

## UN CONCEPTO FUNCIONAL DEL LLAMADO DERECHO NATURAL

Alguien que no es filósofo del derecho, ni tampoco jurista, va a hablar, a continuación, del llamado Derecho natural. Es previsible que esta ingerencia en campos ajenos habrá de ponerse de manifiesto, como tal, con las consiguientes deficiencias, en las líneas que siguen; y de ello se excusa, por adelantado, el autor.

Empecemos por un par de precisiones que solo importan como punto de partida. El concepto de derecho natural suele subsumirse en el más amplio de ley natural. Ahora bien, el concepto de ley natural no es jurídico sino inequívocamente ético. No vamos a entrar a fondo en él, pero debemos preguntarnos si, hoy, es acertado terminológicamente o no. En la línea de la disyunción (cuestionable en cuanto a un claro deslinde teológico) de lo natural y lo sobrenatural puede seguirse respondiendo afirmativamente. Pero en la línea de la oposición entre naturaleza e historia no, porque su aceptación literal supone un platonismo, hoy inadmisibile, según el cual tal ley *natural* vendría dada, de una vez para siempre, con la "*naturaleza humana*". Ahora bien, el concepto de naturaleza humana nos parece hoy, si no inválido, necesitado de revisión: una ontología del hombre ha de estudiarle en su dimensión natural ciertamente, pero también en su dimensión histórica, a través de la cual se manifiesta precisamente aquélla en su plenitud; y de ahí la constitutiva historicidad de la llamada ley natural. Por eso sólo en el abstracto sentido escolástico, según el cual "*naturaleza*" equivale, a los efectos que aquí importan, a "*esencia*" en cuanto operativa u ordenada a la operación, parece terminológicamente aceptable la expresión "*ley natural*".

El derecho natural suele ser considerado como una parte de la ley natural, la parte referente a lo justo en el estricto sentido jurídico de la palabra, el dar al otro lo suyo, lo que le corresponde. Puede pensarse que se trata de un concepto meramente ético. Significaría entonces una exigencia moral que el derecho propiamente dicho, el derecho positivo, debe cumplir: el derecho ha de ser justo, como ha de ser lógico (coherente), refe-

rido a cuestiones reales, etc. Pero el derecho que no sea justo, como el que no sea lógico, referido a cuestiones realmente planteadas, etc., no por eso deja de ser derecho (positivo). Y viceversa, el llamado derecho natural, por muy justo que sea, no es derecho (vigente) mientras no llegue a adquirir positividad.

No voy a contradecir frontalmente esta concepción, de la que tal vez me siento más cerca que de la iusnaturalista. Pero me parece que el positivismo y el formalismo jurídicos, al clausurar al derecho en sí mismo, llevan a cabo una abstracción de lo positivo o jurídicamente *positum*, que queda así artificialmente aislado. La sustancia jurídico-positiva surgiría entonces por una especie de *transustanciación*, a partir de una realidad sociomoral (dentro de la cual sobreviene), que quedaría simplemente *detrás*, sin la menor relevancia jurídica, puesto que se ha producido una tajante solución de continuidad entre la realidad sociomoral (con sus aspiraciones de igualdad, libertad, justicia, etc.) y la sustancia jurídico-positiva. Ahora bien, la continuidad entre una y otra se cumple precisamente, como veremos, por el llamado derecho natural. Y en ello es en lo que éste consiste, funcional u operativamente considerado.

En estas últimas palabras queda aludido el propósito del presente artículo, que no es el de inquirir, en abstracto, cuál sea la *esencia* del derecho natural, sino el de averiguar cuál ha sido su *función* histórico-social, el de ver *para qué* ha servido. Las cosas para las que ha servido sólo pueden conocerse, es claro, a través de la experiencia histórica. Pero no intentamos hacer una investigación histórica, por lo cual nos dispensamos de todo aparato de ese tipo. "Derecho natural" es un rótulo; vamos a ver qué cosas o, mejor dicho, qué funciones recubre ese rótulo. Nos importa captar el derecho natural en su *funcionamiento real* y a partir de él; por eso nuestro modo de proceder ha de ser totalmente diferente al que sigue, por ejemplo, Erik Wolf, en su libro *Das Problem der Naturrechtslehre*, donde la pluralidad de sentidos es inferida de la pluralidad de significaciones—presentada como un verdadero catálogo—de los términos "derecho" y "natural".

