

SOBRE DERECHO Y DERECHO NATURAL. ALGUNAS OBSERVACIONES EPISTEMO-METODOLÓGICAS *

1. En esta comunicación se procura indicar algunas bases para la reelaboración del tema de la noción de derecho y a la vez para la inclusión del concepto de derecho natural en una sistemática iusfilosófica. Estas bases son adoptadas por el autor de la presente comunicación en sus cursos de filosofía del derecho en la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Se insiste en que se trata sólo de algunas bases, pues un desarrollo más completo sería desde luego inadecuado para una simple comunicación.

2. Ante todo, en el punto de partida de la filosofía del derecho se descarta todo recurso a una presunta idea innata o *a priori* del derecho, pues no se admite idea innata ni *a priori* de objeto alguno.

Además, se rechaza la actitud, de índole empirista o bien positivista, que consiste en negar que la filosofía del derecho tema- tice *el derecho mismo* y en pretender que ésta se limite a una reflexión sobre *la ciencia del derecho*, o sobre *la lógica* del razonamiento jurídico o sobre *el lenguaje jurídico* (sea el técnico, sea el no-técnico u ordinario, sean ambos). Este rechazo es solidario de la afirmación de un *campo objetivo propio*—el campo *jurídico*— como asunto de la iusfilosofía, a la que incumbe tematizarlo *filosóficamente*. A ese campo se tiene acceso por vía de *la experiencia jurídica* en un sentido fundamentalmente aristotélico.

Por último, el sostener que la iusfilosofía es constitutivamente *filosofía* importa oponerse a toda reducción de ella a cualquiera de las llamadas *ciencias jurídicas* (dogmática jurídica, teoría general derecho, sociología jurídica, historia del derecho, etc.).

3. Dentro del recurso a la experiencia jurídica cabe echar mano a un análisis lingüístico de términos jurídicos, en particular de los términos "*derecho*", "*jurídico*" y "*justo*".

3.1. Un examen de "*derecho*" que atienda a su etimología y a su uso, aporta como resultado, entre otros, los siguientes:

3.1.1. La oposición que aparece entre "derecho" y "torcido", pasa al campo jurídico convirtiéndose en la oposición entre "derecho" y "entuerto", en la que *el primer miembro no es sinónimo ni de "norma jurídica" ni de "poder jurídico"*.

3.1.2. Dado que "entuerto" nombra un tipo de *conducta humana*, a saber la conducta antijurídica, su contrario "*derecho*", precisamente en tanto que es contrario, debe nombrar *otro* tipo de *conducta humana*. Sabido es que

* El texto reproduce el contenido de una comunicación presentada al 9º Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, convocado por la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social y celebrado en Basilea (Suiza) entre el 27 de agosto y el 1º de setiembre de 1979.

los contrarios son del mismo género. (En el caso el *género* es *conducta humana*).

3.1.3. Lo expuesto permite entender que lo nombrado por el sustantivo “*derecho*” en el sentido indicado merezca ser llamado *objetivo* con estricta propiedad, lo que no ocurre en rigor con la *norma* jurídica, también llamada, aunque impropriamente, derecho objetivo en su distinción del así llamado derecho *subjetivo* (denominado en la sistematización que se expone, *poder jurídico*).

3.1.4. La recuperación de este derecho propiamente objetivo se anuda, por lo menos dentro de la tradición occidental, con el sentido del vocablo latino “*ius*” en cuanto sinónimo de “*iustum*” y con el del griego “*to díkaion*”, contrario de “*to ádikon*”. Esto requiere, con todo, una precisión (cf. infra 3.3.4.).

3.1.5. Como quiera que en la actualidad se nombran también, incluso con preferencia, como *derecho* tanto la *norma* jurídica como el así llamado *derecho subjetivo* (sobre éste vid. supra 3.3.3. in fine), resulta *prima facie* injustificado metodológicamente (sobre todo en el caso de empiristas y de positivistas) el privilegiar de modo exclusivo y excluyente lo nombrado en una u otra acepción en el punto de partida mismo de la investigación sobre qué sea el derecho. Ello ocurre, obviamente, cuando se asienta como premisa de valor inconcuso que *derecho es norma*. Para no incurrir en *prejuicios* de esta suerte se hace necesario en sede metódica un examen de lo nombrado en cada caso por la palabra “derecho” en cada una de sus *tres* acepciones ya indicadas, examen que deberá cumplirse siquiera en una primera aproximación.

