

## CAPÍTULO SEGUNDO

EL SISTEMA DE FUENTES EN EL SIGLO XX. UN LUGAR PARA EL DERECHO NATURAL . . . . .	55
I. Introducción . . . . .	55
II. El derecho natural: una demostración “empírica” . . . . .	57
III. Lugar del derecho natural en el sistema jurídico y en sus fuentes . . . . .	69
IV. Las fuentes del derecho en el siglo XX: un lugar para el derecho natural . . . . .	76

## CAPÍTULO SEGUNDO

### EL SISTEMA DE FUENTES EN EL SIGLO XX. UN LUGAR PARA EL DERECHO NATURAL

#### I. INTRODUCCIÓN

##### 1. *Textos fundamentales*

Quisiera comenzar esta exposición citando unas palabras de una encíclica social de su santidad Juan Pablo II: “...después de la Segunda Guerra Mundial, y en parte como reacción a sus horrores, se ha ido difundiendo un sentimiento más vivo de los derechos humanos, que ha sido reconocido en diversos *Documentos internacionales*, y en la elaboración, podría decirse, de un nuevo «derecho de gentes»”.<sup>1</sup> Este reconocimiento de los derechos humanos en multitud de textos legales nacionales e internacionales es revelador de lo que podemos llamar un *consenso en la proclamación de los derechos humanos*. Este nuevo “derecho de gentes”, derecho común a todas las naciones, se vincula estrechamente con lo que Aristóteles denominó “derecho natural” al decir que “lo justo político, parte es natural y parte es legal. Natural, porque en todas partes tiene la misma fuerza, y no depende de que se piense de esta o de la otra manera”.<sup>2</sup> Respecto de lo cual Tomás de Aquino comenta:

Debe considerarse que lo justo natural es aquello a que la naturaleza inclina al hombre. Pero en el hombre se considera una doble naturaleza. Una, en cuanto es animal, la que le es común a sí y a los otros animales. La otra naturaleza es la del hombre, es decir,

<sup>1</sup> Juan Pablo II, *Centesimus Annus*, n. 21.

<sup>2</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 1134b.

en cuanto por la razón discierne lo torpe y lo honesto. Sin embargo, los juristas llaman derecho natural solamente a lo que se deriva de la inclinación de la naturaleza común al hombre y a los otros animales, como la unión del varón y la mujer, la educación de los hijos, y otras cosas por el estilo. Mas a aquel derecho que se deriva de la propia inclinación de la naturaleza humana, vale decir, en cuanto el hombre es animal racional, llaman los juristas derecho de gentes, porque lo practican todas las gentes, por ejemplo: deben ser observados los pactos, que los legados ante los enemigos estén seguros, y otras cosas semejantes. Mas ambas naturalezas están comprendidas bajo lo justo natural, según lo toma aquí el filósofo.<sup>3</sup>

Un somero repaso de las declaraciones de derechos humanos basta para comprender que en ellas se contienen cuestiones de derecho natural y de derecho de gentes sin distinción. Ciertamente es que vistas las cosas desde la perspectiva de la mayor o menor perennidad del derecho, y su vinculación más o menos fuerte con la naturaleza, el “derecho de gentes” en la perspectiva de Tomás de Aquino es un cierto “derecho positivo”<sup>4</sup> que se obtiene por conclusión del “derecho natural” —de sus principios más fundamentales— dada una situación histórica determinada (la guerra, la estructura económica, etcétera), que no procede como por deducción de la naturaleza. En este sentido, la “validez” del derecho de gentes procede toda del “derecho natural” (y *es* “derecho natural”), pero su permanencia no es absoluta sino condicionada a la permanencia de esas situaciones concretas.

## 2. ¿Un espacio para el derecho natural?

Este trabajo apunta a la siguiente cuestión: ¿qué lugar ocupa el llamado “derecho natural” en el sistema jurídico contemporáneo?

<sup>3</sup> Tomás de Aquino, *Comentario a la Ética a Nicómaco*, ad loc. Se toma la traducción de *La justicia*, Buenos Aires, Cursos de Cultura Católica, 1946, pp. 189 y 190.

<sup>4</sup> Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1987, p. 172.

Dada la actual situación de las fuentes del derecho, ¿cabe pensar todavía en el “derecho natural” como en un patrón abstracto de justicia, con el cual se valora un “derecho positivo” que es el “derecho *proprie dicto*”? ¿se ha de concebir el “derecho natural” como un “ideal de justicia” o como verdadero derecho vigente? En otras palabras: la vigencia de criterios “suprapositivos” de justicia, ¿es un ideal ético, político o jurídico?, ¿es posible fundamentar el respeto y vigencia de los derechos humanos desde un punto de vista *propriamente jurídico*, o, por el contrario, sólo caben las fundamentaciones éticas y políticas? Ante los problemas de gravísimas violaciones de ellos, ¿se nos plantea una cuestión de fuentes del derecho —cada vez más reconocedoras de la dignidad personal— o de la interpretación del mismo, o de ambas cosas a la vez?, ¿qué nos dice al respecto el sistema de fuentes en el siglo XX?

## II. EL DERECHO NATURAL: UNA MOSTRACIÓN “EMPÍRICA”

### 1. *El derecho es lo justo*

Qué sea eso que designamos con la palabra “derecho” no es algo que podamos abordar aquí, aunque conviene recordar la distinción entre estas tres acepciones fundamentales: el derecho como norma, el derecho como *facultas exigendi* y el derecho como cosa debida a otro u objeto de la justicia.<sup>5</sup>

La observación de los casos judiciales —donde podemos verdaderamente “experimentar” el derecho, más que en los libros—, nos muestra siempre esta confluencia de alegaciones ante un juez, invocando unos criterios normativos (unos criterios generales a los cuales el juez debiera obedecer, concediendo lo que se le pide), haciendo valer unas exigencias concretas, pidiendo —en

<sup>5</sup> Aspectos que en la terminología actual se designan habitualmente como “derecho objetivo” (normativo), “derecho subjetivo” (concreto) y “objeto del derecho”, respectivamente. Desde la perspectiva clásica, el “derecho objetivo” es no la norma sino el objeto de la justicia, lo debido al otro.

definitiva— que alguien dé algo a alguien. Por eso es que en su realidad práctica —el derecho es esencialmente práctico— todo lo jurídico gira en torno a lo que se ha de dar, hacer o no hacer; si eso se consigue con una u otra argumentación o norma, haciendo valer una exigencia subjetiva u otra, en último término *da lo mismo*. Por eso no es extraño que se aleguen disposiciones contradictorias, unas en subsidio de otras; ni puede objetarse que se hagan valer distintos derechos (distintas garantías constitucionales, por ejemplo) con un mismo objetivo práctico: una misma solución al caso, una misma cosa que se ha de dar. Y también es común a todos los juicios que cada parte reclame para sí que se le haga “justicia”, y que el juez tenga siempre la pretensión de haber decidido “lo justo” —lo que correspondía de acuerdo con los antecedentes con que “juzgó”—.