En las sociedades primitivas no existe ni tan siquiera la distinción real entre lo moral, lo social y lo jurídico; por tanto menos aún, si cabe, su distinción conceptual. Todo aquello se halla confundido en unos *mores* que son a la vez usos sociales, costumbres morales y preceptos jurídicos (no escritos, o apenas, pero vigentes). Es lo que Hegel llamaría sustancia ética ingenua (anterior a la subjetividad y al desgarramiento de la "conciencia desgraciada"), en la cual la moral del individuo y la positividad

peculiar del derecho se hallan confundidas en el *continuum* de la eticidad originaria de la comunidad.

Al constituirse el Derecho como formalmente tal, esto es, como derecho positivo, escrito y promulgado—derecho, por otra parte, siempre de *un* pueblo, de tal modo que cada pueblo tiene el suyo—es cuando se producen las condiciones para que surja la función o, mejor dicho, la pluralidad de las funciones iusnaturalistas. Vamos a ver, a continuación, cuáles son éstas.

La primera función es hermenéutica, en el sentido restringido, “positivo” de esta palabra, y se refiere principalmente, aparte la interpretación de los términos, a las “lagunas” del derecho, a lo no previsto por él. Se trata, pues, de una función supletoria, para la que filosófica y jurídicamente se ha recurrido a conceptos tales como el de *orthós lógos*, el de *aequitas*, o el de los “principios generales del derecho” (principios *del* derecho, con genitivo posesivo). Función en realidad, como se ve, de *lógica jurídica*, con aplicación, principalmente, de las reglas de analogía y consecuencia.

Hemos dicho antes que el derecho lo es siempre de *un* pueblo. Ahora bien, al entrar el pueblo portador de este derecho, que es propio y exclusivo de él, en contacto con otros pueblos, se establecen relaciones estrictamente jurídicas (mercantiles, etc.) que, sin embargo, no son regulables por aquel derecho, ya que la otra parte no puede acogerse a él. Surge así el *ius gentium* que con razón fue considerado, por los tratadistas fundadores del derecho internacional, como una forma del derecho natural. Su función, como se ve, es supletoria también, pero ahora de relaciones jurídicas que llegan a constituir todo un *corpus* trascendente al ámbito inicialmente “positivo” de cada pueblo. Es una segunda función, sumamente importante.

La tercera función del derecho natural resulta de que el derecho positivo no es una realidad cerrada en sí misma, sino proyección de una *Weltanschauung*, de un *way of life*, de una “cultura”, dentro de las cuales se inscribe, de las cuales cobra su sentido y a las cuales necesita, a veces, apelar *jurídicamente* (por ejemplo, en Nuremberg). Son, si se quiere, otra vez los “principios generales del derecho”, pero ahora con genitivo de origen: los principios metajurídicos de los que el derecho procede y en los que el derecho se funda.

La cuarta y quinta funciones surgen al perderse aquella sustancia o eticidad ingenua que conceptualizaba Hegel, por la crisis interna de una comunidad y la ruptura de su unidad profunda. Entonces, desde el presente y su ley positiva, el derecho natural puede funcionar, bien en direc-

ción *reaccionaria* (cuarta función), hacia el pasado y sus viejas leyes, que son consideradas “naturales” (*physis*), es decir, *dadas*, frente al nuevo derecho (*nomos*), meramente *puesto*. (Piénsese en *Antígona*, pero simplemente por vía de ilustración o ejemplo, pues no me interesa aquí una discusión del verdadero sentido histórico de esta tragedia); o bien (quinta función), en dirección *progresista*, hacia el futuro, hacia una sociedad que oriente el dinamismo de la historia en un sentido más justo que el presente. La primera muestra histórica de esta última función tal vez haya sido el derecho natural estoico, con su tendencia abierta, antiesclavista y cosmopolita. Pero repito lo que acabo de decir a propósito de *Antígona*, ahora probablemente con mayor razón. Las ideas estoicas constituyeron una pura “teoría” abstracta, utópica, minoritaria y absolutamente impotente, frente a los duros condicionamientos socioeconómicos de la época. Y además completamente individualista, como lo ilustra bien aquella reflexión de Crisipo, según la cual el Sabio, para enderezar el mundo necesitaría poseer la fuerza de Hércules. (Sin ver que no se trata tanto de *mucha* fuerza de *uno* como de la fuerza *unida de muchos*.) Por eso Ernst Bloch, en su bello libro *Naturrecht und menschliche Würde*, ha podido considerar el derecho natural estoico como “meramente retórico y declamatorio”, puro hablar por hablar, sin fuerza social ni voluntad real de modificar la realidad exterior. (De ahí el refugio en la pura interioridad.)