3.1.6. Si hay *prima facie* tres acepciones principales de “*derecho*”, el problema de “derecho *natural*” y derecho positivo” deberá plantearse con respecto a lo nombrado por “derecho” en cada una de esas acepciones, y no sólo en una (o en dos) de ellas. Lo frecuente suele ser que se plantee el problema con respecto a las normas jurídicas o bien con respecto a los así llamados derechos subjetivos. Que se omita plantearlo con relación a las *conductas* tiene consecuencias decisivas.

3.1.7. A no ser en virtud de un *prejuicio*, no se puede decidir tampoco desde el punto de partida de la indagación que *el derecho* que es asunto de la iusfilosofía, es exclusivamente el derecho *positivo*, sea que se lo considere en cuanto lo nombra la palabra “*derecho*” en una de sus acepciones o en dos de ellas o aun en las tres ya aludidas. Tal decisión no se compadece con la *integralidad de la experiencia jurídica* y *prima facie* resulta *arbitraria*.

3.1.8. Todos los resultados mencionados en este apartado 3.1 tienen manifiesta relevancia para la tarea concerniente a la definición de derecho. En particular, lo que ha sido expuesto en 3.1.5. induce a no presuponer que *una sola* noción de derecho pueda corresponder a los *tres* significados de la palabra “derecho”. En consecuencia, la “caza de la definición” no tiene necesariamente que dirigirse *prima facie* a una sola definición.

3.2 A su vez otros resultados valiosos depara el examen de los

sentidos de la palabra “*jurídico*” cuando se utiliza el marco conceptual de la doctrina tomista sobre la analogía de los términos. De ese examen se indicarán solamente algunos resultados.

3.2.1. Ante todo, en una *primera* distinción aparece dicha palabra en una acepción que se contrapone al sentido de “ajurídico” (=“no-jurídico”). En esa acepción el adjetivo “jurídico” califica el *campo jurídico mismo* y también *todo lo que dentro de éste se encuentra o puede encontrarse*. Esto permite entender que en dicho sentido se puede decir aun del delito o del incumplimiento injustificado de un contrato que son *jurídicos*. Se está aquí ante el sentido I.

3.2.2. La *segunda* distinción se da entre “*jurídico*” (esta vez en sentido II) y “antijurídico”. Lo calificado por uno u otro de ambos adjetivos es principalmente una *conducta humana* (individual o colectiva) y se halla, desde luego, dentro del campo jurídico (vid. 3.2.1.).

3.2.3 Dentro de este campo hay objetos muy diferentes, de los que el sentido I de “jurídico” *no* se dice del *mismo modo*. Por lo pronto, no se dice del mismo modo si se refiere a *conductas humanas* que si califica lo que no es una conducta tal (p. ej. *cosas* jurídicas, *hechos naturales* jurídicos, *normas* jurídicas no consuetudinarias, *signos* jurídicos, etc.) (1). Dentro de este ámbito significativo delimitado por el mencionado sentido I, parece *prima facie* que son las conductas humanas (de hecho jurídicas en el sentido II o bien antijurídicas) el *principal analogado*, pues en ellas es donde se verifica en sentido formal y propio (2) la *juridicidad* (la palabra que nombra a ésta tiene también los sentidos I y II; aquí está usada obviamente en sentido I, ya que aquellos dos sentidos son paralelos de los sentidos de “jurídico”) (3).

(1) Se puede añadir que habida cuenta de esta distinción el sentido I del adjetivo “jurídico” en cuanto califica conductas humanas, puede designarse como sentido *I.A.*, y en cuanto se aplica a todo lo que, siendo jurídico, no es conducta humana, puede a su vez designarse como *I.B.* Por otra parte, se excluyen aquí *prima facie* las normas jurídicas *consuetudinarias*, porque éstas implican conductas colectivas, es decir, las costumbres (*mores*) o los usos (ambos llamados *consuetudines* en latín), aunque, claro está, no toda *consuetudo* sea *eo ipso* una norma *jurídica*. Además, la *normatividad* de las normas jurídicas consuetudinarias reclamaría un profundo análisis. En cuanto a los *signos* jurídicos, algunos de ellos pueden ser sin duda también conductas humanas (los ejemplos abundan), pero algunos otros no lo son. Son estos últimos los que son mencionados en el texto

