

EL IUSNATURALISMO ANTE LOS AÑOS 70

SUMARIO: 1. Planteamiento.—2. La situación espiritual de la moderna Ciencia del Derecho europea y la crisis del positivismo jurídico.—3. El Derecho natural y la moderna Teoría general del Derecho: 3.1. Derecho natural y definición del Derecho. 3.2. Derecho natural y sistema de fuentes jurídicas. 3.3. Derecho natural y Ordenamiento jurídico.—4. Derecho natural y Metodología del Derecho: 4.1. Derecho natural y «crítica de las leyes». 4.2. Derecho natural y Metodología de la interpretación y aplicación del Derecho.—5. Derecho natural e ideología: 5.1. Derecho natural y Derecho de resistencia. 5.2. Derecho natural y derechos humanos. 5.3. Derecho natural e historia: 5.3.1. Posibilidad de una función histórica iusnaturalista; 5.3.2. Sentido en que cabe calificar de «ideológica» la función histórica del Derecho natural; 5.3.3. Trascendencia práctica de la función histórica iusnaturalista.—6. Conclusión: Ante una nueva década en la multiseccular tradición iusnaturalista.

1. En los últimos tiempos, y contra lo que era habitual en el seno de nuestra cultura jurídica, se han alzado con monótono tino algunos juicios de inconformidad contra el Derecho natural. Como quiera que en muchas ocasiones nace la crítica de un deficiente enfoque de la realidad iusnaturalista y un lamentable olvido de lo que el Derecho natural ha representado en la literatura jurídica de nuestros días, parece obligado intentar la corrección de este *quid pro quo* sin lo que no adelantáramos un paso en la inteligencia del iusnaturalismo.

Es evidente que incurriría en un craso error histórico, cuando no en una inexcusable falta de honradez intelectual quien pretendiera hoy la impugnación de cualquier instituto o doctrina, partiendo únicamente no de lo que es, sino de lo que fue en una determinada fase de su historia. Algo semejante ocurre, sin embargo, con algunas de las modernas críticas del Derecho natural, las cuales, lejos de centrarse en el conjunto de su acervo doctrinal y en su proyección sobre el presente, lo identifican con alguna de las escuelas en que halló expresión en el pasado o, inclusive, con el pensamiento de un autor, pretendiendo extraer de tales análisis juicios de validez universal. Urge abandonar este anacronismo interpretativo para

comprender que el Derecho natural, incluyendo en su noción el legado de una tradición bimilenaria, no puede ser cabalmente entendido, sino en función de su realidad actual. Por ello, parece que un estudio sobre el pensamiento iusnaturalista contemporáneo puede contribuir a desvanecer numerosas opiniones preconcebidas y lugares comunes. En especial el insistir sobre el auge de la instancia iusnaturalista allende nuestras fronteras puede inducirnos a una recapitulación con la que, tal vez, pudiera evitarse que propagándose la dirección anti-iusnaturalista se incurriera en esa aporía histórica que en tantas ocasiones ha traumatizado nuestra vida intelectual: la tendencia a navegar contra corriente, síntoma indeleble de inoportunidad.

2. Tras la conclusión de la segunda guerra mundial surge con poderosísimo empuje lo que Recaséns Siches ha calificado de segundo renacimiento iusnaturalista (1). El primero se había producido desde principios de nuestro siglo como superación de los esquemas teóricos del positivismo jurídico (2), pero ha sido, sin duda, el segundo al superar la dimensión práctica en que el positivismo jurídico había cristalizado, el que ha revestido mayor intensidad y difusión. En efecto, el dilatado eco suscitado por la problemática iusnaturalista (3) va ligado a lo que se ha dado en

(1) «Otra vez, y con renovado vigor: Derecho natural», en *ACFS*, 1965-1966, páginas 5 ss.

(2) Así lo reflejan, por ej., las obras de: I. PETRONE, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania*, Spoerri, Pisa, 1895; J. BONNECASE, *La notion de Droit en France au dix-neuvième siècle*, de Boccard, París, 1919; E. LANDSBERG, «Zur ewigen Wiederkehr des Naturrechts», en *ARWP*, 1925, páginas 348-76; M. LE FUR, *La théorie du Droit naturel depuis le XVIII^e siècle et la doctrine moderne*, Hachette, París, 1928; Q. SALDAÑA, *La última fase del positivismo jurídico en Italia*, Reus, Madrid, 1935; E. ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Hegner, München, 2.^a edic., 1947 (la primera edición databa de 1936).

(3) El problema del Derecho natural sigue siendo uno de los temas centrales de la moderna literatura jurídica como acreditan los apéndices bibliográficos de numerosas publicaciones, entre las que pueden citarse: J. RUIZ-GIMÉNEZ, *Introducción a la Filosofía jurídica*, EPESA, Madrid, 2.^a edic., 1960, págs. 480-484; E. LUÑO PEÑA, *Derecho natural*, La Hormiga de Oro, Barcelona, 5.^a edic., 1965, páginas 539-574; *Historia de la Filosofía del Derecho*, La Hormiga de Oro, Barcelona, 2.^a edic., 1955, págs. 14-58; W. MAIHOFER, *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1962, págs. 580-622; H. DIETER SCHELAUSKE, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland*, Bachem, Köln, 1968, págs. 361-378; E. SERRANO VILAFANÉ, *Concepciones iusnaturalistas actuales*, Editora Nacional, Madrid, 1967, págs. 317-334. Sobre la bibliografía italiana sobre el particular, *vid.* nuestro trabajo *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*

llamar la *reductio ad Hitlerum*; esto es, a la responsabilización del positivismo jurídico, como teoría antagónica del Derecho natural, del advenimiento y ulterior desarrollo de los totalitarismos nazi y fascista.

Era natural que tras la catástrofe, que en el terreno jurídico como en todos los demás órdenes de la vida esos sistemas comportaron, un sinnúmero de profesores y jurisconsultos de Italia y Alemania, y siguiendo su ejemplo de otras latitudes, se replantearan la vuelta a la meditación iusnaturalista. En años sucesivos la persistencia en gran parte del mundo de sistemas que encarnan la negación radical de todos los valores jurídicos y garantías del Estado de derecho, así como la acuciante aspiración universalmente compartida de eliminar la incertidumbre de la vida internacional cimentando ésta en los principios de una paz justa, han sido estímulos cuya contribución a ese vigoroso renacimiento de la idea del Derecho natural es apodíctica. Si se tiene esto presente no puede resultar extraño que a diferencia de otras épocas, la nuestra se caracterice por el denodado esfuerzo dirigido a plasmar en la praxis las consecuencias de la idea iusnaturalista. Dicho esfuerzo no viene circunscrito al pensamiento iusfilosófico, sino que se manifiesta con igual intensidad en las obras de carácter eminentemente teórico que en la práctica jurídica, teniendo así como protagonistas lo mismo a estudiosos de la filosofía del Derecho que a especialistas de diversas disciplinas jurídicas o no jurídicas, y en última instancia al hombre que desenvuelve su existencia en el Derecho (4). Ello exige a la hora de iniciar cualquier exposición de las modernas manifestaciones del iusnaturalismo, distinguir entre la variedad de planos en que las mismas se producen.

3. El positivismo jurídico había elaborado una teoría del Derecho que se centraba en la monopolización del fenómeno jurídico por el Estado. Frente a esta tesis el iusnaturalismo de inspiración institucionalista ha reivindicado la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, en base al reconocimiento de la capacidad autonormativa de los grupos so-

en la Italia moderna de próxima publicación en *Studia Albornotiana*, Bolonia. *Vid.* también los artículos de H. P. SCHNEIDER en la revista *NLF*: «Books and Articles on Natural Law and related areas, A Bibliography of material published in Germany, Austria, Switzerland, and Italy, 1964», págs. 309-312; «A Bibliography of material published in Germany, Austria, France, Switzerland, and Italy, 1964 and 1965», págs. 150-154; «A Bibliography of material published in Germany, Austria, France, Switzerland, and Italy, 1965 and 1966», págs. 249-256.

(4) Sobre los diversos planos en que se manifiesta la instancia iusnaturalista, *vid.*: E. WOLF, *Das Problem der Naturrechtslehre*, Müller, Karlsruhe, 1955, páginas 1-5; CH. EISENMANN, *Le juriste et le Droit naturel*, en el vol. col. *Le Droit naturel*, PUF, París, 1959, págs. 205-229.

ciales. Esta postura ha tenido una repercusión decisiva para las disciplinas jurídicas de fundamentación no estatal (Derecho canónico, Derecho internacional, Derecho sindical...) que han visto en sus premisas el más sólido apoyo para la sustentación teórica de su autonomía.

La teoría del Derecho defendida por el positivismo jurídico venía, además, caracterizada por las siguientes notas, todas ellas objeto de una profunda crítica iusnaturalista:

3.1. Con respecto a la definición del Derecho la teoría de la coactividad, según la cual sólo debía entenderse por Derecho un sistema de normas respaldadas por la fuerza material. Frente a esta teoría que fundamenta el *ius* en el *iussum*, ha opuesto el iusnaturalismo actual, como el de siempre, la exigencia del *ius quia iustum*: el Derecho como expresión de la justicia. Frente a la norma concebida como *ratione imperii*, la necesidad de que ésta suponga un verdadero *imperium rationis* ha sido una de las constantes de la tradición iusnaturalista.

Si el Derecho fuese únicamente un fenómeno del poder político; de mera fuerza—tal como se desprende de las tesis iuspositivistas—, no habría en absoluto ningún fundamento jurídico para la crítica o protesta contra todos los desafueros llevados a cabo por los despotismos que, en todo tiempo, han ensombrecido el panorama político. «Sería insensato protestar—dice Recaséns—por el hecho de que el Estado totalitario intenta apoderarse no sólo de los cuerpos de sus súbditos, sino también de sus almas, de su pensamiento, de su conciencia. Todos estos hechos y otros de similar jaez podrían ser simplemente lamentados por sus víctimas, deplorando éstas el que en la lotería del juego de las fuerzas políticas tuvieron mala fortuna y les tocó estar abajo. Pero cualquier crítica o protesta no tendría base alguna sobre la que apoyarse. Quien sufre los efectos del rayo fulminador, de la inundación devastadora o del huracán que arruina, puede llorar su mala suerte; pero si está en uso cabal de sus funciones mentales, no tendrá la ocurrencia de «protestar» contra tales sucesos aciagos» (5).

Nada tiene de particular que el iusnaturalismo contemporáneo haya acogido la temática existencialista trasplantándola a los dominios del Derecho. La angustia del hombre—ser en situación—ante la perversión paulatina de algunos ordenamientos jurídicos ha encontrado amplio eco en la moderna iusfilosofía (6). Tampoco puede olvidarse la importante

(5) *Op. cit.*, pág. 11.

(6) Sobre el problema de las relaciones entre el existencialismo y la doctrina del Derecho natural pueden consultarse, entre otros, los estudios de: F. A. F. VON DER HEYDTE, «Existentialphilosophie und Naturrecht», en *StdZ*, 1948-49, pági-

corriente de pensadores que sobre las bases de la filosofía tradicional cristiana han elevado su voz para recordar la inescindible vinculación del Derecho a la justicia (7).

