

EL DERECHO NATURAL EN NUESTRO TIEMPO

ANTONIO GOMEZ ROBLEDO
México

1. Para entender la función que aún pueda tener el derecho natural o el derecho racional (términos cuya sinonimia se hará ver más tarde) en el mundo de nuestros días, es necesario colocarnos en la perspectiva histórica que le es propia y sin la cual toda discusión ulterior carecería de sentido.

Como todo aquello que pertenece al patrimonio espiritual de Occidente, la idea del derecho natural nace en Grecia, y por más que en un principio no se distinga con toda precisión, como lo harán después los medievales, entre derecho divino natural y derecho divino positivo. A este último, más bien que el primero, pudiera referirse la imprecación de Antígona, como también el fragmento de Heráclito, según el cual todas las leyes humanas se alimentan de una divina (*aluntur omnes leges humanae ab una divina*). Lo importante, sin embargo, antes de toda afinación de conceptos, es la apelación a una instancia sobrehumana o superior, por lo que sea, al derecho positivo, cuya validez depende de su conformidad con aquella pauta suprema. El sentimiento de esta dependencia es en realidad el que está detrás de toda vivencia del derecho natural, desde la antigüedad hasta nuestros días.

Con la sofística desciende de la teología a la filosofía la oposición entre los dos órdenes, el de la naturaleza y el de la convención (*physis-nomos*), oposición que se plantea ahora en términos puramente racionales. La teoría de los dos órdenes será en adelante y por toda la historia el obligado presupuesto de toda ideología iusnaturalista, cualquiera que sea su signo o su especificación ulterior, y los mismos griegos dieron buen ejemplo de esta unidad semántica en la más abierta diversidad expresiva. Sin salir del círculo de los sofistas, Antifón, Licofrón y Alcidas condenan la esclavitud en nombre de la naturaleza, y a la misma apelan Calicles y Trasímaco para justificar no sólo la institución servil, sino en general el predominio incondicionado de los fuertes sobre los débiles. Todas las hipótesis que en adelante verán la luz sobre el estado de naturaleza (del buen salvaje al

bellum omnium contra omnes) con las consecuencias que respectivamente conllevan, están configuradas y prefiguradas en los presocráticos.

En Sócrates —si nos atenemos a los *Memorabilia* de Xenofonte— apuntan a un solo correlato, tornándose de esta suerte sinónimas, las tres nociones de ley divina, ley común y ley no escrita (*ágraphos nomos*) por más que esta última se entienda también, en la sociedad de la época, como derecho tradicional, transmitido por la costumbre, *ethos patrion, mos maiorum*.

Platón podrá no haber hablado en estos términos de derecho natural, pero sin la aportación platónica no se entendería el segundo orden, la instancia superior al orden jurídico positivo, en cuanto que este último está regido por una *idea*, y hoy no hablaríamos de ideas si Platón no hubiera hablado de ellas por vez primera. Por esto ha dicho Verdross que la opción entre iusnaturalismo y positivismo es una opción por Platón o contra Platón, en cuanto que todo está en saber si el complejo normativo que denominamos “derecho” está regido por una idea —que la razón intuye, pero que no crea— o simplemente por una voluntad. He ahí la oposición fundamental e irreconciliable.

Aristóteles, de acuerdo con su conocido epíteto de *vox naturae*, introduce en la filosofía, en estos precisos términos, la noción de derecho natural (*physikón dikaion*) por oposición al derecho convencional (*nomikón dikaion*). El derecho natural es el que tiene la misma validez dondequiera e independientemente de nuestra aceptación. (En, V, 6). El derecho convencional, por otra parte, ley o costumbre, no obliga sino porque así ha sido decidido por el legislador o en el seno de la comunidad, y es propio y exclusivo de cada ciudad. Por otra parte (*Ret.* I, 13 y 15), el derecho natural es común a todos los hombres e inmutable, aunque esto último hay que entenderlo no de modo absoluto, como entre los dioses, sino *secundum quid*, como todo lo que acontece en este mundo sublunar. Así por ejemplo es natural que escribamos con la mano derecha, pero también hay zurdos, como igualmente es natural que el varón engendre al varón, por ser ésta la intención profunda de la naturaleza, mas por accidente puede nacer el varón frustrado (*mas occasionatus*) que es la mujer. Pues otro tanto, en su línea, acontece con el derecho natural. No es fácil, por lo demás, conciliar entre sí los textos aristotélicos en este punto, por cuanto que así como en la *Ética* el derecho natural parece formar parte del derecho “político”, y ser así, por tanto, derecho positivo, en la *Retórica*, por el contrario, parece colocarlo en una perspectiva sobrehumana, por la cita que hace de la imprecación de Antígona. La interpretación global que estimamos la más plausible es la de Helmuth Coing: “Es handelt sich um die Frage nach denjenigen