De modo que el derecho es todo eso, pero fundamentalmente “lo que se ha de dar”, que es “lo justo” en el sentido clásico de la expresión: lo que corresponde en el caso concreto dar a cada uno, ni más ni menos, sino “lo justo”.<sup>6</sup> Al parecer esta “justicia de los juicios en los tribunales” dista mucho de “la justicia” (con mayúscula) que se invoca en los foros políticos. Pueden llegar hasta a ser contradictorias: el juez no dará más allá de lo que corresponda dar de acuerdo con los antecedentes que obren en su poder, y siempre dará cosas reales y posibles. Él no crea derechos, sólo determina cuál es el derecho de cada uno y manda que sea dado por el deudor. En la perspectiva del juez, por tanto, nunca se disocian “derecho” y “deber”. Precisamente el “derecho” es, a la par que “lo suyo de cada uno”, “lo debido por alguien a otro”; consecuentemente, siempre ha de ser “lo justo”, porque algo más para uno sería “menos” para el otro, y viceversa, produciéndose la injusticia. En cambio, “la Justicia” (con mayúscula) de la política

<sup>6</sup> La fundamentación del concepto de justicia y de los alcances de sus exigencias es una tarea que excede esta exposición, pero se ha estimado conveniente destacar la diferencia entre el concepto clásico de “lo justo” y las modernas acepciones abstractas e idealistas. Sobre el concepto clásico de justicia, *cfr.* también Santo Tomás de Aquino, *S. Th.*, I-II, qq. 57 y ss.

siempre es un clamor, siempre pide más, siempre choca con la realidad de la limitación humana; tiene una pretensión creadora, y de hecho los gobernantes muchas veces crean “derechos”. Mas en estos casos no siempre es patente la unión de “derechos” y “deberes”; por el contrario, se tiende a dar más de lo justo, dando “menos” a quienes deben aportar ese “más” para otros, lo cual no siempre es manifiesto porque se hace por la intermediación del gobernante que ejerce la justicia distributiva. Si el juez yerra y no da lo justo —ni más ni menos—, se comete una injusticia singular. Si el gobernante (legislador) se equivoca y no da lo justo al distribuir, se comete la Injusticia (así, con mayúscula, porque es de proporciones).

Cuando hablamos del derecho entendemos el derecho de los juristas: lo debido, lo justo, una solución adecuada para el caso concreto. En síntesis, hay que desterrar de la imaginación —por lo menos si pensamos en Aristóteles— la idea de una justicia ideal. El derecho es lo justo concreto, real, posible, o no es derecho, porque lo imposible no se puede dar, ni deber, ni poseer.

## 2. *Lo justo natural*

No hemos hablado del derecho natural. Muchas veces se ha sostenido que la noción de derecho adoptada determina la posición frente al tema del “derecho natural”. En Aristóteles y Tomás de Aquino el derecho es “lo justo” en el caso concreto, y también —aunque en un sentido analógico— “lo que se considera justo en general” (que puede estar expresado, por ejemplo, en una ley o norma). Pero lo justo no es más que la solución adecuada al caso concreto, lo que debe dar a cada uno el respectivo deudor. Lo justo no es un ideal, sino una realidad que está ahí y el juez debe determinar y el deudor debe dar. Este “derecho” es natural en parte y positivo en parte, pero el derecho es uno solo: lo que cambia es la causa de que algo sea debido a otro, o, hablando en términos genéricos, la causa de que se considere como “justo” o “debido” algo. Si se trata de algo que se debe a otro por la misma

naturaleza de la cosa debida, y es así en todas partes, y no depende de una determinación voluntaria el que se deba aquello, ni de lo que piense cada uno, hablamos de derecho natural. Si se trata de algo que, en principio, nada nos indica que deba ser de una u otra forma, pero debe ser de una o de otra pues no son compatibles las dos, entonces qué sea lo justo depende del acuerdo entre los hombres, de una voluntad que decida —o de muchas— Y esto es lo justo positivo, legal, puesto por el hombre y su ley.<sup>7</sup>

En este sentido, las críticas contra el “derecho natural”<sup>8</sup> frecuentemente se refieren a la doctrina clásica del derecho natural racionalista: una justicia ideal, una “esfera de valores”, una “moral del derecho”, una abstracción en definitiva impracticable. Estas críticas no rozan la tesis aristotélica, según la cual simplemente se trata de que a la hora de determinar qué es lo justo —cuál es la solución adecuada al caso— el juez ha de considerar todos los datos del problema, y entre esos datos está que hay soluciones adecuadas por naturaleza y otras que por naturaleza *no solucionan* el caso. Por ejemplo: si alguien ha sido víctima de un robo, y se encuentra el objeto robado, el juez ha de devolver lo robado a su dueño. Ésa es la solución para el caso —en uno de sus aspectos—, y si el juez hiciera algo diverso no solucionaría el caso de ninguna manera: sería injusto. Ciertamente, no basta con esa solución siempre, pues frecuentemente indica sólo una parte de lo justo y hay que resolver qué sea lo justo “en sus detalles”.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1981, pp. 79 y ss.

<sup>8</sup> *Cfr.* una visión sintética en Hübner Gallo, Jorge Iván, *Introducción al derecho*, 4a. ed., Santiago, Ed. Jurídica, 1976, pp. 278 y ss.

<sup>9</sup> Sobre la necesidad de determinación del derecho positivo en dependencia del derecho natural, si bien en una perspectiva normativista del derecho, *cfr.* Leclerq, Jacques, *El derecho y la sociedad. Sus fundamentos*, Barcelona, Herder, 1965, pp. 52 y ss.

### 3. *Derecho vigente*

Como se ve, no se dice que el derecho natural sea un ideal, sino que *es un derecho vigente*. Precisamente por eso, ni está vigente *aisladamente* ni *suprapositivamente*, sino *en el único derecho vigente*, que parte es natural y parte es positivo. En términos legales, una disposición cualquiera es en parte “ley positiva” y en parte “ley natural”. Si nuestro Código Penal establece, en el caso del homicidio simple, que “el que mate a otro... será penado ...con presidio mayor en sus grados mínimo a medio”,<sup>10</sup> nos encontramos, al analizar esta norma, algo que se repite en todas las legislaciones penales del mundo, e incluso en las culturas que sancionaban el delito sin ley escrita (por costumbre), algo que no puede dejar de existir en un orden jurídico sin peligro para la sociedad. Pero también hay algo que es propio del Código Penal chileno, y es ese “presidio mayor en sus grados mínimo a medio”: la medida de la pena.

Si se nos permite el atrevimiento, queremos afirmar ahora con la mayor delicadeza algo que puede ofender los oídos de la pureza legalista: la vigencia del derecho natural se mantiene aun *contra* el texto de una ley o la determinación de una voluntad humana cuando hay contradicción. ¿Por qué? No por un “deber ser” moral, como si se dijera que “el derecho debe ser justo y bueno, incluso sacrificando el derecho a la moral”, o que si hay pugna entre el derecho y la justicia, la conciencia moral exige optar por la justicia contra el derecho. Ese planteamiento es falaz, porque el “derecho natural” es “derecho vigente de hecho en la historia”: muestra cuál es la solución al caso, y el juez debe dar la solución más adecuada tomando conocimiento de todos los elementos que el caso presenta, también aquellos que son una constante —por naturaleza— en todos los casos de la misma especie. El juez no “desconoce” o “desobedece” la ley positiva por exigencias morales y suprajurídicas, sino por exigencias es-

<sup>10</sup> *Código Penal (Chile)*, artículo 391.



trictamente jurídicas: porque sólo así puede dar una solución adecuada, y esa solución adecuada no deja de serlo por un querer de hombre contrario a la naturaleza.

