizó. En 1950 Elías de Tejada⁵⁰ eligió los términos del «Eterno Retorno» se trata de un resurgimiento de la idea, no una vuelta plena y determinada.

Para Hernández Gil⁵¹ uno de los países y momentos en los que más claramente se produjo el renacimiento fue en Alemania. Las modernas doctrinas iusnaturalistas insisten en la existencia de una justicia material, con contenidos concretos, pero a diferencia de las antiguas teorías iusnaturalistas, los modernos defensores de estas tendencias no piensan en un sistema detallado de normas, sino más bien en un conjunto de principios generales y flexibles. Tampoco la mayoría de los iusnaturalistas modernos establecen una clara prioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, limitándose a señalar aquellos principios como puntos de referencia que ha de tener en cuenta el legislador y a los que ha de ajustarse las normas, separándose de esta manera del iusnaturalismo mecanicista.

Coing, en Alemania fue otro de los primeros en desplegar abiertamente la bandera del derecho natural, para este autor el derecho natural es una

⁴⁹ L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, Bosch.

⁵⁰ F. Elías de Tejada, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla, 1974.

⁵¹ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en Persona y derecho.

suma de principios jurídicos supremos que constituyen el fundamento del derecho cultural positivo; estos principios derivan del contenido ético de la idea del derecho con referencia a determinadas situaciones y estructuras fundamentales de la vida social, apriorístico en sus fundamentos éticos, contiene ciertos elementos empíricos en cuanto que se refiere a situaciones determinadas que proceden de la naturaleza humana o de la naturaleza de las cosas. En Coing el concepto de naturaleza de las cosas se integra ante todo con el de la naturaleza del hombre para luego informar el mundo de las relaciones sociales.

Para Wolf, perteneciente al iusnaturalismo protestante, el concepto del derecho natural es variable pero su función es permanente e indestructible actuando como principio de legitimación de todo el derecho positivo y como medida regulativa de todo derecho empírico histórico. El derecho natural tiene que ser una realidad que fundamente y delimite en el orden ético-práctico todo el derecho.

Geny abordó la crítica del método de la escuela de la exégesis y reconstruyó la ciencia jurídica sobre el fondo de una filosofía tradicional de raíz católica que llevó a diferenciar entre lo dado, derecho natural, y lo construido, derecho positivo.

A la restauración y revaloración del derecho natural en la moderna filosofía del derecho fuera del campo escolástico ha contribuido decisivamente Del Vecchio en Italia, postulando una noción lógica y universal del derecho positivo que implica una concepción contractualista del Estado construido sobre los derechos fundamentales de la persona y de acuerdo con los postulados del derecho natural cristiano. Para esta corriente la realidad empírica no se conforma siempre con los principios del derecho natural y no por eso dicha realidad queda fuera del ámbito jurídico formalmente considerado, el universal lógico del derecho comprende tanto el derecho que respeta el derecho natural como el que se aparta de él, pero el derecho natural se mantiene siempre como exigencia deontológica y conserva todo su significado y su valor por que éste es el orden metafísico y no de índole física.

Como subraya Truyol y Serra⁵² en el ámbito del derecho internacional, Verdross que comenzó en el positivismo jurídico, pasó posteriormente a acoger las tesis kelsenianas de las normas fundamentales, para pasar a apoyar la primacía del derecho internacional, lo que le colocó a un paso del derecho natural, en el que finalmente se adentró al ver en él el conjunto de principios que resultan necesariamente de la naturaleza de los grupos humanos. Verdross justifica la necesidad de buscar el fundamento más allá de las normas fundamentales formalmente consideradas y admite la obra de la escuela española del derecho de gentes que trasciende el concepto del moderno derecho internacional al perfilar la idea de la comunidad internacional universal.

Castán procede del modelo de la ciencia dogmática, aliado en el método al positivismo, sin embargo no profesó una teoría positivista del ordenamien-

⁵² A. Truyol y Serra, *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, Alianza Universidad, dos volúmenes.

to jurídico ya que consideró indispensable y como pieza básica el derecho natural, afirmando que el derecho injusto no es derecho.

En Francia el neotomismo tradicional será la manifestación del renacimiento del iusnaturalismo de Maritain, Le Fur, Renard que insistían en el bien común como idea rectora del orden social, político y jurídico.

Representantes del iusnaturalismo católico en Alemania son Messner, Von Hippel, Kuchenhof y Von Der Heydte.

En España entre 1939 y 1975, existieron dos tendencias: el raciovitalismo de Ortega de fondo historicista de inspiración alemana y el neoescolasticismo, entre los iusnaturalistas neoescolásticos plenos podemos citar a Corts Grau, a Elías de Tejada, a Galán Gutiérrez y a Ruiz Giménez, posteriormente a Francisco Puy, a Antonio Fernández Galindo, a Manuel Fernández Escalante y a Pérez Luño. Entre los menos plenos a Luís Recasens Siches y a Luís Legues y Lacambra, corrientes que tienen en común el considerarse inspirados en su formación y en sus orientaciones por el racionalismo de Ortega, el haber partido de Kelsen y el haber evolucionado hacia una mayor aproximación al derecho natural.

Y siguiendo con el estudio del renacimiento del derecho natural, la teoría de la naturaleza de las cosas se ha incorporado en este proceso de resurgimiento. El pensamiento de Radbruch se considera dividido en dos periodos, el primero dominado por el relativismo y el segundo caracterizado por el pleno conocimiento de un derecho supralegal racional o natural, donde la justicia ya no se relativiza, donde la injusticia no deja de serlo aunque aparezca moldeada por la Ley. Se acude a la naturaleza de las cosas como un primer principio de la doctrina jurídica. La naturaleza de las cosas es un medio de interpretación y para colmar lagunas, una última ratio de la interpretación y complementación de la ley, no es fuente del derecho, válida por sí misma, si está en oposición con el espíritu de la ley.

La expresión «naturaleza de las cosas» es ambigua y susceptible de interpretaciones diferentes. En términos generales puede decirse que supone un llamamiento a la realidad, a algo que es de suyo o *per se* y por tanto, corrige y modera el idealismo de la razón y el voluntarismo de la ley. Bobbio⁵³ que reconoce la presencia en esta teoría de la concepción iusnaturalista dice «Representa la transformación que la doctrina del derecho natural sufre al pasar de manos de los filósofos a manos de los juristas, es lo que queda de la teoría clásica del derecho natural en el paso de la filosofía racionalista de la sociedad a la sociología».

Toma contacto con las cosas que existen como tales dotadas de una realidad y de unas propiedades que se dan necesariamente. Proporciona sus respuestas sobre bases tan seguras como son los datos biológicos, desvaneciéndose el fondo religioso; el sentido transcendentalista es sustituido por el inmanentismo objetivo. Es immanente a un ser lo que está comprendido en ellos y no resulta de una acción exterior. Esta doctrina tiene una explicación

⁵³ N. Bobbio, *El carácter del iusnaturalismo*.

fenomenológica de determinados datos jurídicos pero difícilmente resuelve el problema axiológico del deber ser y de la fundamentación del ordenamiento positivo. Lo designado por la naturaleza de las cosas, derivado de ella, antes que en derecho suprallegal que inspira y legitima el conjunto de los derechos positivos es más bien un derecho prelegal que condiciona el alcance ordenador de las normas positivas sin llegar a determinarlo plenamente. Un mismo dato procedente de la naturaleza puede recibir interpretaciones diferentes.

Indica Hernández Gil⁵⁴ que esta idea no era radicalmente original, existe en la doctrina griega, en la jurisprudencia romana, en la escolástica medieval y en la escolástica tardía. Afirma el derecho natural concreto, diferenciándose de las teorías que consideran el derecho natural de forma abstracta.

Fechner entiende que el concepto de naturaleza de las cosas ofrece dos aspectos, uno el referente a las conexiones reales dadas con relaciones sociales y otro que afecte al contenido de sentido insito en ellas y del que se afirma que constituye algo objetivo. Para Maihofer es fuente extralegal del derecho, medida extrapositiva de la rectitud objetiva y de la justicia humana de todo derecho positivo vinculante para el legislador y para el juez. No se crea un mundo jurídico más allá del derecho positivo sino que en la vida misma se inserta una forma nueva de derecho respecto del derecho contenido en la ley. Para esta autor existen dos formas de derecho natural, el existencial, el ser auténtico de la pertenencia como persona individual y el institucional, el ser, no menos auténtico, de la persona en su dimensión social. Welzel habla de objetividades lógicas y estructuras objetivas. El legislador no solo se encuentra vinculado a las leyes de la naturaleza física sino también a determinadas estructuras lógicas, en el objeto de su regulación, la cual si no las tiene en cuenta ha de ser necesariamente falsa en las verdades eternas; en esa objetividad tiene la ciencia del derecho el objeto permanente que le hace independiente de toda arbitrariedad legislativa.

Si Maihofer, Welzel y Fechner han podido sustentar una tesis iusnaturalista desplazándose de los dominios de la razón y el idealismo, a los dominios de la existencia, es por que aún inspirándose en algunos postulados del existencialismo no lo han seguido en sus posiciones externas, dedicadas a exaltar como existencia auténtica la singularidad individual, la libertad absoluta y la nada que son formas de negación de la vida social.

La tendencia hacia la historificación, surgida como expresión del resurgimiento iusnaturalista, ha hecho surgir la idea del derecho natural variable, progresivo, dinámico e histórico. Lumia⁵⁵ afirma que los principios en sí, dotados de validez absoluta, se determinan históricamente asumiendo formas diferentes en las diferentes situaciones históricas.

También se aprecia un mayor fondo axiológico, lo que ha supuesto una nueva toma de contacto del derecho con la moral y la justicia, ejemplo de ello es la teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale y de Carlos Cossio,

⁵⁴ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en *Persona y derecho*.

⁵⁵ G. Lumia, *Principios de la teoría e ideología del derecho*.

de la realidad que es el derecho forma parte la realización de unos valores. Para Paniagua los valores están llamados a incorporarse en la realidad y Recasens Siches entiende que los valores pertenecen al mundo del deber ser.

Un matiz peculiar y muy interesante dentro del iusnaturalismo tomista está representado por la obra del profesor de París Michel Villey el cual desde una interpretación del pensamiento de Santo Tomás afirma frente al iusnaturalismo escolástico usual la inexistencia de reglas de derecho natural ya que el derecho no participa de la naturaleza de la regla sino que corresponde a la naturaleza de la cosa justa. En segundo lugar por ser lo justo un predicado de la situación y no de la persona hay que diferenciar entre lo justo moral y lo justo jurídico. Al no expresarse lo justo en reglas, sino que se constituye en situaciones concretas no puede desarrollarse en forma de sistema. Las reglas son normas humanas en cuanto humanas no pueden recibir el epíteto de naturales. El derecho está más allá de las reglas, es una corrección de las mismas y se encuentra adoptada a cada situación concreta y tiene que variar con su objeto.