Ya tenemos, pues, claramente distinguidas, las cinco funciones que, a mi juicio, ha desempeñado el llamado, con denominación más oscurecedora que esclarecedora, pero no arbitraria, derecho natural: la función lógica, la función *inter gentes*, la función metajurídica y las funciones conservadora y progresista. Veamos ahora el desarrollo—siempre por mera vía de ilustración, a través de unos “modelos” de funcionamiento—de cada una de ellas.

La segunda función, el *ius gentium*, alcanza su plenitud como derecho natural en la Edad Media y, sobre todo, en el siglo XVI y comienzos del XVII. Originariamente esta expresión apuntaba a un ámbito jurídico no cubierto por el derecho romano (derecho de los ciudadanos romanos). En la Edad Media, que vivía dentro del régimen jurídico religioso-positivo de Cristiandad, apunta a un derecho—*natural*—al que no alcanza la justicia *sobrenatural*. En efecto, el problema medieval era el de la convivencia con unas gentes—árabes y judíos—a los que era menester reconocer, aunque no fuesen cristianos, ciertos derechos (naturales). En el siglo XVI el problema se extendería a los indios de América (P. Vitoria), a los disidentes cristianos y, en general, a las relaciones jurídicas con otros pueblos y entre distintos Estados (Althusio, Grocio). Adviértase que el derecho político de

Bodino desempeña una función estrictamente paralela a la del derecho natural *inter gentes* de los internacionalistas, y otro tanto ocurre con la función que se atribuye a la "religión natural", inventada por esta misma época. Derecho natural, religión natural y derecho político tienen el sentido y cumplen la función de abrir un ámbito minimalista de convivencia general.

En los siglos XVII y XVIII, época del racionalismo y del desarrollo de la matemática, cobró gran importancia la primera de las funciones que hemos distinguido, la de construcción lógico-matemática y de "cálculo" abstracto del derecho. Pero esta función se manifiesta pronto como meramente instrumental, al servicio de la quinta función, de carácter progresista. En efecto, surge ahora una ideología revolucionaria, ya no utópica, sino dotada de densidad existencial y fuerza social, merced a la transformación de los condicionamientos de su viabilidad (fundamentalmente el poder socio-económico de la burguesía). El derecho natural es ahora, por tanto, la ideología de la clase ascendente; y lo es como *pretensión* ético-política de convertirse en derecho positivo ("derecho natural" de la Revolución frente al "derecho divino" a que apelaba el Antiguo Régimen); por tanto, con verdadera realidad *jurídica*, si bien *pre-positiva*. Se ve pues el sentido no meramente ético del derecho natural, su carácter de "recambio" ya preparado, de *anticipación* y aun de *apuesta*, orientadas a una configuración jurídico-política de la sociedad, a partir de fuerzas realmente actuantes en ella. Y, en efecto, con la Revolución francesa, este derecho natural ("derechos del hombre y del ciudadano") se convirtió en derecho positivo, por lo menos en la medida en que interesaba a la burguesía. (Pues dicho sea entre paréntesis, frente al positivismo jurídico, un positivismo sociológico integral tendría que distinguir *grados de positividad*, es decir, de conformación real de la sociedad por el derecho vigente sobre el papel.)

Después de la positivización del iusnaturalismo revolucionario es cuando, a lo largo del siglo XIX, se desarrolla la cuarta función, reaccionaria o conservadora, del derecho natural, para retroceder al orden jurídico anterior (tradicionalismo, Escuela histórica del Derecho, concepción de un derecho como surgido históricamente y no inventado por "ideólogos") o, al menos, para robustecer el orden presente y detener la revolución.