#### 4. *Derecho coactivo*

Distinguir este “derecho natural” de la moral, para afirmar que es precisamente “derecho” y no solamente “moral”, puede implicar un procedimiento falaz si no se considera que hay una conexión entre el derecho y la moral, porque no son órdenes normativos autónomos. Al contrario, “lo justo” es objeto de una virtud moral, la justicia. Sin embargo, cuando hablamos del derecho no hablamos de moral, por muy íntima que sea su relación. Más aún: cabe decir que la primacía la tiene el derecho, no en cuanto a legalidad sino en cuanto a objeto concreto: porque existe el deber de justicia sólo en cuanto existe algo debido, y no al revés. El derecho se constituye como un *prius*, y así lo trata Tomás de Aquino, según explica Pieper al tratar sobre la virtud de la justicia.<sup>11</sup>

Pues bien, cabe decir que el derecho natural se diferencia de la moral no por su referencia a los otros (la alteridad del derecho), que también es propia de la moral (precisamente en la virtud de la justicia). El derecho natural se diferencia de la moral porque es objetivo-externo y exige su realización coercitiva;<sup>12</sup> si no se realiza el derecho natural, ha de haber una sanción externa —objetiva— para que se realice. Ello es así porque el derecho natural es derecho sin más. Así, la coactividad del derecho natural se realiza —en la situación normal— “por”, “en” y “a través” de la única coactividad del único derecho; es decir, con los medios de coacción que el hombre ha puesto y que —por ende— forman parte de éste como “derecho positivo”. Que haya coacción es na-

<sup>11</sup> Cfr. Pieper, Joseph, *Las virtudes fundamentales. La justicia*, 3a. ed., Madrid, Rialp, 1988, pp. 83 y ss.

<sup>12</sup> Cfr., sobre la relación derecho natural-coactividad, Graneris, Giuseppe, *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*, Santiago, Ed. Jurídica, 1979, pp. 53 y ss.

tural, porque existe en todas partes y no depende de lo que piensen los hombres; que sea ésta y no aquélla, por tales medios y formas, es positivo.

Mas ahora hay que decir que el derecho natural sigue siendo derecho vigente y, por tanto, coactivo, aun “sin” y “contra” la voluntad de las leyes humanas cuando éstas, por ser contrarias al derecho natural, no son derecho: no dan la solución al caso, no dicen lo justo en general, no son adecuadas. Pero en tal hipótesis “lo justo” no puede ser dicho ateniéndose al texto positivo; por lo mismo, si el juez deja de hacer justicia por atenerse a ese texto, la solución para el caso (ya que el juez no lo solucionó) no puede ser “coactivamente impuesta” por los medios que la ley positiva ha establecido, medios que están en manos del mismo juez. ¿Cómo puede ser coactivo este “derecho natural” entonces? Evidentemente no es positiva, actual, determinada e inmediatamente coactivo: eso sólo es posible con el ejercicio del poder, que en la hipótesis suponemos contrario al derecho. Sin embargo, se trata de una coacción “natural”: aquella que —parafraseando a Aristóteles— se da en todas partes “con la misma fuerza” y no depende de lo que piense este o aquel hombre (ni siquiera el que detenta el poder). Esta “fuerza” del derecho natural se da en todas partes; en primer lugar, porque esa exigencia de su “consagración” con los medios de coacción y su vigencia “en” el mismo derecho humano como “parte suya” es un hecho que no sufre excepciones en los puntos más fundamentales (homicidio, robo, etcétera); en segundo lugar porque allí donde la fuerza de una voluntad (poder estatal) se opone a la fuerza —igual en todas partes— de lo que es justo por naturaleza, históricamente y a la larga vemos que “lo justo” por naturaleza vence de hecho o, al menos, hay una sanción “no organizada” pero real contra su violación.

Existe una diferencia entre la fuerza y el derecho, entre el hecho y lo debido, entre ser y deber ser. La fuerza puede imponerse al derecho. Pero mientras mayor sea la violación del derecho, más necesaria se demuestra la vigencia del derecho natural. El antisemitismo de Hitler no podía subsistir. Tampoco

el odio clasista del marxismo leninismo ni la tiranía de los socialismos reales que comenzaron a derrumbarse en 1989, los métodos masivos de control de la natalidad, la propagación del asesinato de los niños no nacidos, el cáncer del divorcio. Pueden encontrar amparo legal, mas su fuerza de destrucción del orden social terminará por ceder a la fuerza natural —no violenta— de lo que es justo con independencia de las opiniones de los hombres.

### 5. *Juez, derecho, ideología*

Otro criterio diferenciador del derecho (tanto natural como positivo) es la necesidad al menos eventual de una presencia del juez para decir el derecho y ordenar que se dé a cada uno lo suyo. Si no es posible este “acudir al juez”, no estamos ante una situación jurídica propiamente dicha. Por ejemplo, cuando obtener lo que se considera justo no depende de una decisión jurisdiccional que ordene a alguien dar algo a otro, porque no puede señalarse el deudor o la medida de su deuda, se hace necesario recurrir al poder político para que *haga justicia*. Pero este hacer justicia no es “dar a cada uno lo que ya es suyo”, sino hacer que sea “suyo de alguien” algo que antes no le pertenece: eso es crear derecho, y puede hacerlo el poder público cuando se trata de un “derecho positivo” (por ejemplo, al distribuir bienes comunes). Pero si este “hacer justicia” de la política implicara quitar a otro lo que le pertenece, sin título para ello o con un título positivo excesivo (contrario a la justa medida natural), entonces no se haría lo justo en el caso concreto y el juez que fallase conforme a la voluntad del poder público no diría el derecho y no daría solución al caso. Lo agravaría, y sin duda se producirían —de un modo u otro— las sanciones que exige el derecho natural. Lamentablemente, las sanciones a que me refiero no son otras que las consecuencias nefastas para la sociedad y el bien común que acarrea todo comportamiento contrario a la recta razón. En Chile lo hemos experimentado con la pérdida de la paz social y los profundos odios generados por procesos como la reforma agraria, la tiranía

marxista del gobierno de la Unidad Popular y las violaciones a los derechos humanos cometidas durante el pasado régimen militar.