Normen innerhalb der positiven Rechtsordnung, deren Inhalt dem Gesetzgeber aus objektiven Zusammenhängen ethischer oder soziologischer Natur vorgezeichnet ist und deren inhaltliche Bestimmung daher nicht dem freien, willkürlichen Ermessen des Gesetzgebers überlassen bleibt". (*Der Gegenstand der modernen Naturrechtswissenschaften oder über den Zusammenhang zwischen Naturrecht, Axiologie und Rechtsgeschichte*, XIII Congreso internacional de filosofía, México, 1963).

El estoicismo, por su parte, introduce la noción de un *Logos* inmanente al mundo, que asume las mismas proporciones grandiosas de la Idea del Bien o del Motor inmóvil, y que, al romper el hermetismo de la *Polis*, da lugar a la idea de la unidad radical entre los hombres y de la *civitas maxima*, señoreada por la máxima de la obediencia a la naturaleza: *naturam sequi*.

En Cicerón, en quien confluyen todas las grandes direcciones del pensamiento antiguo, encontramos la noción del derecho natural en términos definitivos y de los que servirán largamente la patrística y la escolástica: *ratio summa, insita in natura; ratio a numine deorum tracta et a rerum natura profecta; vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constants, sempiterna. . . nec crit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et impeditos omnium Deus: ille legis huius inventor, disceptator, lator. . .*

2. Desaparecidas, por decreto de Justiniano, las cuatro escuelas que habían quedado en Atenas: la Academia, el Liceo, el Pórtico y el Jardín, los grandes padres y doctores de la Iglesia orquestan y profundizan las fórmulas ciceronianas. San Agustín radica en Dios las ideas platónicas, en tanto que términos *ad extra* de la esencia divina, infinitamente imitable, y, por ello mismo, sede de la ley natural para todas las criaturas, aunque San Agustín duda aún si habrá que radicar en la razón o en la voluntad divina (*quoad nos, quoad modum concipiendi*) la ley natural.

Santo Tomás se inclina resueltamente por el primer término de la opción, por la sapiencia antes que por la voluntad divina, y por esto la ley, toda ley en absoluto, así la divina como la humana, será ante todo una *ordinatio rationis*. El mismo Creador, una vez que decidió crear este mundo entre los infinitos mundos posibles, tiene que respetar el *ordo rerum* y las exigencias ínsitas en la naturaleza de sus criaturas. Y justo por ser la ley en general una *ordinatio rationis*, puede hablarse de una ley existente en Dios desde toda la eternidad, de una *lex aeterna*, en suma, concebida como la razón del gobierno de los

entes que algún día llegarían a la existencia: *ratio gubernationis rerum in Deo sicut in principe universitatis existens*. Y la ley natural, a su vez, será en el hombre la participación de la ley eterna en la criatura racional: *participatio legis aeternae in rationali creatura*. La ley eterna, por su parte, mantiene invariablemente su condición de *ratio divinae sapientiae*, y de este carácter participará, por lo mismo, la ley natural.

