

CAPÍTULO TERCERO

EL DERECHO NATURAL Y SUS DIMENSIONES ACTUALES¹⁸⁷

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Alf Ross, quien fuera uno de los más importantes exponentes del positivismo jurídico en el mundo, señaló la significativa actualidad que tiene el pensamiento y aporte de quien, junto con Aristóteles, ha sido el más importante exponente del derecho natural clásico: Tomás de Aquino. Dice el filósofo del derecho danés:

Resultará claro que aunque Aquino dio al derecho natural un contenido más firme, al incorporar los dogmas fundamentales de la moral cristiana (por ejemplo, la indisolubilidad del matrimonio), está lejos de un racionalismo abstracto que busca deducir mediante la razón una solución para cada cuestión específica concreta. Hay así mucho lugar en su construcción para una forma sociológico-realista de la política jurídica. Lo mismo ocurre con el tomismo de hoy. Si dejamos a un lado lo metafísico y lo dogmático, por lo tanto, hay posibilidades favorables para un entendimiento entre esta tendencia y un estudio realista del derecho.¹⁸⁸

La referencia al profesor Ross no tiene por fin destacar la figura de Tomás de Aquino, tampoco entablar un diálogo con tan ilustre filósofo acerca de las precisiones que se tendrían que hacer a su particular visión del iusnaturalismo. Mi único propósito es resaltar la característica que hoy se observa en buena parte de la filosofía del derecho contemporánea y que el profesor Ross vislumbró hace más de treinta años: “las posibilidades favorables para un entendimiento de esta tendencia” con otras orientaciones iusfilosóficas contemporáneas —agregaríamos nosotros—.

¹⁸⁷ Una versión previa de este trabajo apareció en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Normas, razones y derechos. Filosofía jurídica contemporánea*, México, Trotta, 2011, pp. 117-141.

¹⁸⁸ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 238.

A continuación intentaré hacer ver cómo algunos de los razonamientos defendidos por los principales teóricos del derecho natural y de la ley natural —Aristóteles y Tomás de Aquino, principalmente— hoy encuentran una vigencia renovada en la preocupación de prestigiosos teóricos y filósofos del derecho contemporáneos no precisamente afines al iusnaturalismo.

Mi trabajo consistirá, entonces, en una reflexión personal sobre algunos de esos variados puntos de coincidencia observables entre la posición iusnaturalista —que suscribo—, y sus inconfesos seguidores, específicamente cuando se preocupan por hacer ver que el derecho exige el reconocimiento de ciertos principios de justicia suprapositivos si no quiere ser utilizado para la injusticia y arbitrariedad. Dichos juicios de la razón práctica los ha de considerar todo jurista, todo operador jurídico cuando razona conforme al derecho, cuando lo interpreta y cuando, como en el caso de los jueces, ha de decidir. Como el tratamiento de esta temática es de una enorme vastedad y el espacio del que disponemos es limitado, sólo mencionaré los aspectos más generales de tales coincidencias.

La exposición se dividirá sustancialmente de la siguiente manera: después de hacer un comentario general a algunas de las críticas que suelen formularse al derecho natural, haré una reseña de uno de los tópicos más comunes en el debate iusfilosófico contemporáneo, esto es, el cuestionamiento al modelo iuspositivista del derecho. En esta parte intentaré mostrar con ejemplos doctrinarios —principalmente de autores españoles—, cómo algunos de los argumentos centrales del positivismo jurídico fueron sostenidos más por la ideología que el propio positivismo encierra, que por el real compromiso con la ciencia jurídica. Después de esta reseña, me referiré a dos de los principales argumentos del debate contemporáneo que evidencian la coincidencia antes referida, esto es, la reivindicación de normas y principios morales de justicia, anteriores al derecho positivo, que destacados iusfilósofos defienden hoy. Los dos temas a los que me referiré son: los principios del derecho y los derechos humanos.

II. LA TEORÍA CLÁSICA DEL DERECHO NATURAL

Antes de abordar los temas señalados es necesario ofrecer una respuesta a uno de los principales dilemas de la corriente iusnaturalista: ¿qué es el derecho natural?, y ¿qué tipo de iusnaturalismo es el que constituye la base de nuestras afirmaciones? Lo anterior resulta necesario dada la vaguedad y ligereza con la que suele emplearse dicha expresión y también dada la variedad de doctrinas que son calificadas como iusnaturalismo o teorías del

derecho natural.¹⁸⁹ Así, la naturaleza esquemática de lo que se señalará a continuación sobre esta doctrina tiene como única pretensión ubicar, dentro del mar de teorías jurídicas, la teoría clásica del derecho natural.

El profesor argentino Carlos I. Massini distingue varias corrientes de pensamiento que pueden ser consideradas como iusnaturalistas.¹⁹⁰ Nosotros, por mera cuestión cronológica, no seguiremos el orden que él propone, aunque sí los tipos que describe. Massini distingue los siguientes iusnaturalismos: *i*) uno de corte clásico, cuya raíz se encuentra en las tradiciones filosóficas representadas por Aristóteles y Tomás de Aquino; *ii*) un iusnaturalismo empirista, contractualista, que tiene como principal representante a Hobbes;¹⁹¹ *iii*) el propio de la Escuela Moderna del derecho natural, teniendo a Grocio y Pufendorf a la cabeza;¹⁹² *iv*) un iusnaturalismo de corte marxista, explicado fundamentalmente por Ernest Bloch,¹⁹³ y *v*) uno de tipo kantiano. La corriente que tomaremos en cuenta para nuestro trabajo será la de corte aristotélico-tomista. Tal corriente iusfilosófica ha sido igualmente denominada por algunos autores como “realismo jurídico clásico”.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Sobre la distinción entre derecho natural y iusnaturalismo, véase Serna, Pedro, “Iusnaturalismo”, en González, A. L. (ed.), *Diccionario de filosofía*, Pamplona, Eunsa, 2010, pp. 642-645. La distinción entre derecho natural y iusnaturalismo resulta especialmente importante por lo que aquí se va a tratar. El derecho natural, dicho en términos generales, es, como dice Finnis, aquel conjunto de principios de razón práctica que “muestran las formas básicas de realización humana” y que “distinguen el pensamiento práctico correcto respecto del incorrecto”. En cambio el iusnaturalismo es un nombre genérico para todas las teorías que aceptan que hay un derecho natural, las cuales, como es obvio, difieren enormemente en sus explicaciones sobre el derecho natural y sobre sus verdaderos contenidos. En este escrito nos referiremos sobre todo al derecho natural, pero lógicamente desde la perspectiva de una versión del iusnaturalismo, la más clásica basada en Aristóteles y Tomás de Aquino, hasta hoy defendida por autores como John Finnis y Javier Hervada, no obstante las muchas diferencias entre ellos. Cfr. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Gran Bretaña, Clarendon Press; *idem*, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 57-59. En adelante se citará la versión al castellano como *LNDN*.

¹⁹⁰ Cfr. Massini Correas, Carlos I., *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, cit., p. 205.

¹⁹¹ Un resumen de sus características en Beuchot, Mauricio y Saldaña, Javier, *Derechos humanos y naturaleza humana*, cit., pp. 69-75.

¹⁹² *Idem*.

¹⁹³ Una referencia al derecho natural y marxismo y a la visión de Ernest Bloch en Serrano Villafañe, Emilio, *Concepciones iusnaturalista actuales*, cit., pp. 167-201.

¹⁹⁴ Una explicación de lo que es el realismo jurídico clásico en Villey, Michel, *Précis de Philosophie du droit*, 2 vols., París, Dalloz, 1977-1978. De este trabajo hay una versión al castellano, *Compendio de filosofía del derecho*, 2 vols., Pamplona, Eunsa, 1979-1981, *passim*. Cfr. también, Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 6a. ed., Pamplona, Eunsa, 1990, *passim*. Del mismo autor: “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 18, 1988, pp. 281-300. Cfr. también, Schouppe, Jean Pierre, *La concepción realista del derecho*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1984, *passim*.

La escuela propuesta ha sido objeto a lo largo de la historia de un sinnúmero de observaciones críticas. No es éste el lugar para dar una respuesta a cada una de ellas, pero sí es necesario, al menos, ofrecer algunos comentarios generales sobre algunas de las más comúnmente aceptadas, las cuales, como veremos, provienen de una consideración defectuosa de lo que el derecho natural es y de cómo ha sido presentado. Las referidas críticas suelen tener como punto de partida la supuesta existencia de normas de derecho natural que son totalmente independientes y separadas del derecho positivo. A partir de aquí se diversifica la nómina de objeciones al derecho natural como las que a continuación se resumen.