Dentro de la escuela escolástica tomista norteamericana, Hernández Gil⁵⁶ cita como autores más característicos: Mortimer, Adler, Hutchins, Lucey, Morris Cohen, Fuller, Jerome Hall, Levy y Chroust.

Y por terminar con este recorrido histórico de las escuelas iusnaturalistas, en el siglo XX, Un importante sector de la doctrina española García de Enterría y Fernández Rodríguez, Lalinde Abadía, Gil Cremades han señalado la filiación iusnaturalista del constituyente español en el título I de la Carta Magna. Garrido Falla afirma que ésta se adhiere a una metafísica personalista, ya que apoya la tabla de derechos en la dignidad de la persona humana. El artículo 1 proclama como valores superiores la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. Por su parte, el artículo 10 dice que: «la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y la paz social». Se interpreta por este sector doctrinal que tales principios son pre y supraconstitucionales, el constituyente se limita simplemente a recogerlos y a fundar sobre los mismos todo el sistema de los derechos fundamentales.

Galindo Ayuda considera que el iusnaturalismo profesado por la Constitución aparece matizado por el voluntarismo político que se deriva de que es la nación española la que, en el uso de su soberanía, se dota de la Constitución, careciendo la dignidad de la persona humana, que es un concepto jurídico indeterminado, de traducción efectiva, si no es a través de los derechos concretos que la propia constitución propone.

Peces Barba⁵⁷ afirma que la constitución incorpora el modelo dualista, destacando su doble condición de valores y de derechos. Este doble carácter de los derechos fundamentales fue proclamado por el Tribunal Constitucio-

⁵⁶ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en Persona y derecho.

⁵⁷ G. Peces Barba Martínez, *Introducción a la filosofía del derecho*, Debate.

nal en la Sentencia de 14 de julio de 1981: «Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o de libertad de un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo son elementos esenciales del ordenamiento jurídico objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en un Estado de Derecho y, más tarde, en un Estado social y democrático de Derecho».

Esta concepción dualista es defendida también por Esteban Alonso, Álvarez Conde y López Guerra.

Pérez Luño⁵⁸ opina que la Constitución española no se alinea con la posición iusnaturalista, la positiva o la del uso alternativo del Derecho, aunque hay en ella elementos para apoyar cualquiera de ellas. Este autor propone una fundamentación basada en el iusnaturalismo crítico que permite conjugar la unidad de sentido de los valores constitucionales con su dinamismo y apertura a la experiencia social e histórica, a través de su conexión con el principio de soberanía popular.

Como afirma Cazarlo Prieto⁵⁹, la Constitución Española tras señalar unos postulados de justicia anteriores y superiores al derecho positivo que encuentra en ellos su justificación, considera la positivación de los derechos fundamentales como consagración normativa de tales exigencias previas que corresponden al hombre por mero hecho de serlo. Postula esta tesis la existencia de derechos naturales inherentes al ser humano, anteriores y superiores al derecho positivo, derechos que no son otorgados por éste, sino simplemente declarados, reconocidos y sancionados.

Autores como Carlos Ignacio Massini Correas⁶⁰ hablan de una crisis del positivismo jurídico de estricta observancia, y en especial del positivismo analítico, y afirman que dicha crisis no ha implicado que la corriente predominante en la filosofía jurídica actual haya retornado lisa y llanamente al iusnaturalismo clásico; Por el contrario, una buena cantidad de los pensadores no-positivistas o antipositivistas se encuentran empeñados hoy en día en una persistente búsqueda de una nueva vía que, sin recaer en el temido iusnaturalismo, provea al derecho de ciertos elementos que aparecen como racionalmente indispensables: ante todo, de una justificación racional de la obligación jurídica, mas allá del mero *factum* del poder coactivo, sea éste estatal o social; y en segundo lugar, de una instancia de apelación ética, desde la cual sea posible juzgar crítica o valorativamente los contenidos del derecho positivo. Este autor habla del surgimiento de una nueva concepción explícita o implícitamente constructivista de la normatividad ética, es decir, una perspectiva según la cual los principios eticojurídicos son de algún modo «constituidos», «inventados», «consensuados» o «elaborados» por los sujetos a través

⁵⁸ A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.

⁵⁹ L. M.^a Cazorla Prieto, *Temas de derecho Constitucional y Derecho Administrativo*, Marcial Pons.

⁶⁰ C. I. Massini Correas, «Los dilemas del constructivismo ético», en *Persona y Derecho*, vol. 36, Pamplona, 1997, pp. 167-219.

de un determinado procedimiento de la racionalidad práctica, entendida en sentido radicalmente constructivo. De este modo, la razón práctica, establece sólo los puntos de partida formales y las reglas del procedimiento racional necesarios para alcanzar ciertos principios éticos que sean el resultado de una mera construcción mental-social, para este autor la división central de las corrientes iusfilosóficas contemporáneas no pasa ya por la tradicional alternativa iusnaturalismo-iuspositivismo, sino antes bien por una división tripartita entre el positivismo jurídico remanente, el iusnaturalismo y las diferentes versiones constructivistas. Las teorías que no realizan una remisión al conocimiento de las realidades humanas como fuente de objetividad ética y se limitan a proponer algún tipo de construcción racional de los principios éticos, a las que denominaremos genéricamente «constructivistas».

Pero para Massini el iusnaturalismo tiene en nuestros días una relevante e impostergable tarea que cumplir, a raíz, fundamentalmente, del agotamiento o insuficiencia de las propuestas alternativas de fundamentación del derecho. Efectivamente, a la crisis terminal del positivismo jurídico, motivada principalmente por su incapacidad para dar respuestas aceptables a los más exigentes problemas éticojurídicos de la sociedad, se le suma la radical insuficiencia metaética de las respuestas elaboradas para esos mismos problemas por las diferentes versiones del constructivismo. Estas insuficiencias pueden reducirse fundamentalmente a dos: la primera, la que hemos llamado «falacia procedimentalista», y que consiste en la pretensión —química e ilusoria— de extraer los contenidos de la eticidad —en especial de la juridicidad— del mero procedimiento formal del razonamiento práctico. «De hecho —ha escrito Arthur Kaufmann— este pensamiento de que la pura forma, el deber ser puro, podría producir contenidos y reglas de conducta concretas; pero, es imposible llegar a contenidos materiales partiendo únicamente de la forma o del procedimiento, o por lo menos contando únicamente con éste». La segunda de las insuficiencias radica en que la objetividad deóntica que pretenden una objetividad que no alcanza su fundamento más allá de la conciencia y de la voluntad humana, sea ésta subjetiva o intersubjetiva, resulta radicalmente insuficiente para justificar racionalmente exigencias que se plantean de modo absoluto o sin excepción. Lo más que puede pretenderse, a partir de un fundamento de este tipo, es arribar a un acuerdo, siempre provisorio y revocable, acerca de ciertos parámetros de la convivencia, pero jamás a fundamentar rigurosamente normas de derecho inexceptionables, como lo son fundamentalmente las de orden público o las de carácter penal; «ciertamente —escribe Georges Kalinowski— podemos darnos reglas de comportamiento pero, viniendo de nosotros, su fuerza obligatoria, en la medida en que pueden poseerla, depende enteramente sólo de nosotros: somos capaces de abandonarlas o cambiarlas en todo momento». ¿Podemos hablar en este caso de validez objetiva de normas instituidas para nosotros por nosotros mismos? Si la respuesta ha de ser aquí negativa, como es evidente, con mayor razón no podemos hablar de validez objetiva en el caso de normas que un hombre pretendiera establecer para otros.

Pese a las diferencias que existen entre las distintas corrientes doctrinales, el iusnaturalismo tiene un denominador común. Toda concepción del derecho natural tiende a sustraer del puro arbitrio individual o convencional los criterios básicos reguladores de las relaciones de convivencia entre los hombres, buscando la justicia como expresión ontológico-metafísica del ser, como expresión lógica de la razón o como expresión ética del bien.

El problema del derecho natural no es el meramente teórico de que los juristas y los filósofos no se pongan de acuerdo respecto de los modos de afirmarlo, ni tampoco su negación, sino el problema profundamente antropológico y social de que habiendo un derecho preconfigurado por la naturaleza humana o encarnado en el hombre su realización en la práctica es irremisiblemente una cuestión pendiente.

El pensamiento del derecho natural con todas sus dificultades encierra el valor de posibilitar la adopción de una posición crítica respecto de los derechos positivos, el mantener la esperanza abierta hacia un derecho justo y erigir en centro de la protección jurídica a la persona.

III. IUSPOSITIVISMO

Comenzamos, antes de centrarnos en el desarrollo histórico del iuspositivismo, por dar una serie de definiciones de lo que se ha entendido y se entiende por esta corriente del pensamiento: El iuspositivismo parte del supuesto de que el derecho no es más que la expresión positiva de un conjunto de normas dictadas por el poder soberano. Estas normas, que constituyen el derecho positivo, son válidas por el simple hecho de que emanan del soberano, no por su eventual correspondencia con un orden justo, trascendental, como pretendía el iusnaturalismo. Según García Maynez⁶¹ «el derecho positivo, por el simple hecho de su positividad, esto es, de emanar de una voluntad soberana, es justo». Para el iuspositivismo las normas que emanan de un Estado fundan su validez en este hecho y no en valores éticos trascendentales o en fines «socialmente valiosos».

El Positivismo jurídico se considera una doctrina libre de valores que establece lo justo y lo injusto con base, única y exclusivamente, en los dictados del poder soberano, y no en un derecho superior por fundarse en la naturaleza, en la razón, o en Dios. Para el positivismo jurídico, el derecho, que no es otro más que el derecho positivo, no persigue ningún fin inmanente, ni está sujeto a ningún contenido preestablecido. El derecho emana de un procedimiento formal, está históricamente determinado por el tiempo y el espacio de cada formación estatal, o sea, es contingente.

En palabras de García Maynez, el iuspositivismo, no incluye en la definición del derecho cuestiones de tipo teleológico, como la de que éste, para ser tal, deba realizar la justicia, la libertad o el bien común. Precisamente por ello

⁶¹ E. García Maynez, *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, UNAM, México, 1997; *Id.*, *Introducción al Estudio del Derecho*, 48^{da} ed; Porrúa, México, 1996.

no escatima el calificativo de jurídicos a preceptos que habiendo sido creados por órganos competentes, en la forma legalmente prescrita, no realizan, empero, tales o cuales ideales de justicia, de libertad o de común beneficio.

El derecho positivo funda su validez únicamente en las reglas y procedimientos establecidos por el Estado. Por eso para el iuspositivismo, el derecho positivo es *formal*, porque no se define ni por las acciones que regula, ni por el contenido de tal regulación, ni por los fines que esta acción persigue; se define únicamente con relación a la autoridad que establece las normas, o sea, con respecto al poder soberano, para el iuspositivismo, detrás de la ley no hay nada más que la voluntad soberana: *autoritas non veritas facit legem*. Por esta razón, se dice que otra de las características básicas del iuspositivismo (además del *formalismo*) es el *imperativismo*.