En el hombre, sin embargo, cuya naturaleza —no en el orden esencial, pero sí en el orden existencial— es tornadiza y mudable (*natura autem hominis est mutabilis*) la ley natural no guarda una inmutabilidad absoluta sino en sus primeros principios, los que son absolutamente comunes a todo hombre y en cualquier circunstancia (*prima principia, communissima omnium*) y esta inmutabilidad va declinando a medida que descendemos de los primeros principios por vía de conclusión y, todavía más, por vía de determinación. De hecho, Santo Tomás hace el más sucinto inventario de los preceptos básicos de la ley natural (*Sum. theol.* I-II, q. 94, a. 2), limitándose a enumerar las tendencias fundamentales del hombre en un triple estrato existencial, o sea como ser vivo, como ser sensitivo y como ser racional. La hipertrofia de la *lex naturalis*, o del *ius naturale* (los escolásticos emplean promiscuamente ambos términos) en un código de razón, es obra de Pufendorf y sus epígonos.

3. Hugo Grocio, un hito fundamental en la historia del *iusnaturalae*, es buen protestante en teología especulativa, pero no en teología moral, en la cual, apartándose del voluntarismo calvinista (que parece haber seguido en su juventud) sigue más bien la escolástica católica. De pura cepa tomista es la definición grociana del derecho natural: “*Ius naturale est dictatum rectae rationis indicans actui alicui, ex eius convenientia aut disconvenientia cum ipsa natura rationali, inesse moralem turpitudinem aut necessitatem moralem, ac consequenter ab auctore naturae Deo talem actum aut vetari aut praecipere. . . Est autem ius naturale adeo immutabile ut ne a Deo quidem mutari queat.*” (*De iure belli ac pacis*, lib, I, cap. I, par. X, 1-5). En otra parte, sin embargo, y como si fuera un *obiter dictum*, enuncia Grocio lo siguiente:

Et haec quidem quae iam diximus, locum aliquem haberent etiam si daremus, quod sine summo scelere dari nequit, non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana (*op. cit. Proleg.* 11).

Es una hipótesis no más, que el autor mismo se apresura luego a calificar de impía, pero a partir de la cual se produce, como se ha dicho, la laicización del derecho natural. No hay nada tan terrible como la responsabilidad de un gran escritor, cuyos *obiter dicta* y cuya hipótesis, inclusive, pasan luego a ser tesis cardinales.

El derecho natural, entendido en adelante como *lex rationis* inmanente al hombre, inspiró tanto la declaración de independencia de los Estados Unidos como la declaración de los derechos del hombre de la revolución francesa. En lugar de Dios estaba la diosa Razón, y en el código civil francés no se incluyó entre sus normas el derecho natural sólo porque sus autores, iusnaturalistas a carta cabal, pensaron con razón que en un cuerpo de preceptos jurídicos no tenían por qué figurar declaraciones de carácter filosófico.

4. Por un conjunto de factores y movimientos que han sido ampliamente estudiados, tales como el horror a la abstracción metafísica que conllevan el historicismo y el romanticismo, así como el *Götterdämmerung* del idealismo alemán, con el triunfo consiguiente del materialismo (Feüerbach, Marx), el hecho es que, al declinar el siglo XIX, se instala el positivismo en la mentalidad europea, impresionada por el éxito de las ciencias naturales y pensando que el mismo método, en ellas tan fructífero, debía seguirse en las ciencias del espíritu.

El positivismo jurídico, a su vez, no reconoció otro derecho fuera del derecho que es producto de la voluntad del Estado, la ley y en el orden interno y la convención en el orden internacional, por lo que la costumbre tiene que ser un pacto tácito. En lugar de la razón entra la voluntad, la voluntad incondicionada: *sit pro ratione voluntas*. O en la fórmula de las constituciones imperiales, *quod principi placuit legis habet vigorem*.

El positivismo pudo mantener su imperio mientras en la comunidad europea existió una aceptación, no por tácita menos efectiva, de ciertos valores comunes de civilización y cultura que enfrenaban de hecho la voluntad en apariencia omnipotente del Estado. En el momento, sin embargo, en que el *quod principi placuit* se tradujo en la máxima: “la voluntad del Führer es creadora de derecho”, y cuando en el ejercicio de esta voluntad sobrevino el genocidio de seis millones de seres humanos y el holocausto de otros muchos millones, buen número de juristas empezaron a preguntarse si en adelante sería juicioso encomendar el destino de cada comunidad política y de la *civitas maxima* al solo orden jurídico positivo. En la misma tierra que había sido teatro de aquellos horrores, fue donde se manifestó con mayor pujanza el retorno del derecho natural, con conversiones tan ejemplares como la de Radbruch.