De modo que el juez, al decir el derecho, debe examinar tanto esos elementos que determinan una solución adecuada porque “así lo determinó una voluntad humana” (el derecho positivo) como aquellos que postulan una determinada solución o al menos “el núcleo de la solución” con independencia de la voluntad de los hombres, por la misma naturaleza de las cosas y de los hombres.<sup>13</sup> Cabe observar que no hay una frontera precisa entre uno y otro elemento, pues el derecho no se deduce: se descubre. Y es lícito preguntarse: ¿cómo asegurar que el juez diga lo justo, natural y positivo, sin incurrir en “positivismo” (desconocer una exigencia de la naturaleza por apego al texto legal expreso) ni en “naturalismo” (desconocer una exigencia de la voluntad humana que verdaderamente “estatuye” lo justo donde no lo ha hecho el derecho natural, so pretexto de ser fiel a la moral o al “derecho natural” mal interpretado)? Cualquiera de esos errores, que no sea decir lo justo, sería precisamente *eso y nada más: un error judicial*. No se habría conocido verdaderamente el derecho, lo justo. Eso ocurre cuando el juez no conoce pura y simplemente lo real, sino que desfigura la realidad por algún prejuicio ideológico (también podría ocurrir que objetivamente no tuviese los medios de conocer los hechos y el derecho por otras circunstancias históricas). De modo que la clave parece estar en la formación del juez en una filosofía realista que ignore, o desprecie incluso, toda forma de pensar *ideologizada* (es decir, racionalista, reductiva, *a priori*, maniquea)<sup>14</sup> por muy difundida que esté en el medio social. Ahora bien, el conocimiento verdadero del derecho positivo, el derecho natural, y el subjetivo sustentamiento de ideolo-

<sup>13</sup> Sobre el papel de la naturaleza humana y de la naturaleza de las cosas en la determinación de lo justo natural, *cfr.* Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, *cit.*, nota 7, pp. 89 y ss.

<sup>14</sup> *Cfr.*, sobre el concepto y descripción de las ideologías, Massini, Carlos Ignacio, *El renacer de las ideologías*, Mendoza, Ed. Idearium, 1984, especialmente pp. 32 y ss.

gías, se realizan unitariamente en la subjetividad singular del juez, y son indiscernibles en la decisión jurisdiccional. De modo que en el concreto “decir el derecho” el ideal de un juez no ideologizado es difícil o imposible en una sociedad y contexto cultural ideologizados, pero es una meta a alcanzar. Meta que desde el positivismo legalista y la teoría mecanicista de separación de poderes se logra mediante un juez “aplicador de la ley” sin más, hipótesis irrealizable y que sólo consigue dirimir la controversia a favor de una ideología (la positivista) y, en definitiva, a favor de cualquiera que logre dominar a través de las reglas del juego legalista.<sup>15</sup>

La respuesta, demasiado compleja para abordarla brevemente, está en el campo de la política. Asegurar que el juez haga justicia (la de los juristas) es igualmente fácil o difícil en la hipótesis de que se haya de garantizar “solamente” su fidelidad al texto legal como en el supuesto de que se haya de asegurar su fidelidad al derecho, que es en parte natural y en parte positivo. A ello tiende la organización de los tribunales, el sistema de recursos, etcétera. Sólo habría que añadir que se trata de insertar el problema del juez y su función en el problema mayor de la política y la organización social. Cuando el juez aplica la ley, *la utiliza* sólo como un instrumento en el ejercicio de su potestad jurisdiccional de decir el derecho, porque la ley contiene, declara o estatuye el derecho. Pero el juez en el Estado moderno es órgano de potestad y, por ende, político. Manda y exige obediencia al deudor de cada derecho concreto, incluso a los otros poderes estatales. En su aplicación del derecho, y en su interpretación de las fuentes para conocer lo justo, el juez cumple una función pública. Si su

<sup>15</sup> Al hablar de “positivismo” nos referimos al que tradicionalmente se ha caracterizado como “positivista legalista”. Ciertamente, se trata de una posición sobre teoría del derecho que ningún autor de renombre sustenta en la actualidad, pero ha llegado a ser la posición “socialmente vigente” y es quizás la más difundida en la cultura legal. Sobre este tema y la interpretación del derecho, puede verse a Ollero, Andrés, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Ed. Edersa, 1982.

ideologización le impide respetar lo justo —también lo natural—, caben en su contra sanciones o correctivos jurídicos y también políticos (como los que contempla la institucionalidad democrática en todas partes), incluida la desobediencia pasiva o activa y el derecho de rebelión en circunstancias extremas.

Más largo sería debatir si tal o cual postura sobre el derecho es la “verdadera” y cuál es la “ideológica”, pues todas reclaman para sí el privilegio de la verdad. En la perspectiva que aquí se adopta —sin ceder al relativismo— la verdad del derecho natural se ha de alcanzar con el estudio desapasionado de aquello que “tiene la misma fuerza” en todas partes y tiende a imponerse por sobre las opiniones de los hombres.<sup>16</sup> Todos nos podemos equivocar y nos equivocamos de hecho; los “errores históricos” (los horrores contrarios al derecho) han podido justificarse por los motivos más elevados (desde la “voluntad de Dios” hasta los imperativos de la ciencia). No hay duda sobre esto. Sin embargo, tales hechos no desmienten la necesidad de buscar la verdad en la materia, ni falsean —sino más bien traicionan— esos ideales sublimes de la fe y la razón.

## 6. *Existencia y objeto recurrente y necesario de la ciencia y teoría del derecho*

Según ha sugerido Juan de Dios Vial Larraín, en la filosofía “resurge” la metafísica por más que se intente desterrarla, porque la metafísica es una “teoría de la inteligencia”, de modo que cualquier ejercicio sobre el ser con el que la inteligencia se identifica en el acto de conocer —sea la *Metafísica* de Aristóteles, la *Crítica* de Kant o la *Lógica* de Hegel—, incluso cuando se niega “la

<sup>16</sup> Este “tener la misma fuerza” se refiere, en primer lugar, a la *fuerza de hacerse patente a la razón práctica*, y no a la fuerza para imponerse por la coacción (que es una fuerza necesaria al derecho, y vinculada a él, pero que también puede ir unida a la iniquidad contra el derecho, y en ese sentido no es elemento suficiente para diferenciar lo jurídico de lo fáctico).

metafísica”, está recayendo en una misma estructura: la de un saber sobre sí mismo, una teoría de la inteligencia.<sup>17</sup>

La metafísica en el orden de la existencia total y de una teoría de la inteligencia especulativa, encuentra un *analogatum* en la ética por lo que se refiere al ámbito de la razón práctica. Un papel semejante parece desempeñar el derecho natural respecto de la ciencia y praxis del derecho. En efecto, las diversas posiciones sobre lo operable (ya se refieran a la técnica, la política, la economía, el derecho, etcétera), encuentran en la ética o ciencia moral un saber sobre el sentido último del obrar humano, que se permite juzgar sobre sí mismo y sobre otros saberes prácticos (lo cual, por otra parte, no siempre es comprendido desde la perspectiva de estas mismas disciplinas particulares, en cuanto se pretenden más o menos autónomas). Al mismo tiempo, el derecho considerado como arte de buscar lo justo concreto encuentra fundamentos o “información sobre lo justo” que no vienen determinados por una voluntad humana, y que se reiteran en tiempos y lugares muy diversos. De ahí que la práctica, la ciencia y la filosofía del derecho retornan, inevitablemente y bajo diversos nombres, al tema del “derecho natural” y, por cierto, también a sus exigencias.<sup>18</sup>

Toda “teoría del derecho” es inevitablemente, con mayor o menor acierto, *a la vez* teoría del derecho natural y positivo, porque no puede desembarazarse de su objeto. Kant, en su investigación sobre las posibilidades de la razón pura concluyó que no era posible la metafísica, pero toda su especulación es metafísica de la inteligencia (aunque supusiera cerrarle posibilidades a la misma). Del mismo modo, Kelsen en su intento de una *Teoría pura del derecho*, hubo de abordar el tema del derecho natural (ineludible). Elaboró una teoría del derecho como norma, que es teoría

<sup>17</sup> Vial Larraín, Juan de Dios, “Una teoría de la inteligencia” (clase magistral de inauguración del año académico 1990 en la Universidad de los Andes de Chile), *Estudios públicos*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, 40, 1990, pp. 67 a 84.