3.2. En segundo lugar, la teoría del Derecho positivista se caracterizaba por una concepción de las fuentes del Derecho que comportaba la absoluta supremacía de la ley estatal sobre todas las restantes fuentes. El Derecho consuetudinario, el Derecho científico y el derivado de la propia naturaleza de las cosas quedaban reducidos al papel de fuentes subsidiarias o aparentes.

La crítica de estos postulados se ha producido desde casi todas las ramas del Derecho y es hoy lugar común en los estudios sobre la materia.

Sobre la relevancia del Derecho consuetudinario, jurisprudencial y científico en la teoría y en la práctica de la experiencia jurídica hallamos una amplia y documentada bibliografía (8) que pone en entredicho la pretendida validez de los dogmas iuspositivistas.

nas 185-198; A. QUINTANO RIPOLLÉS, «Il diritto naturale nella prospettiva relativistico-esistenziale», *RIFD*, 1951, págs. 673-690; G. QUADRI, «Giusnaturalismo e paradossia come problema per la filosofia dell'esistenza e per l'eudemonismo dei valori», en *RIFD*, 1955, págs. 327-343; E. FECHNER, «Naturrecht und Existenzphilosophie», en *ARSP*, 1954-55, págs. 348-371; W. MAIHOFER, «El Derecho natural como derecho existencial», en *AFD*, 1962, págs. 9-34; publicado en alemán con el título *Naturrecht als Existenzrecht*, Klostermann, Frankfurt a. Main, 1963; H. DIETER SCHELAUSKE, *Naturrechts und Existentialismus*, en su vol. *Naturrechtsdiskussion in Deutschland*, cit., págs. 140-153; F. ELÍAS DE TEJADA, «Echi esistencialisti nella Filosofia del Diritto della Spagna attuale», en *RIFD*, 1950, páginas 1-24; J. BRUFAU, *Moral, vida social y derecho en Jean-Paul Sartre*, Universidad de Salamanca, 1967.

(7) La doctrina pontificia más reciente sobre el particular es lo suficientemente elocuente como para hacer superfluo cualquier intento de enumeración exhaustiva de la abundante bibliografía sobre la cuestión.

(8) Así, por ejemplo, las obras de: G. AMBROSETTI, *Contributi a una filosofia del costume*, Zanichelli, Bologna, 1959; N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Cedam, Padova, 1942, y *Consuetudine. Teoria generale* en *Enciclopedia del Diritto*, vol. IX, Giuffrè, Milano, 1961, págs. 426-443; O. BRUSIN, *Über das juristische Denken*, Akademische Buchhandlung, Helsingfors, 1951; J. PUIG BRUTAU, *La Jurisprudencia como fuente del Derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona, s. a.; J. CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación judicial del Derecho y el arbitrio de equidad*, Reus, Madrid, 1953; J. ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Mohr, Tübingen, 1956; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, Stuttgart, 3.ª edic., 1964; K. ROTH-STIELOW, *Die Auflehnung des Richters gegen das Gesetz*, Ring-Verlag, Villingen, 1963; L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967.

Especial relevancia ha adquirido en los últimos tiempos la teoría de la *Natur der Sache* elaborada originariamente por la doctrina mercantilista alemana, pero que ulteriormente ha merecido la atención de un amplio sector del pensamiento jurídico, en especial por parte de los especialistas de la filosofía del Derecho. La acertada observación de Batiffol, para quien «rechercher dans l'observation des réalités la justification des règles de conduite, notamment juridiques, paraît répondre à une tendance profonde de l'esprit» (9), se ha reflejado en una copiosa serie de trabajos sobre el particular (10).

3.3. Por último, la teoría positivista del Derecho suponía, con referencia al ordenamiento jurídico, la concepción de éste como un sistema cerrado y autosuficiente caracterizado por las notas de: plenitud o ausencia de lagunas, y de coherencia o ausencia de antinomias.

También en este punto el positivismo jurídico ha sido profundamente revisado por una abundante literatura jurídica encaminada a mostrar la constante e ineliminable presencia de lagunas y contradicciones en los sistemas legales (11).

(9) *La Philosophie du Droit*, PUF, París, 2.^a edic., 1962, pág. 55.

(10) *Vid.*, entre otros, los de: G. RADBRUCH, «La natura della cosa come forma giuridica di pensiero», en *RIFD*, 1941, págs. 145-156; W. MAIHOFER, «Die Natur der Sache», en *ARSP*, 1958, págs. 145-174; N. BOBBIO, «Über den Begriff der Natur der Sache», en *ARSP*, 1958, págs. 305-321; A. BARATTA, «Natura del fatto e diritto naturale», en *RIFD*, 1959, págs. 177-228; I. TAMMELO, «La natura dei fatti come topos giuridico», en *RIFD*, 1963, págs. 655-683; G. STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache*, Mohr, Tübingen, 1957; O. BALLWEG, *Zu einer Lehre von der Natur der Sache*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1960; H. SCHAMBECK, *Der Begriff der Natur der Sache*, Springer, Wien, 1964; A. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache*, Müller, Karlsruhe, 1965; R. DREIER, *Zum Begriff der Natur der Sache*, de Gruyter, Berlín, 1965; N. POULANTZAS, *Nature des choses et droit*, Pichon, París, 1965; M. VILLEY, «Historique de la nature des choses», en *APD*, 1965, págs. 267-283; J. STONE, «The Nature of Things on the Way to Positivism? Reflections on a Concrete Natural Law», en *ARSP*, 1964, págs. 145-168; J. KIM, *Methodentrismus und Natur der Sache im Denken Gustav Radbruchs*, Diss. iur. Universidad de Freiburg i. B., 1966; M. DIESSEL HORST, *Die Natur der Sache als aussergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie*, Mohr, Tübingen, 1968; *vid.* también el vol. col. *Droit et nature des choses. Travaux du colloque de Philosophie du Droit Comparé*, Dalloz, París, 1965; A. de Asís, «La naturaleza de la cosa y el Derecho natural», en su *Manual de Derecho natural*, vol. I, Urania, Granada, 1963, págs. 384 ss.; M. HURTADO BAUTISTA, «Droit et nature des choses dans la philosophie hispanique du Droit», en *AFDT*, 1964, páginas 177 y ss., recogido también en el vol. col. *Droit et nature des choses*, cit.; F. PUY, «El derecho y la naturaleza de las cosas», en *AFD*, 1966, págs. 75 ss.

(11) *Vid.* sobre el problema de las lagunas: T. ASCARELLI, «Il problema delle

Cuando en este campo se pretende eludir las objeciones al positivismo jurídico afirmando que la plenitud y coherencia no se predicán de la mera legislación positiva, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto, se está reconociendo la legitimidad de un sistema plural de fuentes del Derecho, y con ello, en última instancia, se da la razón al iusnaturalismo que durante siglos ha educado a los hombres en la idea de que la vida jurídica no se agota en los preceptos emanados de quien, en determinado momento, detenta el poder político.

4. La situación hasta aquí descrita ha tenido también amplia repercusión en el ámbito metodológico donde se advierte un progresivo abandono del método positivista. El propio Karl Larenz ha señalado como notas caracterizadoras de los esfuerzos metódicos actuales la vuelta a una jurisprudencia axiológica y a un Derecho natural de los valores experimentados históricamente. La parte histórico-crítica de su *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* constituye un testimonio aleccionador que muestra la progresiva afirmación de las bases estimativas extralegales en la doctrina del método jurídico (12).

El positivismo jurídico representaba en el plano metodológico la exigencia de realizar una aproximación al fenómeno jurídico limitada a un estudio acrítico del Derecho positivo. El positivismo conduce, de este modo, al formalismo jurídico al considerar únicamente como derecho la norma emanada del Estado que respeta los cauces formales para su promulgación, y con independencia de que su contenido material responda o no a un determinado orden de valores.

En el método de la ciencia jurídica esto se traduce en la reducción de la actividad del jurista y del juez a un quehacer mecánico. El jurista

lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. nel diritto privato», en *Studi di diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1952, págs. 218 ss.; A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Giappichelli, Torino, 1962, esp. págs. 92 ss.; K. ENGISCH, «Der Begriff der Rechtslücke», en *Festschrift für W. Sauer*, de Gruyter, Berlín, 1949, págs. 95 ss.; C. W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Duncker & Humblot, Berlín, 1964. Sobre las antinomias, vid.: G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Giappichelli, Torino, 1959; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, esp. cap. III; CH. PERELMAN, *Les Antinomies en Droit*, Bruylant, Bruxèlles, 1965, vol. col.; A. MARTÍNEZ SARRIÓN, «Limitaciones del Derecho: las antinomias jurídicas», en *RdDPr*, 1967, páginas 489 ss.; A. BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Giuffrè, Milano, 1963.

(12) *Op. cit.*, Springer, Berlín, Göttingen, Heilderberg, 1960, esp. parte I, capítulos IV-V, págs. 83 ss. (de esta obra existe una traducción castellana de E. GIMBERNAT, Ariel, Barcelona, 1966).

fruto del modelo metodológico del iuspositivismo reduce su función a la de mero traductor jurídico de la voluntad política del poder. Los jueces se convierten en «la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur», según la conocida fórmula acuñada por Montesquieu (13).

El positivismo jurídico olvidaba que el Derecho tal como es promulgado por el legislador y tal como de éste lo recibe el jurista, constituye tan sólo una materia prima. «La ciencia jurídica—son palabras de Recaséns Siches—debe "refinarlo", así como el petróleo es refinado para convertirlo en un combustible; así como el jugo de la remolacha es refinado para sacar de él azúcar. El Derecho reelaborado, preparado y sazonado, tal y como sale de las manos del jurista, no es exactamente el mismo que el que sale de las manos del legislador. *El jurista le añade algo sin lo cual la ley resultaría inutilizable*» (14).

Hoy la tendencia hacia la ampliación de los medios hermenéuticos y consiguientemente hacia la afirmación de la autonomía del intérprete, constituye uno de los aspectos más salientes de la moderna metodología jurídica (15).

De otra parte, una serie de publicaciones recientes ha puesto de relieve la incontestable presencia de elementos ideológicos en los procesos de interpretación y aplicación del Derecho. La «pureza del método» ha sido, en nuestros días, objeto de repetida impugnación. Mérito principal de la misma es el haber puesto de relieve los aspectos ideológicos que la elección metodológica lleva implícitos, y que el positivismo pretendía ocultar tras la pantalla de estructuras aparentemente neutras. La participación del intérprete en la elaboración o creación—si se desea dar

(13) *Esprit des Lois*, XI, 6.

(14) *Op. cit.*, pág. 36.