1. *La unidad del derecho natural y el derecho positivo*

Sobre lo anterior, conviene recordar lo que ya Aristóteles estableció en su *Ética Nicomáquea*:

La justicia política puede ser natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez ha sido establecida, por ejemplo, que el rescate sea de una mina o que deba sacrificarse una cabra y no dos ovejas, y todas las leyes para casos particulares, como ofrecer sacrificios en honor de Brásidas, o las decisiones en forma de decretos. Algunos creen que toda justicia es de esta clase, pues lo que existe por naturaleza es inamovible y en todas partes tiene la misma fuerza, como el fuego que quema tanto aquí como en Persia, mientras que las cosas justas observan ellos que cambian. Esto no es así, aunque lo es en un sentido. Quizá entre los dioses no lo sea de ninguna manera, pero entre los hombres hay una justicia natural y, sin embargo, toda justicia es variable, aunque haya una justicia natural y otra no natural...¹⁹⁵

Un primer grupo de objeciones al iusnaturalismo resulta fuertemente cuestionado a partir de la cita anterior. Éstas sostienen que el derecho natural y el derecho positivo se presentan como dos “tipos”, dos “clases” de derecho, independientes, diferentes y paralelos; como dos órdenes normativos heterogéneos y en muchos casos encontrados. Esto, como se puede apreciar, difícilmente se sostiene de la afirmación aristotélica, y ningún iusnaturalista serio podría formular tal aseveración. El iusnaturalismo en el que nos movemos conviene en aceptar que el derecho es una “unidad”, compuesta por un elemento natural, y otro positivo. No son dos “sistemas”

¹⁹⁵ Aristóteles, *EN*, V, c.7, 1134b-20, *cit.*

de derecho separados. Este punto lo explica muy bien el profesor Javier Hervada siguiendo a Aristóteles: “El derecho natural y el derecho positivo se integran en un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo”.¹⁹⁶ Esto aclara desde el principio la necesaria vinculación, la íntima relación existente entre el derecho natural y el derecho positivo, o para ser más preciso, la unidad de los elementos “natural” y “positivo” en el derecho.

2. *Derecho natural e historia*

La afirmación aristotélica que acabamos de transcribir nos devela también otra de las deformaciones que suelen achacarse a la teoría del derecho natural: su a-historicidad, o la completa “no historicidad” de lo justo natural. Dicho en forma muy tosca, al derecho natural se le acusa de ser un derecho que no considera las circunstancias históricas que la propia evolución social impone, no tomando en consideración, por tanto, la necesaria condición histórica del hombre. Tal objeción, sin duda, debe ser matizada y corregida, aunque es válida respecto de algunas teorías modernas del derecho natural. En cambio, según el derecho natural clásico, como acabamos de ver en Aristóteles, el derecho lo compone un elemento natural y uno positivo, y ambos se dan en un contexto histórico determinado. Precisamente el reconocimiento formal y material que exige el derecho natural en el ámbito positivo (su positivización) es lo que distinguidos iusnaturalistas no dudan en explicar como el paso a la vigencia “histórica” de una norma natural de derecho, o de un derecho natural.¹⁹⁷

De lo expuesto se sigue que el derecho natural no es un ideal solamente, algo abstracto y por tanto a-histórico, sino que exige su integración al sistema jurídico aplicable, es decir, su lugar en la historia. Existe un derecho natural originario (principios de justicia prepositivos) que todos conocemos y que requieren ser positivizados. De este modo, ese núcleo básico de derecho natural se va desvelando progresivamente, haciendo suya la historia y las circunstancias que la rodean. De ahí que un iusnaturalista consecuente aceptaría sin ningún problema dicha “historicidad” del derecho natural y su requerida “positivización”, sin que por eso renunciara a hacer efectivas las exigencias mínimas de la justicia universal, es decir, lo que exige la dignidad humana.

Un ejemplo de lo anterior puede ser el caso de los derechos humanos; tales derechos constituirían lo que llamaríamos lo “justo natural”, es decir,

¹⁹⁶ Hervada, Javier, *Introducción crítica al...*, cit., p. 176.

¹⁹⁷ Cfr. *ibidem*, p. 177.

verdaderos derechos, que a la vez exigirían ser reconocidos en documentos internacionales (derecho positivo), los cuales, como todos sabemos, se encuentran contextualizados históricamente. Así, el paso que va del reconocimiento y existencia de lo “justo natural” a los documentos internacionales de derechos humanos es precisamente la historicidad del derecho natural. Tales derechos son exigencias naturales. Sólo así se pueden entender expresiones como las de “dignidad de la persona humana”, o “inherentes al ser humano”, etcétera. Sin embargo, los derechos humanos requieren a la vez del reconocimiento positivo como el que los textos internacionales dan, textos que han sido promulgados en un contexto histórico determinado. Esto nos ayuda a entender mejor porqué los documentos internacionales hablan de reconocer los derechos, no de otorgarlos.¹⁹⁸

3. *El derecho natural. Formalización y sistema de garantías*

Algunas anotaciones más conviene hacer sobre los dibujos y deformaciones que se suelen hacer del derecho natural. Una de éstas tiene que ver con el tema de la formalización del derecho natural ¿Cómo se formaliza dicho derecho? ¿Cómo tiene vigencia positiva?

Se suele decir que el derecho natural carece de un proceso de formalización, esto es, le falta un procedimiento que le dé vigencia en el mundo jurídico-práctico. Esto es tan falso como el resto de sus críticas. La formalización del derecho natural consiste precisamente en la tecnificación de los elementos que integran el derecho, dándoles forma y atribuyéndoles eficacia, es decir, estableciendo los requisitos para que dichos elementos sean válidos en sí mismos y en relación con los demás, a la vez que eficaces.

Al respecto se ha señalado que “el derecho natural, una vez positivado, debe ser integrado por la formalización mediante normas por las cuales se complete, se establezcan los mecanismos que garanticen su aplicación”.¹⁹⁹ Un ejemplo es el que propone Orrego: el delito de hurto. En todos los sistemas jurídicos dicho delito es castigado penalmente. En muchos de éstos la sanción depende del objeto y del valor de lo robado. Así, no puede sancionarse igualmente a quien hurta una billetera que a aquel que asalta un banco, etcétera. De este modo, es natural que se castigue al ladrón, y “es de derecho positivo cuántos años sean (y lo más “positivo” o “impuesto” será lo que imponga el juez en su sentencia)”.²⁰⁰

¹⁹⁸ Cfr. Orrego Sánchez, Cristóbal, *Análisis del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, UNAM, 2005, p. 81.

¹⁹⁹ Hervada, Javier, *Introducción crítica al...*, *cit.*, p. 180.

²⁰⁰ Cfr. Orrego Sánchez, Cristóbal, *op. cit.*, p. 79.

Entendido lo anterior como se acaba de reseñar, se comprenderá mejor el sistema de garantías del derecho natural. Aquí hay que decir que una cosa es el derecho y otra el sistema de sus garantías por las que se hace efectivo. Si el derecho es en parte natural y en parte positivo, constituyendo ambos un solo Derecho, ¿cuál será entonces el sistema de garantías del derecho natural? La respuesta es que no puede ser sino el mismo que el propio del derecho positivo.

Así, la coactividad del derecho natural [que no quiere decir que la coactividad encierre todas las formas de garantías de efectividad —JSS—], 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”.²⁰¹

Según se ve, la crítica que se le formula al derecho natural en cuanto a su falta de formalización y sistema de garantías es infundada.

4. *Sobre ser y deber ser: el tema de la “is/ought question”*

Un último comentario breve conviene hacer a las falsas imágenes del iusnaturalismo. Es el relativo a lo que para algunos es la principal objeción contra la afirmación de un derecho natural. Es la famosa *is/ought question*, o ley de Hume, la cual consiste básicamente en la imposibilidad lógica de derivar proposiciones normativas a partir de proposiciones descriptivas.

Dejando de lado los errores y deficiencias epistemológicas de Hume y Moore,²⁰² habría que señalar que la doctrina del derecho natural no incurre en dicho error lógico. Varios son los argumentos que se pueden emplear para librarse de esta acusación.²⁰³ Por sólo señalar uno, podría decirse que el iusnaturalismo centra su justificación en el silogismo práctico.²⁰⁴ En éste se

²⁰¹ *Ibidem*, p. 62.

²⁰² Un análisis detallado de las inconsistencias filosóficas de tales pensadores en Massini Correas, Carlos I., *La falacia de la falacia naturalista*, Mendoza, Idearium, 1995, *passim*. También, Elton, María, *La is/ought question. La crítica de T. Reid a la filosofía moral de Hume*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2000, *passim*.

²⁰³ La exposición de los diferentes argumentos expuestos desde el derecho natural en Beuchot, Mauricio, *Filosofía y derecho, humanos*, 5a. ed., México, Siglo XXI, 2004, pp. 135-145. *Cfr.* también del mismo autor, *Derechos humanos. Iuspositivismo y iusnaturalismo*, México, UNAM, 1995, *passim*. Del mismo autor, *cf.* también, *Ética*, México, Torres Asociados, 2004, pp. 85 y ss.