Para el positivismo jurídico, el derecho es el conjunto de normas con las que el soberano ordena o prohíbe determinados comportamientos a sus súbditos; es un mandato y todos los individuos deben acatar los dictados del derecho positivo: saben que, de no hacerlo, tendrían que enfrentarse a la pena y a la coacción que impone el Estado (monopolio de la violencia), bajo el amparo del derecho (fuente de su legitimidad), a quienes cometen actos ilícitos.

Pasamos a continuación a contemplar las diferentes corrientes positivistas que se han dado a lo largo de la historia.

Como Precisa Latorre la actitud positivista va unida al desarrollo del Estado moderno y no considera el citado autor aventurado calificar de positivistas a los legistas que ya en la Edad Media pusieron las bases jurídicas del Estado moderno en la Francia de Felipe el Hermoso o a los juristas que constituyeron a partir del Renacimiento uno de los más firmes puntales de los reyes de las monarquías occidentales europeas en su labor de acabar con el feudalismo y de configurar una monarquía absoluta.

Pero de una manera consciente el positivismo surge como doctrina en el siglo XIX. El fenómeno es general en una mayoría de países aunque en cada uno de ellos reviste peculiaridades propias debidas a su tradición cultural y no faltan diferencias importantes de ideas entre los múltiples autores que han defendido una concepción positivista del derecho. Podemos enumerar como más características:

- La escuela de la exégesis francesa.
- El formalismo de la ciencia del derecho publico alemán.
- La jurisprudencia analítica del positivismo de Austing.

Como ya hemos apuntado, en España existió poco fervor positivista. El positivismo Español en su grado máximo está sin duda representado por Pedro Dorado Montero penalista que se opuso totalmente al derecho natural por considerarlo como mera expresión del ideal jurídico de cada uno, carente de dimensión social y no susceptible de ser impuesto coactivamente.

A lo largo del siglo XIX se desarrollaron varias manifestaciones del llamado positivismo jurídico que en ningún caso hay que confundir con el positivismo filosófico que se impone en Europa en el segundo tercio del siglo XIX;

si bien ésta es una de las bases de donde surge y se nutre el positivismo jurídico. Entiende Paniagua⁶² que el positivismo filosófico se caracteriza por el rechazo de las cuestiones fundamentales y abstractas que constituyen el objeto de la metafísica y de los conceptos generales y abstractos con que se pretende darles solución; se limita al estudio de los hechos, de lo que acontece y se conforma con formular leyes que expresen la regularidad con que acontecen esos fenómenos. Toma por modelo las ciencias naturales, su finalidad en último termino según Comte, es saber para prever y prever para poder.

Bajo el predominio en Europa de este movimiento filosófico no existe un clima apropiado para contemplar el derecho desde el punto de vista del derecho natural, sino más bien bajo los moldes de su posición contrapuesta: El positivismo jurídico.

El positivismo filosófico lleva a fijarse en los fenómenos o manifestaciones de la sociedad que puedan identificarse y manejarse con seguridad y facilidad, que puedan servir para orientar en la práctica los textos legales, que no sólo eran fácilmente identificables y manejables sino que además en virtud de su generalidad y del apoyo que recibían de la autoridad y fuerza del Estado, podían servir asimismo como expresión de lo que verdaderamente iba a ocurrir.

Con Kant y Hegel se había planteado el problema de su propia rectificación a base de prescindir de la metafísica y unir la razón y la historia. Se, terminó por ceder el paso al conocimiento científico dotado de una capacidad resolutive de problemas de la que carece la filosofía. En el plano de la práctica política es un hecho evidente que el Estado se apodera del derecho mediante la ley que va a cumplir la doble función de legitimarle y de proyectar la acción del Estado en la sociedad.

La paternidad más significativa del positivismo le corresponde a Comte negación de la metafísica y afirmación de la experiencia como punto de partida y elemento de constatación del conocimiento científico. Para Comte el derecho natural era una metafísica intolerable.

El positivismo comtiano tardó en penetrar en el derecho. No accedió por vía de la ciencia jurídica dogmática, sino por la sociología. Cuando el saber jurídico tomó contacto con la sociología, ésta, como indica Hernández Gil⁶³, aporta un conocimiento positivista de espectro mucho más amplio: el de los hechos, mientras que el positivismo jurídico quedaba circunscrito a la norma. Sin embargo, el positivismo jurídico y el sociológico no forman un frente común contra el derecho natural. El positivismo sociológico en algunos aspectos era todavía más intolerante con el positivismo de las normas.

El positivismo jurídico se encontró con otra base de sustentación: la codificación. Esta adquirió su máxima significación en Francia, sobre todo a partir de la promulgación del Código de Napoleón en 1804 que como indica Legaz⁶⁴, usufructuó el prestigio al *habeas Iuris Justiniano*; Por esto en Francia

⁶² J. M.^a Rodríguez Paniagua, *El concepto y la validez del derecho*.

⁶³ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en Persona y derecho.

⁶⁴ L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, Bosch.

el positivismo jurídico reviste ante todo la forma que se conoce con el nombre de escuela de la exégesis que domina el panorama del pensamiento jurídico francés a lo largo de todo el siglo XIX; Dice Elías Díaz⁶⁵ que el Código de Napoleón considerado traslación de ese ideario iusnaturalista triunfante en la revolución, viene a apoderarse del prestigio de éste como código racional perfecto: «Napoleón ha dado un Código a Francia, escribe Legal, y el espíritu racionalista celebra en él su triunfo». Los juristas se encuentran ante una nueva tarea: estudiar y exponer ese Código y así surge en Francia una escuela jurídica que desde hace años ha pasado a la historia con el nombre de escuela de la Exégesis.

Señala Bonnetcase tres fases en esta tendencia exegetica francesa:

- La fase de fundación 1804-1830 con Toullier, Delvincourt.
- La fase de apogeo 1830-1880 con Duranton, Laurent, Bugnet Aubry y Rau.
- La fase de decadencia 1880-1900 con Baudry-Lacantinerie y Guillemeau.

Según el autor anteriormente citado los caracteres de la escuela de la exégesis los podemos reunir y resumir en cinco puntos:

El primer rasgo distintivo, el fundamental, según Bonnetcase, sería el de tributar una especie de culto al texto legal, es decir, el de mirar con el máximo respeto al texto de la ley, en cuanto se le considera como expresión o manifestación del derecho. Un resumen de esta actitud puede verse en la frase de Bugnet «Yo no conozco el derecho civil, yo conozco el código de Napoleón» todo el derecho se encierra en la Ley y la ley debe ser la única preocupación del jurista.

El segundo rasgo de la escuela de la Exégesis es la orientación a la interpretación subjetiva del derecho. En la distinción entre letra y espíritu de la Ley identifican como espíritu de la Ley, el espíritu del legislador, es decir su intención, su voluntad, lo que hay que buscar es la voluntad del legislador. Cuando se sepa esta voluntad vale como voluntad real y cuando no se pueda averiguar o no haya existido propiamente ninguna voluntad, habrá que buscar la voluntad supuesta o presunta, es decir la que habría tenido el legislador de habersele presentado ese caso. Para conocer la voluntad real se podía acudir a la historia de la redacción de la ley y a los preámbulos en la que se explica la finalidad de la misma. Pero averiguar la voluntad presunta no es tarea tan fácil, hay quien se remite para ello a la jurisprudencia, como Demolombe, y quienes la buscan en los precedentes históricos como Audry y Rau.

Toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una voluntad extraña, debe ser rechazada. La voluntad del legislador es lo que constituye la ley y debe considerarse contrario a ley no solo lo que se hiciera a su espíritu y letra sino también lo que solo atenta a su espíritu pareciendo mantener la letra.

⁶⁵ E. Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

En tercer lugar hay que señalar el rasgo de la estatalización del derecho, es decir la reducción de éste a un producto del Estado. Puesto que todo derecho se contiene en una ley, y ésta es creación del Estado, todo el derecho procede del Estado. Aun en los casos en que los jueces resuelven de acuerdo a otros criterios, por ejemplo, la equidad, lo hacen por delegación de la propia ley estatal.

Blondeau afirma que si la Ley es oscura o insuficiente no hay posibilidad de solución; sin embargo, no faltó algún autor de la escuela que protestó contra el absorbente legalismo y negó la identificación absoluta de derecho y ley.

En cuarto lugar existe un claro predominio del derecho positivo sobre el derecho natural, la escuela de la exégesis no se atreve a negarlo directamente, pero margina su importancia, deja a un lado la aplicación del derecho natural por que considera que sus principios son demasiado generales y abstractos, que son difíciles de aplicar en la práctica y que difícilmente pueden dar la solución; lo que hay que aplicar es la concreción de estos principios y del modo que de hecho se han concretado en armonía con las necesidades sociales, las aspiraciones y enfermedades humanas como afirma Taulier, lo que hay que aplicar es el derecho positivo. Si bien autores como Andry y Ray reconocen igualmente principios absolutos e inmutables anteriores superiores a toda legislación positiva como la personalidad del individuo, la construcción de la familia, la libertad...

Hernández Gil⁶⁶ explica esta conjugación del positivismo legalista y el iusnaturalismo desde el punto de vista de los ideales del Iluminismo para el que existe una especie de armonía preestablecida entre el derecho de la razón y el Estado según la razón. «El estado del iluminismo, dice Hernández Gil, no quería ser sino un Estado según la razón y por lo tanto el carácter estatal del derecho se afirmaba no en función de todo Estado, no en función de un Estado absolutista, sino sólo para el Estado apoyado en los denominados principios inmortales».

Y por último otra característica es el gran valor atribuido al criterio de autoridad, referida no ya al legislador sino incluso a los interpretes de la ley y en especial a los grandes comentaristas del Código de Napoleón. Pothier había hecho el Código y Toullier fue su comentarista cuyas opiniones quedaron por encima de toda crítica posible.

La superioridad del legislador como creador del derecho frente al juez aplicador del mismo, fue entendida por la escuela de la exégesis en el sentido de considerar que la función del juez se limita a una labor casi mecánica de aplicación-repetición de la norma a través de un procedimiento lógico de simple deducción. Se trataría de una tarea casi exclusivamente reducida a la resolución de un elemental silogismo, en el que la norma general actúa como premisa mayor, siendo el caso real de la vida que se plantea, la premisa menor y la sentencia o resolución adoptada valdría como conclusión del silogismo.

⁶⁶ A. Hernández Gil, «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en Persona y derecho.

Este movimiento ha suministrado indudable utilidad para la ciencia jurídica, a pesar de su excesivo formalismo o legalismo, la función del juez se reduce a mero aplicador del derecho.