(15) Así, E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1955; «Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem Problem der Auslegung», en *ARSP*, 1952-53, págs. 354-374; «Di una teoria generale della interpretazione», en *RIFD*, 1965, págs. 236-262; L. RECASÉNS SICHES, *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956; J. PUIG BRUTAU, *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, cit.; M. ELIA, «Il diritto come sintesi concreta e il potere del giudice», en el vol. *Diritto naturale vigente*, Studium, Roma, 1951, págs. 71-80; H. COING, *Die juristischen Auslegungsmethoden und die Lehren der allgemeinen Hermeneutik*, Westdeutscher Verlag, Köln-Opladen, 1959; E. FORSTHOFF, *Recht und Sprache; Prolegomena zu einer richterlichen Hermeneutik*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1964; F. MÜLLER, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt and Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlín, 1966.

al traste con inútiles eufemismos—del Derecho es hoy un factor ampliamente recogido en los estudios sobre el proceso de formación de las sentencias y sobre los elementos psicológicos e ideológicos que inciden en la labor interpretativa de juristas y magistrados (16).

En el ámbito metodológico el pensamiento jurídico moderno supone un desbordamiento de aquellos angostos límites en los que el «legalismo» positivista se había enclaustrado. La moderna metodología viene caracterizada por una radical apetencia de conocimiento del ordenamiento jurídico en su complejidad estructural y en sus reales articulaciones, la cual no puede ya ser satisfecha por las periclitadas técnicas de un formalismo legalista. En la actualidad el jurista siente, más que nunca, la urgencia de una colaboración interdisciplinar que le permita la aprehensión cabal del fenómeno jurídico. Los prejuicios de un trasnochado «purismo» metódico han cedido ante el imperativo cada vez más apremiante de religar el Derecho con el contexto cultural en que se desenvuelve. Los inescindibles nexos que vinculan el hecho jurídico con sus presupuestos históricos, sociales y éticos, invalidan en nuestro tiempo la pretensión de un estudio abstracto del Derecho basada en una falaz interpretación de su autonomía.

El Derecho natural supone también en este campo una sugestiva respuesta a los problemas que la moderna metodología jurídica tiene planteados.

4.1. Representa, en primer lugar, la exigencia de una «crítica de las leyes», entendida según A. E. Cammarata, «come il vaglio cui la coscienza non può non sottoporre ogni precepto che si presenta come alcunché voluto da altri, ma non ancora da noi» (17). El iusnaturalismo se traduce

(16) *Vid.*, L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Cedam, Padova, 1954; L. BAGOLINI, «La scelta del metodo nella giurisprudenza», en *RTDPC*, 1957, págs. 1.054-1.066, y ahora en su libro *Visioni della giustizia e senso comune*, Il Mulino, Bologna, 1968, págs. 255-271; M. CAPPELLETTI, «Ideologie nel diritto processuale», en *RTDPC*, 1962, págs. 193-220; CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano, 1966; S. RODOTÀ, «Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile», en *RDCo*, 1967, páginas 83 ss.; G. TARELLO, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, ed. di Comunità, Milano, 1967; W. MAIHOFFER, «Ideologie und Recht», en el vol. col. *Ideologie und Recht*, Herausgegeben von W. Maihofer, Klostermann, Frankfurt a. Main, 1969, págs. 1-35; A. HOLLERBACH, «Ideologie und Verfassung», *ibidem*, páginas 37-61; P. NOLL, «Ideologie und Gesetzgebung», *ibidem*, págs. 63-81; T. VIEHWEG, «Ideologie und Rechtsdogmatik», *ibidem*, págs. 83-95.

(17) «Giusnaturalismo e critica delle leggi in rapporto alla distinzione tra giustizia ed equità», en *Bollettino dell'Istituto di Filosofia del Diritto*, Università di Roma, 1941, núm. 1, pág. 13.

aquí en una invitación hecha al jurista para que éste no autolimite su gestión a la mera exégesis de los preceptos legales, sino que proyecte sobre ellos toda la capacidad crítico-valorativa de su razón. Quienes defienden el Derecho natural parten de la contingencia de los diversos ordenamientos positivos, pero lejos de refugiarse en un cómodo pesimismo, confían plenamente en su perfectibilidad, para la cual es indispensable la actitud justipreciadora de los juristas, que resultan así elevados a la dignidad de elementos dinámicos del sistema.

Si la exigencia de una crítica de las leyes fue siempre necesaria, hoy, en presencia de la revolución tecnológica que transforma desde sus cimientos la entera sociedad, debe considerarse perentoria. El iuspositivismo con su concepción de una ciencia jurídica estrictamente dirigida a la sistematización formalista de las normas vigentes había, por largo tiempo, soslayado que el Derecho como fenómeno social se halla plenamente inmerso en las transformaciones históricas. Ninguna actitud sería más inoportuna en la vida jurídica moderna que la del jurista que pretendiendo ser fiel al dogma intangible del iuspositivismo autolimitase su labor al *dicere legem*, encerrándose en un caparazón de acritica neutralidad. En la hora presente el jurista se halla ante un conjunto de instituciones carentes, en gran parte, de significación, inadecuadas para la consecución de sus fines, o dirigidas a la prosecución de metas ya rebasadas. El jurista consciente no puede dejar de hacer un balance crítico de lo que está vigente o no en las estructuras institucionales de la comunidad en que desarrolla su existencia. Su labor, sin embargo, no sería completa si junto a esa crítica el jurista no advirtiera las nuevas necesidades sociales y no proyectara los instrumentos jurídicos adecuados para su más eficaz reglamentación. «Accanto alla cauta, lenta opera tradizionale di comprensione-adattamento dello *ius conditum*, egli non può più evitare l'audace progettazione dello *ius condendum*» (18).

A través de su actividad de programación, así como de la crítica de las sentencias judiciales, medidas administrativas y disposiciones legislativas, el jurista estimula paulatinamente pero de forma continua la transformación del ordenamiento jurídico y de la praxis interpretati-

(18) S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Il Mulino, Bologna, 1968, pág. 175. Por su parte S. RODOTÀ ha señalado que la actuación del jurista debe dirigirse no sólo a la racionalización de los hechos del pasado, sino a «progettare un difficile futuro, che sarebbe arduo disciplinare con gli schemi di un'età diversa». «Gli studi di diritto contemporaneo», en el vol. col. *Gli studi di storia e di diritto contemporaneo*, ed. di Comunità, Milano, 1968, pág. 108.

va (19). Esta labor venía tradicionalmente englobada bajo el epígrafe genérico de la política legislativa que tenía como principal cometido el establecimiento de los fines que se estimaba debía perseguir el ordenamiento jurídico, así como los medios más adecuados para alcanzarlos. Estos fines en buena política legislativa deben hallarse en íntima consonancia con las exigencias prácticas sociales y éticas de cada momento histórico. Su determinación entraña una serie inagotable de aporías y responsabilidades para el jurista, siendo por ello muestra evidente de la dignidad de su quehacer.

4.2. En segundo lugar la doctrina iusnaturalista lleva implícito el reconocimiento de la dimensión esencialmente humana—y como tal ética—de la actividad encaminada a interpretar y aplicar el Derecho.

En fecha relativamente reciente, Herbert Hart (20), recurriendo a una sutil explicación, ha pretendido actualizar la tesis positivista de la separación entre moral y Derecho. Según este autor, deben distinguirse: los *juicios de validez jurídica*, que comportan un punto de vista interno y suponen el reconocimiento de que una norma se halla de acuerdo con las condiciones exigidas para ser tal por las normas fundamentales de un determinado sistema jurídico; de los *juicios de legitimidad jurídica*, que implican una postura crítica sin asumir el sistema y en base a criterios extrajurídicos, sobre el mérito de la norma y la conveniencia de obedecerla. Teóricamente la separación entre moral y Derecho evita—a juicio de Hart—cualquier mixtificación entre ambos sistemas normativos de la conducta humana, al hacer independiente la idea del Derecho de cualquier atributo de valor en sí misma.

Esta distinción, cuyas raíces tomasianas y kantianas son evidentes, es, pese a lo sugestivo de su forma, muy discutible. Como ha puesto de relieve el P. Lener, debe rechazarse categóricamente toda posibilidad de separar la moral y el Derecho, ya que tal escisión repugnaría a la unidad de la conciencia (21). En base a esta necesidad de coherencia in-

(19) Cfr. E. WOLF, *Fragwürdigkeit und Notwendigkeit der Rechtswissenschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 2.ª edic., 1965, páginas 22-23.

(20) *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, vide especialmente capítulos VIII y IX, págs. 151 ss.

(21) «Cattolici giuristi o giuristi cattolici?», en el vol. *Diritto naturale vigente*, cit., págs. 37-50. Para crítica expresa de la posición de HART, vide L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University, New Haven & London, 1964. La polémica entre estos autores se había iniciado con la publicación por parte de HART de un artículo sobre «Positivism and the separation of law and morals», en *HLR*, 1958, págs. 593-629, al que siguió el trabajo de FULLER, «Positivism and fidelity to law—a reply to Professor Hart», en *HLR*, 1958, págs. 630-672.

terna del jurista afirmaba Di Piazza que el acto con el que un jurista teórico desconoce una o más normas positivas como normas jurídicas, es un acto propio de su cualidad de jurista. Es propio de cada estudioso —dice Di Piazza— la determinación del objeto de su propia ciencia, y, por ello, la exclusión de los elementos extraños a su propio campo de observación y experimentación (22).

El reconocimiento de unos factores extra-normativos que determinan el alcance de la interpretación y aplicación de la norma no debe entenderse como una mixtificación, sino que responde a una actitud estrictamente científica. Esa actitud se halla en perfecta consonancia con la dimensión metodológica iusnaturalista proyectada hacia una interpretación general del fenómeno jurídico. Se superan, de este modo, los arbitrarios compartimentos estancos y los infundados aislacionismos del *approach* metódico iuspositivista. El Derecho natural se presenta como una completa *Weltanschauung* jurídica que supone: de un lado, el punto de engarce y articulación entre el orden moral y el jurídico, y de otro, un acabado orden de la sociedad, orden social que en la feliz expresión de Frosini es «*struttura di società aperta*» (23).

5. En el párrafo anterior, al aludir a las repercusiones del iusnaturalismo en orden a una determinada concepción de la sociedad, rebasábamos los dominios de la metodología para adentrarnos en el terreno ideológico. Es precisamente en este sector donde la antítesis iusnaturalismo-positivismo jurídico alcanza su punto álgido.

En este campo es notorio cómo la tradición del Derecho natural postula el principio de la resistencia frente a la norma injusta, que acarrea el incumplimiento de los mandatos en ella contenidos. El positivismo jurídico, por el contrario, exige el acatamiento incondicionado del Derecho positivo en cuanto tal, aunque deja abierta la posibilidad de una resistencia basada en motivaciones de orden ético o político, pero irrelevantes desde el punto de vista del Derecho. A juicio de los positivistas esta actitud puede proporcionar la base para una vigorosa resistencia moral contra el derecho injusto. A juicio de estos autores, y como ya se ha expuesto de Hart, cuando se traza una fractura insalvable entre la moral y el Derecho, se consigue que este último, privado de cualquier atributo de intrínseca bondad, pueda venir considerado desde una perspectiva crítica. Creo que existen poderosas razones para no aceptar esta

(22) «Punti conclusivi sul "problema fondamentale"», en el vol. *Diritto naturale vigente*, cit., pág. 144.

