

REFLEXIONES TEORÍAS SOBRE EL USO CONTEMPORÁNEO DEL DERECHO NATURAL COMO MÉTODO

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- EL DERECHO NATURAL CONTEMPORÁNEO COMO «RESTO» FORMAL Y METÓDICO.

II. 1 Derecho natural como método.

II. 2 Derecho natural ¿concepto histórico o formal?

III.- CONDICIONES DE APLICACIÓN DEL DERECHO NATURAL EN LA TEORÍA JURÍDICA CONTEMPORÁNEA.

III.1 Superación de lo natural.

III.2 Concepción activa y crítica de la racionalidad.

III.3 La experiencia jurídica como «totality approach».

I

Introducción

«En alguna medida no se puede estar contra algo, sin apoyarse en él».
[J. Ferrater Mora, *Obras Selectas*, II, 242]

Quizá el mejor modo de dejar de ser, o de compartir el punto de vista, iusnaturalista en el estudio filosófico del derecho, sea el plantearse con un mínimo de seriedad qué es lo que rechazamos cuando negamos que en la actualidad quepan posiciones rayanas en el anatema del derecho natural. El problema, nos parece, se centra en el diferente modo con que el filósofo del derecho retorna la *tradición* teórica que lo precede. Como ha planteado Karl Popper, hay dos actitudes posibles hacia la tradición: la primera consistiría en asumirla acríticamente, sin cuestionarla, lo que conduciría a su aplicación inconsciente y separada de las circunstancias y relaciones sociales que la propiciaron; la segunda posibilidad sería la de la actitud crítica y racional. Esta última, parte de la constatación de que el único modo de rechazar o liberarse de una tradición reside en conocerla como paso previo a la adopción de un compromiso sobre la misma.

Como afirma Popper «... podemos liberarnos de los tabúes de una tradición y podemos hacerlo no solamente rechazándola, sino también aceptándola críticamente. Nos liberamos del tabú si *reflexionamos* sobre él, y si nos preguntamos si debemos aceptarlo o rechazarlo. Para esto, debemos primero tener una conciencia clara de la tradición y debemos comprender, en general, cuál es la función y la significación de una tradición»¹. Podría añadirse a estas afirmaciones que dicho análisis de la función y significación de la tradición tiene que ser enfocado primero desde el parámetro que ve el cambio y transformación de ésta en función de alguna otra tradición -no hay mutaciones teóricas dadas en el vacío conceptual-, y que el análisis debe centrarse en la función y significación de tal tradición en nuestro presente; lo cual quiere decir que hay que descubrir qué es lo que tiene virtualidad de aquélla para nuestras necesidades actuales.

Las reticencias, por otra parte justificables gracias al uso reaccionario en lo político y/o metafísico en lo teórico de que ha sido objeto el paradigma iusnaturalista, proceden de una falta de atención a las advertencias arriba mencionadas. Así puede verse que en multitud de ocasiones -puestas de relieve por el Prof. Soriano Díaz en una interesante investigación acerca de los presupuestos iusnaturalistas de nuestra vigente Constitución²- la crítica al derecho natural ha incidido de un modo especial en la declaración de intenciones que ve a éste como una realidad ontológica que se superpone, auspiciando o negando validez, al derecho positivo, sin una revisión crítica de dicha tradición y sin más apoyaturas que argumentos periclitados y sumamente lejanos a los intereses de nuestra época.

El abismo que separa indefectiblemente a la religión de los otros dos grandes conjuntos de objetivaciones culturales como son la filosofía y el arte, se revela de inmediato al observador en tanto es consciente de que desde aquélla las ideas-valor, raptadas al pensamiento mítico y mágico por el esfuerzo humano, se convierten en *realidades*, si no verificables en este mundo, sí constatables en un mundo trascendente en donde quedarían instaladas cómodamente en la jerarquía preestablecida por alguna mano invisible o todopoderosa. La filosofía y el arte, como ocupaciones inhóspitas del obrar humano, luchan denodadamente contra esta imposibilidad para, al final, hacer uso de las ideas-valor de la humanidad como meras *ideas reguladoras*. La filosofía y el arte serían, pues, objetivaciones que pugnarían por resolver los dualismos entre los que se debate la cultura y el pensamiento contemporáneos, no consiguiendo

¹ Karl R. Popper *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, (trad. de Néstor Míguez; adaptación y trad. de secciones nuevas -4.ª ed. inglesa- por Rafael Grasa) Paidós, Barcelona, 1983, pp. 158-159.