²⁰⁴ El recurso al argumento del silogismo práctico no tiene que hacernos pensar que no exista la posibilidad de una justificación del derecho natural o ley natural desde argumentos metafísicos. Para este razonamiento, *cf.* García-Huidobro, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM, 2002, pp. 60-62.

establecen eminentemente juicios valorativos; por consiguiente, puesto que la primera premisa siempre es valorativa, al pasar posteriormente del *ser* al *deber ser* se hace un paso legítimo y no falaz.

En el mundo anglosajón, quien ha venido a señalar expresamente que el iusnaturalismo no incurre en la falacia naturalista (según la denominación de G. E. Moore para un problema paralelo: la ilicitud de identificar lo bueno con una propiedad natural), ha sido el profesor de la Universidad de Oxford, John Finnis. Uno de sus varios argumentos es precisamente el de reconocer que los más autorizados iusnaturalistas (Aristóteles y Tomás de Aquino) admitirían sin dificultad que el *debe* no puede deducirse del *ser*,²⁰⁵ pues para ellos existe una diferencia importante entre la razón especulativa y la razón práctica, ambas con sus respectivos principios primeros, evidentes por sí mismos y que sirven como puntos de partida en ambos razonamientos. De este modo, Finnis coloca su argumentación en los principios prácticos, estableciendo que estos expresan nuestra comprensión de un valor que puede proporcionar el punto de partida para razonar sobre qué hacer.²⁰⁶

Otro argumento empleado por Finnis es el recurso a la naturaleza humana. Él acepta la existencia de tal naturaleza; sin embargo, el conocimiento de ella no es *a priori* o exterior. Para Finnis, la naturaleza se conoce desde dentro, desde su vital ejercicio, sin necesidad de deducción metafísica. Aquí, la razonabilidad práctica de la persona se funda en unos primeros principios, los cuales son inderivados y se caracterizan por tener por objeto los bienes humanos básicos. Estos principios son los más elementales y fundamentales en sí mismos, son las razones más básicas para la acción y como tales no derivan de nada.²⁰⁷ Sobre estos temas volveremos un poco más adelante.

Baste esta apretada caracterización del derecho natural para hacer ver algunas de las caricaturas que de él se ofrecen; ahora veamos las críticas que tanto iusnaturalistas como no iusnaturalistas hacen al derecho positivo.

III. EL DEBILITAMIENTO Y ABANDONO DEL IUSPOSITIVISMO

Uno de los tópicos más recurrentes en el ámbito iusfilosófico contemporáneo lo constituye, sin duda, el hecho de reconocer que después de la

²⁰⁵ *LNDN*, p. 80.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 94.

²⁰⁷ *Cfr.* Saldaña Serrano, Javier, "La falacia naturalista. Respuestas para una fundamentación del derecho natural: la argumentación de John Finnis", en Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, 2a. ed., Buenos Aires, Ábaco, 2008, pp. 329-342.

Segunda Guerra Mundial el positivismo jurídico ha entrado en un periodo de debilitamiento, cuando no definitivamente de crisis y abandono, colocándonos en un contexto iusfilosófico pos-positivista, y delante de distintas teorías jurídicas que podrían denominarse no-positivistas.

Lo que acabamos de señalar sin duda podría ser objeto de ciertas críticas. Una de ellas podría venir de negar que exista una crisis y abandono del iuspositivismo, dado que no se puede afirmar que haya una concepción unívoca del mismo, de modo que cualquier crítica a dicha corriente sería infundada por la variedad de “positivismos jurídicos” que existen. Esto, evidentemente, ya plantea un problema serio para el propio positivismo jurídico, pues, como ha señalado acertadamente Pedro Serna, si esto es así, entonces estamos delante de una doctrina sin unidad interna, y al frente de una expresión que en el fondo no significaría nada realmente.²⁰⁸ Ahora, si quienes se dicen positivistas mantienen de éste la tesis de una cierta “esencia” o “núcleo duro” del mismo, quizá convenga preguntarles cuál es ésta, porque en el escenario de quienes se califican como tales hay tal disparidad de opiniones y tanta diversidad de enfoques que es prácticamente irreconocible dicha “esencia” o “núcleo duro”.²⁰⁹ En el fondo, lo anterior, como adecuadamente lo ha señalado Orrego, no es sino la estrategia positivista de distorsionar su propia tradición e imagen para inmunizarla de toda crítica,²¹⁰ manteniendo así su carácter ideológico, esto es, el de ser considerado, o considerarse a sí mismos como positivistas simplemente por seguir siendo positivistas, aunque para ello se tenga que pagar el precio de la traición a la tradición (filosófica y política) que dicha corriente inspiró.²¹¹

Entendido como aquella corriente que justifica la existencia del derecho sólo desde fuentes positivas (humanas), y basado en un escepticismo ético que metodológicamente le impide aceptar un conocimiento objetivo de elementos morales como la justicia,²¹² el positivismo jurídico se presenta hoy

²⁰⁸ Cfr. Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, p. 15.

²⁰⁹ Una muestra de la gama tan variada de iuspositivismos en Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, México, núm. 27, 2007, pp. 8-24.

²¹⁰ Cfr. Orrego Sánchez, Cristóbal, “Aciertos y certidumbres”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 40, 1999, p. 127.

²¹¹ Un esquema de lo que fue la tradición positivista en el excelente trabajo de Rivas Palá, Pedro, *El retorno a los orígenes de la tradición positivista. Una aproximación a la filosofía jurídica del positivismo ético contemporáneo*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2007, pp. 17-44.

²¹² Sobre lo que es el positivismo, en Serna, Pedro, “Positivismo jurídico”, en González, A. L. (ed.), *Diccionario de... cit.*, pp. 889-893.

como incapaz de dar respuestas a muchas exigencias que la realidad jurídica le formula, y donde precisamente se exigen elementos “morales” y “juicios de valor”. Esto, dicho por un iusnaturalista como soy yo, quizá pueda ser visto con un cierto escepticismo, pero autores nada confesos de posiciones iusnaturalistas como Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero han llegado a aceptar la misma conclusión al afirmar que: “El ver lo valioso derivado de lo ordenado, los juicios de valor como derivados de las directivas, y éstas como expresiones de una voluntad que esgrime una pretensión de autoridad ilimitada inhabilita al positivismo para intervenir competentemente en algunas discusiones hoy centrales...”²¹³

La idea anterior sin duda resulta ser especialmente llamativa dicha por los dos profesores españoles antes referidos, pero, en honor a la verdad, ya otros destacados doctrinarios, también españoles, habían señalado las deficiencias del positivismo muchos años antes que ellos y, lo más importante, han reivindicado argumentos centrales del derecho natural que hoy son defendidos por filósofos no iusnaturalistas como los propios Atienza y Ruiz Manero. En las líneas que siguen haremos ver esta serie de observaciones críticas al positivismo jurídico y la defensa de algunos postulados iusnaturalistas que la actual ciencia del derecho acepta y la *praxis* jurídica exige.

IV. OBSERVACIONES CRÍTICAS AL IUSPOSITIVISMO Y REHABILITACIÓN DE ALGUNAS TESIS IUSNATURALISTAS EN LA FILOSOFÍA CONTEMPORÁNEA

Por seguir refiriéndonos al contexto inmediato de la propia doctrina iusfilosófica española, podríamos citar algunos ejemplos recientes de autores iusnaturalistas que desde su propia tradición y muchos años atrás habrían de poner en la mesa de la discusión los que parecen hoy argumentos nuevos. Así, por ejemplo, el profesor Javier Hervada, en su *Introducción crítica al derecho natural*,²¹⁴ hará ver con especial claridad la serie de deficiencias y deformaciones que el positivismo jurídico ha acarreado a la ciencia del derecho. No es el lugar para enunciar detalladamente dichas deficiencias y críticas,²¹⁵ pero dado que son los “juicios de valor” —según Atienza y Ruiz Manero—,

²¹³ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, p. 24.

²¹⁴ Hervada, Javier, *Introducción crítica al...*, *cit.* La primera edición del libro apareció en 1981 y hasta el 2001 han visto la luz más de diez ediciones.

²¹⁵ Un detenido repaso de algunas de las principales críticas hechas al positivismo jurídico formuladas por Javier Hervada, en Orrego Sánchez, Cristóbal, “Aciertos y certidumbres”, *cit.*, pp. 119 y ss.

el déficit del positivismo jurídico y las posibles soluciones a los problemas actuales del derecho, quizá convenga recordar la reflexión sostenida siempre por Hervada —siguiendo la línea central de la tradición del derecho natural aristotélico-tomista— de considerar al derecho como un arte. El “arte o ciencia práctica de lo justo”, como lo llama él,²¹⁶ se encuentra asentado y en íntima relación sobre la noción de justicia,²¹⁷ es decir, radicado en el valor moral por antonomasia del derecho, contrariando desde la primeras páginas de su obra la tesis positivista de ser ésta —la ciencia del derecho— avalorativa,²¹⁸ con todas las consecuencias de orden teórico y práctico que esto acarrea, entre ellas, y en primer lugar, la invariable y necesaria presencia de “juicios de valor” en el derecho.