<sup>18</sup> Sobre el tópico del retorno del derecho natural, *cf.* Reale, Miguel, *Introducción al derecho*, Madrid, Ed. Pirámide, 1979, p.145, y Hübner Gallo, Jorge Iván, *Introducción al derecho*, *cit.*, nota 8, p. 270.

del derecho natural y positivo a la vez. Ciertamente, rechazó el primero como ideológico e identificó el derecho positivo con la norma creada por el hombre (desde la primera Constitución hasta la sentencia del juez, norma particular —como ya había sostenido Tomás de Aquino muchos siglos antes—).<sup>19</sup> Aristóteles, como hemos visto, estima que en el derecho —incluso en el derecho escrito— hay un elemento natural y otro positivo; las corrientes sociológicas del derecho han mostrado que no es pura creación humana, si bien no alcanzan a diferenciar lo que es derecho propiamente tal de lo que son los hechos (y en verdad hay un punto en que no es posible tal diferenciación: en el hecho justo, el *ius*, lo que el juez ha de declarar y mandar se dé a cada uno).

### III. LUGAR DEL DERECHO NATURAL EN EL SISTEMA JURÍDICO Y EN SUS FUENTES

#### 1. *Carácter unitario del sistema jurídico natural-positivo*<sup>20</sup>

¿Cómo es posible hablar de una vigencia actual, inmediata, real, y no meramente “posible”, “abstracta”, “deseable”, e “ideal” del derecho natural, sin incurrir en una simple tautología dogmática? Precisamente ése es el problema del fundamento del derecho natural. Ahora bien, a menos que se reduzca el derecho al hecho y la razón a la fuerza (cuestiones que muchas veces están disociadas, porque un hecho contraviene el orden jurídico —se roba, se mata, se difama— o la fuerza violenta a la razón), habrá que convenir en que el problema del fundamento del derecho

<sup>19</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., Buenos Aires, Eudeba, 1960, pp. 101 y ss. Errázuriz, Carlos José, muestra el persistente interés de Kelsen, hasta el final de su vida, por el tema del derecho natural: cfr. Errázuriz, Carlos José, *La teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Visión crítica*, Pamplona, Eunsa, 1986, pp. 329 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, cit., nota 7, pp. 176 y ss.



natural y su vigencia no es otro que el problema del fundamento de la vigencia del derecho a secas. Me parece que ello es así por el carácter unitario del sistema jurídico natural-positivo: uno solo es el sistema jurídico y uno solo es el derecho, y lo justo concreto (lo tuyo, lo mío) es en parte natural y en parte positivo, pero es una sola cosa. De modo que puede variar la respuesta sobre cuál sea el fundamento de que se considere una u otra solución como adecuada al caso concreto, pero el resultado no puede sino ser unitario (el juez no podría decir: según este fundamento se acoge la demanda; según este otro fundamento, se rechaza la demanda. No: el juez ha de decidir, cualquiera sea el fundamento, una sola cosa).

La respuesta de Aristóteles —según hemos leído— es que la causa de la vigencia del derecho (su “fuerza”), es aquello que hace que una solución se considere y *sea* adecuada o justa, y le da su fuerza precisamente porque es adecuada. Esa adecuación trae su origen de la naturaleza de la cosa, del caso, del hombre —de este hombre concreto— implicado en el caso, y entonces esa solución tiene la misma fuerza en todas partes y no depende de la opinión de los hombres. Otras veces, las más, lo adecuado podría ser una u otra cosa, indistintamente, pero como las cosas han de estar repartidas, los hombres con su voluntad deciden qué cosa ha de ser adecuada a quién. Esta decisión —privada, como en un contrato, o pública, como en una ley o decreto de la autoridad— crea derecho y hace que algo pase a ser justo, y Aristóteles lo llama “lo justo legal”. Pero no son dos derechos separados, sino dos fundamentos de que algo sea adecuado o debido a una persona. Y siendo dos fundamentos de vigencia del derecho (de que lo justo sea lo debido), ambos tienen fuerza, mas uno la tiene allí donde aparece la misma razón natural (la misma conveniencia independiente de la opinión humana) y en la medida en que aparezca (por lo cual lo justo natural podría cambiar en tanto en cuanto la naturaleza del hombre y de las cosas y situaciones puede cambiar); en cambio, el otro fundamento —que es la voluntad humana— tiene fuerza allí donde esa voluntad creadora de derecho se extiende y en la medida en que a ello se extiende y durante

el tiempo que permanezca. Por eso tiene más fuerza (mayor extensión espacio-temporal) lo justo por naturaleza que lo justo por ley, y la decisión u opinión humana que intentase “hacer justo” lo que por una fuerza natural no lo es, sería ineficaz y no vigente. No digo que no pudiera de hecho hacerse —por los medios del poder político o privado— lo que no es justo, e incluso declararlo así el juez, mas ello sería tan erróneo —o más— como, por ejemplo, que el juez o cualquiera dejase de cumplir lo justo positivo por consideraciones ideológicas de cualquier especie. Si la mafia logra imponer a comerciantes o turistas una serie de reglas “vigentes” sobre pago de tributos, eso no es derecho tributario, aunque se le parezca externamente.

## 2. *Las fuentes del derecho*

¿Cómo dar solución al caso concreto?, ¿en qué argumentos basarse?, ¿quién dice al juez qué es lo más adecuado *normalmente*, para que él pueda decirlo *en cada caso*? El problema de las fuentes del derecho se plantea necesariamente en relación con el problema de los fundamentos y orígenes de éste y en relación con la labor interpretativa y jurisdiccional del juez que ha de declararlo. ¿Cómo saber cuál es el derecho? En cada caso singular se ha de recurrir al juez, quien prudencialmente dirá de quién es cada cosa. El derecho es lo que dice el juez. El juez lo “inventa”, en el sentido de que lo encuentra dando solución prudencial al caso. Quien quiera saber el derecho ha de preguntar al juez, asumiendo que él puede equivocarse, pero que no hay otra respuesta posible que sea “ajustada”. Antes del juez todo es opinión. En él está la seguridad jurídica, el fin de la disputa por lo tuyo y lo mío. Llevado esto a su máxima generalización, hay que decir que el *derecho es lo que aprueban los jueces*,<sup>21</sup> aunque ellos no lo creen (pues lo que sea justo depende de la naturaleza o de la

<sup>21</sup> D’Ors, Álvaro, *Una introducción al estudio del derecho*, 2a. ed., Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 23 y ss.

voluntad humana que determina un *debitum* positivo, y no del juez que investiga). En este sentido, la primera fuente del derecho es la jurisprudencia, que es fuente de las fuentes.