Se comprende que una doctrina edificada sobre estos principios, dice Legaz y Lacambra tenía que inmovilizar al derecho positivo y a la larga impedirle realizar su fin. Esta escuela aferrada a los textos se ha vuelto de espaldas a la vida, a la realidad jurídica con lo que ha perdido de vista su propia índole científica, se ha abstenido de realizar la labor científica de poner en relación la Ley con el medio social de que emana.

La publicación de la obra de Geny 1899 sobre el método de interpretación y fuentes de derecho privado marca el definitivo fin del método exegético y la entrada en Francia de los nuevos métodos finalistas presociológicos que en Alemania se venían fraguando ya desde Ihering.

Geny critica duramente lo que califica como fetichismo de la ley, frente a ello apoya la necesidad de una libre investigación científica por la que se haga valer los datos irreductibles del derecho natural que ayuden al juez a colmar las lagunas que todo derecho positivo deja necesariamente vacías.

La visión del derecho positivo en un origen más social que estatal va a ser fructífera para la sociología jurídica, ejemplo de ello serán Duguit y Hauriou.

Geny también niega la primacía de la ley en el orden jerárquico de fuentes y su postergación ante la decisión judicial que pasa así a un primer plano.

Esta línea judicialista será después formulada en toda su amplitud y máximo alcance por la escuela del derecho libre, será Charmont afirmando la fuerza obligatoria de la costumbre contra la ley, junto con Lamber los que se situarán en el movimiento del derecho libre.

En Alemania el positivismo triunfa primero como positivismo dogmático, como el intento de construir sistemas de conceptos basados en el derecho romano tal y como entonces se entendía y se aplicaba, conceptos a los que se daba una cierta entidad metafísica, como si se tratara de seres reales cuya esencia descubría el jurista. Con el final de la vigencia del derecho romano en Alemania y la entrada en vigor del Código Civil Alemán de 1900, los juristas aplican a la nueva ley métodos análogos, pero pierden la sensación de estar trabajando sobre una materia estable, como era el derecho de Pandectas, consagrado por los siglos, comenzando a sentirse meros interpretes de la voluntad variable de un legislador.

Las decisiones logísticas y formalistas de la escuela histórica serían las que dieron lugar a la llamada escuela Pandectista a la que pertenecieron autores como Regelberger, Brinz, Bekker y Windscheid, esta escuela estaba orientada hacia una metodología sistemático-dogmática que pretendía la construcción de conceptos jurídicos de carácter formal tomando como punto de partida la norma positiva, el derecho es para este movimiento de jurisprudencia conceptual, de modo fundamental, un sistema conceptual construido sobre el análisis de las normas positivas y sobre la creencia de la logicidad inmanente del ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia conceptualista, a pesar de las críticas que por su relativo distanciamiento de la realidad puede merecer, ha supuesto una válida con-

tribución a la moderna formalización científica de los conocimientos jurídicos. Como expresión y exigencia del Estado liberal, dichas tendencias han contribuido igualmente a una mayor seguridad en la protección jurídica de los derechos fundamentales del individuo. No es extraño, dice Elías Díaz⁶⁷ que las reacciones antiformalistas y antinormativistas hayan sido con frecuencia reacciones al mismo tiempo antiliberales.

Podría mencionarse dentro de la dirección formalista-normativista, el formalismo de la ciencia del derecho público alemán, donde se deben señalar las aportaciones hechas a la ciencia del derecho público alemán por Gerber, Laband, Jellinek, así como la filosofía jurídica de Stammler y la teoría pura del derecho de Kelsen.

Para Solozabal Echevarría⁶⁸ el protagonismo del estado no solo debe ser atribuido a la importante función encomendada al mismo, sino a la propia debilidad de la sociedad civil alemana estructurada todavía según el modelo del antiguo régimen y donde el débil peso de la burguesía no le permite asumir ningún rol hegemónico. Esta posición subordinada de la burguesía no fue enmendada en los años de la industrialización, que coinciden con la consecución de la unión nacional, liderada por Prusia, vertebrada políticamente a partir de la alianza de la burocracia, aristocracia y el ejército, y en cuyas instituciones estatales sólo encontrará un hueco muy modesto la burguesía. El logro de la unidad nacional, consecuencia del ímpetu militar prusiano, no hizo sino reforzar el prestigio del Estado colocando por encima de los contrastes ideológicos y sociales, en una esfera de autonomía y objetividad, a cuya esencia y actividad le convenía un tratamiento sólo jurídico que fue el atribuido por la escuela del derecho público.

La ciencia jurídica había sido hasta la segunda mitad del siglo XIX, una ciencia privatista. Especialmente en las ramas constitucional y administrativa apenas se había construido el derecho como objeto susceptible de consideración jurídica, por que las ciencias respectivas se hallaban dominadas más bien por puntos de vista ético político y filosófico; más que una ciencia jurídica del derecho público se cultivaba la política y más que la ciencia jurídica del derecho administrativo, se cultivaba una ciencia de la administración; en el ámbito penal se combatía con la antropología sociología y política criminal.

La necesidad de garantizar la pureza del método jurídico parecía imponer la necesidad de desviar la mirada y precaver la mente de toda irrupción de elementos valorativos, éticos, sociológicos, políticos, antropológicos e históricos. La escuela clásica del derecho penal y sobre todo la escuela alemana del derecho público simbolizan esta dirección.

Gerber y Laband queriendo dar rigor científico al derecho público posterior a 1870, intentan la aplicación de los esquemas y conceptos contruidos hasta entonces para el derecho privado; no pretenden ser logicistas, pero lo que sí reclaman es rigor formal para el derecho público.

⁶⁷ E. Días, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus Humanidades.

⁶⁸ J.J. Solozabal Echevarría, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, pp. 87-109.

Laband, que es el ejecutor testamentario de Gerber, que era a su vez prolongación en el derecho público, de la labor que la pandectística había realizado en el derecho privado siguiendo el ejemplo de Savigny, reconoce, como indica Legaz⁶⁹, que en el dominio del derecho público se presentan a veces ciertos principios de derecho privado que no merecen amoldarse a la naturaleza de aquél; pero en realidad, dice el autor citado, no son principios de derecho privado sino principios generales del derecho incorporados al derecho privado y que es preciso mantener, despojándolos naturalmente de su trabazón tradicional con el derecho privado. Ciertamente no se puede tratar el derecho público con criterio civilista, pero muy a menudo, dice Laband, la concepción del método civilista es una máscara que oculta la aversión a tratar el derecho público de un modo jurídico, alegándose rechazar los principios privatistas y lo que se hace realmente es eliminar todo principio de derecho para reemplazarlos por consideraciones filosóficas y políticas.

Hay pues que reconocer que la ciencia del derecho privado se ha puesto a la cabeza de las ciencias jurídicas, por eso, en último termino, el derecho público no debe tener inconveniente en imitarla y seguirla, siendo preferible que imite al derecho civil a que pierda todo carácter jurídico y caiga al nivel de la literatura política de periódico.

La lógica es el único medio de cumplir aquella función en la que ningún otro medio puede reemplazarla; todas las consideraciones históricas, política y filosóficas, por precisas que sean en sí misma, carecen de importancia para la dogmática de un derecho concreto y a menudo no sirven más que para disimular la falta de un trabajo sistemático.

Esas han sido las motivaciones del formalismo y del nominalismo, el buscar un mayor rigor lógico, si bien no todas las tendencias, ya que han existido algunas que no se han negado a la posibilidad de una perspectiva sociológica o filosófica, si la mayoría han tratado de absolutizar y exclusivizar esa metodología lógico-formal y conceptual-normativa descuidando poner el derecho en referencia a una realidad social y a unos determinados sistemas de valores e intereses.

Los autores de las construcciones teóricas que se desarrollan a finales del siglo XIX insisten sobre todo en la necesidad de diferenciar el ser, del deber ser, lo que debe ser según el derecho, de lo que es en la realidad social o lo que debe ser según la moral. Destacan entre estos juristas Georg Jellinek que centró su atención en la teoría del Estado.

A Jellinek no se le ocultó uno de los problemas que planteaba el positivismo jurídico a la concepción liberal del Estado y del derecho dominante en su época. Si el derecho es una pura creación del poder del Estado y el jurista se ha de limitar al estudio de sus normas sin entrar a formular juicios de valor ético o político ¿cómo se concilia esta opinión con el principio fundamental del Estado, clave del pensamiento liberal, según el cual el Estado ha de estar sometido al derecho? ¿En qué se puede basar esa sumisión, si el dere-

⁶⁹ L. Legaz y Lacambra, *Filosofía del derecho*, Bosch.

cho es libre creación suya?. Jellinek creyó haber resuelto la dificultad con su teoría de la autolimitación. El Estado crea el derecho pero al crearlo queda él mismo limitado por las normas que produce y subordinado a ellas. Jellinek se convierte así en uno de los principales teorizantes del estado liberal de derecho y representa con gran transparencia las preocupaciones ideológicas de la sociedad europea de finales de siglo. Como indica Solozabal Ecavarría⁷⁰ de un Estado contemplado como persona jurídica limitada por el derecho, organizada utilizando el derecho y cuya actuación fundamental consiste en la producción del derecho.

El descrédito de la teoría de los derechos naturales en la ciencia jurídica alemana de finales del siglo XIX y principios del XX, motivado en gran medida por la crítica del positivismo jurídico, determinó la aparición de una nueva categoría, la de los derechos públicos subjetivos. No se trata de una simple mutación terminológica, sino de un cambio radical en cuanto a la concepción de la naturaleza de estos derechos, cambio llevado a cabo por Gerber, Jellinek y Mayer entre otros. Como escribió Santi Romano, se trata de una reacción contra el iusnaturalismo, afirmando que los derechos no corresponden de forma innata al individuo, sino por su pertenencia al Estado. Para ello, la ciencia jurídica Alemana construyó la teoría de la personalidad jurídica del Estado, de manera que fuera posible establecer e instar relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares. Sobre esta base, los derechos públicos subjetivos, presupuesto esencial del derecho público, son aquellos por los que el individuo puede exigir del Estado una acción o una omisión ya que con anterioridad a su reconocimiento positivo, consideran, que no hay sino expectativas de derecho o postulados de justicia

En Italia la corriente formalista en el campo del derecho público está representada principalmente por Orlando y en Francia por Carré de Malberg.

La culminación del positivismo en el siglo XX se debe al jurista austriaco Hans Kelsen, creador de la teoría pura del derecho. El propósito de Kelsen fue establecer las condiciones previas a todo análisis jurídico concreto; La teoría pura del derecho es una teoría general que parte del mismo punto que las positivistas tradicionales, analizar el derecho con independencia de todo juicio de valor ético-político y toda referencia a la realidad social. Kelsen quiere purificar la ciencia jurídica de todo elemento extraño para fijar como único objeto el conocimiento de lo que es el derecho sin justificarlo ni atacarlo. Es la llamada geometría kelseniana de las formas jurídicas. Todo derecho es para Kelsen un sistema de normas, la primera tarea de la ciencia jurídica es reducir este conjunto de normas, a reglas. El deber ser no se confunde con lo que eso será en la práctica, tampoco se identifica con el deber ser ético-político.