² R. Soriano «¿Es iusnaturalista la Constitución española de 1978?» *passim*; agradezco la amabilidad del Prof. Soriano Díaz por permitirme leer y «utilizar» el manuscrito de su monografía que se halla en trámites de publicación en el momento de la redacción de estas líneas.

otra cosa que asentar la tensión entre los polos del problema, sin «realizar» en ninguno de los sentidos de la palabra, su afán de materialización.

La reflexión filosófica parece instalarse inestablemente en ese intento de autorealización siempre imposible y como tal frustrante e insatisfactorio. Ante este «fundamento en falta» de lo que es el *dasein* del objeto con que nos topamos en la tarea investigadora, no han faltado remedios reduccionistas cuya misión radicaba en culminar de una vez por todas esa tensión, ese conflicto en el que actúan las ideas-valor de la humanidad; y ello bajo la hipóstasis de un orden incierto, pero «indudablemente» real y unitario. Así p.e., las revelaciones apocalípticas auspiciadas por los horrores de la segunda gran guerra, y la incertidumbre de la supervivencia en un mundo coronado de una ingente cantidad de cabezas nucleares, inducen al observador insatisfecho a postular como injusticia todo lo que se oponga a su concepción axiológica. De ahí a justificar órdenes supratemporales, hay un paso mínimo pero indefectible si no clarificamos antes las instancias de la crítica a lo real, que en el campo del derecho han venido siendo auspiciadas por una interpretación *ilustrada* y racionalista del iusnaturalismo.

Tanto Jürgen Habermas, como años antes György Lukács, afirmaron que el proyecto de la Ilustración aún no había sido puesto en práctica en su totalidad. Lukács, en sus desconocidas *Blum-Thesen*, exigía al movimiento comunista de su época el tomar conciencia de la necesidad de culminar el proyecto inacabado de las revoluciones burguesas, es decir, la verdadera democratización de las relaciones sociales, la denominada «democracia radical». Habermas, en uno y otro lugar de su abultada producción, pugna del mismo modo por «realizar» aquello que la Ilustración propugnaba como principios básicos del nuevo orden social: todo hombre es libre e igual y está dotado de razón; siendo el único camino para su consecución el reino de una situación comunicativa en la que todas las disfunciones y conflictos desaparezcan, para dejar paso a una libre circulación de ideas y perspectivas. Quizá sea arbitrario declarar que Lukács y Habermas sean iusnaturalistas; ni uno ni otro parecen preocuparse por tal cuestión. Pero es indudable que ambos consideran ese «proyecto» como una instancia crítica al orden desigual e injusto dominante en sus respectivas épocas.

Aun cuando la gestación de la idea iusnaturalista pueda remontarse a los inicios de la civilización occidental, su basamento actual se halla en la insistencia ilustrada antes mencionada. Desde este punto de vista, el pensamiento iusnaturalista se recrea desde el principio en la oposición entre lo real y lo racional, entre lo que es y lo que debe ser, y, en muchas ocasiones, entre la realidad y el mero deseo. Ortega afirmó que el hombre es el animal de mayor capacidad de insatisfacción; y Borges nos recuerda que ese hombre insatisfecho es a veces geómetra, pero siempre e ineludiblemente moral, es decir, conflictivo y recreador. Toda vanguardia ha tenido que batirse en ese frente en que el hecho y el valor han pugnado con saña durante tiempo inmemorial; y, cómo no, la democracia, si quiere dejar de ser un simple medio de acceso al poder, ha de sentar las bases procedimentales sobre las que encauzar la tensión, nunca resuelta, de los polos en las que aquel proyecto se asienta.