Si se trata de saber qué es lo justo *más en general* el juez no puede remitirse a sí mismo. Ha de fundar su decisión en criterios que le vienen de otros lugares: otras *fuentes* del derecho. Estas otras fuentes son las que determinan que algo sea adecuado o debido a alguien, creando el derecho, o bien lo declaran así “descubriéndolo” en una fuente previa que se recoge, y de la cual se recibe la fuerza o vigencia. ¿Cuáles son estas fuentes? En principio, hablando con la máxima amplitud, son todos los medios a que el juez puede referirse para determinar prudencialmente cuál es la solución al caso, incluidos los medios de conocimiento de aquello que es igual en todas partes y que depende de la naturaleza del hombre y de las cosas. Así, las fuentes son las leyes (en sentido amplio: ordenamientos de la potestad política en su ámbito: decretos, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos leyes, tratados internacionales, etcétera), en cuanto creen o declaren el derecho; la doctrina; la costumbre; la jurisprudencia anterior; los principios generales del derecho; y también: el modo de ser de las cosas y del hombre, en general y en el caso concreto; la voluntad de los hombres implicados en el caso concreto (un contrato, por ejemplo); etcétera.

Ahora bien, la jurisprudencia determina qué fuentes le son útiles para declarar el derecho y cuáles no. Por eso, también puede decirse que conocemos cuáles son las fuentes del derecho en tanto los jueces las aprueban, aunque no sean ellos quienes las creen. Desde una perspectiva cognoscitiva y práctica, la jurisprudencia tiene la primacía entre las fuentes: las selecciona, las interpreta, las aplica, en vista del caso concreto. Si el juez yerra en su labor —no dice lo justo—, una causa importante habrá que buscarla en el desconocimiento de las fuentes, incluida la propia jurisprudencia anterior. Por ello, la crítica a la judicatura o a un juez determinado sólo puede fundarse en una diversa apreciación de las fuentes, supuesto que los hechos han sido adecuadamente probados.

Mientras más “vigencia” o fuerza tiene una fuente, mayor es la injusticia de su inadecuada consideración en el caso concreto. Y si se reprocha al juez no proteger aquello que es justo con independencia del texto de la ley, se le está diciendo que ha realizado una consideración reductivista de las fuentes del derecho, recurriendo a una que no debió considerar y olvidando aquellas que le daban a entender lo justo.

### 3. *La ley*

De lo que se ha dicho se desprende que la ley estatal no es ni la única ni la principal fuente del derecho.<sup>22</sup> No afirmo que *no deba serlo*, sino que *de hecho no lo es*. A decir verdad, la ley estatal es fuente única sólo en la perspectiva de una definición *a priori* del derecho, que puede llegar a ser verdadera en cuanto el Estado imponga coactivamente esa definición y —en definitiva— en cuanto la acaten e impongan los jueces (los jueces que pueden verse movidos a acatar una tal “soberanía de la ley” por la misma coacción del poder político, o bien —y esto es lo normal, ya que no podría imponerse una coacción a toda la judicatura en una sociedad libre— por una verdadera convicción de que “lo justo” en el caso concreto depende exclusivamente de un sistema legal positivamente definido). Se trataría de una tesis que llega a ser verdadera por su aceptación *a priori* o ideológica (“profecía autocumplida”: si todos nos convencemos de que la única fuente es la ley —y todo lo demás en ella— y la jurisprudencia así lo declara, entonces así termina siendo, porque el derecho es lo que aprueban los jueces). Mas lo cierto es que ello no depende ni de la naturaleza del derecho ni de las necesidades del Estado, sino de

<sup>22</sup> No pretendo enarbolar un estandarte anti ley, pues le concedo la máxima importancia: facilita el conocimiento de lo justo natural y crea lo justo positivo en general, obligando verdaderamente al juez, que es súbdito de la ley. Sin embargo, la ley no es el derecho, sino sólo cierta medida o razón del derecho. Y la ley positiva no es toda la ley.

una determinada ideología que se ha asumido como convicción consensual: el positivismo legalista.<sup>23</sup>

#### 4. *Resurgimiento del derecho natural en las fuentes: dentro del derecho estatal y fuera de él*

Si este aprisionamiento en los textos legales llega a ser o a parecer “el derecho”, ¿en qué queda la tesis de que “el derecho natural es derecho vigente” y aquella de que “el derecho natural resurge como el ave Fénix de sus cenizas”? ¿no es más retórica moralista y justiciera?

A mi juicio, sostener que el derecho natural “tiene la misma fuerza en todas partes” significa que sus exigencias, cualesquiera sean las formas de concreción del derecho positivo, tienden a surgir *en ellas y por ellas*. Aristóteles simplemente constató la presencia de un derecho igual en todas las naciones, igualdad que no provenía de un acuerdo entre los hombres. Ciertamente, el error en el conocimiento del derecho natural conlleva su no-práctica, mas esto es cierto para todo el derecho, natural o positivo, y nada tiene que ver con su vigencia.

Cuando las consideraciones religiosas son preponderantes, la principal fuente de conocimiento de lo justo por naturaleza es la revelación divina, y la voluntad de Dios es el fundamento firme de la vigencia del derecho tanto como de la moral. Cuando el ideal del conocimiento es racional e incluso matemático, las exigencias de lo justo natural emergen *more geometrico*, o en forma de deducciones absolutas, *ahistóricas* e inclusive “detalladas”. Ahora, cuando el ideal del conocimiento es el de la certeza del dato positivo —que, llevado al derecho, se traduce dogmáticamente como la certeza del dato legislativo—, lo justo natural resurge como si fuera puesto por el mismo derecho estatal, dentro

<sup>23</sup> De donde se colige la importancia de la doctrina jurídica como fuente del derecho, ya que la misma doctrina influye en lo que los jueces acogen como fuente. Hay una retroalimentación de las fuentes del derecho en torno a la labor de los jueces.

de él. El Estado reconoce sus limitaciones frente al individuo: declaraciones de derechos, separaciones de poderes, mecanismos de control, etcétera. Más aún, las exigencias del derecho natural, si no son incluidas en el derecho estatal, aparecen “fuera” de él como derecho internacional —y hay una continua lucha para que sean reconocidas por los Estados— o como reivindicaciones internas dirigidas hacia el poder político. Una vez más, la cuestión se desplaza insensiblemente al campo de la política. Desde el derecho basta con decir que lo justo natural, en un marco de sistema cultural positivista, tiende a surgir —precisamente— *positivizado*.