(23) *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962, pág. 132.

tesis, e inclinarse también en el terreno ideológico por la posición iusnaturalista. Entre los argumentos que pueden abonar tal opción pueden apuntarse los siguientes:

- El positivismo jurídico al abstraer del ámbito del Derecho la posibilidad de una oposición a la norma inica debilita el alcance de la misma reduciéndola inevitablemente a un fenómeno de mera fuerza.
- La negación de la función ideológica iusnaturalista lleva aparejado el privar a la teoría de los Derechos humanos de su entronque histórico doctrinal en las exigencias ineludibles de la experiencia jurídica.
- El reconocimiento que en la actualidad ha alcanzado la función histórica del Derecho natural, reside, en gran parte, en la relevancia de su dimensión ideológica como cortapisa a las posibles degeneraciones del poder.

En las líneas que se siguen se tratará de esbozar una justificación de estas afirmaciones.

5.1. Respecto a la primera consideración conviene poner de manifiesto que el término «derecho» lleva implícita una carga emocional de mayor alcance que la expresada por los vocablos «costumbre» o «moralidad social». Diciendo que una norma es jurídica se suscita entre sus destinatarios un sentimiento sobre la necesidad de su obediencia y sobre su obligatoriedad, mayor del que revestiría caso de considerarla como consuetudinaria. Ello se debe a que en nuestra cultura jurídica palabras como *Jus*, *Recht*, *diritto*, *droit*, *direito*, *dret*, derecho... evocan desde su propia dimensión etimológica los presupuestos iusnaturalistas en que secularmente se asentaron. La pretensión del positivismo de privar a la noción del Derecho de cualquier atributo de rectitud se enfrenta con el peso de toda una tradición cultural y es incluso contraria a las exigencias de la praxis jurídica. Así se desprende de un interesante trabajo de Glanville L. Williams sobre *The Controversy Concerning the Word «Law»* (24), realizado desde el prisma del positivismo epistemológico. Williams, tras señalar que la polémica en torno a la noción del Derecho se reduce a una cuestión puramente verbal y que el modo más adecuado de enfocarla es dejar de argumentar sobre ella (25), llega a una conclusión que contradice sus propias premisas. En efecto, este autor afirma que si el término «Derecho internacional» fuese sustituido en el lenguaje común por la nomenclatura «costumbre internacional», las reglas inter-

(24) En *ARSP*, 1949-50, págs. 50-75.

(25) *Op. cit.*, págs. 70-72.

nacionales podrían perder parte del respeto y de la obligatoriedad que de ellas se derivan por el hecho de ser consideradas jurídicas (26).

Situar el planteamiento de la oposición al derecho injusto al margen de los cauces de la juridicidad significa privar a la facultad inherente a todo ser humano de oponer resistencia a la opresión, de gran parte de su posible eficacia. El Derecho natural, sin embargo, no se contenta con ofrecer un cauce jurídico eficaz para oponer al *Gesetzliches Unrecht* un *übergesetzliches Recht*, por decirlo con la conocida expresión de Radbruch (27), sino que supone a la vez una acabada formulación sobre el modo y alcance que la resistencia va a revestir.

El reconocimiento del Derecho a la *civil disobedience* constituye uno de los más antiguos y consagrados elementos de nuestra civilización. Esta teoría ha supuesto siempre unas garantías en cuanto a las circunstancias que iban a justificar la resistencia y los medios a emplear para realizarla. La doctrina del Derecho natural de resistencia es a la vez que una teoría de las causas y fines, una formulación de los métodos susceptibles de hacer legítima la desobediencia. Insistir sobre este punto resulta especialmente apropiado en nuestra época, en la que, en tantas ocasiones, se pretende fundar en un querer arbitrario y no en el imperativo ético de la razón el *leitmotiv* de la resistencia. Un ejemplo muy actual de cuanto aquí decimos nos ofrece la temática de los coloquios mantenidos en Berlín en julio de 1967 entre Herbert Marcuse, algunos profesores de la *Freie Universität* y un grupo de estudiantes. En esta discusión Marcuse pretendió concretar el alcance de su apelación a un Derecho natural de resistencia contenida en un trabajo anterior sobre la tolerancia represiva (28).

Los presupuestos del iusnaturalismo marcusiano podrían ser objeto de una amplia discusión crítica, tarea que rebasa el objeto de este trabajo (29). Baste aquí reseñar cómo dicho planteamiento hizo surgir en

(26) *Op. cit.*, pág. 73.

(27) Este era el título de un conocido trabajo publicado por RADBRUCH en *SJZ*, 1946, págs. 105 ss.

(28) Publicado en el vol. de R. P. WOLFF, B. MOORE Jr. y H. MARCUSE, *A Critique of Pure Tolerance*, Beacon Press, Boston, 1965, págs. 81 ss. y esp. 116-7.

(29) Sobre el pensamiento de MARCUSE, *vid.* el vol. col. de A. SCHMIDT, W. F. HAUG, C. OFFE, J. BERGMANN, H. BERNDT, R. REICHE, P. BREINES, *Antworten auf Herbert Marcuse*, con introducción de J. HABERMAS, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1968; V. MATHIEU, «Il "vecchio" rivoluzionario Marcuse tra i "giovani" rivoluzionari berlinesi», en *Il Mulino* (Rivista mensile di cultura e di politica), 1969, núm. 196, págs. 128-138; P. J. RIGA, «Herbert Marcuse et la critique sociale», en *JdM*, 1970, págs. 348-369; N. M. LÓPEZ CALERA, «Filosofía de la ne-

el curso del debate berlinés dos actitudes bien diferenciadas en lo que respecta al problema de la violencia en la oposición. Representaban la primera quienes implícita o explícitamente y desde perspectivas muy diversas aceptaban, en principio, la tesis iusnaturalista de la resistencia aludida por Marcuse; la segunda venía representada por quienes descartaban *a limine* cualquier tentativa de someter la acción revolucionaria a juicios de legitimidad.

En los exponentes de la primera postura se refleja siempre la necesidad de circunscribir el empleo de la violencia, que una actitud de resistencia al ordenamiento jurídico positivo puede implicar, a determinadas garantías. Esta inquietud se hace patente en las intervenciones del profesor Löwenthal, quien, tras patentizar su acuerdo con Marcuse en cuanto al reconocimiento de un Derecho natural de resistencia, afirma: «querría poner en guardia contra la equiparación de la resistencia contra opresión ilegal con la utilización de la violencia por minorías, sólo porque creen que no pueden salir de la posición minoritaria. Hay una gran diferencia entre esas dos cosas, y digo precisamente que en la tesis de que la sociedad está tan totalmente manipulada que, a pesar de todos los derechos democráticos, uno estará siempre en minoría, se tiene el peligro de justificar la acción violenta de la minoría contra la mayoría» (30).

Desde otro ángulo de enfoque se hallan presentes también estas inquietudes en el pensamiento del profesor Schwan cuando señala que las transformaciones revolucionarias no pueden justificarse más que atendiendo a su concreción. «De no ser así—nos dice—, la supraordenación de una supuesta verdad objetiva no demostrable a la libertad de la autodeterminación subjetiva es puro orgullo intelectual. Aquí está en obra un voluntarismo intelectual, una recaída en la forma más especulativa de metafísica» (31).

El propio Marcuse puso buen cuidado en concretar el orden de fines y el modo de ejercicio de su Derecho natural de resistencia. A su juicio la cuestión de si quienes apelan al derecho de resistencia producen por sí mismos el principio que fundamenta su resistencia al Derecho vigente, plantea un interesante problema. Este se refiere a si la apelación al derecho de resistencia no constituye la relativa apelación al interés de un

gación y crítica social en Herbert Marcuse», en *REP*, 1969, núm. 167, páginas 69-101; E. SERRANO VILLAFañÉ, «A propósito de Marcuse», en *REP*, 1970, número 174, págs. 113-144.

(30) *El final de la utopía*, trad. cast. de M. Sacristán, Ariel, Barcelona, 1968, pág. 124.

(31) *Op. ult. cit.*, pág. 114.

grupo determinado. Marcuse se apresura a manifestar que ese no es el sentido que históricamente ha asumido la doctrina del derecho de resistencia. «La doctrina del derecho de resistencia—son palabras de Marcuse—ha afirmado siempre que la apelación a un derecho superior que tiene validez universal, o sea, que rebasa el derecho y el privilegio autodefinidos de cualquier grupo determinado. Y, sin duda, hay una estrecha vinculación entre el derecho de resistencia y el Derecho natural. Dirán ustedes: lo que pasa es que ese supuesto derecho universal superior no existe. Yo creo que existe» (32). Para Marcuse el derecho de resistencia, si pretende alcanzar una relevancia práctica, no puede desvincularse de aquella serie de exigencias permanentes y universales que constituían el núcleo del acervo doctrinal iusnaturalista. «Cuando apelamos al derecho de la humanidad a la paz, al derecho de la humanidad a suprimir la explotación y la opresión, no se trata de intereses especiales y autodefinidos de grupo, sino de intereses, realmente, que son demostrables como derecho universal. Por eso podemos apelar también hoy al derecho de resistencia como a un derecho no meramente relativo, y deberíamos hacerlo» (33).

La tesis contraria fue sustentada, entre otros, por el profesor Claessens, para quien los postulados de Marcuse conducen a una razón transformadora distinta de la praxis revolucionaria. La discusión sobre si, en términos democráticos, la minoría está legitimada para imponer sus criterios a la mayoría, conduce a mantener los términos del debate dentro del sistema, y no fuera de él, sede que corresponde a un verdadero planteamiento revolucionario. En el pensamiento de Claessens la ley de la razón cede ante una voluntad revolucionaria situada más allá de cualquier tipo de justificación. «Nos encontramos—afirma—en una cultura con un determinado pasado represivo; somos una minoría progresiva; para que no se apague o se seque todo el impulso que queda, se trata de llegar a medidas muy concretas que alimenten esos impulsos, los mantengan y, si es posible, los intensifiquen por todas partes» (34).

Todavía parece más significativa, dentro de este segundo planteamiento, la respuesta que a la cuestión insistentemente planteada a lo largo

(32) *Op. ult. cit.*, pág. 90.

(33) *Op. ult. cit.*, págs. 90-91. La cultura contemporánea ofrece rasgos tan paradójicos como este reverdecimiento de aquella «vera lex recta ratio naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna...» ciceroniana (*De re publica*, III, 22), expresión de la universalidad objetiva iusnaturalista, por obra de quien, como MARCUSE, ha sido presentado como destructor de cualquier tipo de ligazón con la tradición doctrinal del pasado.