Una vez despojada la norma jurídica de toda infiltración meta jurídica queda el problema de explicar su existencia. Kelsen no entiende el Estado como entidad diferente al derecho, el Estado para Kelsen, no es más que la personación de un orden jurídico, todo acto del estado es un acto jurídico.

⁷⁰ J.J. Solozábal Echevarría, «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, pp. 87-109.

Las normas jurídicas forman una pirámide apoyada en un vértice; el juez dicta sentencia, norma particular creadas por él, autorizadas por una ley general que a su vez esta ley general está autorizada por una autoridad que estaba autorizada para hacerlo por otra norma anterior; estas normas se han de apoyar a su vez en otras normas pues sino no serían normas jurídicas, pero la norma final que constituye el vértice de la pirámide, clave de todo el sistema, no puede ser otra norma jurídica, pues entonces necesitaría otra norma jurídica en la que apoyarse, para romper el círculo vicioso Kelsen considera la norma fundamental como una hipótesis que hay que presuponer para la validez del ordenamiento jurídico.

La doctrinas de Kelsen fueron aceptadas e incluso materializadas y modificadas por el importante grupo de juristas de la escuela de Viena.

En Inglaterra el positivismo se desarrolla con J. Austin máximo teórico positivista del siglo XIX, fundador de lo que los juristas anglosajones llaman la jurisprudencia analítica. Jeremias Bentham, uno de los más representativos exponentes de esta tesis, entendió como incongruencia jurídica el concebir la existencia de derechos previos o anteriores al estado y como falacia la concepción que recurría a la ley escrita para definir y sancionar tales derechos naturales. Bentham concluía que no hay ningún derecho fuera del Estado y de la Ley.

A Austin se le reconoce como principal mérito el haber dado una formulación rigurosa de las tesis principales del positivismo. Austin considera en primer termino que hay que diferenciar el derecho positivo de otro tipo de normas como los usos sociales u otros preceptos independientes de aquel, que él considera que es el único derecho verdadero. Consistente este en reglas establecidas para la guía de un ser inteligente por otro ser inteligente que tiene poder sobre él. Este poder en último término es el del soberano, entendiendo por él la persona o conjunto de personas, para Austin Parlamento Británico, que no obedecen habitualmente a un superior y que son obedecidas habitualmente por una sociedad dada. Esas reglas son órdenes respaldadas por la amenaza de sanción. Puede haber casos en las que tales órdenes no sean emanadas directamente del soberano pero que en último término se apoyan en su autorización. Tales normas actúan y son jurídicas con independencia de la valoración ética que nos merezcan y son libremente dictadas por el Estado, que no está sometido a limitación superior alguna, ni siquiera por sus propias leyes, afirmación en la que se diferencia Austin de Jellinek, ya que éste afirmaba que el Estado está limitado por el derecho que él mismo crea.

La ciencia Jurídica o ciencia de la jurisprudencia, como es costumbre llamarla en los países anglosajones, mantiene que ella debe ocuparse sólo de las leyes positivas sin preocuparse de si son buenas o malas. El mismo Austin dio el impulso para centrar la ciencia jurídica en la elaboración y sistematización de conceptos de acuerdo en esto con las corrientes doctrinales dominantes en el continente.

Y llegados a este punto podemos hablar del eterno retorno del derecho natural, según el título de la obra de Rommen, favorecido por la decadencia

de las circunstancias sociológico-intelectuales de mediados del siglo XX. El llamado argumento *reductio ad Hitlerum*, consistente en señalar las atrocidades de la época nazi como una consecuencia de la mentalidad positivista en que estaban formados los juristas incapaces de reaccionar en nombre de principios superiores a las exigencias de la Ley, lo que favorecería el triunfo posterior del iusnaturalismo. La importancia del iusnaturalismo en la Ley Fundamental de Bonn y en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, incluso llegó a anular una ley legal por anti- iusnaturalista.

Apunta Rodríguez Paniagua⁷¹ que a mediados del siglo XX se hizo difícil, a una buena mayoría de las personas interesadas por la problemática ética, o simplemente dotadas de una mínima sensibilidad moral, considerar como derecho, al menos en su significación central, a sistemas de normas intrínsecamente opresivos, excluyentes y aun criminales. Esta convicción generalizada alcanzó carácter institucional cuando los tribunales alemanes negaron condición jurídica a normas y resoluciones adoptadas por los organismos nazis de gobierno que implicaban graves violaciones de principios éticos en materia de justicia. En estos casos, la solución jurídica de las cuestiones planteadas se alcanzó recurriendo a la normatividad de principios transpositivos, considerados intrínsecamente justos con independencia de su establecimiento o reconocimiento por la legislación positiva.

Parece claro que en este contexto moral resultara difícil sostener la independencia a ultranza de la legislación positiva respecto de pautas o criterios éticos, por otra parte, en el ámbito estrictamente jurídico-institucional, numerosos juristas pusieron en evidencia que, en los hechos, de modo habitual y más allá de los casos a que hicimos referencia en el párrafo precedente, los tribunales de justicia tomaban en consideración pautas o estándares éticos en el momento de decidir las controversias que se llevaban ante los jueces; en este punto merecen ser destacados los trabajos de Ronald Dworkin, *Is Law a System of Rules?* y *The Philosophy of Law*, quien estudió el uso que se hacía en los tribunales norteamericanos de principios de carácter ético, en especial en los que denominó «casos difíciles».

Además, la universalización del discurso acerca de los «derechos humanos» y su paulatina incorporación como fuente de soluciones jurídicas en el marco de los diferentes derechos nacionales, hizo necesario concebir a esas facultades como estricto derecho, a pesar de su «positividad» menguada o inexistente y de su carácter inexcusablemente ético.

Frente a esto y sobre todo en Italia, muchos positivistas se han presentado como víctimas del régimen totalitario y han señalado que las disposiciones más inicuas del régimen nazi nunca fueron ley en el sentido positivo del término, sino decisiones adoptadas por ciertos funcionarios, carentes de la más elemental forma jurídica que permitiera reconocer su validez al respecto del principio positivo de la ley es la ley, por lo que consideran que hubieran podido impedir su ejecución al carecer de obligatoriedad.

⁷¹ J. M.^a Rodríguez Paniagua, *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, 1971.

Afirma Julieta Marcone⁷² que el iuspositivismo sostiene que el único derecho válido es aquel que dicta el Estado. Por eso en primera instancia genera reacciones encontradas; a diferencia del iusnaturalismo, que en seguida se gana la aceptación de todos aquellos que lo consideran superior por apelar a una moral que trasciende la contingencia del derecho positivo (pues este último se supone en muchas ocasiones injusto), pero para esta autora, en nombre de la razón, de Dios y de los derechos naturales muchos han cometido las peores atrocidades vistas en la historia y sostiene que también el iusnaturalismo puede tener un efecto bumerán: el iusnaturalismo puede llegar a ser mucho más peligroso que el iuspositivismo en caso de que ambos constituyan el fundamento de un orden injusto; si el fundamento de ese pacto estatal es iuspositivista, los individuos sabrán que de ellos, y de nadie más, depende que este orden persista, por lo que, si les resulta insoportable, no tendrán ningún impedimento moral para intentar cambiarlo; en cambio, si el fundamento del pacto estatal es iusnaturalista, los individuos que pretendan modificar ese orden no sólo se encontrarán con los impedimentos legales, sino sobre todo con un gran impedimento moral (que son los supuestos dictados de la naturaleza, de la razón, de la historia o de Dios).

Una tendencia nueva en el campo del derecho que aunque presenta características muy peculiares puede englobarse en el campo de las doctrinas positivas es la de los juristas que han centrado su atención en el análisis del lenguaje jurídico a la luz del moderno desarrollo de la lingüística y de las corrientes filosóficas que se conocen bajo el nombre de positivismo lógico. Los estudios hasta ahora hechos se han centrado sobre todo en el problema del significado de los términos jurídicos. Mientras que tradicionalmente se buscaba el significado exacto o verdadero de los términos, estos análisis han puesto de relieve que las palabras tienen una gama de significados según su uso y contexto. El concepto de definición ha cambiado considerablemente al poner de relieve que muchas definiciones no se refieren a cosas sino que son determinaciones del sentido de las palabras.

Aunque los partidarios de esta tendencia no han intentado construir ninguna teoría general del derecho sería un error, afirma Latorre⁷³ el creer que los problemas que debaten son meros problemas de palabras. El análisis del lenguaje es una puerta abierta a una concepción de la realidad, por que como indica Wittgenstein «un lenguaje es una forma de vida».

En nuestros días, el positivismo jurídico sigue siendo la filosofía del derecho dominante, pese a los duros ataques de que viene siendo objeto. Trataremos a continuación estas críticas y los intentos de conciliación con el iusnaturalismo.

⁷² J. Marcone, *Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo*.

⁷³ Á. Latorre, *Introducción del Derecho*, Ariel.

IV. LA IMPORTANCIA DE CASAR EL PENSAMIENTO IUSNATURALISTA CON EL POSITIVISMO JURÍDICO PREDOMINANTE EN LA ACTUALIDAD

Comenzamos por analizar la posición del positivismo jurídico ante la doctrina de los derechos humanos.

José Antonio Ramos Pascua⁷⁴ repasa en su artículo «Derechos humanos y positivismo moderado» las principales críticas de las que ha sido objeto la doctrina de los derechos humanos por parte de los autores positivistas más radicales y estudia la actitud más matizada de algunos positivistas moderados, como el italiano Norberto Bobbio o el español Gregorio Peces-Barba, y apunta las dificultades con las que tropiezan sus propuestas teóricas.

Para los padres del positivismo, los derechos humanos no son verdaderos derechos, sino sólo buenos deseos o simples exigencias, siendo verdaderos derechos sólo aquellas exigencias que el ordenamiento jurídico positivo reconoce, satisface y protege.

Para Bentham los derechos deben su existencia al poder político que los concede. los derechos son simples reflejos de los deberes. Nadie puede tener derechos si los otros no tienen la obligación de respetárselos, las obligaciones jurídicas las imponen las leyes, luego, no puede haber derechos previos o anteriores a las leyes; Bentham, descarta rotundamente la posibilidad de que exista algo así como una ley natural de la que emanen los correspondientes deberes y derechos naturales. Para él no hay más Derecho que el Derecho positivo, ni más ley que la ley positiva, no hay ni puede haber más derechos subjetivos que los reconocidos como tales por el Derecho positivo, valorando por encima de todo el orden y la seguridad jurídica. Valores que se ven amenazados, en opinión de Bentham, por las declaraciones de los derechos humanos, que esparcen las semillas de la anarquía.