Falacias naturalistas aparte, el caso es que ese objetivo inalcanzado por las revoluciones burguesas continúa siendo una pauta desde la que enjuiciar críticamente cualquier parcela de nuestra realidad social, política y cultural.

Todo intento iusnaturalista de valorar dicho «statu quo» desde posiciones previas a tal proyecto ilustrado, y como tales opuestas a las premisas de la primera gran revuelta ideológica y cultural contra el antiguo régimen, no hace sino detraer virtualidad a tal modo de acercamiento a la realidad del derecho. Quizá la gran aportación de la Ilustración al tema que pretendemos estudiar, reside en la aceptación por todos de que no caben ya mundos separados y/o inmutables. La relevancia histórico-teórica del postulado del contrato social en nuestros días, es el fiel que inclina la balanza hacia el lado en que nos colocamos. La libertad, la igualdad, la fraternidad, la tolerancia intolerante con la intolerancia, la dignidad humana, la justicia, la equidad, constituyen las ideas-valor que la conciencia contemporánea roba al mito de la sociedad orgánica y «feliz» para darles un contenido acorde a las nuevas circunstancias y al surgimiento cada vez más claro de nuevos interlocutores sociales. Es, precisamente, en este sentido, como retomamos esa tradición ilustrada como el fondo ideológico desde el que postular la función y significación del iusnaturalismo en el mundo contemporáneo. Como decimos, cualquier retroceso a posiciones históricas anteriores o una asunción acrítica de dicha tradición sólo puede conducir al malentendido, a la confusión, o al uso metafísico, cuando no reaccionario de tal objetivación teórico-cultural.

Es conveniente citar aquí a dos críticos del paradigma iusnaturalista. Para Norberto Bobbio, las dudas con respecto al derecho natural no afectan en modo alguno «a la existencia de valores morales superiores a las leyes positivas ni tampoco al contenido de los mismos, sino únicamente a su motivación»³. ¿Qué es lo que se pretende con el derecho natural? Si se quiere sustituir la voluntad de la soberanía popular por algún subterfugio ideológico, tal planteamiento es rechazable de plano; si desde el mismo, se pretende observar la realidad del derecho positivo desde un punto de vista crítico y racional, es decir, sin abandonar lo fáctico por lo ideal, tal planteamiento es a lo sumo cuestionable y sujeto al proceso de argumentación teórica y política. ¿Qué hacer, pues, con la tradicional polémica entre iusnaturalistas y positivistas? ¿Son dos posiciones tan irreconciliables que sólo cabe la cautela del silencio o la autorrepresión propiciada por sentimientos viscerales de oposición? Veamos lo que opina sobre tal cuestión el otro crítico del derecho natural; para Elías Díaz «las diferencias que subsisten entre ambas concepciones» remiten en primer y principal lugar a la «diferente forma de entender esos valores»⁴.

³ Norberto Bobbio, «Algunos argumentos contra el Derecho Natural», en AAVV, *Crítica del Derecho Natural*, (ed. a cargo de Elías Díaz) Taurus, Madrid, 1966, pp. 221-237 (subrayado nuestro).

⁴ Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, Taurus, Madrid, 1982, p. 291.