(34) *Op. ult. cit.*, pág. 130.

de las intervenciones sobre los fines perseguidos con la postura destructiva y sus consecuencias, formuló la joven asistente Marguerita von Brentano, citando un poema de Brecht: «Ardía la casa. Uno me preguntó, cuando ya las llamas le chamuscaban las cejas, que cómo estaba fuera, si por ventura no llovía ni hacía demasiado viento, y si había fuera otra casa, y así algunas cosas más. Sin contestarle, volví a salir» (35).

En las convulsiones político-sociales de la hora presente el Derecho natural viene a recordarnos la exigencia de someter nuestras acciones a unos límites de forma y contenido, que determinaran su legitimidad. El iusnaturalismo de toda época, sustentado en ocasiones desde posiciones filosóficas tan alejadas de la *philosophia perennis* como algunas de las aquí reseñadas, nos ha revelado la inescindible correlación entre medios y fines como presupuesto para la resistencia. La legitimidad de los fines se cifrará en su intrínseca racionalidad y en su aptitud para subordinar a las exigencias del bien común los caprichos del egoísmo. Pero como puede ocurrir que ciertas manifestaciones de nuestra libertad sean, en términos kantianos, incompatibles con la libertad de los demás, porque los medios para su logro resulten inconciliables con la forma universal de una ley, nos hace presente el Derecho natural que los medios se hallan inspirados y condicionados por el fin que persiguen. Los métodos encaminados a poner en obra el Derecho natural de resistencia son ya de por sí fines, de tal forma que la alteración de aquéllos implica la disolución de éstos.

5.2. La afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre en cuanto tal—nos dice Battaglia—no puede escindirse de la postulación de un Derecho natural; esto es distinto del positivo; preliminar y fundamental respecto a éste (36). En efecto, decir que existe un Derecho natural que obliga a todos los hombres, comporta situar al hombre; a cada hombre, como término de referencia y medida—*homo mensura*—de cualquier valor que el derecho suponga. Ello resulta de considerar al hombre en toda la dignidad que como ser racional y libre le corresponde.

La tradición iusnaturalista ha supuesto siempre junto a una teoría de la Ley natural, una teoría de los Derechos naturales (37) que la concre-

(35) *Op. ult. cit.*, pág. 144.

(36) «Dichiarazioni dei diritti», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Giuffrè, Milano, 1964, pág. 409; *vid.* también de este autor «La protezione internazionale dei diritti dell'uomo», en el vol. *Nuovi scritti di teoria dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1955, págs. 215-231.

(37) Cfr. F. Puy, *Lecciones de Derecho natural. Introducción a la ciencia del*

ción histórica de la Ley natural hacía necesaria como respuesta a las situaciones dadas. Esta función humanista del Derecho natural ha encontrado amplia repercusión en numerosas publicaciones de la postguerra, y constituye uno de los motivos que con mayor peso aconsejan el mantenimiento del iusnaturalismo.

No ha faltado, sin embargo, quien pusiera en tela de juicio el significado de esta aportación iusnaturalista. Quizá el trabajo de mayor rigor al respecto sea el realizado por Norberto Bobbio, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo* (38). Para Bobbio el problema de encontrar un fundamento absoluto a los Derechos del hombre responde a una doble ilusión iusnaturalista: a) que los valores últimos son demostrables racionalmente; esto es, susceptibles de ser reconocidos como necesidades infutables y absolutas; b) que es preciso demostrarlos para conseguir, con la mayor rapidez y eficacia su reconocimiento y actuación. El primer dogma asegura la capacidad de la razón; el segundo, su primacía (39). Ahora bien, a juicio de Bobbio la imposibilidad de definir los Derechos del hombre, su variabilidad y su heterogeneidad se oponen a su pretendida demostración racionalista. Por otra parte, la observación de que los Derechos humanos no hayan sido más respetados en las épocas en las que existía sobre su fundamento un acuerdo unánime, y el comprobar que pese a la crisis de fundamentos de estos decenios la mayoría de los gobiernos han proclamado de común acuerdo una Declaración Universal de los Derechos Humanos le llevan a concluir que: «il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*» (40).

Existen poderosos motivos para disentir de esta interpretación. Contradice la primera objeción de Bobbio la propia estructura de la praxis jurídica. En efecto, la tendencia hacia el reconocimiento de unos valores últimos, fundamento del orden jurídico y accesibles al entendimiento humano, está siendo afirmada desde las perspectivas intelectuales más distantes; lo mismo en el ámbito de la filosofía política, como se puso de relieve en el parágrafo anterior, que en terrenos anteriormente tan lejanos a estas inquietudes como el de la lógica jurídica. Uno de los más genuinos exponentes de esta última, G. Kalinowsky, afirma que si

Derecho natural, Porto, Santiago de Compostela, 2.ª edic., 1970, págs. 373 ss.; A. AUER, «Der Mensch und das Recht», en el vol. *Naturrecht oder Rechtspositivismus?* (Hrg. v. Maihofer), cit., págs. 480 ss.

(38) En *RIFD*, 1965, págs. 301-309.

(39) *Op. ult. cit.*, pág. 308.

(40) *Op. ult. cit.*, pág. 309.

se desea evitar el *impasse* que representa una teoría de la justificación moral y jurídica no cognoscitiva; esto es, voluntarista o emocional, es preciso admitir la justificación racional de las normas primeras por su propia evidencia. Estas normas poseen los atributos de realidad, objetividad y universalidad y sólo mediante ellas se explica de forma satisfactoria la aspiración real, objetiva y universal de la humanidad hacia la paz, la justicia y la fraternidad no desmentida por los supuestos de guerra, ya que el hombre distingue moral y jurídicamente lo bueno de lo malo como en Biología la salud de la enfermedad (41).

Tampoco la segunda objeción de Bobbio parece inconfutable. Dejando a un lado su afirmación, no desarrollada, sobre la presunta irrelevancia práctica en orden a una mejor garantía de los Derechos humanos del acuerdo previo sobre su fundamentación, tesis frente a la que se alzan sólidas interpretaciones basadas en la experiencia histórica (42). Lo que sí interesa aquí es poner de relieve que el iusnaturalismo no ha pretendido nunca, tal como se sigue de la interpretación de Bobbio, equiparar las nociones de razón y realidad según el conocido binomio de Hegel (43). El iusnaturalismo no entraña la ilusoria creencia de que basta el reconocimiento de un valor para que éste se realice de inmediato. Su función histórica ha sido más modesta, aunque no menos importante; ya que lo que los defensores del Derecho natural de todo tiempo mantuvieron fue la imposibilidad de hacer efectivos los Derechos del

(41) «Note sur le rapport entre le fait et le droit», en *RIFD*, 1969, páginas 411-422, *vid.* esp. págs. 421-422.

(42) Así, F. BATTAGLIA, *Dichiarazioni dei diritti*, cit., págs. 409 ss.; N. MATTEUCCI, «Positivismo giuridico e costituzionalismo», en *RTDPC*, 1963, págs. 985 siguientes; G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna, 1964, capítulos V-VIII; J. MESSNER, *Das Naturrechts Handbruch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, Tyrolia, Innsbruck-Wien-München, 4.ª edic., 1960, páginas 36 ss. y 268 ss.; A. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie: Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, Springer, Wien, 2.ª edición, 1963, esp. págs. 257 ss.; G. OESTREICH, *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, Dunker & Humblot, Berlín, 1968; E. LUÑO PEÑA, *Derecho natural*, cit., págs. 379 ss.; F. PUY, *Lecciones de Derecho natural*, citado, págs. 373 ss.; A. TRUYOL SERRA, *Los Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1968; J. A. GONZÁLEZ CASANOVA, «Las Declaraciones de Derechos Humanos y la Encíclica "Pacem in Terris"», en *AFD*, 1963, págs. 201 ss.; «Los Derechos humanos», *Cuadernos para el Diálogo*, Madrid, 1968; A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Teoría y experiencia de los Derechos humanos*, Toro, Madrid, 1968.

(43) En la *Vorrede* de su *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, escribió HEGEL: «Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig». Cito de la edic. de LÖWITH y RIEDEL, *Hegel Studienausgabe*, vol. II, Fischer Bücherei, Frankfurt a. M., 1968, pág. 39.

hombre sin su previa justificación. En contra del parecer de Bobbio en lo que respecta a que el verdadero problema no reside en justificar estos derechos, sino en protegerlos, cabe argumentar que los mismos son objeto de protección en cuanto contribuyen a la justificación del poder político. En otras palabras, la experiencia histórica nos enseña—y la Declaración del 48 es fiel ejemplo de ello—que no hay protección de los Derechos humanos a la que no anteceda la exigencia racionalmente inferida e históricamente desarrollada de asignar al hombre aquellas garantías que por su naturaleza irrenunciablemente le corresponden.

Una última consideración de carácter metodológico aconseja no segregar la doctrina de los Derechos naturales de sus raíces iusnaturalistas. No puede, en efecto, olvidarse arbitrariamente cuando se está tratando de conceptos que se hallan en el nudo de una larga tradición cultural, el clima en que se produjo su génesis y ulterior desenvolvimiento. En el ámbito del Derecho romano, sostenía De Francisci, que cualquier reconstrucción histórica de tal sistema jurídico debía realizarse no tan sólo sobre la base de normas y principios, sino que, de un modo especial, debía emprenderse sobre el modo en que tales normas y principios fueron concebidos, sentidos y elaborados en su tiempo (44). De igual modo un estudio consciente de los Derechos humanos tiene forzosamente que preguntarse, si no pretende adolecer del más craso ahistoricismo, por el cómo surgieron, se entendieron y fueron elaborados doctrinalmente sus principios constitutivos; *tout court* tiene que desarrollarse en el marco de la teoría iusnaturalista.

5.3. Hablar de una función histórica del iusnaturalismo nos conduce a plantearnos una triple interrogación:

- En primer lugar, exige que nos preguntemos si la idea de «función histórica» no se halla en abierta oposición con unos preceptos que como los del Derecho natural se presentan como un orden universal, absoluto e inmutable;
- Preciso es también que nos planteemos, supuesto que esa función histórica iusnaturalista sea posible, si la misma puede concebirse como ideológica;

(44) *Questioni di metodo en Studi in onore di S. Riccobono*, Arti grafiche G. Castiglia, Palermo, 1936, esp. págs. 9 ss.

(45) *Vid.*, por ejemplo, obras de: G. STADTMÜLLER, *Das Naturrecht im Lichte der geschichtlichen Erfahrung*, Bitter, Recklinghausen, 1948; H. MITTEIS, «Natur und Geschichte im Recht», en el vol. *Die Rechtsidee in der Geschichte*, cit., páginas 524 ss.; TH. WÜRTENBERGER, «Naturrecht und Geschichte bei Josef Görres»,

— Por último, convendrá delimitar, aunque sea sólo a grandes rasgos, el alcance de la dimensión práctica del pensamiento iusnaturalista.

5.3.1. La primera de estas cuestiones ha servido de punto de partida a una interesantísima bibliografía (45) que en fecha reciente se ha dirigido a poner de manifiesto la insuficiencia de muchas críticas y lugares comunes en torno al pretendido antihistoricismo de la tradición iusnaturalista. La hora presente ha servido para desvanecer el, en apariencia, irreductible antagonismo que enfrentaba a iusnaturalistas e historicistas: al renunciar los primeros a la pretensión de formular un sistema de normas al margen de la Historia, y reconocer los segundos la necesidad de no reducir todos los valores al devenir incesante de los tiempos (46).