5. Todos reconocen hoy, el mismo Norberto Bobbio, que “la función histórica constante, noblemente ejercitada por el iusnaturalismo en sus diversas encarnaciones, ha sido la de afirmar los límites del poder del Estado”, (N. Bobbio, *Sulla rinascita del giusnaturalismo*, comunicación al XIII Congreso internacional de filosofía, Mé-

xico, 1963). Ahora bien todo el problema está en saber si esta función histórica podrán llenarla hoy satisfactoriamente, como lo cree Bobbio, otras ideologías, o si con el emplazamiento del segundo orden, distinto de cualquier modo del orden jurídico positivo, venimos a caer, *velis nolis*, en el viejo derecho natural. Sobre esto hay que entenderse con toda sinceridad y expresarse con la mayor franqueza.

Parece evidente, en primer lugar, que en el mundo desgarrado de nuestros días, con el ateísmo imperante y militante en los países de mayor población, será imposible hacer compartir en general el antiguo iusnaturalismo, el clásico y el medieval, en cuanto traslado y reflejo de la *lex aeterna Dei*. Podemos sin duda defenderlo como el único iusnaturalismo en su entera plenitud significativa, pero con el fin práctico de obtener el asenso común, debemos indagar otras direcciones, las cuales, en una u otra forma, habrán de quedar radicadas dentro de la inmanencia humana.

En estas circunstancias, parece que deberemos contentarnos con una *lex rationis* cuyo contenido (ya que no podremos quedarnos en la pura formalidad de sus máximas) tendrá que ser compartido por la humanidad en general, sobre la base de que hay, como dijo Heráclito, una razón común (*logos koinós*) a todos los hombres. Ahora bien, en la determinación de este contenido pueden contribuir numerosas corrientes filosóficas, principalmente tal vez, en la actualidad, la axiología y el personalismo.

A la axiología somos conducidos, por paradójico que pueda parecer, cuando llevamos el positivismo a sus últimas consecuencias, por un proceso análogo al que llevó a Husserl a la fenomenología y a la *Wesensschau*, si había de ser fiel hasta el fin a la máxima de “atenerse a lo dado”, lo dado no sólo en la sensación, sino en la conciencia. Pues del mismo modo es legítimo, o inclusive debido, *ver* en la norma jurídica la conexión que, según Nikolai Hartmann, le es inmanente con la idea y el valor, y sin cuya percepción es inexplicable el progreso de la legislación. Nunca dejan de descubrirse nuevos valores, y una vez descubiertos son incorporados irrevocablemente al patrimonio ético y jurídico de la humanidad, y por ello ha podido hablar Georges Renard de un “derecho natural de contenido progresivo”. “Hay algo que renace continuamente —escribe Bobbio— y es la necesidad de libertad contra la opresión, de la igualdad contra la desigualdad, de la paz contra la guerra”. Pero si así es, habrá que contar, en la visión más escueta del orden jurídico positivo, con estos valores y con tantos otros que claman por su encarnación en la realidad fáctica y que, una vez asumidos por ésta, no desaparecen ya más del escena-

rio histórico, lo que quiere decir que están por encima y más allá del arbitrio del poder estatal. Por esto viene a ser la axiología, en opinión de Helmuth Coing, el fundamento del derecho natural: “Die Axiologie ist damit die Grundlage des Naturrechts”.

6. Sin desdeñar ésta u otras corrientes de pensamiento, es en la filosofía de la persona humana donde con toda probabilidad puede encontrarse hoy el más rico hontanar de inspiración para la versión contemporánea del derecho natural.