En el mismo contexto español, y a partir de una propuesta hermenéutica fuertemente expuesta desde los años setenta y ochenta, el profesor Andrés Ollero ha hecho notar igualmente la debilidad del positivismo y, sobre todo, ha puesto un especial empeño en la reivindicación de los argumentos iusnaturalistas a través de la interpretación jurídica. Así, dentro de sus muchos trabajos podemos citar *Interpretación del derecho y positivismo legalista*.²¹⁹ En éste, ratifica lo que ya flotaba en el ambiente intelectual de aquellos años, esto es, la afirmación de que “toda la reflexión jurídica de nuestro siglo gira, de un modo u otro, en torno a una crítica del positivismo legalista”,²²⁰ y por tanto, a la necesidad de rechazar la identificación del derecho con la ley, proponiendo la virtualidad de Tomás de Aquino y del derecho natural por él representado desde bases hermenéuticas y en clave jurisprudencial.²²¹

Desde la perspectiva defendida por Ollero, que es la que hoy muchos teóricos sustentan, es claro que la corriente iusnaturalista esboza una teoría del derecho como tarea prudencial, que como tal no es ni puramente técnica ni mucho menos voluntarista o arbitraria y que, a fin de cuentas, coloca al juez como protagonista en la *determinación* de lo justo.

²¹⁶ Hervada, Javier, *Introducción crítica al...*, *cit.*, p. 12.

²¹⁷ *Cfr. idem.*

²¹⁸ *Cfr.* Orrego Sánchez, Cristóbal, “Aciertos y certidumbres”, *cit.*, p. 115.

²¹⁹ Ollero, Andrés, “Interpretación del derecho y positivismo legalista”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1982.

²²⁰ *Ibidem*, p. 15.

²²¹ Nos dice el profesor Ollero que Tomás de Aquino no “sólo defiende netamente la autonomía del mundo jurídico respecto a un posible maximalismo moral, sino que, además de captar la dimensión hermenéutica del derecho vivo, propone una ontología jurídica capaz de fundamentar su sentido último”. *Ibidem*, p. 43.

Entender la actividad jurídica como esfuerzo de interpretación lleva a cuestionar la idea de que el derecho es radicalmente una norma, respecto a la cual los hechos o valores juegan un papel secundario. La dimensión “judicial” del derecho lo presenta radicalmente como juicio de valor sobre un hecho social; descubre que todos somos “jueces”, porque existir es verse abocado a interpretar; y resalta la necesidad, subordinada, de unos esquemas normativos, que confieran a nuestra existencia un mínimo de seguridad, de capacidad de previsión de la conducta de los que coexisten con nosotros y de control de los llamados a arbitrar esa convivencia.²²²

Con el argumento anterior, Ollero nos muestra claramente cómo el derecho natural desde siempre ha planteado lo que hoy muchos teóricos reivindican y defienden como nuevo, es decir, una visión no estática o pétrea del derecho, sino dinámica del mismo, más apegada a lo que la realidad exige al derecho y no un mero desarrollo lógico de la premisa legal como el positivismo ofreció y que Ollero critica.

Este proceso de *determinación* de lo justo, destacado por la tradición tomista (de derecho natural),²²³ supone un “contraste —entre los principios normativos generales [principios jurídico-naturales —JSS—] y las circunstancias prácticas de la vida social— que empuja a una decisión judicial prudencial”,²²⁴ es decir, una decisión justa; ajustada, con miras a concretar la justicia como límite demarcador de lo jurídico y contenido del derecho. Por supuesto que dicho proceso reconoce la existencia de principios de orden natural, ontológicos, como primer elemento jurídico que sirve de orientación en la búsqueda de la “cosa justa”, y a partir de allí —como dice Ollero— se desarrolla todo un proceso, igualmente ontológico, distante de un simple ejercicio de deducción desde la norma general a la decisión del caso concreto.

Es claro entonces que dicha labor de *determinación* está alejada de las nuevas corrientes hermenéuticas relativistas, pero, como el propio Ollero advierte: “El planteamiento hermenéutico que renuncia conscientemente a una profundización ontológica, puede ser honrado, pero es siempre incompleto”.²²⁵ La actualidad de dicha afirmación es evidente, sobre todo si —como siempre lo ha hecho notar el iusnaturalismo— la hacemos radicar en un ámbito donde el derecho se comprende mejor como es el judicial, en

²²² *Ibidem*, p. 19.

²²³ Para una explicación detallada de este proceso de *determinación* de lo justo *cfr. ibidem*, pp. 45-52.

²²⁴ *Ibidem*, p. 44.

²²⁵ *Ibidem*, p. 51.

donde el juez está llamado a realizar tal labor *determinativa* de lo justo en el caso concreto.

En la misma tradición española contemporánea²²⁶ hay que ubicar igualmente al profesor Pedro Serna, quien desde su trabajo doctoral,²²⁷ y en sus subsiguientes escritos, ha advertido del mismo modo los diferentes problemas que acarrea seguir sosteniendo las principales tesis iuspositivistas y, como los otros profesores, ha justificado siempre la necesaria presencia de juicios de valor en el derecho.

Los problemas que el positivismo jurídico plantea según el referido profesor son muchos.²²⁸ Uno de los más importantes tiene que ver con el concepto que del derecho ofrece tal corriente, el cual ni es puramente descriptivo, ni mucho menos científico, sino más bien ideológico, pues excluye juicios de valor de tal explicación. Prescindir de éstos supone,

...no sólo separar conceptualmente el derecho de la moral, el derecho real y el derecho justo, el derecho que es y el derecho que debe ser; más allá de esto, significa escindir el derecho, tal y como éste aparece fenomenológicamente, de una supuesta esencia que coincide sólo parcialmente con la experiencia jurídica...²²⁹

El otro problema que observa el profesor español se refiere a lo que él llama “dinámica jurídica”, esto es, el problema de su aplicación o adjudicación, donde con mucho más claridad se ve la fuerte presencia valorativa que asume el intérprete y aplicador del derecho. Después de constatar la tesis de que la teoría mecanicista de la subsunción ha sido una ilusión con la que crecimos durante todo el siglo XIX y buena parte del XX, Serna hace ver que la interpretación del derecho está muy lejos de ser una actividad técnica avalorativa, entre otras cosas, porque —como dice— el intérprete cuenta con distintos métodos y la elección del mismo implica necesariamente elementos valorativos, a más de que la aplicación de los mismos no conduce

²²⁶ Por razones obvias de espacio no reseñaremos a otros importantes iusnaturalistas españoles como los profesores Jesús Ballesteros o Francisco Carpintero, quienes también desde bases iusnaturalistas han formulado importantes observaciones al positivismo jurídico y han reivindicado significativos argumentos de derecho natural en sus escritos. Del primero se puede citar: *Sobre el sentido del derecho*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 2001. Del segundo autor *Historia del derecho natural. Un ensayo*, México, UNAM, 1999; *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993, entre otros muchos.

²²⁷ Cfr. Serna, Pedro, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, Eunsa, 1990.

²²⁸ El análisis y explicación de estos problemas puede verse en Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos...*, cit., pp. 13-59.

²²⁹ *Ibidem*, p. 27.

a una única respuesta sino a varias, las cuales, igualmente, dependen de dichas valoraciones. Por eso, con justificada razón llega a decir: “Son *valoraciones de orden ético y político las que dan lugar a la elección de uno u otro método, y de una u otra proposición interpretativa*; valoraciones que... acaban siendo juicios de valor sobre el resultado que se derivaría de la elección en el caso”.²³⁰

Concluye sus críticas al positivismo en forma clara y contundente:

Una posible síntesis de lo afirmado hasta ahora a resultas de la crítica al positivismo jurídico es que la componente moral del Derecho parece inevitable, tanto en el concepto del Derecho —por referencia a la justicia o pretensión de corrección que exhiben y formulan todos los ordenamientos históricos— como en la dinámica jurídica, por la imposibilidad de eludir los juicios de valor en el proceso de adjudicación...²³¹

Como se puede notar, las observaciones que el profesor Serna hace al modelo positivista del derecho, están plenamente justificadas a la luz de corrientes actuales del derecho por varias razones. La primera de ellas es evidente; para el pensamiento iusnaturalista no es posible establecer una separación entre el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*; entre el derecho real y el derecho justo. Esto no significa, como ya hemos dicho, que el deber ser pueda deducirse del ser sin contar con premisas normativas, sino que las premisas normativas están presentes desde el principio en todo razonamiento práctico. Para el iusnaturalismo es un hecho que el elemento moral encuentra una fuerte presencia en el derecho positivo, y que este elemento en el derecho está integrado por aquellos “juicios de valor” que les permite a los operadores jurídicos, por ejemplo, saber lo que es lo justo entre las personas. También es claro que desde las anteriores observaciones no se puede seguir entendiendo el derecho desde una visión puramente mecanicista, sino que éste exige consideraciones más activas de los intérpretes y los aplicadores del derecho.