El Derecho natural perfecto, absoluto, inmutable, ajeno a la Historia, y por ello al hombre es precisamente «l'idolo che non dobbiamo adorare», en la acertada expresión de Carnelutti (47). No debe, por

en el vol. *Festschrift f. W. Sauer*, cit., págs. 279 ss.; H. KUHN, «Naturrecht und Historismus», en *ZfP*, 1956, págs. 289 ss.; A. KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Mohr, Tübingen, 1957; «Diritto naturale e storicità», en *Jus*, 1959, páginas 178 ss.; J. M. VAN DER VEN, *Grundrechte und Geschichtlichkeit*, Elwert, Marburg, 1960; J. FUCHS, voz *Naturrecht*, en *Staatslexikon*, Herder, Breibur i. B., 1960, págs. 953 ss.; K. DÖRNER, «Natur, Geschichte und Entfremdung bei Arnold Gehlen», en *ARSP*, 1965, págs. 109 ss.; G. KÜCHENHOFF, «Geschichtlichkeit des Rechts oder Naturrecht? Geschichtlichkeit der Gesetze und Recht aus der Natur des Menschen», en *Speculum Historiale*, 1965, págs. 395 ss.; L. STRAUSS, «Natural Right and the Historical Approach», en *RoP*, 1950, págs. 422 ss.; *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago, 1953; B. PARADISI, «Le dogme et l'histoire vis-à-vis de l'historiographie juridique», en *APD*, 1959, páginas 23 ss.; G. DEL VECCHIO, «Mutabilità ed eternità del diritto», en *Jus*, 1954, fascículo V, págs. 1 ss., traducido al castellano en *AFD*, 1955, págs. 1 ss.; A. BAUSOLA, «Diritto naturale e storia», en *Jus*, 1957, págs. 131 ss.; G. AMBROSETTI, *Razionalità e storicità del diritto*, Giuffrè, Milano, 1953; G. FASSÒ, «Diritto naturale e storicismo», en *Il Mulino*, 1958, págs. 239 ss.; R. PIZZORNI, «Giustizia storica, coscienza storica e diritto naturale», en *RIFD*, 1964, págs. 270 ss.; J. M. DÍEZ ALEGRÍA, *Ética, Derecho e Historia. El tema iusnaturalista en la problemática contemporánea*, Ed. Razón y Fe, Madrid, 2.ª edic., 1963; J. DELGADO PINTO, «Derecho. Historia. Derecho natural. Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del Derecho natural y la historicidad de los Ordenes jurídicos», en *ACFS*, 1964, fas. 2, págs. 73 ss.; F. GONZÁLEZ VICÉN, *Introducción de la obra de BACHOFEN, El Derecho natural y el Derecho histórico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955; C. ANTONI, «Zur Auseinandersetzung zwischen Naturrecht und Historismus», en *Schweiz. Monatshefte*, 37, 1957-58, páginas 1.027-1.039.

(46) Cfr. G. FASSÒ, *Il diritto naturale*, RAI, Torino, 1964, págs. 79-88.

(47) «L'antinomia del diritto naturale», en *RDP*, 1959, pág. 524.

tanto, extrañarnos el que una de las voces más autorizadas del moderno iusnaturalismo católico, la del jesuita P. Lener, afirme que el verdadero problema no reside en preguntarse si determinados contenidos históricos o empíricos del principio de justicia son absolutamente inmutables, lo que no tiene sentido; sino, por el contrario, debemos inquirir si los particulares contenidos de tal principio son absolutamente mudables (48).

«El Derecho natural—escribe Delgado Pinto—se da y se pone en la historia, es decir, también en el seno de ese conjunto de preceptos que lo constituyen se da un proceso y un despliegue históricos, ya que estos preceptos en cuanto efectiva e inmediatamente válidos y vinculantes han de aparecer y manifestarse en cada caso dentro del orden jurídico propio de cada comunidad social histórica» (49). Mientras que para Arthur Kaufmann es la propia historicidad del Derecho la que significa una apertura al Derecho natural, en cuanto éste conduce a la concreción del Derecho históricamente justo (50).

El profundo sentido histórico del iusnaturalismo de nuestros días no representa sino una vuelta a las fuentes doctrinales de la tradición clásica del Derecho natural, a la que nunca fueron ajenos los elementos de concreción destinados a imprimir en la casuística existencial el espíritu de los primeros principios (51).

5.3.2. Resuelta en sentido favorable la posibilidad de una función histórica iusnaturalista, cabe preguntarse si tal función puede concebirse como ideológica. Es más, el hecho de que nos estemos refiriendo aquí a una dimensión ideológica del Derecho natural pudiera abonar la creencia de que la doctrina iusnaturalista es pura ideología. Ahora bien, son cosas distintas afirmar que el iusnaturalismo posee una dimensión ideológica con lo que hacemos referencia a su eficacia práctica en su proyección sociopolítica, que sostener que el acervo doctrinal iusnaturalista se reduce a ideología. El adjetivo «ideológico», en el sentido con que aquí

(48) «Stato di diritto e giustizia sociale», en *La civiltà cattolica*, 1963, fascículo II, págs. 144-156 y 326-339.

(49) *Derecho. Historia. Derecho natural*, cit., pág. 172.

(50) *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, cit., esp. págs. 25 ss.

(51) F. ELÍAS DE TEJADA ha puesto de relieve cómo en el seno del iusnaturalismo hay que distinguir dos corrientes históricas: «el jusnaturalismo español afechado a la historia y a la idea del hombre como ser isidorianamente concreto, y el jusnaturalismo protestante... despectivo para la concreción de la realidad histórica, orgulloso para con criterios de pura razón abstracta dictar... normas válidas con validez universal para todos los tiempos, gentes y lugares, precisamente porque no tiene en cuenta ni los tiempos, ni los lugares, ni las gentes». «Necesidad de sustituir los principios generales del Derecho por el Derecho natural hispánico», en *RGLJ*, 1962, pág. 9.

empleamos el término, se predica hoy lo mismo de las instituciones, que de las ramas del saber; se aplica de igual forma a las manifestaciones filosóficas que a algunas de las que se desprenden de las ciencias. Sin embargo, el término «ideología» en el campo de las ciencias sociales suele utilizarse en un sentido marcadamente peyorativo que arranca de la filosofía marxista. En Marx la ideología venía considerada como todo sistema de pensamiento colectivo emanado de la aceptación de determinados intereses o situaciones sociales (52). Mannheim distingue, a su vez, una acepción particular y una acepción global del término. Con la primera se denota aquella parte de los asertos del adversario que refleja su interés o fin inmediato deformando para ello la realidad. Tales deformaciones se manifiestan de cualquier modo, ya sea bajo forma de falacias conscientes o semiconscientes, ya de engaños deliberados o autoilusiones. La concepción global de la ideología comprende la entera *Weltanschauung* del opositor, y muestra cómo no tan sólo el contenido de su pensamiento, sino también su entero aparato conceptual, se halla en función de la pertenencia a una época, contexto social o clase, a las que atribuimos determinadas características o una cierta unidad estructural (53).

Frente a estas acepciones peyorativas de la noción de ideología todas las cuales presentan la nota común de mostrar como verdad objetiva y absoluta lo que es mero interés práctico, recientemente otros autores se han referido a una noción positiva de la ideología. Así lo han hecho, por ejemplo, los iusfilósofos Werner Maihofer y Luigi Bagolini. El primero distingue una noción negativa de la ideología que, siguiendo a Mannheim, se cifra en un conocimiento social deformado en cuanto no refleja el ser real de la sociedad. Pero junto a este sentido cabe distinguir, según Maihofer, una versión positiva (o, mejor, neutra a los valores) del término, entendido como un conocimiento que no se propone un análisis de la experiencia individual, sino que halla su apoyo en un análisis de los fenómenos y situaciones de la existencia colectiva (54).

Más precisa es la formulación de Bagolini, quien entiende la ideología en sentido positivo como una concepción vital orientada hacia la realización de intereses y fines que se consideran fundamentales en relación con las circunstancias en que se formulan (55).

(52) Cfr. K. MANNHEIM, *Ideologia e utopia*, trad. it. de A. Santucci, Il Mulino, Bologna, 1957, págs. 124 ss.; J. HABERMAS, *Theorie und Praxis*, Luchterhand, Neuwied, 1963, págs. 231 ss.

(53) *Ideologia e utopia*, cit., págs. 56 ss.

(54) *Ideologie und Recht*, cit., págs. 18-21.

(55) *Mito, potere e dialogo*, Il Mulino, Bologna, 1967, págs. 61 ss.

Junto a la teoría de la ideología, Mannheim desarrolló una teoría de la utopía. Una mentalidad es utópica, a juicio de Mannheim, cuando contradice la realidad presente. Utópicas son aquellas construcciones teóricas que traducidas a la práctica conducirían, total o parcialmente, a romper el orden establecido (56).

Hechas estas precisiones, podemos iniciar una exposición de las posibles relaciones que entre las nociones de ideología y utopía y el Derecho natural pueden establecerse.

Para Kelsen, que circunscribe la noción de ideología a su versión peyorativa, el Derecho natural se reduce a ideología en cuanto no representa otra cosa que un autoengaño (57). También August M. Knoll considera la tradición escolástica iusnaturalista como una superestructura ideológica justificadora del inmovilismo social (58).

Maihofer, pese a que, como hemos visto, distingue una acepción positiva del término ideología, prefiere inclinarse por la noción de utopía para significar con ella la función renovadora y constructiva de la dimensión práctica del pensamiento iusnaturalista. Mientras reserva la noción de ideología, acogida sólo en su sentido peyorativo, para englobar bajo su epígrafe a todas aquellas doctrinas que al amparo del Derecho natural pretendieron dar una imagen falsa de la realidad social. Partiendo de estas acepciones, Maihofer concluye con una rotunda afirmación de la dimensión utópica del pensamiento iusnaturalista, sin la cual el Derecho se convertiría en un instrumento de mera conservación del orden establecido, y como contrapartida con una no menos rotunda recusación del Derecho natural entendido como ideología. Así, afirma: «Aus alledem argibt sich für uns mit dem unbedingten *Nein zum Naturrecht als Ideologie* zugleich ein ebenso unbedingtes *Ja zum Naturrecht als Utopie*, ohne die alles Recht in die Gefahr geraten müsste, sich in der Erhaltung des Bestehenden und Herrschenden zu verlieren und zu erschöpfen» (59).

(56) *Ideologia e utopia*, cit., págs. 194 ss.

(57) *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, New York, 2.ª edición, 1961, págs. 9 ss. y 416 ss.

(58) *Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht*, Luchterhand, Neuwied und Berlin, 2.ª ed., 1968. A. VERDROSS criticó este planteamiento en su trabajo «Der Einfluss der Naturrechtslehre auf Theorie und Praxis der internationalen Beziehungen», en el vol. *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, Hrsg. v. F. M. Schmölz, Springer, Wien, 1963, pág. 114.