Hoy hablamos de *persona* más bien que de *natura*, pero en realidad viene a ser lo mismo, porque la naturaleza definitoria del derecho natural es sobre todo la naturaleza humana, a la que es preciso restituir al lugar de honor que siempre tuvo y que perdió por obra del idealismo alemán. De entonces acá, no viendo en el hombre sino el *homo-paenónomenon*, la naturaleza humana aparece como un hecho entre tantos, de los cuales, como no se cansa de repetirlo Kelsen, no es posible inferir conclusiones normativas, con lo que se abre el abismo infranqueable entre *Sein* y *Sollen*. Pero el *homo-noúmenon*, patente a la intuición eidética, no es un hecho contingente y fortuito, sino una estructura inteligible a la que es inmanente un fin, un *telos* que se le impone, es decir que *debe* realizar, con lo que puede hablarse con todo sentido de un *seinsollendes*, como cumple a la imagen del Ser infinito en quien ser y valor es uno y lo mismo.

Pero aún en el supuesto de que esta antropología filosófica no pudiera recuperar su posición prístina en la mentalidad hodierna, quedaría siempre, en una mera descripción fenomenológica, la persona humana como un núcleo de inteligencia y libertad, abierto por la intencionalidad a un reino de esencias y valores, y en posesión de un destino suprapolítico y supratemporal. La persona es lo más perfecto en toda la naturaleza: *persona est perfectissimum in tota natura*, como dijo Santo Tomás, y de esta convicción, así pueda ser por otros motivos, participan los redactores de la Declaración de derechos humanos y otros documentos de las Naciones Unidas centrados en torno de la idea de la persona humana en su proyección individual, familiar, social y política. Es un campo infinito el que se abre así a la especulación filosófica, una vez que nos damos cuenta de que “las propiedades esenciales de la persona”, según dice Del Vecchio, van revelándose progresivamente en el devenir de la historia. “Con la progresiva reflexión de la mente humana sobre su verdadera naturaleza —escribía por su parte Vico— los gérmenes eternos de lo justo, ínsitos en el género humano, van floreciendo, desde la infancia del mundo, en máximas evidentes de justicia”. *Dalla fanciullezza del mon-*

do estamos empeñados en esta gradual revelación, que aún no termina.

7. Una atención especial merece, por parte de los cultores del derecho natural, la institución del *ius cogens*, que con el nombre de derecho imperativo acaba de consagrar la convención de Viena sobre el derecho de los tratados, cuyo artículo 53 dice:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Aunque en derecho interno era bien conocido el *ius cogens* en los preceptos de derecho público, en derecho internacional, por el contrario, privaba la más omnímoda libertad de contratación, y la única restricción era a lo más la de tenerse comúnmente por ilícitos los tratados *contra bonos mores*. Ahora, en cambio, la autonomía de la voluntad está seriamente limitada por las normas imperativas de carácter general, en los términos de la convención de Viena. Es verdad que el artículo antes citado adopta una posición formalmente positivista, en cuanto que permite, con ciertos requisitos, la derogación de las normas *iuris cogentis*, pero tampoco puede desconocerse que hay ciertas normas de esta especie en cuya derogación no es posible ni pensar, como, desde luego, el principio o norma *pacta sunt servanda*, reconocida tradicionalmente como perteneciente al derecho natural, *cum iuris naturae sit stare pactis* (Grocio). De este modo, pues, forman parte del *ius cogens* cierto número de normas de derecho natural, aunque positivizado, y por esto, en suma, el *ius naturae* y el *ius cogens* son en cierto modo convergentes o paralelos y guardan entre sí una estrecha solidaridad.

Por cualquier vía, en conclusión, lo que importa es erigir, en la conciencia de los hombres, el segundo orden normativo o axiológico, a la luz del cual pueda enjuiciarse, en cada circunstancia concreta, el derecho positivo. De otro modo, sin referencia a ciertos parámetros de naturaleza y justicia, el derecho acabará por caer de nuevo en la abyecta condición que tuvo cuando llegó a definírsele, sin ulterior calificación, como el orden coactivo de la conducta humana (*Zwangordnung des menschlichen Verhaltens*); definición muy apropiada, por

cierto, a Auschwitz y sus afines. Pero si el hombre es el “viviente dotado de razón”, es la razón y no la voluntad incondicionada la que debe dirigirlo, en forma tal que la conducta humana se despliegue, como decían los medievales, *non razione imperii, sed imperio rationis*.