¿Es indiferente el modo como surjan o se reconozcan estas exigencias que estimamos permanentes? De ninguna manera, pues no todo método de conocimiento de lo justo alcanza a abarcar con igual amplitud su objeto, y aunque se llegue a un acuerdo en puntos fundamentales (no robar y no matar), uno u otro punto de partida puede facilitar o entorpecer el conocimiento de lo justo. A decir verdad, en el pensamiento de Aristóteles lo justo por naturaleza se reconoce en la naturaleza (en la vida de los hombres), buscándose un equilibrio entre los extremos defectuosos, y atendiendo al caso concreto. Pero en el racionalismo hay que buscar lo justo en complicadas abstracciones que muchas veces no tienen nada que ver con la justicia posible, la del caso concreto, que es la que interesa al juez. Y el positivismo legalista ha llegado a su desprestigio precisamente porque sólo permite conocer el derecho natural en cuanto se positiviza, se expresa en el texto legal, de modo que se ha podido disociar impunemente el derecho de la justicia, y en nombre de aquél se han permitido o cometido las peores aberraciones, y en nombre de la justicia se han cometido otras tantas contra el legítimo derecho.

#### IV. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL SIGLO XX: UN LUGAR PARA EL DERECHO NATURAL

##### 1. *Las fuentes del derecho en el siglo XX*

¿Cuál ha sido la situación en el siglo XX? En el sistema jurídico occidental, principalmente romano-germánico, y específicamente en la teoría y praxis en América Latina, desde México a Chile, cabe afirmar que la fuente del derecho por antonomasia ha sido la ley estatal. Todo lo demás (costumbre, jurisprudencia, doctrina, principios generales del derecho y conceptos abiertos como “equidad”, “buena fe”, etcétera), tiene un valor a partir de la ley y gracias a la fuerza de la ley. En este contexto, la interpretación normativista del derecho y el análisis kelseniano del ordenamiento jurídico encuentran —por decirlo así— una demostración empírica. Mas no resulta claro qué ha sido primero, si una praxis legalista o una interpretación jurídica que a tal praxis conduce. Sin duda hay una retroalimentación de ambos fenómenos.

Con todo, este siglo presenta quizás una peculiaridad: ha visto una expansión de los “textos legales” del derecho internacional, que es como una extensión de los criterios legalistas a ámbitos en los que no hay un poder coactivo unitario y en los que, por lo mismo, puede apreciarse la desvinculación entre lo que es derecho —incluso “derecho puesto”, escrito— y lo que es “imposición coactiva del derecho”. Puede considerarse vigente un tratado que nadie cumple ni se hace cumplir. Y es precisamente ésa la situación del derecho natural cuando es desconocido, ya en el ámbito internacional ya en el ámbito estatal: un derecho vigente que se desconoce. Y un punto fundamental del contacto entre el derecho interno y el externo es precisamente el de las declaraciones de derechos humanos.

El lugar para el derecho natural en el siglo XX “se construye” a partir, “en” y “desde” una concepción positivista del derecho. Es decir, hay una serie de exigencias de la naturaleza de las cosas que la razón humana no puede desconocer. No digo que *no deba*

desconocerlas, sino que de hecho *le es imposible* desconocerlas. Esta afirmación es más estrictamente cierta cuanto más próxima a la raíz metafísica ineludible e inmutable de la naturaleza humana esté una determinada exigencia de derecho natural (por ejemplo: se ha de castigar el homicidio, se ha de reprimir el hurto). Podría no reconocerse un derecho natural menos evidente o no reconocerse en toda su amplitud de aplicación un derecho natural primario (como si se permite la poligamia o el divorcio con disolución de vínculo o el aborto o la eutanasia o la drogadicción o la esclavitud o el exterminio de un pueblo), ya por ignorancia sobre la naturaleza, ya porque abiertamente se la contraría. Con todo —como ya se ha expuesto—, esa situación no proporcionaría al juez la posibilidad de decir “lo justo” o abiertamente se lo impediría; no sería derecho y tendría de un modo u otro la natural sanción.

En el núcleo de las distintas fuentes indicadoras del derecho hay una exigencia natural. En ningún sistema jurídico predomina absolutamente la negación del derecho natural (la sociedad se autodestruiría, y a eso se acercan las que más lo contrarían: el totalitarismo marxista, que niega el derecho natural de adorar a Dios; el antinatalismo, que niega el derecho a nacer y está llevando a la extinción de la raza blanca y de toda una civilización que se tambalea). El desorden de la razón se da en el contexto de su ejercicio, de ahí su peligrosidad.

Dadas estas exigencias naturales, por un lado, y el sistema cultural predominante legalista, por otro, la ecuación que intenta armonizar ambos extremos es la introducción en la ley de todo aquello que se considera justo. La crisis política del siglo XX hunde sus raíces en una crisis moral y jurídica precisamente porque la lucha por la justicia es una lucha por la ley, por la reforma de la ley, por la revolución en sus extremos. En esa lucha se ha olvidado el derecho sencillo de los juristas y de los jueces; no se considera que la justicia es dar a cada uno lo suyo, y que contentarse con lo justo es contentarse con lo propio y con lo que pueda llegar a ser propio por justos títulos (como el trabajo). Perdida la



dimensión concreta del derecho, se pierde el correlativo sentido del deber. Mas sucede que la justicia se practica en el cumplimiento del deber o no se practica en absoluto. Así, perdida la justicia concreta y confiada su salvación a las abstracciones de los textos legales, no resulta extraño que en el siglo XX los derechos naturales tengan un lugar en las fuentes y a la vez hayan sido tan dura y legalmente conculcados.

## 2. *Valor de la positivización del derecho natural*

Por eso cabe preguntarse: la “positivización” del derecho natural, ¿qué tiene de “derecho” y qué de “natural”? A mi juicio, el derecho natural ha resurgido dentro del encorsetamiento del positivismo porque las exigencias de la naturaleza son más fuertes que cualquier sistema ideológico. En este sentido, es “natural” la positivización: en cuanto es natural que el derecho —que a la vez es positivo y natural— sea conocido íntegramente por el juez, y así lo exigen los hombres que defienden sus derechos. Mas también hay que decir que esta forma de salir a flote es bastante “artificial” y “voluntarista”, porque se finge que algo que se quiere imponer como derecho por consideraciones de justicia llega a serlo en cuanto se positiviza, mas no se renuncia a sostener que se trata de un “derecho anterior al Estado”, al mismo Estado que lo positiviza. La positivización del derecho es natural por cuanto tiene de exigencia de la razón, mas es voluntarista y artificial por cuanto tiene de exigencia de la ideología del positivismo legalista.

¿Y qué tiene de “derecho” esta positivización de los derechos naturales?, ¿son verdaderamente “derecho” los “derechos humanos”?, ¿son ideales de justicia o realidades exigibles?, ¿su vigencia se fundamenta en la moral, en la política o en el derecho mismo? Pienso que en esto hay que volver a Aristóteles: el derecho es primeramente lo justo —lo debido exactamente, ni más ni menos— en el caso sometido al juez (o que eventualmente podría someterse a él). Y la fuerza de él, su vigencia, depende de que esa

adecuación, que es la solución jurisprudencial —y de la praxis de una sociedad—, tenga su origen en una decisión humana vinculante (es justo porque así se ha decidido) o en un estado de cosas que “es así” en todas partes con prescindencia de las opiniones de los hombres.