Las anteriores críticas al positivismo y la puesta en evidencia de algunas tesis iusnaturalistas en el debate contemporáneo provienen, es verdad, de un sector de la filosofía española, pero, como hemos visto también, autores nada afines a esta corriente igualmente las han formulado. Más recientemente, el profesor español Alfonso García Figuerola no duda hoy en autodenominarse antipositivista (después de provenir de tal tradición), y de reconocer que el neoconstitucionalismo de hoy plantea problemas al positivismo que lo hacen fuertemente discutible, apostando igualmente por

²³⁰ *Ibidem*, p. 35.

²³¹ *Ibidem*, p. 39.

abandonarlo a la luz de las nuevas exigencias del constitucionalismo. “Aquí se sostendrá que un neoconstitucionalista consecuente, que se tome en serio la Constitución y su virtualidad a través de instrumentos argumentativos como la ponderación, no puede al mismo tiempo sostener una visión positivista del Derecho”.²³² Yendo incluso más allá de los defensores del iusnaturalismo, llega a afirmar que la crisis del positivismo, en el fondo es una “dramática expresión de la crisis del discurso de la teoría del derecho”,²³³ y en esto probablemente lleve razón.

V. CAUSAS DEL ABANDONO IUSPOSITIVISTA Y DERECHO NATURAL COMO CIENCIA PRÁCTICA. EL JUEZ Y SU LABOR INTERPRETATIVA

El positivismo entró en crisis antes de la Segunda Guerra Mundial, pero fue precisamente la serie de hechos que ésta acarreó los que motivaron finalmente su definitivo decaimiento. El profesor Carlos I. Massini ha podido distinguir tres causas de crisis y abandono del referido paradigma iusfilosófico: *i*) las de carácter ético-político; *ii*) las de índole jurídico-institucional, y *iii*) las de orden epistémico-filosófico. Evidentemente las que interesa destacar aquí son las de orden jurídico-institucional, aunque sin duda las otras ayudan a justificar, aún más, el referido abandono del positivismo jurídico tanto a nivel político²³⁴ como epistemológico²³⁵ y a insistir en la recuperación del argumento moral en el derecho.

Las causas de orden jurídico-institucional apuntan al reconocimiento de un hecho como verdadero, esto es, que el derecho es una disciplina emi-

²³² García Figueroa, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009, p. 19. *Cfr.* también Cruz, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granada, Comares, 2005, *passim*.

²³³ García Figueroa, Alfonso, *op. cit.*, p. 18.

²³⁴ Las causas de orden ético-políticas se refieren precisamente al fuerte cuestionamiento que implicó reconocer como jurídicas normas que negaban derechos fundamentales y que fueron usadas para perpetrar crímenes contra la humanidad como fue la legislación del nacionalsocialismo. Los juristas comprendieron que el derecho no podía justificar tales acciones, recurriendo entonces a “principios transpositivos intrínsecamente justos con independencia de su establecimiento o reconocimiento por la legislación positiva”. *Cfr.* Massini Correas, Carlos I., *La ley natural y su interpretación contemporánea*, Pamplona, Eunsa, 2006, p. 29.

²³⁵ El racionalismo científico que inspiró el modelo de ciencia adoptado por el positivismo jurídico entró igualmente en un fuerte cuestionamiento; autores como Kuhn y Popper, entre otros, impugnaron la tesis de que el único modelo de ciencia universal fuera el propuesto por las ciencias duras y “propusieron alternativamente patrones cognoscitivos de carácter fenomenológico, hermenéutico, tópico-dialéctico, lingüístico-estructural o filosófico-práctico”, abandonando de este modo dicho racionalismo y dando margen y apertura a otros saberes, fundamentalmente prácticos. *Cfr. ibidem*, pp. 30 y ss.

nentemente práctica donde lo realmente significativo no es tratar de justificar lo que el derecho es, sino para lo que éste sirve. Dicho así, el discurso jurídico contemporáneo no busca más concepciones unívocas del derecho sino justificaciones de su aplicación, trasladando su tratamiento de una reflexión ontológica del derecho a la búsqueda de respuestas justas a los problemas planteados, tal y como lo ha evidenciado Orrego.²³⁶

Esta manera de abordar el derecho nos remite necesariamente a otros tópicos hoy comúnmente compartidos por buena parte de la teoría jurídica contemporánea, los que, por otra parte, el derecho natural siempre ha reivindicado tal y como nos lo han recordado los anteriores autores. Estos serían: *i*) la rehabilitación de la figura del juez, el papel protagónico que éste tiene en la *determinación* del derecho, y *ii*) la labor interpretativa que está llamado a realizar. Es el juez el que a través de su labor hermenéutica determina lo justo en el caso concreto, positivizando en su sentencia las normas y los principios de justicia natural que el caso reclama. De esta manera la concreción de lo justo, hoy encuentra su más clara referencia en dos argumentos centrales de la teoría jurídica contemporánea: el empleo por parte del juez de los principios del derecho y el cada vez más citado recurso a los derechos humanos. En las líneas que siguen trataremos de abordar estos asuntos desde la perspectiva del juez y de su necesaria labor interpretativa. Para ello es obligado hacer una breve referencia al paso que va del “viejo” modelo de juez, a la “nueva” figura del juzgador y, evidentemente, a una “nueva” forma de entender su ejercicio hermenéutico.

Quienes en mi opinión presentan un buen resumen del cambio que experimentó el juez del siglo XVIII al XX, han sido los profesores españoles Eduardo García de Enterría y Aurelio Méndez Méndez, quienes en su trabajo *El derecho, la ley y el juez*, han delineado perfectamente dicha mutación.²³⁷ Del primer modelo de juez destaca, como una de sus principales labores, la de buscar la ley y particularizarla al caso concreto, procedimiento éste realizado a través de un simple ejercicio de subsunción, donde la nota característica habría de ser la absoluta exclusión de cualquier actividad valorativa o crítica, no sólo de los hechos que se le presentaban, sino principal y prioritariamente de la ley. La ley fue así un mandato que debía ser obedecido; su mérito o demérito moral era algo que carecía de cualquier valor jurídico

²³⁶ Orrego Sánchez, Cristóbal, “De la ontología del derecho al derecho justo. Progresos recientes de la teoría analítica del derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 30, núm. 2, 2003, p. 307.

²³⁷ García de Enterría, Eduardo y Menéndez Menéndez, Aurelio, *El derecho, la ley y el juez. Dos estudios*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 23-62.

(Bentham). De este modo, la particularización de la ley al caso específico a través del ejercicio deductivo, impedía terminantemente realizar cualquier actividad interpretativa-valorativa del texto legal, o permitiéndola por excepción, ésta tenía que circunscribirse a ciertos métodos que no hacían sino entrañar el original espíritu del legislador. Algunas de las críticas a dichas exigencias ya se han señalado en renglones anteriores.

Los principios básicos en los que tal modelo de juez se movió fueron, según los referidos autores: *i*) la idea de que el derecho y sus conceptos podían establecerse en códigos; *ii*) la creencia de que dichos códigos eran completos; *iii*) la tesis de que en tales ordenamientos podía ser “encerrada” toda la realidad jurídica; *iv*) la identificación del derecho como ley y el juez como mero aplicador; *v*) la consideración de que la ley era clara y que no necesitaba interpretación, y *vi*) el reconocimiento expreso de que con lo anterior se lograba la objetividad en el derecho y consecuentemente la seguridad jurídica.²³⁸ Evidentemente, desde estas coordenadas el modelo de interpretación asumido por el juez no pudo ser otro que el de la mera reconstrucción de la voluntad del legislador, convirtiendo así su labor en una función puramente declarativa o reproductiva, excluyente de cualquier juicio valorativo y evidentemente de cualquier criterio de justicia.

La hermenéutica realista (iusnaturalista) se separa de la manera de proceder anterior. En parte, entiende que la interpretación realizada por cualquier operador jurídico, principalmente el juez, va dirigida a encontrar la solución justa al problema planteado, y es aquí donde el sujeto y los juicios de valor juegan un papel fundamental.²³⁹ En la labor hermenéutica “hay una inevitable presencia del sujeto en todo proceso intelectual del lenguaje y, en consecuencia, también en aquellos procesos que tienen lugar en orden a la aplicación del derecho y a su elaboración dogmática”.²⁴⁰ El razonamiento práctico teleológico o finalista, radicado en la pretensión de concretar la justicia en el caso específico, viene entonces a cuestionar la tesis acerca de que el sujeto que conoce se enfrenta al objeto por conocer (el derecho) desde una pura neutralidad o avaloración científica.²⁴¹

²³⁸ *Idem*. Cfr. también, Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del derecho*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, pp. 241-297.