(59) «Ideologie und Naturrecht», en el vol. *Ideologie und Recht*, cit., página 146. MAIHOFFER, glosando una frase de GOTTFRIED KELLER—«Das Recht ist eigentlich nichts als Kritik»—, afirma: «das aber heisst für uns: nichts als

Es evidente que si tomamos el término ideología en su acepción peyorativa, no podemos integrar en él al conjunto de la multiseccular tradición iusnaturalista; antes bien, hay que afirmar con Truyol Serra que la presencia de determinados elementos ideológicos en la historia del Derecho natural no justifica la tesis de quienes pretenden relegarla, en su totalidad, a ideología; «de que las teorías iusnaturalistas sean simples superestructuras elaboradas bajo el imperativo del inconsciente colectivo de determinados grupos para legitimar o desvalorizar intelectualmente ordenamientos económico-sociales favorables o desfavorables a sus intereses» (60).

Distinta es la conclusión a que se llega si se acepta la noción de ideología en sentido positivo propuesta por Bagolini y que hoy se abre paso en algunos estudios jurídicos y políticos (61). En esta acepción la ideología se encarna en una *Weltanschauung* orientada hacia la consecución de fines que se reputan fundamentales en determinadas circunstancias históricas. Nada impide que tales propósitos se integren en la función histórica del Derecho natural, aunque el pensamiento iusnaturalista no se confunde con la noción de ideología, bien que ésta se tome en la acepción positiva aquí reseñada. La característica principal de cualquier tipo de pensamiento ideológico es la imposibilidad de su verificación empírica como verdadero o falso al no poder reducirse a proposiciones que describan la realidad. La función del pensamiento ideológico es directiva o persuasiva, se dirige a convencer y a influir en el comportamiento de sus destinatarios, lo cual no supone que deba ser arbitrario e incondicionado (62). En este sentido el iusnaturalismo se presenta como un elemento verificador, y como tal superior al nivel de las ideologías. El Derecho natural se nos muestra como la criba de todas las ideologías político-sociales, aceptables todas ellas en cuanto que los fines que se propongan observen los límites impuestos por la razón jurídica natural. De esta forma el iusnaturalismo halla en las raíces de su propia función histó-

''Sozialkritik und Ideologiekritik aus dem kritischen Horizont einer konkreten und produktiven Utopie: des Naturrechts'», *ibidem*.

(60) *Fundamentos de Derecho natural* (reproducción del artículo «Derecho natural» publicado en la *Nueva Enciclopedia Jurídica*), Seix, Barcelona, 1954, página 39. *Vid.* sobre el tema, E. GALÁN Y GUTIÉRREZ, *Ius Naturae*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 2.^a ed., 1961, vol. I, págs. 267 ss.

(61) *Vid.* las obras de M. CAPPELLETTI, CORDERO, S. RODOTÀ y G. TARELLO citadas en la nota 16 de este trabajo. *Vid.* también L. BAGOLINI, *Mito, potere e dialogo*, cit., págs. 59 ss.; H. Mc CLOSKEY, «Consensus and Ideology in American Politics», en *TAPS*, 1964, págs. 362 ss.

(62) *Cfr.* L. BAGOLINI, *Mito, potere e dialogo*, cit., págs. 63-65.

rica el elemento dinámico de su dimensión científica y, por ello, supra-ideológica. Este carácter nace de la verificación del dato del que parte toda la doctrina iusnaturalista: la persona humana, una vez entendida su racionalidad como atributo primario del «ser persona». El Derecho natural, como ha escrito Legaz Lacambra, «sulla base di una concezione filosofica della persona, dalla quale derivano esigenze assolute, formula il dover essere che, in ogni situazione, si rivela come valido per essa, ma in definitiva, per qualsiasi, e per questo, lì dove non è stato riconosciuto, si dice che vi è negazione del diritto naturale» (63).

La tradición iusnaturalista se aproxima al sentido positivo de la noción de ideología en cuanto supone una respuesta a las exigencias de las situaciones dadas, pero a la vez trasciende la instancia ideológica para presentarse como un orden de exigencias absolutas tendentes a organizar racionalmente; esto es humanamente la convivencia (64).

5.3.3. De cuanto hasta ahora se ha expuesto se desprende la relevancia práctica del mensaje iusnaturalista. El Derecho natural, pese a la variedad polícroma de sus formulaciones, encuentra en la univocidad de su función histórica la más conspicua muestra de la perennidad de su misión. Dicha función se concreta en la exigencia constantemente renovada de establecer un límite racional frente al arbitrio de quien ejer-

(63) «Il diritto naturale: sapere scientifico o pensiero magico?», en *RIFD*, 1966, pág. 407. Sobre el problema de la cientificidad del Derecho natural, *vide*: J. MESSNER, *Moderne Soziologie und scholastisches Naturrecht*, Herder, Wien, 1961, páginas 18-19, 20-21, 25 y 33; H. COING, *Naturrecht als wissenschaftliches Problem*, Steiner, Wiesbaden, 1965; H. KELSEN, «Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie?», en *OZöR*, 1966, págs. 233-255; E. VON HIPPEL, «Das Naturrecht in der Wissenschaft», en su vol. *Elemente des Naturrechts*, Franz Vahlen GMBH, Berlin und Frankfurt a. M., 1969, págs. 120-127; F. PUY, «Achtzig Thesen über die gegenwärtige Situation der Wissenschaft des Naturrechts», en *OZöR*, 1969, páginas 393-404; F. OLGIATI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Vita e Pensiero, Milano, 2.^a edic., 1950; R. PIZZORNI, «La rinascita del diritto naturale nella scienza moderna del diritto», en *RIFD*, 1956, págs. 229-238; L. S. APSEY, «The Natural Law: scientific or supernatural?», en *ABAJ*, 1951, número 1, págs. 35-38; A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, «Observaciones sobre la ciencia iusnaturalista», en *AFD*, 1958-59, págs. 347-362.

(64) Cfr. G. FASSÒ, *La legge della ragione*, cit., págs. 217 ss. Como ha puesto de relieve TRUYOL SERRA, el iusnaturalismo alumbrado en el seno de la *philosophia perennis* supone unos valores que en sí mismos son la antítesis de una ideología (TRUYOL emplea el término únicamente en su acepción peyorativa). «Les corresponde—afirma—un fundamento absoluto en la misma esencia divina, en parte, revelada sobrenaturalmente, y, en parte, cognoscible por el ejercicio de la razón en lucha contra los factores perturbadores de la subjetividad históricamente condicionada.» *Fundamentos de Derecho natural*, cit., pág. 41.

cita el poder, y de la libertad que de ello se sigue para los ciudadanos. Al Derecho natural le corresponde el mérito de haber enseñado al hombre la existencia de unos derechos de los que ninguna autoridad humana puede privarle y a la vez el de haber educado a la humanidad «pronta a seguire avventatamente fanatici e demagoghi, o ad innamorarsi di ideali belli ed affascinanti ma irrazionali, e perciò inumani; e di guidarla a diventare matura, cioè capace di comportarsi direttamente e spontaneamente in modo razionale» (65).

El reconocimiento de la función histórica del Derecho natural representa una de las constantes doctrinales de nuestro tiempo; es más, la nota más característica de la hora actual es que esta afirmación se realiza también desde presupuestos filosóficos tan distantes y, en apariencia, tan hostiles a la tradición iusnaturalista como el marxismo. A partir de las afirmaciones de Hans Kelsen en el sentido de que la dimensión sociojurídica de la filosofía de Marx suponía una doctrina del Derecho natural (66), así como de las concomitancias puestas de relieve por Max Weber entre el iusnaturalismo y el socialismo revolucionario (67) se suscitó el interés de una serie de autores que se han propuesto valorar el significado del Derecho natural desde una perspectiva marxista. Entre ellos merece especial atención la obra de Ernst Bloch *Naturrecht und menschliche Würde*, que contiene una decidida reivindicación de la positividad del legado iusnaturalista cuya quintaesencia ha sido, a juicio de Bloch, la lucha por la dignidad humana y su perenne defensa de los humillados y ofendidos (68). «Doch ist—afirma Bloch—marxistische Vernunft dem rationalistischen Naturrecht nicht nur wegen der Theorie der Revolution, sondern ebenso wegen der Deklaration der Menschenrechte

(65) G. FASSÒ, *Il diritto naturale*, cit., pág. 107.

(66) *The Theory Communist of Law*, F. A. Praeger, New York, 1955, esp. páginas 20-21, 38-43, 118-119.

(67) Para MAX WEBER todos los dogmas iusnaturalistas han influido siempre con mayor o menor intensidad en la creación del Derecho. Así afirma que «el desarrollo del socialismo significó primeramente el dominio creciente de los dogmas iusnaturalistas en las cabezas de las masas y especialmente en las de sus teóricos, pertenecientes a la capa intelectual» (pág. 646). Para WEBER la revolución rusa representaba «la última revolución agraria iusnaturalista que, según la probabilidad actual, el mundo habrá de ver» (pág. 644). *Las cualidades formales del derecho revolucionariamente creado: el Derecho natural*, parágrafo 7 de su «Economía y Derecho (Sociología del Derecho)», en la obra *Economía y sociedad*, cito de la trad. cast. de J. Medina Echevarría, J. Roura, E. García Maynez, E. Imaz y J. Ferrater, Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

(68) *Op. cit.*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1961, págs. 13 s. y 232 s.

hoch verpflichtet» (69). La función del Derecho natural se desarrolla en la historia paralelamente a la de las utopías sociales con la diferencia de que mientras éstas se dirigieron primordialmente a la consecución de la felicidad del hombre, la finalidad del iusnaturalismo se centró en la defensa de la dignidad humana mediante la garantía de la subjetividad.

Con algunas variantes las mismas tesis son acogidas por Zoltán Péteri (70) y Anita M. Naschitz (71), quienes afirman el valor del Derecho natural como norma suprapositiva, ley superior que legitima o corrige las normas de los sistemas jurídicos estatales, actuando en ocasiones como elemento revolucionario y en otras como elemento reformador del *statu quo*, al que se oponen o trascienden. Incluso Z. Krystufek, en el contexto de una crítica marxista del Derecho natural, no deja de admitir la relevancia práctica del contenido axiológico del mensaje histórico iusnaturalista (72).

No es esta la sede más adecuada para una detenida consideración crítica de estas acepciones marxistas de la función histórica del Derecho

(69) *Op. ult. cit.*, págs. 78-79.

(70) «Influence of Natural Law on Positive Law», en *Essays in Comparative Law VIIth International Congress of Comparative Law*, Budapest, 1966. Este autor, pese a que afirma que la teoría marxista del derecho no es un iusnaturalismo (pág. 59), no deja de reconocer la importancia del Derecho natural en lo que respecta a la corrección de los sistemas positivos en lo que éstos se apartan de la justicia y en la investigación de los valores presentes en la experiencia jurídica (págs. 46-59). *Vid.* también A. G. SZABÓ, *Man and Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1965; J. HALÁSZ, *Socialist Concept of Human Rights*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1966.