Para otro padre del positivismo, Comte, los derechos humanos, contemplados desde el punto de vista teórico, son pura metafísica, postulados acientíficos. En ese nuevo orden social positivo los ciudadanos no tendrían derechos sino sólo deberes, en correspondencia con las funciones sociales que desempeñara cada uno. Quiere ello decir que, en opinión de Comte, la noción de derecho subjetivo debe desaparecer del ámbito jurídico-político. El positivismo comtiano sólo admite deberes de todos y hacia todos.

En contraste con el abierto rechazo manifestado por los autores antes citados, los más destacados positivistas del siglo XX, aun sin apartarse de los planteamientos apuntados por sus predecesores, parecen eludir el choque directo con la doctrina de los derechos humanos.

Kelsen no critica expresamente la idea de los derechos del hombre, pero no tiene cabida en su teoría de la justicia, entendida como algo subjetivo y,

⁷⁴ J.A. Ramos Pascua, *Derechos humanos y positivismo moderado*, Departamento de Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política, Facultad de Derecho Universidad de Salamanca.

por tanto, relativo. las exigencias de justicia, y obviamente los derechos humanos, son exigencias de justicia, expresan meros intereses subjetivos.

Una actitud similar a la de Kelsen es la de Ross, que comparte con su antiguo maestro el agnosticismo ético más fervoroso, negando la viabilidad de la razón práctica, es decir, negando toda posibilidad de alcanzar algún conocimiento objetivo sobre el bien y el mal, lo justo y lo injusto, y en consecuencia rechazando todo Derecho natural como pura especulación metafísica, no verificable y por tanto acientífica. los supuestos derechos naturales se superponen a los verdaderos derechos subjetivos jurídico-positivos y los deforman, dado que éstos se apoyan en las normas que imponen sanciones a ciertas conductas, mientras que aquéllos se presentan como exigencias directas de cierto misticismo espiritual, los derechos humanos serían para Ross expresiones emocionales.

José Antonio Ramos Pascua⁷⁵ sintetiza la crítica central del positivismo jurídico en los siguientes términos: sólo son auténticos derechos los concebidos por las normas jurídicas positivas, las normas procedentes de las fuentes sociales en las que tiene su origen todo el Derecho y que vienen a coincidir con los diversos órganos u organizaciones del Estado. Toda ley, norma o pretendido derecho que no proceda de la legislación del Estado, bien sea la llamada ley natural, o la moral, o sus derivados, los derechos naturales o morales, carece de validez jurídica. No existe para el mundo del Derecho.

Actualmente se encuentra considerablemente desprestigiada esa visión positivista de la ciencia como saber perfectamente verificable. Hoy tienden a prevalecer modelos menos reduccionistas y menos pretenciosos de la racionalidad científica.

Autores positivistas que adoptan posturas más flexibles, A. Hart, iusfilósofo inglés y positivista moderado que ya en uno de sus primeros artículos sostenía la tesis de que, si existen derechos en el campo moral, de allí se sigue que hay al menos un derecho natural, el derecho igual de todos los hombres a ser libres. Se trata de un derecho, según explica Hart, que todos los hombres tienen en tanto que hombres y no únicamente si son miembros de cierta sociedad. No es un derecho atribuido por la acción voluntaria de alguien, como el legislador, pero matiza, sin embargo, que su tesis «no es tan ambiciosa como las teorías clásicas de los derechos naturales; porque si bien, a todos los hombres les corresponde en igualdad el derecho a ser libres en el sentido expuesto, ninguno tiene un derecho absoluto o incondicional a hacer o no hacer alguna cosa en particular, o a ser tratado de algún modo particular».

Los iuspositivistas ingleses, no niegan que sea posible determinar racionalmente lo bueno y lo malo. Pese a ello, también esta corriente es poco favorable a la doctrina de los derechos naturales del hombre, en parte por la escasa afición de los pensadores ingleses hacia las abstracciones del iusnaturalismo y, sobre todo, porque desde sus comienzos la Jurisprudencia analítica se entremezcla con el utilitarismo como filosofía moral o teoría de la jus-

⁷⁵ J.A. Ramos Pascua, *Derechos humanos y positivismo moderado*, Departamento de Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política, Facultad de Derecho Universidad de Salamanca.

ticia. Y el utilitarismo es una teoría de la justicia incompatible con la doctrina de los derechos humanos, porque su objetivo es el aumento de la suma total de bienestar social (la mayor felicidad del mayor número), y esa mayor felicidad global podría requerir en ciertos casos el sacrificio de los derechos individuales de algunos.

Hay, sin embargo, diversos autores positivistas, entre los que destaca Norberto Bobbio, o en España Gregorio. Peces Barba, que se declaran defensores de los derechos humanos, aunque, como pone de relieve el autor anteriormente citado, la adhesión les plantea serios problemas a la hora de justificar su posición tratando de fundamentar teóricamente esos derechos sin abandonar sus presupuestos positivistas.

Las proclamaciones de los derechos del hombre y del ciudadano no sólo no han disminuido en la era del positivismo jurídico, sino que se han enriquecido cada vez más con nuevas exigencias. A los iniciales derechos o exigencias de libertad y de participación política les han seguido los derechos sociales, económicos y culturales, y a éstos, los llamados derechos de tercera generación, que normalmente son derechos colectivos, como el derecho al medio ambiente, a la paz, al patrimonio común de la humanidad, al desarrollo de los pueblos, o derechos de grupos específicos, como los derechos de la mujer, del niño o de los consumidores.

Los derechos humanos conforman, según reconoce Bobbio⁷⁶, el más vivo y eficaz patrimonio ideológico del mundo occidental, por otra parte la actitud relativamente abierta de ciertos autores positivistas hacia los derechos humanos estriba precisamente en su fuerte connotación ideológica progresista.

Los positivistas modernos tienden a considerar los derechos humanos como valores clave de las democracias modernas, sin los cuales no podría avanzar el proceso de democratización del mundo, condición necesaria para el logro de la paz y del progreso de la humanidad.

La adhesión valorativa a la doctrina de los derechos humanos plantea para José Antonio Ramos Pascua⁷⁷, sin embargo, serios problemas a los autores positivistas, que no pueden aceptar el trasfondo iusnaturalista o antipositivista implícito en la idea de que algunos supuestos derechos pretendan gozar de cierta validez jurídica por sí mismos, al margen de la legislación positiva del Estado. El dilema lo resuelve Bobbio afirmando que los llamados derechos humanos, mientras no hayan sido reconocidos por la legislación positiva del Estado, no son en realidad verdaderos derechos en sentido estricto o técnico-jurídico, sino simples exigencias más o menos justificadas que reciben el nombre de derechos para subrayar su importancia y fortalecer su respeto.

El inconveniente que presenta esta solución es que cuando se descubre que los pretendidos derechos naturales del hombre no son más que aspiraciones bienintencionadas, la doctrina de los derechos humanos pierde casi todo su vigor.

⁷⁶ N. Bobbio, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Milán, 1965.

⁷⁷ J.A. Ramos Pascua, *Derechos humanos y positivismo moderado*, Departamento de Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política, Facultad de Derecho Universidad de Salamanca.

Para Peces-Barba⁷⁸, que siempre que puede evita hablar de «derechos humanos» y prefiere la expresión «derechos fundamentales», son derechos históricos, y siendo los derechos humanos conquistas históricas relativas a una época y a una civilización determinada, sería erróneo buscarles un fundamento absoluto, puramente objetivo o racional ya que no tienen un concepto preciso y está en constante mutación. Por otra parte si se afirmara, el fundamento absoluto y el carácter sagrado, se dificultaría cualquier recorte de las mismas con fines sociales. Para este autor, la construcción iusnaturalista, que fundamenta los derechos humanos en su racionalidad objetiva como ideales o exigencias de justicia emanados de la propia naturaleza humana o que los concibe como derechos morales, parte, «de una gran ilusión, de un intento imposible, de un desconocimiento de la evolución histórica de los valores fundamentales de la convivencia y de la influencia de la evolución técnica, económica, social, cultural y política, e incluso de la evolución de ciertos valores morales».

Para estos autores lo importante en relación con los derechos humanos no es tanto fundamentarlos cuanto protegerlos, garantizar su realización efectiva.

Pero el necesario respeto a los derechos humanos sólo puede nacer de la convicción de que están fundados, de que existen razones que los justifican, razones que demuestran su necesidad.

Para la doctrina positivista la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 prueba la existencia de un consenso muy general sobre la validez de esos derechos, una especie de *consensus humani generis*. Y ésta es, en su opinión, la única forma aceptable de fundamentar o justificar valores: demostrar que se apoyan en el común acuerdo. Y la Declaración Universal representa la certidumbre histórica de que la humanidad comparte ciertos valores comunes, que adquieren así la categoría de universales, no en el sentido de objetivamente válidos, sino en el de «subjetivamente acogidos por el universo de los hombres».

Tendríamos aquí, por tanto, una fundamentación que no es absoluta, no es objetiva, sino intersubjetiva; una fundamentación que es relativa históricamente, lo cual concuerda perfectamente con el origen histórico y relativo de los derechos humanos, su carácter fáctico que permite la verificación empírica, el origen histórico y relativo de los derechos humanos.

Sin embargo, una cosa puede tener orígenes muy concretos y sin embargo vocación de validez universal; los conocimientos matemáticos o las leyes físicas han sido descubiertos por individuos concretos en circunstancias y épocas históricas muy determinadas, pero eso no les resta ni un ápice de validez objetiva. El dato de que los derechos humanos hayan tenido un origen histórico muy determinado no es prueba suficiente de que su validez o fundamento haya de ser también por necesidad histórico y relativo. Si tales derechos no contaran con un fundamento objetivo o racio-

⁷⁸ G. Peces Barba Martínez, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.

nal suficiente, el reconocimiento de su valor sería sólo la confesión de una inclinación personal, y por tanto no tendría justificación sólida. Sin poder alegar nada frente a quien no sintiera esa misma inclinación. Los derechos humanos habrían perdido su razón de ser, de hecho muchos países, por ejemplo en el mundo islámico o en los países del antiguo bloque comunista, se adhirieron a la Declaración por razones de oportunidad política, sin haber tenido nunca verdadera intención de tomársela en serio, como demuestra su escasa voluntad de aplicarla. Si no existe ninguna fuerza para la reivindicación de los derechos humanos en aquellos países que los vulneran, los infractores podrían argumentar que esos derechos sólo tienen sentido y validez en los países cuyas circunstancias históricas los han producido, pero no en sus propios países, cuya cultura, religión y nivel de desarrollo socioeconómico es completamente diferente.