²³⁹ Sobre este argumento cfr. Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009, *passim*.

²⁴⁰ Serna, Pedro, “Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufman”, en *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2003, pp. 213 y ss.

²⁴¹ Cfr. Vigo, Luis Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, pp. 25-53.

VI. PRINCIPIOS DEL DERECHO

Ahora bien, en los diversos niveles de la hermenéutica jurídica, ocupa un lugar central el recurso a los principios del derecho, tema éste que ha sido puesto en la mesa de la discusión por varios autores contemporáneos.²⁴² Algunos de ellos no han sido precisamente afines al iusnaturalismo, pero se han dado cuenta de las consecuencias reduccionistas a las que el positivismo jurídico condujo a nivel hermenéutico. Sólo por mencionar a algunos de ellos pueden citarse, en el ámbito continental europeo a Josef Esser²⁴³ y, en el espacio anglosajón a Ronald Dworkin.²⁴⁴ A ellos y a otros autores más²⁴⁵ debemos el habernos recordado que en el ámbito jurídico, particularmente el judicial, el derecho no se compone exclusivamente de reglas, sino que el juez, protagonista del derecho, echa mano de principios jurídicos que no son normas, es decir, emplea principios de justicia anteriores y superiores a las reglas de orden positivo.²⁴⁶

Si hoy se acepta que los jueces operan también con principios cuando deciden, a los cuales acuden no sólo cuando no existe una norma aplicable al caso concreto, sino incluso en el supuesto de que ésta exista, ¿por qué se apela a ellos? La respuesta de un iusnaturalista parece clara: es el contenido moral (de justicia) de los mismos lo que hace que los jueces los empleen y les sirvan para ofrecer una respuesta.

Algunas de las razones que ayudan a justificar la anterior afirmación podrían provenir tanto del origen histórico de aquellos principios como de su mismo contenido, como lo reseñaremos a continuación.

1. *El recurso histórico de las regulae iuris*

Una de las acepciones que ha tenido mayor fuerza y aceptación en el ámbito de la filosofía del derecho cuando se trata del origen histórico de

²⁴² Una exposición general de estos autores puede verse en *ibidem*, pp. 79-104.

²⁴³ Cfr. Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1991.

²⁴⁴ Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Londres, General Duckworth & Co. Ltd., 1977; *idem*, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 2002.

²⁴⁵ Cfr. Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Derecho y razón práctica*, 2a. ed., México, Fontamara, 1998, y García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, Madrid, Civitas, 1996.

²⁴⁶ Para una perspectiva general del empleo de los principios en sede judicial, cfr. Vigo, Luis Rodolfo, *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2006.

los principios del derecho es aquella que los vincula con lo que en el derecho romano se conoció como *regulae iuris*, o *reglas del derecho*,²⁴⁷ las cuales, según Atienza y Ruiz Manero, son enunciados o máximas de la “ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permiten la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. Esos principios pueden o no estar incorporados al derecho positivo”.²⁴⁸

Las *regulae iuris* tienen su origen en un contexto histórico bien determinado, aquel de la jurisprudencia romana clásica, la cual se caracterizó, entre otras cosas, por considerar como verdadero derecho al derecho natural, como un derecho válido, tanto como el derecho positivo con el cual concreta y desarrolla la justicia,²⁴⁹ y donde la decisión prudencial no fue objeto de un simple ejercicio deductivo de ciertas normas a los hechos, sino de un ejercicio racional basado en criterios eminentemente justos y equitativos, con el objetivo de alcanzar lo justo del caso.

Eduardo García de Enterría ha destacado el valor de la jurisprudencia en relación con los principios:

La superioridad del derecho romano sobre otros sistemas jurídicos históricos anteriores o posteriores estuvo justamente, no ya en la mayor perfección de sus leyes... sino en que sus juristas fueron los primeros que se adelantaron en una jurisprudencia según principios, la cual ha acreditado su fecundidad, e incluso, paradójicamente, su perennidad, y hasta su superior certeza, frente a cualquier código perfecto y cerrado de todos los que la historia presenta.²⁵⁰

Esa superioridad de la jurisprudencia romana clásica alcanza su mayor grado en el empleo y elaboración de las *regulae iuris* que el jurista extrae de la observación de las relaciones de la vida, y que recoge de la *ratio iuris*. Al jurista de esta época le interesa menos la deducción que la discusión dialéctica. Así, cuando el jurista da su opinión sobre un caso planteado “se esfuerza por aportarle un tratamiento preciso al que podrían recibir los casos análogos, con el fin de que la justicia sea igual para todos”.²⁵¹ “A lo que el jurista

²⁴⁷ Cfr. Irigoyen Troconis, M. P., *Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Diesto 50.17)*, México, UNAM, 2005.

²⁴⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004, p. 26.

²⁴⁹ Una explicación de la manera en la que entendió el derecho natural la jurisprudencia romana clásica en Hervada, Javier, *Historia de la ciencia del...*, cit., pp. 75-82.

²⁵⁰ García de Enterría, Eduardo, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*, cit., pp. 34 y 35.

²⁵¹ Villey, Michel, *El derecho romano*, México, Cruz O., 1993, p. 33.

romano aspira es a encontrar... la regla que resulta de la naturaleza de las cosas, de la naturaleza de las relaciones que la vida crea".²⁵²

Estas *reglas* o *principios* del derecho jugaron un papel fundamental en la adaptación y humanización del derecho civil, y justamente sirvieron como recursos para encontrar la solución justa a las nuevas situaciones que se fueron presentando. Por sólo mencionar un ejemplo de los muchos que se pueden encontrar en el *Digesto*, citemos el siguiente: "Es de derecho que el dolo del vendedor no perjudica al comprador de buena fe" (C. 4, 48, 3).²⁵³

2. *Principios y reglas. A propósito del contenido de los principios*

En la explicación general de los principios del derecho y de la carga moral o justa que estos tienen, sin duda juega un muy importante papel el tópico de la distinción entre éstos y las reglas (normas).²⁵⁴ El tema se encuentra en buena parte de la bibliografía iusfilosófica contemporánea y ha venido a mostrarnos al menos dos cosas fundamentales. La primera ya la anunciábamos, esto es, el fuerte debilitamiento y abandono que el positivismo viene sufriendo de tiempo atrás, dado que los positivistas más tradicionales (Bentham y Austin) entendieron que el derecho se componía exclusivamente de reglas, y, como ha venido a demostrar Dworkin, éste es algo más que reglas. Por otra parte, la distinción anunciada viene también a recuperar algunas tesis defendidas por el derecho natural clásico, la principal quizá sea la búsqueda de parte de los operadores jurídicos —principalmente los jueces—, de una respuesta "justa", de una sentencia justa, a los problemas que el derecho plantea.

Aunque sea muy reiterativo quisiera utilizar la cita que ya se ha hecho clásica en el análisis general de los principios jurídicos a partir de la crítica al iuspositivismo. Me refiero a la formulada por Ronald Dworkin cuando dice:

Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart. Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando

²⁵² Schulz, Fritz, *Principios del derecho romano*, Madrid, Civitas, 1990, p. 55.

²⁵³ *Cfr.* Saldaña, Javier, "Regole e principi. L'origine e il contenuto moral dei principi nelle regulae iuris", *Ars Interpretandi*, Padova, Cedam, 10, 2005, pp. 271-304.

²⁵⁴ Generalmente se acepta que las normas tienen un carácter más general, en cambio, las reglas lo tienen más restringido. Sin embargo, para los efectos de este escrito y porque nuestros principales exponentes en esta parte del trabajo como son Dworkin y Alexy, parecen referirse, cuando hablan de reglas, a lo que nosotros identificamos como normas, emplearemos ambas expresiones de manera indistinta.

los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos caso difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferentes, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas. Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas.²⁵⁵

Y más adelante señala, refiriéndose específicamente al tema de los principios, que éstos son estándares que han de ser observados “no porque favorezcan o aseguren una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”.²⁵⁶

La cita anterior nos muestra que el derecho no puede ser entendido exclusivamente como un conjunto de reglas o de normas, sino que en éste concurren otro tipo de *estándares*, igualmente normativos, que juegan un papel relevante a la hora de decidir, máxime en aquellos casos difíciles. En este punto los iusnaturalistas —como lo señalé—, nunca hemos establecido que el derecho se componga exclusivamente de normas, sino que el derecho está integrado por otro elemento, el derecho natural, es decir, por principios de justicia anteriores y superiores a las normas de derecho positivo. Esto permite señalar otro rasgo característico de la filosofía contemporánea que el iusnaturalismo ha defendido siempre: sólo a través de estos principios de justicia prepositivos estamos en condiciones de evaluar el derecho injusto. Este argumento lo propone ahora Alexy, recogiendo la fórmula de Radbruch: “la injusticia extrema no es derecho”, sobre la cual volveremos cuando tratemos el tema de los derechos humanos.