(2) Se dice “*en sentido formal y propio*” de la misma manera que decimos que el sentido formal y propio de la palabra “sano” se aplica al sujeto viviente que “goza” de buena salud. Esta es concebida como una *forma* del género de las *disposiciones* que afectan a este sujeto; por el contrario, no hay tal forma en el caso de un clima o de un ambiente, etc., que, sin embargo, son a veces calificados como “sanos”, pero lo son en cuanto se estima que influyen favorablemente sobre el viviente para que conserve (o recupere) su salud. A la vez se comprende así que “sano” dicho del viviente sea dicho *propiamente*, mientras que dicho del clima o del ambiente lo sea solamente en virtud de su relación (o referencia) a la salud de aquél (*per attributionem*). Si se pregunta dónde precisamente se da la salud, la respuesta parece obvia: en el viviente mismo. Ahora bien, si se plantea una cuestión análoga respecto de la *juridicidad*, la respuesta, por decirlo así, salta también a los ojos: en la vida humana, es decir, en las vidas de los hombres como agentes personales, y más rigurosamente aún en *las conductas humanas* en cuanto reguladas por normas jurídicas.

(3) La misma subdivisión del sentido I señalada en el caso de “jurídico” —vid. nota 1—, vale para la palabra “*juridicidad*”.

3.2.4. A su vez los dos sentidos de “jurídico” (y de “juridicidad”) designados como I y II deben coordinarse con el sentido de “derecho” en cuanto nombra la conducta jurídica (contraria del entuerto). Esta conducta opuesta al entuerto es *jurídica* en ambos sentidos (I y II) y lo es sobre todo en el II. Sostengo que también estas precisiones invisten relevancia decisiva para la ulterior faena definitoria de qué sea el derecho.

3.3. Por último, cabe referirse a dos sentidos de la palabra “*justo(a)*”.

3.3.1. Por un lado, califica a una *persona* significando en tal caso que ella posee la *virtud* de justicia, cualquiera que sea por lo demás la definición precisa que se dé de tal perfección ética (o perfección del *ethos*). Por otro, califica una *conducta humana* determinada de la que se dice así que es justa, con prescindencia de que quien deba realizarla o de hecho la realice cumpliendo su deber, sea o no sea justo, o de que al realizarla esté animado o no lo esté por la intención virtuosa propia de la virtud de justicia. Son obviamente dos sentidos distintos que pueden designarse como I y II, respectivamente.

3.3.2. Esta distinción es *prima facie* muy importante. El sentido II en la sistemática de esta doctrina corresponde a la noción de *lo justo objetivo*. Esto es, dentro del tema de la justicia, lo que debe ser examinado *principalmente* por una filosofía del derecho, que no ceda al prejuicio de excluir de su ámbito problemático este asunto.

3.3.3. Una nueva coordinación se impone como indispensable, habida cuenta de las discriminaciones expuestas en 3.1. y en 3.2., y como fruto de otro análisis. En punto a sus respectivas extensiones (o denotaciones), “justo(a)” en sentido II no coincide con ‘jurídico’ en sentido II en cuanto ambos se refieren a un comportamiento humano (= conducta humana), pues *no toda* conducta *jurídica* (e.d. contraria de conducta antijurídica) es *justa*, lo que desde luego *no* quiere decir que por ello sea *injusta*. Lo que ocurre es que “justo” en el sentido II incluye en su significado total el significado de “*debido*”; es decir, la conducta humana justa es, entre otras cosas, *debida*. Y ocurre también que, además de las conductas jurídicas (en sentido II) *debidas*, hay las conductas jurídicas (también en sentido II) *no debidas* (que en la sistemática aludida son llamadas *facultativas*). Pueden unas y otras ser designadas, respectivamente, con las siglas C.J.D. y C.J.F.

Finalmente, el *entuerto* (vid. supra 3.1.2.) aparece entonces como contrario tanto de C.J.D. como de C.J.F., y a su vez “derecho” en cuanto nombra lo contrario de lo que “entuerto” nombra, puede decirse tanto de C.J.D. como de C.J.F.

3.3.4. Al término de estas referencias a “justo” en el sentido que principalmente interesa a esta iusfilosofía, debe insertarse una precisión que se vincula con lo expuesto en 3.1.4. y por cierto con lo señalado en 3.3.3. En la presente sistemática, “derecho” en cuanto nombra la conducta jurídica (vid. 3.3.3.) tiene una denotación (o extensión) más amplia que “*ius*” como sinónimo de “*iustum*” y también que “to díkaion” (= lo justo). No obstante ello, todos estos términos (el francés, el latín, y el griego) coinciden en referirse a *conducta humana* y no a *norma* jurídica ni a *poder* jurídico (4).