(71) «'Le problème du droit naturel' à la lumière de la philosophie marxiste du droit», en *Revue Roumaine des Sciences Sociales (Série de Sciences Juridiques)*, 1966, núm. 1, págs. 19-40. En la página 22 de este trabajo la autora afirma que la forma con que el iusnaturalismo aborda la investigación de los problemas teóricos del Derecho constituye una aportación positiva para el desarrollo del pensamiento iusfilosófico. «Elle situe ces conceptions à un niveau d'incontestable supériorité par rapport à d'autres conceptions, et spécialement par rapport à la grande rivale de toujours du jusnaturalisme—la théorie du positivisme juridique—, précisément parce que cette dernière, en éliminant du domaine de la recherche juridique théorique les problèmes relatifs au fondement et aux critères d'appréciation de la valeur sociale et morale du droit, exclut, *ipso facto*, jusqu'à la possibilité de donner un fondement pour une attitude critique à l'égard de tout ordre juridique existant.»

(72) «Signification historique de la fiction du droit naturel», en *APD*, 1969, páginas 309-319. «Dans la rétrospective historique—escribe este autor checo—la conception du droit naturel a le grand mérite d'avoir contribué à l'idée que le droit ne saurait être considéré comme una réalité indépendante et abstraite, échappant à tout jugement de valeur» (pág. 319).

natural, baste aquí señalar qué lugar común de las mismas es el reputar el desenvolvimiento histórico del Derecho natural como una experiencia conclusa al atribuir al marxismo la realización práctica de los ideales iusnaturalistas (73). Cabe plantear una doble objeción a esta postura: ya que desde el punto de vista teórico da lugar a una versión paradójicamente antidialéctica del Derecho natural al cristalizar en un determinado sistema filosófico-político una exigencia que, desarrollándose con el ser (*die Naturrechtslehre folgt den Grundfragen des Seins*—ha escrito Wolf—) (74) progresa paralelamente al devenir existencial de la humanidad; desde el punto de vista práctico sería muy aventurado y contrariaría a la propia experiencia histórica más reciente el afirmar que las realidades políticas forjadas a la luz de los principios de la filosofía

(73) Así, E. BLOCH afirma: «Das naturrechtliche Anliegen war und ist das *Aufrechte als Recht*, so dass es an den *Personen* geehrt, in ihrem *Kollektiv* gesichert werde. Und wenn die Person nur eine wäre, um die Würde der Menschheit in ihr zu ehren, so ist auch diese tragend umfassende Würde Quintessenz am Naturrecht genug. Das genau im Sozialismus, indem er sich auf Person und Kollektiv gleich gut verstehen möchte und das eine im anderen—fern vom genormten Massenmenschen, nahe zur unentäusserten Solidarität—enthalten zu machen hat.» *Naturrecht und menschliche Würde*, cit., págs. 237-238. Vid. también A. NASCHITZ, «'Le problème du droit naturel' à la lumière de la philosophie marxiste du droit», cit., págs. 37 ss.; U. CERRONI, *Marx e il diritto moderno*, Editori Riuniti, Roma, 1962, págs. 155 ss., esp. pág. 224. Sobre las relaciones entre iusnaturalismo y la teoría marxista del Derecho, vid. E. OPOCHER, «Il problema della giustizia nel materialismo storico», en *RIFD*, 1948, págs. 225 ss.; R. DAVID y J. HAZARD, *Le droit soviétique*, LGDJ, París, 1954; H. KELSEN, *The Communist Theory of Law*, cit.; K. STOYANOVITCH, «La règle de Droit dans la doctrine marxiste et néomarxiste», en *APD*, 1960, págs. 187 ss.; *Marxisme et droit*, LGDJ, París, 1964; *La philosophie du droit en U. R. S. S.*, LGDJ, París, 1965; M. VINCENT, «Droit naturel et marxisme moderne», en *APD*, 1965, páginas 67 ss.; A. BRIMO, «La philosophie marxiste du droit et de l'Etat», en su vol. *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Pedone, París, 1967, págs. 217-255; A. QUINTANO RIPOLLÉS, «Filosofía y ciencia del Derecho soviéticas», en *RGLJ*, 1950, núm. 3, págs. 299 ss.; L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, Porrúa, México, 1963, vol. II, páginas 1.083 ss.; E. SERRAÑO VILAFANÉ, *Falsas concepciones del Derecho. Crítica de la teoría marxista-comunista del Derecho*, separata de la *Revista de la Facultad de Derecho*, vol. II, núm. 3, Madrid, 1958; «Iusnaturalismo y marxismo», en su volumen *Concepciones iusnaturalistas actuales*, cit., págs. 169 ss.; F. PUY, «El desarrollo de la filosofía soviética del Derecho», en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña*, 1969, págs. 53 ss.; V. LAMSDORFF-GALAGANE, *El concepto de justicia en el marxismo soviético actual*, Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho, Porto, Santiago de Compostela, 1969.

(74) *Das Problem der Naturrechtslehre*, cit., pág. 110.

marxista, representan la plenaria instauración de aquella humana dignidad y de aquellas garantías para el individuo que de un orden jurídico limitado por la constante crítica de la razón natural se desprenden.

6. Estamos asistiendo al alborear de una nueva década en el ya muy dilatado acontecer histórico iusnaturalista y el signo de los tiempos nos hace patente una experiencia jurídica en transformación. En este clima el Derecho natural puede ser hoy, como lo fue en siglos pasados, el nexo que vincule al jurista con las exigencias de su tiempo; y a la vez el cauce más idóneo para someter los nuevos proyectos a la criba purificadora de la razón. El Derecho natural que en la historia del pensamiento jurídico representó el paso del *mythos* al *logos* (75) puede todavía representar en nuestros días la más sólida garantía para una afirmación del valor máximo de la dignidad humana y las libertades de la persona, contribuyendo a que se constituya un orden vital al nivel de los seres humanos, de seres que no desean «ser degradados a la condición de meros instrumentos al servicio de mitos deleznable» (76). El iusnaturalismo, al imponernos la necesidad de someter nuestros ideales jurídicos y políticos a la crítica de la razón, constituye la mejor regla de tolerancia (77), al permitir una práctica compatibilización de nuestra conducta con la de los demás hombres. De otra parte, al afirmar la autonomía de la razón como fuente primaria del conocer y medida próxima del actuar, garantiza en la persona aquel poso de indeterminación que es el fundamento mismo de su responsabilidad. Autonomía de la razón que en la corriente iusnaturalista entroncada en la tradición de la *philosophia perennis* no implica absolutismo de la razón (78), de tal forma que el iusnaturalismo cristiano, sin ser absorbido por el orden de lo escatológico, viene caracterizado por su radical apetencia de trascenderse en lo sobrenatural, hallando en la metafísica el fundamento último de su necesi-

(75) Cfr. G. FASSÒ, *La legge della ragione*, cit., pág. 244.

(76) L. RECASÉNS SICHES, *Otra vez, y con renovado vigor: Derecho natural*, cit., pág. 10.

(77) Cfr. E. VON HIPPEL, «Toleranz als Postulat des Naturrechts», en *Elemente des Naturrechts*, cit., págs. 141 ss.; A. MESSINEO, «Tolleranza, politica e pensiero cattolico», en *La civiltà cattolica*, 1952, fas. IV, págs. 16 ss.; F. PUY, «Consideraciones sobre el principio de tolerancia», en el vol. *Derecho y paz*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1966, págs. 393-399; A. BERNÁRDEZ CANTÓN, «Fundamentos de la tolerancia político-religiosa», en *RICS*, 1963, páginas 65 ss.

(78) Cfr. L. TAPARELLI D'AZEGLIO, *Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto*, *La civiltà cattolica*, Roma, 4.^a edic., 1928, vol. I, págs. 73 ss.

dad (79). El devenir histórico del Derecho natural cristiano se presenta así como una vía auténtica de convergencia con la Revelación «Ciò soprattutto—escribe Ambrosetti—quando nel pieno tormento de la vita pratica, si chiede alla Rivelazione e alla Grazia l'aiuto per poter praticare *tutta la legge naturale*» (80).

El iusnaturalismo, ahondando en las raíces metafísicas de la experiencia jurídica, encuentra en su propio problematismo la certeza de su propia dignidad, presentándose como instancia irrenunciable de la cultura jurídica contemporánea y dando a la vez testimonio de su perenne vitalidad (81).

ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO.

Profesor Adjunto de Filosofía del Derecho.

S I G L A S

American Bar Association Journal: ABAJ.
Anales de la Cátedra Francisco Suárez: ACFS.
Anuario de Filosofía del Derecho: AFD.
Annales de la Faculté de Droit de Toulouse: AFDT.
Archives de Philosophie du Droit: APD.
Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie: ARSP.
Archiv für Rechts-und Wirtschaftsphilosophie: ARWP.
Harvard Law Review: HLR.
Justice dans le Monde: JdM.
Natural Law Forum: NLF.
Oesterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht: OZÖR.
Rivista di Diritto Commerciale: RDCo.
Rivista di Diritto Processuale: RDP.

(79) Cfr. E. WOLF, *Das Problem des Naturrechtslehre*, cit., págs. 112-113; sobre la fundamentación metafísica del Derecho natural en la doctrina española, vide: E. LUÑO PEÑA, *Derecho natural*, cit., págs. 30 ss. y 261 ss.; A. DE ASÍS, *Manual de Derecho natural*, vol. I, cit., págs. 405 ss.; F. ELÍAS DE TEJADA, *Introducción al estudio de la Ontología jurídica*, Gráf. Ibarra, Madrid, 1942, págs. 51 ss. y 127 ss.; J. CORTS GRAU, *Curso de Derecho natural*, Editora Nacional, Madrid, 1953, páginas 206 ss.; J. RUIZ-GIMÉNEZ, *Introducción a la Filosofía jurídica*, cit., páginas 225 ss.; F. PUY, *Lecciones de Derecho natural*, cit., págs. 63 ss.

(80) *Diritto naturale cristiano*, Studium, Roma, 1964, pág. 175.

(81) Tiene razón V. FROSINI cuando señala que la actualidad del Derecho natural se ve incluso confirmada por la tenaz oposición de sus críticos y negadores «infatti—escribe—, sarebbe inutile combattere contro un cadavere, o contro un'ombra, se il diritto naturale mancasse di vitalità». «L'attualità del diritto naturale», en *RIFD*, 1961, pág. 519.

- Revista de Derecho Privado:* RdDPr.
Revista de Estudios Políticos: REP.
Revista General de Legislación y Jurisprudencia: RGLJ.
Revista del Instituto de Ciencias Sociales: RICS.
Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto: RIFD.
Review of Politics: RoP.
Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile: RTDPC.
Süddeutsche Juristen-Zeitung: SJZ.
Stimmen der Zeit: StdZ.
The American Political Science: TAPS.
Zeitschrift für Politik: ZfP.