Otra observación que se puede extraer de la cita anterior es que, en el fondo, la teoría de Dworkin y de buena parte de los filósofos contemporáneos, establece la centralidad de la figura del juez en el proceso de decir el derecho. En los casos *Riggs vs. Palmer*, o en *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*, Dworkin coloca al juez como la figura central del derecho, tal y como el iusnaturalismo lo ha sostenido siempre. El derecho —lo justo en términos iusnaturalistas— en su sentido más puro es obra de los juristas, particularmente de los jueces, y son ellos los que están llamados, desde una posición prudencial, a determinar lo justo en el caso concreto, y, en definitiva, a concretar la justicia. Esto lo ha sostenido siempre el iusnaturalismo.

²⁵⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, cit., p. 72.

²⁵⁶ *Idem*.

Si lo anterior es verdad, entonces el derecho no se justifica desde una posición estática, sino dinámica, tesis ésta de ascendencia iusnaturalista que explica el derecho no sólo como *es*, sino como *debe ser*. Al respecto nos dice Orrego,

Se recordará que la pretensión básica del positivismo jurídico conceptual era distinguir nítidamente el derecho “que es”, objeto de descripción científica, respecto del derecho “que debe ser”, objeto de política jurídica y de preferencias morales. La posición de los diversos autores acerca del valor y la función de los principios en el razonamiento jurídico (especialmente el de los jueces), unida a la tesis de que el positivismo jurídico *no* exige obedecer las leyes positivas (algo absurdo desde la perspectiva del iuspositivismo clásico), conlleva la *continuidad* entre el derecho *que es* y el derecho *que debe ser* para los fines de concluir un razonamiento jurídico con una decisión justa.²⁵⁷

Los iusnaturalistas hemos siempre entendido que la cuestión central del derecho no se da en el nivel de la pura descripción de lo que un sistema jurídico *es*, sino de la *praxis* concreta del razonamiento jurídico, es decir, en el nivel dinámico del *deber ser* del derecho.

Los principios que entiende Dworkin y que le sirven como ejemplo en el caso *Riggs vs. Palmer*, esto es, “a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen”,²⁵⁸ no difieren sustancialmente de los ejemplos de *principios* o *reglas* que los juristas romanos utilizaron para argumentar sobre un caso. Esto nos coloca de lleno ante un tema de fundamental importancia, el cual constituye el banco de prueba de esa rehabilitación iusnaturalista de la que tanto hemos hablando, o, si se quiere, de esa aceptación de la vigencia moral que autores como Esser, Pound, el propio Dworkin, Alexy o Finnis, por mencionar algunos, no dudan en aceptar. Se trata del tema del contenido de los principios. Dworkin en este caso es muy claro: los principios son exigencias de justicia, de equidad o de cualquier dimensión de la moralidad. Así, el contenido de los principios es esencialmente de carácter moral. Esto para un jurista formado en la creencia de que el derecho es sólo un “conjunto de normas”, donde las mismas no tienen ningún contenido resultaría revolucionario; para un iusnaturalista, no. Los iusnaturalistas siempre hemos aceptado que esos principios

²⁵⁷ Orrego Sánchez, Cristóbal, “De la ontología del derecho al derecho justo...”, *cit.*, p. 309.

²⁵⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *cit.*, p. 73.

de justicia suprapositivos constituyen juicios formulados por la razón práctica que los juristas utilizan y que les sirven como criterios de: *i)* solución al problema planteado, *ii)* guías orientativas o puntos de partida en su razonamiento y argumentación, y *iii)* criterios de interpretación jurídica o judicial. De modo que el razonamiento con base en principios es un razonamiento de orden moral no estricta ni exclusivamente de carácter jurídico; esto es más iusnaturalismo de lo que se cree.

Alexy también confirma la tesis del contenido moral de los principios al señalar:

No es difícil reconocer que la presencia de principios, por tanto, de mandatos de optimización, en el sistema jurídico tiene consecuencias en cuanto al carácter de éste y al concepto de Derecho, que sobrepasan con mucho el aspecto metodológico... El carácter de los principios significa que no se trata de simples normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral. Puesto que algo análogo vale para muchos otros principios, la teoría de los principios ofrece un punto de partida adecuado para atacar la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la Moral.²⁵⁹

Si los juristas, y particularmente los jueces, utilizan en su trabajo decisorio principios cuyo contenido es de orden moral por la búsqueda de la solución justa a los problemas que se les plantean, tal y como hoy los teóricos del derecho reconocen, entonces, como señala Orrego, parecen actualizarse los supuestos de una teoría de la ley natural. Esto es “se ha de buscar la respuesta justa al caso concreto, acudiendo a estándares convencionales y morales (racionales) coordinados de acuerdo con una teoría que, en último término, articula las exigencias éticas”.²⁶⁰ En el fondo, se llega a cuestiones tan radicales como las de reconocer, por buena parte de los teóricos del derecho contemporáneo,

...que, por imperativo de los principios morales, incluso las reglas claramente identificadas como legales y vigentes, de acuerdo, por ejemplo, con una regla de reconocimiento en el sentido de Hart, pueden o deben ser desobedecidas por los mismos funcionarios: “esto es derecho, pero demasiado inícuo para ser obedecido o aplicado”.²⁶¹

²⁵⁹ Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, cit., pp. 12 y 13.

²⁶⁰ Orrego Sánchez, Cristóbal, “De la ontología del derecho al derecho justo...”, cit., p. 311.

²⁶¹ *Idem*.

VII. LOS DERECHOS HUMANOS

En el reconocimiento de la existencia de normas y principios de justicia anteriores y superiores al derecho positivo, ocupa un lugar protagónico el tema de los derechos humanos, y como en el caso de los principios del derecho, hoy mantienen éstos un lugar fundamental en las discusiones iusfilosóficas de los más reconocidos teóricos del derecho.

Antes de pasar a explicar en términos generales cuáles son los rasgos distintivos de los derechos humanos que los vinculan más cercanamente con el derecho natural, conviene no olvidar que el positivismo jurídico siempre ha tenido serias dificultades para aceptarlos. Bentham, por ejemplo, fue muy crítico con ellos, y más recientemente Bulygin ha preferido tomar distancia de éstos. “Es claro que si no hay normas morales absolutas, objetivamente válidas, tampoco puede haber derechos morales absolutos y, en particular, derechos humanos universalmente válidos”.²⁶² Con afirmaciones como ésta es relativamente fácil comprobar cómo los seguidores del positivismo jurídico se encuentran en un callejón sin salida cuando se enfrentan al tema de los derechos humanos, y no tanto porque ellos no puedan hablar de derechos humanos, sino porque cuando se refieren a temas como el fundamento de éstos, no pueden sino hacerlo radicar en el consenso (Bobbio), o en algún tipo de objetividad endeble (Nino), que imposibilita tomárselos en serio, para usar la expresión de Dworkin.

Hemos dicho que el iusnaturalismo ha enseñado siempre que el derecho está integrado por un dato natural (o racional-moral) y otro positivo (o legal-establecido), ambos componentes de un mismo derecho y por tanto plenamente vigentes, es decir, verdaderos derechos. Es aquí donde se ve con especial claridad la fuerte raigambre iusnaturalista que guardan para sí los derechos humanos. Estos derechos no sólo nacieron en el contexto iusnaturalista (racionalista), sino que en esta misma corriente de pensamiento fueron entendidos como verdaderos derechos, anteriores y superiores al ordenamiento positivo. Quienes niegan la categoría de verdaderos derechos a los derechos humanos, por más que ellos mismos hablen de ellos, es porque parten de un concepto *a priori* del derecho, esto es, pensar éste desde la ley, exclusivamente desde el derecho positivo.

Si negamos que los derechos humanos tengan verdadera naturaleza jurídica, no sólo negamos su existencia como derechos, sino que además la idea en la

²⁶² Bulygin, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, Alicante, núm. 4, 1987, p. 83.

que se asientan se desvanece completamente, porque los valores, postulados o exigencias —de los que hablan distintos autores— en cuanto dimensiones del derecho, se transforman en valores, postulados o exigencias de la ley (positiva) perdiendo los derechos humanos su condición de una dimensión propia del hombre frente a la ley positiva.²⁶³

¿Qué queda desde aquí del hombre y de sus derechos si cualquier ley positiva los puede violentar, tal y como la historia lo ha demostrado? Como hemos visto, hoy la práctica totalidad del pensamiento iusfilosófico contemporáneo niega que dicha ley positiva sea derecho (Alexy), o si lo es, no se debe obedecer (Hart).