Porque la revolución continúa. En la segunda mitad del siglo XIX y en el siglo XX surgen nuevas cosmovisiones—anarquismo, marxismo, nacional-socialismo—que ponen de relieve la que hemos denominado tercera función del derecho natural: la dependencia en que se encuentra cada ordenación jurídica positiva de la concepción del mundo subyacente y fundamente. Nuremberg fue la condenación de la realización de la cosmovisión na-

cional-socialista por la cosmovisión democrático-occidental. Merleau-Ponty ha hecho ver bien en *Humanismo y Terror* cómo sería el juicio comunista en la causa contra la realización del humanismo occidental. Cada derecho positivo procede de unos "principios generales" metajurídicos; y la aplicación *jurídica* de éstos es también, como hemos visto, una función del llamado derecho natural.

De todo lo dicho se desprende que eso que se conoce con el nombre de derecho natural cumple una pluralidad de funciones que, si se prescinde de la primera (perfectamente separable, en cuanto concerniente en realidad a la lógica) consiste, en definitiva, en *mantener abierto el derecho* a la totalidad de la cultura (en cuanto a sus fundamentos metajurídicos) y de la sociedad (las *gentes*, es decir, el mundo entero, por una intención de "derecho universal", al menos incoativamente), y a la historia, en su pasado (derecho natural como histórico, frente al racionalismo jurídico abstracto) y hacia el futuro (derecho natural como progresista y revolucionario en sentido político-social, frente a la perpetuación de situaciones recibidas de poder).

Esta función de abertura es, a mi parecer, no sólo la esencial del derecho natural sino también especialmente oportuna y urgente, pues vivimos aun prisioneros en parte de una concepción, la propia del kantismo, (no entro en el problema de hasta qué punto el usual kantismo retransmitido sea o no fiel a Kant), de separación del derecho (heterónimo y exterior) y la moral (autónoma e interior); y propia también del positivismo y el formalismo jurídicos, que aislan el derecho de la realidad sociocultural, tal vez por una especie de perfeccionismo estetizante, aplicado a lo jurídico, o por una deformación profesional de los juristas, cuyas raíces, según una posible interpretación sociológica, se encontrarían en la inestabilidad misma del intelectual, "flotante" hoy entre las clases, económicamente dependiente, por lo general, de la burguesía y el régimen constituido y, a la vez, espiritual y desencarnadamente inclinado hacia un orden nuevo, por lo que, para resolver su contradicción y desgarramiento internos, tiende a buscar la unificación en un plano puramente "formal", "separado" y "positivo".

La realidad, sin embargo, está demasiado trabada para dejarse despiezar por el kantismo, el formalismo o el positivismo. ¿No es evidente, por ejemplo, en el derecho político, la presencia de categorías éticas, puesto que la democracia consiste en el régimen de autonomía, por el cual el pueblo se da a sí mismos sus leyes, y desde Montesquieu se vio que la virtud (política) es el indispensable fundamento de la república o democracia, que no puede existir sin un *ethos* político que, en situaciones de máxima tensión, da lugar al *pathos* ético del *citoyen*?

Una inspección cuidadosa de la realidad podía descubrir, hasta ahora, muy diversos planos normativos: en primer lugar, el de la moral autónoma e individual, en la medida en que realmente exista; junto a él, el de la moral teónoma y comunitaria; y en tercer lugar, el de una moral heterónoma, cristiano-usual, burguesa, proletaria, etc., impuesta socialmente; después el plano, objeto del presente estudio, del derecho natural como pretensión ético-social de derecho positivo; el plano del derecho positivo constitutivamente moral (derecho político, derecho penal, parcialmente el derecho civil, como lo evidencian los conceptos de dolo e imprudencia); y, por último, hasta el presente, el plano del derecho positivo meramente técnico y, sin embargo, en cuanto establecedor de un *orden* (lo que constituye un valor), no completamente ajeno a la moral.