Para J. A. Ramos Pascua⁷⁹, en esta visión dialéctica, derechos naturales y derechos positivos se unifican como momentos distintos de una misma realidad, evitando la fractura radical del positivismo jurídico clásico, que simplemente rechaza el Derecho Natural, negándole toda relevancia. Los derechos humanos tienen desde el comienzo un cierto peso en el orden jurídico por esa tendencia inequívoca a la positividad. Los derechos humanos, como principales exigencias de justicia de nuestro tiempo, constituyen el núcleo de la moral que sirve de base al sistema jurídico en cuanto que lo explica o da sentido y lo justifica.

Esa relación estrecha y necesaria entre el Derecho y la moral es lo que explica en último término el valor jurídico de los derechos humanos antes incluso de que el legislador los haya consagrado como derechos fundamentales al incluirlos en la Constitución del Estado.

Si los derechos humanos han de ser exigencias de justicia universalmente válidas, no pueden apoyarse en algo tan mudable y circunstancial como la evolución de los acontecimientos históricos, parece más lógico pensar que habrán de apoyarse en los grandes valores de la libertad, igualdad, solidaridad y, en general, dignidad humana, valores morales objetiva, universal o racionalmente válidos que los derechos humanos intentan realizar, aunque para ello hayan de adoptar modalidades diferentes o variables, ajustadas a las circunstancias de cada época y de cada pueblo. El aspecto de la exigencia moral es suficiente para configurar y dar pleno sentido a la idea de los derechos humanos. El reconocimiento de esos derechos o exigencias de justicia por parte del Derecho positivo ayuda a comprender o a explicar las condiciones reales de su aparición, y ciertamente incrementa su eficacia al poder alegarse ante los tribunales como Derecho válido, pero no añade nada esencial a la idea. Para la existencia de los derechos humanos como exigencias de justicia es indiferente que el Derecho positivo los reconozca o no. Los derechos humanos no son esencialmente Derecho positivo, aunque pueden y deben llegar a serlo, el concepto de derechos fundamentales, aunque de enorme

⁷⁹ J. A. Ramos Pascua, *Derechos humanos y positivismo moderado*, Departamento de Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política, Facultad de Derecho Universidad de Salamanca.

trascendencia para el Derecho positivo, no puede suplantar el concepto, lógicamente previo y más radical, de derechos humanos.

Lo más característico de los derechos es su pretensión de valer con independencia de o incluso frente a lo que disponga el poder político y el Derecho positivo. Los derechos humanos son exigencias morales que, sólo por serlo y dada la relación necesaria que media entre moral y Derecho, «deben» ser reconocidos y tutelados por el Derecho positivo, aunque de hecho puedan no serlo. Si ocurre esto último, si el Derecho positivo no los reconoce, entonces habrá de considerarse como Derecho injusto o moralmente defectuoso, y en consecuencia, aunque pueda seguir considerándose verdadero Derecho, aunque mal Derecho, su fuerza obligatoria será escasa.

«El mundo occidental actual, imbuido en la ideología de la ilustración y del laicismo, que arrastra a colocar al hombre en el centro de todo y a considerar que sólo sería racionalmente válido lo experimentable y mensurable, o lo susceptible de ser construido por el ser humano, donde se hace de la libertad individual un valor absoluto, al que todos los demás valores han de someterse, donde la ética queda reducida a algo relativo y mudable, sin fundamento suficiente, ni consecuencias personales y sociales determinantes, ha llevado a la Conferencia Episcopal Española⁸⁰ a realizar una crítica del positivismo jurídico, más amplia que la circunscrita a los derechos humanos, y en relación con la concreta situación española. Afirma la referencia a una moral objetiva, anterior y superior a las instituciones democráticas, compatible con una organización democrática de la sociedad y de la convivencia, ya que considera que en una verdadera democracia no son las instituciones políticas las que configuran las convicciones personales de los ciudadanos, sino que es exactamente al contrario: son los ciudadanos quienes han de conformar las instituciones políticas y actuar en ellas según sus propias convicciones morales, de acuerdo con su conciencia, siempre en favor del bien común. Entiende que si las instituciones democráticas, pudieran llegar a ser el referente último de la conciencia de los ciudadanos, el bien y el mal, la conciencia personal y la colectiva quedarían determinadas por las decisiones de unas pocas personas, por los intereses de los grupos que en cada momento ejercieran el poder real, político y económico. Nada más contrario a la verdadera democracia ya que los criterios operantes en las decisiones políticas no pueden ser arbitrarios ni oportunistas, sino que tienen que ser criterios objetivos, fundados en la recta razón y en el patrimonio espiritual de cada pueblo o nación. Si los parlamentarios, y más en concreto, los dirigentes de un grupo político que está en el poder, pueden legislar según su propio criterio, sin someterse a ningún principio moral socialmente vigente y vinculante, la sociedad entera queda a merced de las opiniones y deseos de una o de unas pocas personas que se arrojan unos poderes cuasi absolutos yendo más allá de su competencia. Una sociedad en la cual la dimensión moral de las leyes y del gobierno no es te-

⁸⁰ Conferencia Episcopal Española, *Orientaciones morales ante la situación actual de España instrucción pastoral de la LXXXVIII asamblea plenaria de la Conferencia Episcopal Española*.

nida suficientemente en cuenta, es una sociedad desvertebrada, literalmente desorientada, fácil víctima de la manipulación, de la corrupción y del autoritarismo».

Hoy en día, en el ámbito del pensamiento y la enseñanza jurídica, es una realidad la postergación de los conceptos clásicos de Derecho Natural y Filosofía del Derecho, la construcción teórica de unos fundamentos jurídicos sobre los que valorar, con carácter inmutable, universal e indeleble, de raíz sobrenatural, la adecuación de la actuación del Legislador, y sus derivaciones en el Poder Ejecutivo y Judicial.

Ello nos lleva en opinión de Rafael Belmonte Gómez⁸¹, a una proliferación de escuelas, que basadas en presupuestos más o menos filosóficos o empíricos, propugnan sus postulados o cimientos jurídicos sobre presupuestos puramente formales, concepciones jurídicas voluntaristas (supuestos herederos de la tradición romana y pandectística), historicistas, reductoras del fenómeno jurídico a una mera sociología del interés, etc.

Actualmente, para Francisco Elías de Tejada⁸², el positivismo jurídico, resultante de una hipervaloración del saber técnico del derecho, es decir, de sus aspectos formales y sus consecuencias prácticas, está plenamente implantado dentro de la concepción actual, la mera eficiencia técnica de la norma basta para su supervivencia y eficacia. Así no se puede penetrar, por definición, en la estructura moral de la norma, ni en su ética propia, solo resulta válido el análisis «*ad extra*» de sus planteamientos normativos (procedimiento de elaboración, mayoría necesaria para su aprobación, consecuencias en las normas afectadas por la misma, etc.).

Se echa en falta una contemplación del saber científico del derecho sobre el fondo, que como indicara Von Savigny⁸³, fuera más importante que el técnico, sobre la forma.

Su necesidad se refleja en la pobreza de los debates sobre las propuestas normativas actuales, referidas principalmente a temas de oportunidad y de temática político-partidista.

El Derecho Natural, no sólo es un orden normativo, sino también una referencia vital, la apelación al iusnaturalismo como criterio discriminador de lo justo y lo injusto es ya muy antigua, pero es en los tiempos modernos cuando, merced a los acontecimientos actuales donde la realidad del hombre esta siendo atacada, ha adquirido una mayor fuerza, la tesis iusnaturalista que ha demostrado a lo largo de la historia su fuerza «revolucionaria», entendida como la actitud inconformista frente a los abusos del poder, puesto que ha prestado un punto de apoyo dialéctico para rechazar las leyes injustas o los actos arbitrarios de aquél; en nombre del Derecho Natural o los Derechos Naturales del hombre se señalan al gobernante los límites de su actividad y se denuncian como injustas las transgresiones de los mismos.

⁸¹ R. Belmonte Gómez, *Hacia una recuperación del Iusnaturalismo. Para que la sociedad no se base solo sobre lo legal sino sobre lo legítimo*.

⁸² F. Elías de Tejada, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla, 1974.

⁸³ F. C. Von Savigny *Sistema de Derecho Romano Actual*.

Desde la perspectiva de esta ideología iusnaturalista cobra pleno sentido para Recasens⁸⁴ la distinción entre legalidad y legitimidad. La legalidad es la conformidad de un acto con la normatividad vigente, con lo que resulta ser un acto puramente formal: un acto es legal cuando se produce de acuerdo con lo que las normas positivas prescriben. Mas tal adecuación al derecho positivo, precisamente por ser formal, no hace referencia alguna a la posible justicia o injusticia del acto en cuestión, es decir, no tiene en absoluto carácter valorativo. La valoración le viene por su relación con el Derecho Natural, de la que se desprenderá la calificación como justo o injusto, apareciendo entonces la noción de legitimidad, que consistirá en la conformidad del comportamiento con las normas superiores del Derecho Natural.

Claro que este planteamiento tiene muchísimos problemas en el terreno de la práctica, por razón del subjetivismo inherente, que da lugar al tema de la Ley injusta.

Rafael Belmonte Gómez⁸⁵ sintetiza tres líneas fundamentales en el pensamiento iusnaturalista actual, que concretan tres modos de presentar la necesaria reformulación de la teoría del derecho natural; la primera de ellas, que podemos denominar «integrista», se caracteriza por su rechazo de principio de todas las aportaciones de la filosofía y la metodología modernas y contemporáneas, así como por su pretensión de conservar sin adiciones o matizaciones, la doctrina tomista acerca del derecho natural, aún en los menores detalles formales y de presentación. Pero, como indica G. Kalinowski en su obra *La logique déductive*, no sólo los problemas han cambiado, sino que también han progresado notablemente ciertas áreas de la Filosofía, fundamentalmente la Lógica y la Metodología; en ese sentido, resulta irrazonable cerrarse a priori a la mayor precisión lograda por la lógica formal contemporánea, así como rechazar los nuevos modos de análisis filosófico desarrollados por la Semiótica, la Hermenéutica, la Fenomenología o la Filosofía Analítica.

La segunda de las corrientes del pensamiento iusnaturalista es la que conviene llamar «progresista», en razón de su intento de dejar de lado varias de las notas constitutivas del iusnaturalismo en aras de una mayor aceptación o difusión de esa doctrina. En esta corriente se integra, entre otros, el pensamiento del profesor de Princeton, Jeffrey Stout, quien sostiene en su obra *Truth, Natural Law, and Ethical Theory*, *Natural Law Theory*, *Contemporary Essays*, y en un sentido similar, J. T. C. Arntz, en *Concepto de derecho natural dentro del tomismo* y *El derecho natural*, que para que una postura iusnaturalista no resulte «crecientemente nostálgica en su tono y quijotesca en su desempeño», o aparezca como «una antigua reliquia de una época precientífica», es necesario dejar de lado la doctrina de la verdad como correspondencia con la realidad, además de todo «complicado esquema metafísico», y adoptar una teoría «minimalista» del derecho natural, que aparezca como concordante con las afirmaciones de la contemporánea filosofía de la ciencia. Sólo de este

⁸⁴ Recasens Siches, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1965.