La prepositividad de los derechos humanos refuerza su fuerte ascendencia de derecho natural al entender que los seres humanos poseen derechos inherentes, como lo establece la *Declaración de Virginia* de 1776; que todos los hombres “están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”, como lo señala la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos* de 1776, y que igualmente estos derechos son “anteriores”, como lo recuerda la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789. Para todos estos documentos fue clara la existencia de derechos anteriores e independientes de las leyes positivas, cuya tarea esencial consistiría en el reconocimiento de tales derechos y en el establecimiento de garantías de efectividad práctica. “Así, si un ordenamiento jurídico no reconoce los derechos humanos —o algunos de ellos— se dice que es injusto, discriminatorio o tiránico, lo cual no tendría sentido si no preexistiese al ordenamiento jurídico una realidad —los derechos humanos— que fuese criterio de su justicia y de su legitimidad”.²⁶⁴

Este criterio valorativo del que habla Hervada sobre la justicia o injusticia del derecho positivo que el derecho natural siempre ha defendido, lo coloca igualmente como criterio legitimador de los sistemas políticos del mundo de hoy,²⁶⁵ estableciendo con toda claridad la existencia de límites morales infranqueables que de ser rebasados se corre el riesgo de que tales sistemas políticos sean considerados tiránicos y represores. En expresión de Robert Alexy, *Unrecht ist kein Recht* (la injusticia extrema no es derecho).²⁶⁶

²⁶³ Hervada, Javier, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, en *Escritos de derecho natural*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa, 1993, pp. 459 y 460.

²⁶⁴ Hervada, Javier, “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *ibidem*, p. 653.

²⁶⁵ Sobre este argumento, *cf.*, Ollero, Andrés, *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, México, UNAM, 2007, pp. 3-8 y 111-126.

²⁶⁶ *Cfr.* Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en Vigo, R. Luis (coord.), *La injusticia extrema no es derecho*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 227-251.

Los derechos humanos son esa expresión de moralidad²⁶⁷ que no puede ser rebasada y que exige la salvaguarda absoluta de la persona como titular de dichos derechos, postulado éste de evidente raigambre iusnaturalista.

El radical carácter iusnaturalista de los derechos humanos es confirmado cuando de la fundamentación de éstos se trata. Los iusnaturalistas hemos siempre defendido que los seres humanos no pueden ser tratados al arbitrio del poder, ni que sus derechos hayan de ser producto del consenso, sino que los derechos humanos están fundamentados en la dignidad de la persona humana, dignidad ésta que es característica exclusivamente de ella y de ningún otro ser. Esta dignidad es lo que la identifica como tal, es decir, lo que la hace distinta y superior al resto de los seres existentes porque se trata de una perfección del ser. Es aquí donde entra en juego uno de los conceptos más controvertidos del derecho natural: el concepto de naturaleza humana. Naturaleza como aquello que particularmente caracteriza a lo humano y que por tanto lo hace digno. Al respecto dice Hervada: "...la dignidad hay que predicarla de la naturaleza humana. La persona tiene dignidad como realización existencial de la naturaleza. Entonces se entiende plenamente y con todo rigor la expresión 'dignidad inherente a la persona humana', pues inherente significa, como ya vimos, algo que es inseparable por naturaleza".²⁶⁸

Sobre la idea anterior habría que aclarar que no se trata de una naturaleza de orden meramente teórico o puramente especulativa, a partir de la cual se *deriven* una serie de derechos humanos. Incurriríamos en lo advertido en párrafos precedentes, esto es, en la falacia naturalista. La naturaleza humana comprendida aquí es al mismo tiempo parte del ser permanente de la persona humana y raíz de su *praxis vital*, aquella donde es posible conocer criterios de comportamiento recto, adecuado, no arbitrario, en sociedad, y en tal comportamiento reconocerse a sí mismo y al otro como sujetos de derechos que han de ser respetados. Estos criterios de comportamiento recto, que se conocen a través de la naturaleza en esa *praxis vital*, incluyen lo que John Finnis identifica como "bienes humanos básicos" que posibilitan la realización o florecimiento humano y los otros principios que en esos bienes básicos pueden fundarse. Así, tales bienes son conocidos o identificados de manera inmediata, no inferencial, y gracias a esa captación inmediata, como dice Finnis, se conoce la propia naturaleza desde dentro.²⁶⁹

²⁶⁷ Cfr. Seoane, José Antonio, "Presentación" al libro de Alexy, Robert, *La institucionalización de la justicia*, Comares, 2005, p. 8.

²⁶⁸ Hervada, Javier, "Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana", *cit.*, p. 670.

²⁶⁹ Señala Finnis al respecto: "Tampoco es verdad que para Tomás de Aquino 'bien y mal son conceptos analizados y fijados en metafísica antes que ser aplicados en moral'. Por el con-

Es el propio Finnis quien explica mejor el argumento anterior:

Las formas básicas del bien captadas por el entendimiento práctico son lo que es bueno para los seres humanos con la naturaleza que tienen. Tomás de Aquino piensa que el razonamiento práctico no comienza comprendiendo esta naturaleza como desde fuera, mediante observaciones y juicios psicológicos, antropológicos o metafísicos, que definan la naturaleza humana, sino experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde dentro, bajo la forma de las propias inclinaciones. Pero, una vez más, no hay ningún proceso de inferencia. Uno no juzga que “yo tengo [o todos tienen] una inclinación a aprender sobre las cosas” y entonces infiere que por ende “el conocimiento es un bien que ha de ser perseguido”. Más bien, por un simple acto de comprensión no inferencial uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien, para uno mismo (y para otros semejantes a uno).²⁷⁰

Como se puede apreciar, el derecho natural parte de un cognitivismo ético que sostiene la posibilidad de conocer las dimensiones fundamentales del bien o perfección humana, y que dirige racionalmente las acciones a un fin. A través de la razón práctica, podemos entonces conocer dichos bienes humanos; por ejemplo, la vida, la integridad física, la salud, etcétera. Bienes estos que cualquier hombre conoce cuando los experimenta y que lo perfeccionan cuando los vive.

¿Cuáles y cuántos son estos bienes humanos básicos? En este punto no existe una lista cerrada. El propio Finnis llega a sostener que los bienes humanos que él enuncia no son los únicos, sino que hay innumerables aspectos de la autodeterminación y de la autorrealización humanas aparte de los que él establece. Todos igualmente fundamentales, inderivados, evidentes, indemostrables y no jerarquizables.²⁷¹ Estos bienes posibilitan el florecimiento

trario Tomás de Aquino afirma de la manera más clara posible que los primeros principios de la ley natural, que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no sólo por metafísicos), son *per se nota* (evidentes) e indemostrables. No son inferidos de principios especulativos. No son inferidos de hechos. No son inferidos de proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana, o sobre la naturaleza del bien y del mal, o sobre la ‘función de un ser humano’, ni son inferidos de una concepción teleológica de la naturaleza ni de ninguna otra concepción de la naturaleza. No son inferidos ni derivados de nada. Son inderivados (aunque no innatos). Los principios sobre lo que es moralmente correcto o incorrecto, asimismo, se derivan de los primeros principios pre-morales de razonabilidad práctica, y no de algunos hechos, sean metafísicos o de otro tipo”. *LNDN*, p. 67.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 68.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 123.

humano y privarse de uno de éstos, o privar a otro de ellos, imposibilitaría dicha plenitud.

Ahora bien, el derecho natural siempre ha admitido la existencia de esta clase de bienes que todo ser humano tiene y que se *deben* respetar —son cosas debidas a otros—, es decir, bienes que son normativamente exigidos para cada sujeto y para el resto de los seres humanos que con él conviven. Por eso también se entiende la obligación que la propia colectividad tiene, a través del poder político y evidentemente del derecho, de promocionar y garantizar las diversas formas de realización humana. Es aquí donde se comprenden mejor los derechos humanos, pues, a través de éstos, el Estado ha de salvaguardar los bienes humanos básicos referidos, convirtiéndose éstos en el contenido de aquéllos de manera directa o indirecta.

De este modo, se puede señalar que lo que conocemos como derechos humanos, no son sino el reflejo jurídico, la proyección jurídica, de esos bienes humanos básicos que son —lo repetimos—, el contenido moral de la forma jurídica a la que llamamos “derechos humanos”.

VIII. CONCLUSIONES

Llegados a este punto quizá sólo convenga insistir en que cada una de las tesis de derecho natural aquí resumidas encuentra hoy especial asidero en una gama importante de autores contemporáneos, los que, consciente o inconscientemente, vuelven a recuperar las referidas tesis ante las exigencias que el derecho impone. Tal recuperación se debe, según creemos, a la honestidad y valor de muchos de ellos, quienes al darse cuenta de los extremos a los que puede conducir la instrumentalización del derecho, han vuelto la mirada al único propósito y objetivo del derecho: la persona humana. Ese es el propósito que el derecho natural siempre ha tenido presente, no obstante los errores históricos de sus defensores.