(4) La comunicación al Congreso aludido en* fue redactada en francés. Por ello se alude allí a la palabra “droit”. Desde luego en español pasa lo mismo.

4. Supuestos el examen de los términos “derecho”, “jurídico” y “justo” y los resultados obtenidos gracias a él, la iusfilosofía puede emprender su tarea disponiendo de una cierta orientación *general* previa respecto a su campo temático. Por ser sólo general dicha orientación, la iusfilosofía al tematizar su esfera objetiva propia no abandonará nunca su estrecha vinculación con la experiencia jurídica integral y, en consecuencia, no cesará de recurrir a sendos análisis de sentidos de términos jurídicos de menor extensión (o denotación).

5. Ya en 3.1.5. y 3.1.6. se indicaron, para la tematización del derecho y la del problema de derecho natural y derecho positivo, ciertas exigencias derivadas de los resultados a los que llega el análisis de las acepciones de “derecho”. Ahora es pertinente señalar que parejas exigencias se desprenden de los análisis de “jurídico” y de “justo” (y desde luego de “juridicidad” y de “justicia”) con respecto a ambas tematizaciones.

6. No es posible obviamente en esta comunicación incluir un desarrollo de sendas concepciones sobre el derecho, la juridicidad y la justicia objetiva, y a la vez sobre derecho natural y derecho positivo. Sólo se pretende ahora formular unas breves observaciones sobre *el tema del derecho natural* en este contexto.

6.1. Ante todo, cabe remitir a lo que se ha expuesto en 3.1.7. (5).

6.2 De acuerdo con lo sostenido en 3.1.7. se asevera que el tema mencionado se inscribe sistemáticamente en la división del derecho, junto con p.ej. la distinción entre derecho *público* y derecho *privado* o la que se da entre derecho *interno* y derecho *internacional* (6).

(5) En el *loc.* al que se remite aquí, se invoca la *integralidad* de la *experiencia jurídica*. En efecto, si se considera, sin restricciones no *prima facie* necesarias, el contenido de esta experiencia, se puede registrar, como *datos* muy importantes, algunas conductas jurídicas debidas (o sus contrarias) que un análisis ulterior permite determinar como *no positivas* en cuanto a su “materia” misma, aunque de hecho puedan ser *positivas* por su “*forma*”. Ciertas conductas humanas, p. ej., la que consiste en la prestación alimentaria a cargo del padre respecto de sus hijos no adultos, sobre todo de los hijos que tienen menos de diez años, pueden ser *determinadas* como jurídicamente *debidas* por una norma humana positiva (p.ej., una ley o un código), pero eran ya C.J.D, al margen del hecho que aquélla las establezca como tales. Este caso no es por cierto el mismo que el de la llamada “mano del tránsito” que debe observar quien conduce un vehículo en la calzada urbana o en el camino. Esta diferencia está ya presente, aunque de manera no necesariamente precisa, en el contenido de la experiencia jurídica integralmente considerada. Este contenido es el que permite y funda la distinción entre la positividad *ex vi materiae* (es el segundo caso aludido) y la positividad *ex vi formae tantum* (es el primer caso), o bien, igualmente, entre la positividad *material* y la positividad *solamente formal*.

(6) Esta precisión de orden sistemático no implica en modo alguno que se excluya la consideración del papel *fundante* del orden normativo jurídico *natural* respecto del orden normativo jurídico *positivo*. Ese papel afirmado por el iusnaturalismo y negado por el positivismo jurídico debe ser examinado, en sede sistemática, a propósito del *fundamento de la normatividad jurídica* y de la *obligatoriedad* que le es aneja.

6.3. Para la cuestión de *si hay* derecho natural opino que en el examen, por cierto indispensable, de lo nombrado respectivamente por "derecho" en sus *tres* acepciones principales, conviene por lo menos, si no es tal vez estrictamente necesario, desde un punto de vista metodológico iniciarlo examinando las *conductas jurídicas* (y sus *contrarias*, desde luego).

6.3.1. Con referencia a ese sector del campo jurídico —el de las conductas— las tesis del iusnaturalismo y del positivismo jurídico ya se enfrentan como *contradictoriamente* opuestas (7).