⁸⁵ R. Belmonte Gómez, *Hacia una recuperación del Iusnaturalismo. Para que la sociedad no se base solo sobre lo legal sino sobre lo legítimo*.

modo, concluye Stout, será posible salvaguardar la noción de «verdad de las proposiciones morales», que es el núcleo remanente y válido de la teoría del derecho natural.

Para, el autor anteriormente citado, si se niega la posibilidad de toda visión metafísica de la realidad y se replantea la noción de verdad de un modo meramente constructivista, coherentista o consensualista, no será posible alcanzar la objetividad «fuerte» que requiere el derecho, y la ética en general, para su justificabilidad deóntica; tampoco será posible que ese derecho natural «construido» de un modo «mínimo», pueda servir de instancia de apelación ética para la valoración de la praxis jurídica, ya que una instancia de ese tipo no puede ser sino «máxima», es decir, dotada de la suficiente capacidad de construcción racional como para hacer posible la crítica y el discernimiento valorativo del derecho socialmente «puesto».

La tercera vía que apunta Belmonte Gómez, es aquella que a la vez que se enmarca en la rica tradición de la teoría realista del derecho natural, intenta repensar sus doctrinas centrales y dar una respuesta adecuada y operante a los nuevos problemas que presenta la sociedad postindustrial y posmoderna, son la llevada a cabo por Georges Kalinowski, o Sergio Cotta quien ha explorado la ayuda que puede prestar la utilización matizada del método fenomenológico para la aprehensión de la experiencia ética, punto de partida imprescindible de toda doctrina realista del derecho natural. Asimismo, resulta de gran interés la consideración de los ensayos de reformulación de las tesis iusnaturalistas a partir del marco nocional de la filosofía hermenéutica, tal como los realizados por Francesco Viola, Mauricio Beuchot y Francesco D'Agostino. Por otra parte, cabe precisar que esta utilización de instrumentos nocionales provenientes de la semiótica, la lógica formal, la hermenéutica o la fenomenología, puede contribuir positivamente a otorgar al pensamiento iusnaturalista un rigor, una precisión y una sistematicidad de la que a veces ha carecido.

Y en lo que respecta a las nuevas problemáticas éticas y a la exigencia de una respuesta por parte del iusnaturalismo, hay que tener en cuenta los trabajos llevados a cabo por los autores anglosajones agrupados en la que ha sido llamada «Nueva Escuela de Derecho Natural», en la que se destacan notablemente los numerosos trabajos del profesor de Oxford, John Finnis. Ellos no sólo han debatido, precisado y desarrollado numerosos puntos de la metaética iusnaturalista, sino que han abordado temas concretos de la ética normativa y la filosofía del derecho, desarrollándolos con gran rigor y extensión. Entre estos temas se encuentran el del aborto, las conductas homosexuales, el de la contracepción y el de la disuasión nuclear. En sus trabajos es posible percibir la importancia que tiene, para la solución de los problemas éticos contemporáneos, la adopción coherente de un punto de vista iusnaturalista.

Es necesaria, pues, una nueva validez y recuperación de los conceptos y escuelas básicas del iusnaturalismo dentro de la formación de los juristas, una fundamentación adecuada a sus saberes que no nos convierta en meros acatadores de las normas y de las decisiones arbitrarias, que puedan justificar la desobediencia a una norma sin acudir a la violencia, que puedan fundamen-

tar un sistema jurídico de garantía de derechos individuales, un mismo status jurídico para todos los hombres de toda condición, sexo, creencia y raza basado en la raíz aristotélico-tomista y en la tradición iusnaturalista católica.

Puede que el camino a recuperar sea difícil, pero se hace necesaria en respuesta a la educación en la idea de que hay dentro de nosotros una ley natural que es preciso encontrar y obedecer, que el poder del Estado no es ilimitado y que hay que saber imponer entre los hombres el respeto de la igualdad, de la tolerancia y de la libertad.

Está pendiente la tarea de proveer un fundamento suficiente y, por lo tanto, no meramente procedimental o constructivo, a la normatividad jurídica; como lo expone Francesco D'Agostino, ya que el mero procedimentalismo aboca necesariamente al nihilismo y a la negación consecuente de los derechos humanos, inclusive del más fundamental: el derecho a la vida.

Por otra parte, para Antonio Millán Puelles⁸⁶, resulta necesario procurar una instancia de apelación ética objetiva para los contenidos del derecho, ya que, de lo contrario, se termina reduciéndolo al mero arbitrio del gobernante de turno, por tiránico e irracional que aparezca; Las doctrinas iusnaturalistas tienen una insustituible tarea por delante: fundamentalmente la de reproponer una instancia de fundamentación y crítica de las estructuras jurídicas que exhiba la necesaria solidez argumentativa y la suficiente fuerza racional.

La teoría del derecho natural tiene como responsabilidad la prestación de un servicio a la convivencia entre las personas, que haga posible desentrañar y superar la tiranía del economicismo, la esterilidad del cientificismo y la crueldad del antihumanismo posmoderno; todas estas vertientes de la cultura contemporánea suponen una negación de las notas fundamentales de la naturaleza humana y de su dignidad, sólo con un laborioso rescate del saber acerca del hombre, sus bienes y sus derechos, será posible que la verdad acerca del hombre nos lleve a una praxis justa, una libertad razonable y una convivencia acogedora.

Apunta Massini Correas⁸⁷ que otra de las problemáticas que requieren ineludiblemente una respuesta de parte del iusnaturalismo, es la que corresponde a la actual exigencia de una ética ambiental, surgida de la presencia acuciante de la crisis ecológica. La existencia misma de una ética ecológica supone la aceptación de un orden en la naturaleza, independiente de la razón y del querer humanos, y que ese orden es, en algún sentido al menos, éticamente normativo para el hombre. Por otra parte, los desafíos de la biotecnología y de la biomedicina que han dado origen a la contemporánea Bioética, implican también una inevitable remisión a los datos de la naturaleza biológica humana a los efectos de conformar una normatividad de carácter ético.; así, por ejemplo, resulta indiscutible que los datos aportados por la biología de la reproducción, han de ser tomados en cuenta decisivamente en el momento de formular las normas éticas referidas al aborto provocado al que

⁸⁶ A. Millán Puelles, «Positivismo jurídico y dignidad humana», *Humanitas*, núm. 34, Santiago de Chile, 2004.

⁸⁷ C. I. Massini Correas, *Dignidad Humana y Derecho Ambiental*.

se refiere Sgreccia, en su manual de Bioética, donde resulta necesario aceptar que existe un cierto orden objetivo en la naturaleza, y que ese orden determina de algún modo la normatividad del obrar humano en el ámbito de la biomedicina; afirmaciones innegablemente iusnaturalistas. Pero además, esta responsabilidad se acrecienta en razón de la existencia de toda una serie de nuevas problemáticas eticojurídicas que requieren, para su solución integral y coherente, la adopción de un punto de partida iusnaturalista.

Es necesario iniciar la búsqueda de una fórmula intelectual, una reformulación de la teoría del derecho natural, que haga posible a las doctrinas iusnaturalistas dar respuesta satisfactoria a los más relevantes desafíos de la contemporaneidad con una respuesta ética, una elaboración racional de carácter práctico, ético-jurídico, que convenza a los hombres de los inicios del siglo XXI de la necesidad y virtualidad de las mismas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AMBROSSETTI, G., *Derecho natural cristiano*, Roma, 1964.
- BELMONTE GÓMEZ, R., *Hacia una recuperación del Iusnaturalismo. Para que la sociedad no se base solo sobre lo legal sino sobre lo legítimo*.
- BOBBIO N., *Contribución a la teoría del derecho*.
- *El carácter del iusnaturalismo*.
- *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Milán, 1965.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los derechos del Hombre*, Reus.
- CAZORLA PRIETO, L. M.^a, *Temas de derecho Constitucional y Derecho Administrativo*, Marcial Pons.
- CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, *Orientaciones morales ante la situación actual de España instrucción pastoral de la LXXXVIII Asamblea plenaria de la Conferencia Episcopal Española*.
- DÍAS, E., *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus Humanidades.
- ELÍAS DE TEJADA, F., *Tratado de Filosofía del Derecho*, Universidad de Sevilla, 1974.
- GARCÍA MAYNEZ, E., *Positivismo Jurídico, Realismo sociológico y Iusnaturalismo*, UNAM, México, 1997.
- *Introducción al Estudio del Derecho*, 48^o df., Porrúa, México, 1996.
- GONZÁLEZ VICÉN, F., *Estudios de filosofía del derecho*, Universidad de La Laguna, 1979.
- *Sobre el Positivismo Jurídico*, pp. 141-170.
- HERNÁNDEZ GIL, A., «De nuevo sobre el derecho natural», *Discurso en la sesión inaugural del curso 1983-1984 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, publicado en *Persona y derecho*.
- LATORRE, Á., *Introducción del Derecho*, Ariel.
- LEGAY Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, Bosch.
- «Ley, derecho y moral», *Gran Enciclopedia Rialp*, Rialp, 1991.
- LUMIA G., *Principios de la teoría e ideología del derecho*.
- MARCONI, J., *Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo*.
- MARTÍN BROCOS FERNÁNDEZ, J., *Frutos de la Ilustración: los errores filosóficos y teológicos del Iuspositivismo*.
- MASSINI CORREAS, C. I., *Positivismo, ética y derecho. aportaciones al debate anual entre iuspositivismo e iusnaturalismo*.

-
- *Dignidad Humana y Derecho Ambiental*.
- «Los dilemas del constructivismo ético», *Persona y Derecho*, vol. 36, Pamplona, 1997.
- MILLÁN PUELLES, A., «Positivismo jurídico y dignidad humana», *Humanitas*, núm. 34, Santiago de Chile, 2004.
- PECES BARBA MARTÍNEZ, G., *Introducción a la filosofía del Derecho*, Debate.
- *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Minerva, Sevilla 1982.
- *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984.
- *Derechos Fundamentales*.
- RAMOS PASCUA, J. A., *Derechos humanos y positivismo moderado*, Departamento de Historia del Derecho y Filosofía jurídica, moral y política, Facultad de Derecho Universidad de Salamanca.
- REALES, M., *Filosofía del Derecho*.
- RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1965.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M., *El concepto y la validez del derecho*.
- *Derecho injusto y derecho nulo*, Aguilar, 1971.
- *Lecciones de derecho Natural como introducción al Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., «Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, pp. 87-109.
- TRUYOL Y SERRA A., «Fundamentos de Derecho natural», *Nueva Enciclopedia jurídica*, Barcelona, 1949.
- *Historia de la filosofía del Derecho y del estado*, Alianza Universidad, dos volúmenes.
- VON SAVIGNY, F. C., *Sistema de Derecho Romano Actual*.