En el caso de los textos legales, ya hemos dicho que recogen a la vez derecho natural y positivo. Se castiga el hurto con tantos años de cárcel según el monto del valor de lo hurtado: es natural que se castigue; es de derecho positivo cuántos años sean (y lo más “positivo” o “impuesto” será lo que imponga el juez en su sentencia). La exigencia de castigar el hurto no comienza a tener vigencia cuando se positiviza: más bien se positiviza porque tiene vigencia real, social. Por el contrario, la medida de la pena se hace vigente cuando se decide entre varias posibles, ya sea dando una medida abstracta en la ley, ya dando una medida concreta en la sentencia. Algo análogo ocurre con las declaraciones de derechos humanos:<sup>24</sup> en ellas hay enorme complejidad, y habrá que distinguir sus elementos en conformidad con estos criterios: lo justo concreto, coactividad y juez. En la medida que una declaración de derechos humanos —o parte de ella— da a conocer un criterio general de justicia aplicable al caso concreto, en tanto es una ayuda para que el juez conozca la solución de un caso y la imponga coactivamente, en esa misma medida es verdaderamente “derecho”. Eso supone que hay “cosas concretas” que con arreglo a esos criterios de derechos humanos pueden atribuirse a un “hombre concreto” como propiamente suyas, y precisamente es

<sup>24</sup> El cambio de perspectiva desde una conciencia del derecho como “lo justo” (la misma cosa justa), vinculado a la ley, a la primacía de la noción de “derechos subjetivos” desvinculados de una medida legal natural y positiva, tiene uno de sus hitos en el origen mismo de la noción de derechos subjetivos, a fines de la Edad Media, y otro en la concepción racionalista del derecho natural. *Cfr.* D’Entrèves, A. P. *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, 2a. ed., Londres, Hutchinson University Library, 1970, pp. 51 y ss.; y Villey, Michel, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Santiago, Edeval, 1976, pp. 25 y ss.

la jurisprudencia —labor del juez— el arte de dar a cada uno lo suyo. Eso supone que habrá alguien concreto obligado —condenado por el juez— a dar o restituir algo a otro. Por el contrario, si no es posible dar algo concreto —porque no existe— esa declaración no es derecho: será una aspiración política o social, pero no derecho. Ahora bien, no hay que pensar que los enunciados generales y abstractos —referidos a todos los hombres— no constituyen derecho de ningún modo porque sean “en sí mismos” impracticables, pues pueden constituir la expresión abstracta de derechos naturales que en su forma concreta se dan con una medida positiva —acorde con la repartición de los bienes que todo derecho implica—, y que por tanto no pueden realizarse en todos los hombres de la misma manera concreta. Esos derechos humanos no son inmediatamente practicables, pero pueden ser una fuente de conocimiento de lo justo natural.

El fundamento de la vigencia de los derechos humanos, en este planteamiento, puede estar tanto en la naturaleza cuanto en la voluntad que los declara, según se trate de derechos con la misma fuerza en todas partes o no (por ejemplo: es natural el derecho a la vida y es positivo el derecho a gozar de vacaciones pagadas —éste no ha existido sino desde hace muy poco, y no en todas partes, y otras formas de organización laboral son compatibles con el debido descanso—). Ahora bien, si consideramos el llamado “derecho de gentes” como derivado del derecho natural por conclusión, muchos derechos humanos de las declaraciones son efectivamente “derechos naturales” supuestas determinadas condiciones, y no lo son o no lo serían si esas condiciones variasen (por ejemplo, es un derecho natural el de sufragio para elegir a los gobernantes, supuesto que el régimen de gobierno sea la democracia).

En cualquier caso, si algo es exigencia del derecho natural, no comienza a tener más fuerza porque así lo diga un texto legal, ni deja de tenerla en caso contrario. Dado el sistema en que se da el fenómeno, no se puede negar, por cierto, que esa positivización ayuda a su reconocimiento e incluso resulta indispensable para su aplicación.

### 3. *Volver a reconocer la vigencia del derecho natural*

Demos un paso más adelante. Creo que a partir del resurgimiento del derecho natural (motivado por desastres históricos a los que resulta superfluo referirse) y de la tendencia a superar el legalismo desde sí mismo, podría llegar a plantearse como doctrina y praxis jurídica, y como jurisprudencia —y ya con esto es derecho positivo—, que el derecho natural tiene vigencia por sí mismo, y el juez debe estudiarlo y conocerlo. Y si no lo hace, se le pueden aplicar sanciones. Y si yerra, caben los recursos.

En efecto, así como la codificación fue consecuencia de los planteamientos iusnaturalistas racionalistas, y tuvo como efecto en breve plazo la implantación sin contrapesos del positivismo legalista, la “positivización” de las exigencias del derecho natural es consecuencia del iuspositivismo —por las insuficiencias prácticas, i.e., jurídicas— “en” y “desde” sí mismo, pero plantea de hecho un “iusnaturalismo” realista y, por tanto, no contrario (ni “paralelo”) a la historicidad del derecho ni a su positividad. El siguiente paso —a nivel de fundamentación de los derechos humanos— es el resurgimiento de la aceptación teórica del derecho natural. En cualquier caso, “desde” una “positivización” inicial de los derechos humanos se ha de transitar a la aceptación de su vigencia “pre”, “extra”, “ante”, “sin” y “contra” la positivización legal, abriendo el sistema de fuentes y rescatándolo de su confinamiento ideológico.

Las fuentes declarativas de derechos humanos, “fuentes legales”, proclaman de hecho su apertura a ese fundamento “natural” del derecho, como se ve en expresiones como “dignidad inherente a la persona humana”, “derechos que el Estado reconoce, ampara, proclama” (pero no “crea” ni “establece”). Es cierto que sería contradictorio fundar el iusnaturalismo en que el Estado de hecho ha reconocido derechos anteriores a sí mismo, como si el contenido de las declaraciones del poder político fuera un criterio de verdad sobre el derecho. Tal tesis es más positivista-legalista que iusnaturalista, pero en verdad no es ni una ni otra cosa, pues

los autores fundan sus convicciones acerca del derecho no en lo que diga o deje de decir tal o cual Estado u organismo internacional, sino en lo que su investigación racional de la verdad jurídica les muestra. Mas sí cabe proponer que el poder político —sin temores de inseguridad jurídica— reconozca que los jueces también tienen cerebro y capacidad para determinar lo justo del caso concreto atendiendo a todas las fuentes de información, entre las cuales las más permanentes son las que son iguales en todas partes y no dependen de las opiniones del Estado (aunque también en sus mandatos se origine el derecho).

Hasta aquí mi exposición. Solamente he querido mostrar que, *de hecho* y cualquiera sea el nombre que se le asigne, el derecho natural del que hablaron Aristóteles y Santo Tomás de Aquino ha estado siempre vigente. Pero su mayor o menor grado de efectividad va a depender de una mejor fundamentación de la misma y de una mayor apertura en el sistema de fuentes. No me parece justo exigir a los jueces una actitud de “protección a los derechos humanos” cuando se les ha negado teórica y prácticamente la posibilidad de abandonar el lastre de la ideología del positivismo legalista.

Tampoco me parece justo que un juez, so capa de “derechos humanos” y con una deformación ideológica, olvide los mandatos claros del poder público —de la ley positiva— que definen cuestiones no definidas por la naturaleza. Me parece justo que el juez pueda investigar en todas las fuentes —también en la naturaleza— cuál es la solución más ajustada al caso.