A los planos que acabamos de mencionar debe agregarse la constitución, a la que estamos asistiendo, de una *ética social* no pura sino *ético-técnica*, es decir, inscrita en las *estructuras jurídico-administrativas* o, lo que es igual, institucionalizada. Esta ética, que pone el acento más en el resultado que en la intención y que, por tanto, al menos en este sentido, puede ser denominada *neoutilitarista*, parte de la constatación de que la moral individual, confiada a la buena voluntad, es insuficiente, por impotente, para resolver los problemas sociales de justicia. El Estado se convierte cada vez más, aunque no lo diga, en *Estado ético*, en Estado no simplemente de derecho, como el liberal, sino de justicia. Pero no por la *vía política*, en cuyo caso estaríamos ante una reviviscencia hegeliana del Estado como sujeto de la eticidad, por donde fácilmente se desemboca en totalitarismo (que no es sino la realización jurídico-política, coercitivamente impuesta, de supuestos valores éticos), sino por la *vía administrativa* y del *derecho social*. Una gran parte de la moral es de este modo tecnificada, mediante la administración de las virtudes sociales (beneficencia, prudencia como aseguramiento y previsión sociales, etc.) y la ampliación del concepto de "servicio público", planificado y burocratizado.

Pero esta nueva dimensión, moral y, a la vez, rigurosamente jurídico-positiva ya, y cada vez más, ha sido trabajosamente conquistada, desde hace más de un siglo, a través de la lucha político-laboral, por unos *derechos sociales* que, al igual de los anteriores "derechos del hombre y del ciudadano", se trataba de hacer inscribir en la ley positiva. A estos derechos sociales, a este "derecho del trabajo" como demanda y exigencia, entonces no satisfecha aún (ni ahora tampoco del todo, claro está), nadie le aplicaba la denominación de "derecho natural", porque el nombre estaba anticuado ya. Pero el sentido de toda esta reivindicación ha sido, a otro nivel histórico-social, equivalente al del iusnaturalismo revolucionario del

siglo XVIII. Se trata de la misma función que, como vimos, no es meramente ética porque tiende constitutivamente al reconocimiento jurídico positivo.

En resumen, el viejo nombre de derecho natural puede no gustar (es lo que me ocurre a mí) porque ni es estrictamente "natural" (dado con la naturaleza), ni es estrictamente derecho (positivo). Pero apunta a una actitud demandante que lleva en su seno la pretensión jurídica. Y, como vimos, mantiene el Derecho abierto a la realidad histórica, cultural, política y social.

El llamado derecho natural es, en acto, más moral que jurídico; pero, en potencia, en intencionalidad, anticipatoriamente, es el derecho del porvenir inmediato, es la prefiguración del orden jurídico futuro. Por eso la voluntad moral que lo anima no es, simplemente, *individual* (recordemos aquella impotencia individual, de la que ya era consciente Crisipo). El sujeto del derecho natural, concebido funcionalmente, es una *fuerza social* (encarnada en una clase o grupo y objetivada en una "ideología"); y no hay propiamente derecho natural, sino meramente una exigencia moral, cuando falta la intención de que llegue a ser materialmente derecho positivo, o cuando, por evolución cultural, se ha renunciado a la positividad, como ocurre en muchos aspectos de la vida moderna. El derecho natural consiste precisamente en la pretensión de positividad (fundada, metapositivamente, en su carácter "natural", es decir, indiscutible), en el movimiento en dirección hacia la positividad, y en la vigencia social en cuanto preparatoria y anticipatoria de la vigencia jurídica. La culminación de su pretensión se lograría—en la línea de la función *inter gentes*—con el reconocimiento jurídico de todos los derechos "naturales" para todos los pueblos. Y en este sentido no hay duda de que también los esfuerzos concretos y realistas por la unidad europea, por la liberación de los pueblos y razas oprimidos y por la Organización de las Naciones Unidas, son modestas realizaciones del derecho natural en cuanto *ius gentium*. Era, en efecto, profunda la visión de los fundadores del Derecho Internacional, al entenderlo desde el derecho natural y, en algún modo, es menester volver a aquella visión. Porque la *lucha por el derecho* en que, en definitiva, consiste, como función, el derecho natural, no es sólo lucha por un *derecho positivo nacional*, sino también por un *derecho positivo internacional o universal*, para que encarnen ambos, cada vez más, valores éticos y realicen la aspiración humana—en los términos en que, contemporáneamente, se vaya presentando—de la justicia sobre la tierra.