6.3.2. En el fondo de dicha oposición está la divergencia respecto de *si hay algunas* conductas humanas jurídicamente debidas u obligatorias (o *si hay algunas* conductas humanas antijurídicas) que lo sean por sí mismas (e.d. por la así llamada "*naturaleza*" misma) con prescindencia de una *determinación* normativa humano- *positiva*.

6.3.3. Es precisamente en este asunto donde radica la divergencia e importa de modo decisivo tenerlo presente para que la disputa no se desplace del punto litigioso crucial.

6.3.4. El examen de la "*naturaleza jurídica*" de *algunas* conductas humanas requiere que éstas sean analizadas en su *estructura integral* en la que ciertos aspectos o dimensiones derivan del *agente* (o *autor* de la conducta) y otros, en cambio, son *referencias constitutivas* a *valores* (o a bienes) — eventualmente a *antivalores* (o a males) — y a *finés* y también evidentemente a *normas*. Estas, salvo por prejuicio, no pueden ser consideradas *en principio* como humano- *positivos*. Este examen es soslayado, en general, por el positivismo jurídico, el que presupone, por una parte, un *nominalismo* axiológico, ético y jurídico integral y, por otra, en cuanto a las normas jurídicas, un *voluntarismo* estricto, como posiciones de base de validez indiscutible. Hay también otras presuposiciones gratuitas tenidas por incontestables.

(7) En 6.3.2. se señala dónde yace el nudo de la controversia. Se puede ver allí por qué se acaba de caracterizar la oposición como *contradictoria* y no como entre *contrarias*. La oposición es en términos lógicos entre una proposición universal negativa (es la tesis del positivismo jurídico) y otra que es particular y positiva (es la del iusnaturalismo). Es decir entre "*no hay ninguna...*" (E) y "*hay alguna...*" (I). Se emplea aquí evidentemente el léxico de la lógica clásica.

Por otra parte, de conformidad con la naturaleza de la oposición contradictoria, los opuestos no pueden ser ambos verdaderos (o falsos) al mismo tiempo y bajo la misma relación; si uno es verdadero, el otro es necesariamente falso, y recíprocamente.

Por último, el positivismo jurídico, supuesta su negación universal (E), no puede admitir que haya *alguna* conducta humana que sea jurídica (en el sentido II) o antijurídica, con prescindencia de una *determinación* normativa humana *positiva* que así la califique. Si lo admitiera, pecaría por incoherencia. Por el contrario, la posición opuesta puede, sin incoherencia, admitir que haya conductas humanas que exijan una determinación de tal índole para ser jurídicas (en el sentido II) o antijurídicas.

6.3.5. Un examen de esta “naturaleza jurídica” (c.f. supra 6.3.4.) es particularmente fecundo si se recuerda que el conocimiento de lo justo y de lo injusto requiere una sabiduría práctica profunda (Aristóteles, *Eth. Nic.*, V, 1137,10).

6.3.6. En la discusión del problema de saber si hay derecho natural en cada una de las acepciones de la palabra “derecho” ya indicadas, se debe tener en cuenta que se trata, por una parte y principalmente, de la *juridicidad* del derecho natural y por otra y secundariamente, de *la* del derecho positivo injusto. El autor de esta comunicación cree que el examen previo de los sentidos de la palabra “*juridicidad*” respecto de esta doble cuestión, sobre todo en su segunda parte, puede aportar algunas dilucidaciones necesarias.

Esta observación tiene importancia porque algunos participantes en la discusión recurren al expediente de remitir el derecho natural (sea en el sentido de *norma* jurídica sea en el de *derecho subjetivo*) al dominio exclusivo de la moralidad, con lo que la cuestión quedaría resuelta, no sin elegancia metódica. Hacia esta aparente solución convergen algunos representantes del positivismo jurídico sedicente metodológico y algunos otros autores que no aceptarían ser llamados positivistas jurídicos, pero que hacen la misma remisión del derecho natural a “la moral”.

Pero, por una parte, se debe determinar cuál es precisamente el dominio *moral*, qué es la moralidad misma, qué son las normas morales o bien cómo deben ser entendidas estas normas en cuanto a su sentido, a su origen, a su carácter obligatorio, etc., y, por otra, los autores que preconizan la existencia del derecho natural no pueden dejar de lado la *juridicidad* de éste, ya que es lo que parecen sostener cuando hablan precisamente de *derecho* natural. Se ve así que en el fondo el *sentido* de “*juridicidad*” debe ser dilucidado previamente con extremo rigor y sin ningún prejuicio.

GUIDO SOAJE RAMOS
Universidad de Buenos Aires