Esta diferente «forma» de entender los valores no es algo arbitrario o que dependa exclusivamente del gusto o afiliación del teórico, ya que como ha sido puesto de relieve desde las posiciones de la *Escuela de Frankfurt* el método de conocimiento «interviene de modo decisivo en la determinación de los acontecimientos»⁵. La importancia de lo formal y metodológico viene dada, pues, por la posibilidad de que un entendimiento abierto de la objetivación cultural de que se trate capacite para crear modelos capaces de colocarse en una situación significativa, no meramente descriptiva, de la realidad; con lo que los contenidos remontan la polémica a un diferente modo de acercarse a «lo que hay», a un diferente «modo de formar». Esta «apertura» a un nuevo entendimiento de lo formal no se empeña en «reducir» ambigüedades con contenidos dogmáticos y/o escépticos, sino en abrirlos a la vista de todos como responsabilidad ineludible de la teoría. Y, por otro lado, se extiende en una descripción de la multivocidad y multiplicidad del objeto de estudio que se encuentra abierto a plurales determinaciones e influencias. En la actualidad la polémica de lo formal en la objetivación teórica alcanza una enorme virtualidad, pues es el único momento en el que puede reflejarse con claridad esa multiplicidad y multivocidad de los contenidos; asistimos a la transformación de un mundo ordenado de acuerdo con leyes que se reconocían como universalmente válidas, en «un mundo fundado en la ambigüedad, tanto en el sentido negativo de una falta de centros de orientación como en el sentido positivo de una continua revisión de los valores y certezas»⁶.

Indeterminación, incertidumbre, probabilidad, posibilidad, etc., son conceptos que planean por encima de la *obra abierta* del siglo XX que no puede entenderse sino en íntima coordinación entre las diferentes partes de que se compone. Sin embargo, esa misma indeterminación no hay que entenderla en el sentido cuántico de azar. La apertura metodológica no implica el «caos»⁷ sino la «regla» que permita la reorganización de las relaciones que aparecen multiplicadas y pluralizadas en la experiencia. Al igual que ocurre en la obra de Einstein la tendencia no debe ser el

⁵ Max Horkheimer, «Sociología y filosofía» en Th. W. Adorno y Max Horkheimer, *Sociología* (trad. esp. de Víctor Sánchez de Zavala, revisada por Jesús Aguirre), Taurus, Madrid, 1979, p. 20; cita en la que Horkheimer parafrasea a Ginsberg, «Social Change» en *British Journal of Sociology*, Sept., 1958, pp. 205 ss., (también incluido en su *Essays in Sociology and Social Philosophy*, vid. del mismo autor *La giustizia nella società*, Giuffrè edit., Milano, 1981.

⁶ Umberto Eco, «La poética de la obra abierta» en *Obra abierta*, (trad. de Roser Berdagué), Ariel, 1984, p. 80. Este sentido de apertura frente a lo múltiple y plural, afecta también a la obra de arte y, de un modo especial, a la literaria desde la publicación del *Ulises* de James Joyce, obra en la que destaca, para nuestros propósitos, el capítulo denominado «Wandering rocks» en el que las esferas espacio-temporales son puestas en solfa a partir de las categorías de posibilidad del acontecimiento y de su negación.

⁷ Feyerabend, «Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge» in *Radner and Winokur* (1970). Trad. cast. *Ciencia del método*, Ariel, Barcelona, 1974.

ir a buscar un dios que «juegue a los dados», sino a una regla formal en el sentido spinoziano del término que, siendo el factor primordial para la integración de las múltiples facetas del campo de la normatividad, consiga canalizar el sentido de la misma en función de los fines y de la historicidad de los elementos que son objeto de lo que suele llamarse «experiencia jurídica», retomada metodológicamente, desde nuestros presupuestos, bajo las premisas *formales* del derecho natural.

Los avatares históricos y teóricos a que se someten todos los conceptos filosóficos han tenido una especial incidencia en el campo del derecho natural, sobre todo por haberse considerado como una «realidad» desde la que justificar determinadas acciones políticas e ideológicas que contradecían de plano sus mismos orígenes ilustrados. Sin embargo, tales ataques no han caído en saco roto. Cualquiera que pretenda argumentar desde el derecho natural «como si nada hubiera ocurrido» no hace sino olvidar el papel de la historia y aplicar radicalmente el aforismo que mejor describe la actitud intransigente de determinadas parcelas del pensamiento iusnaturalista: «peor para los hechos». El derecho natural, al igual que los conceptos de racionalismo, de idea, de hecho, de valor, etc., etc., han acusado recibo de tales intromisiones, y ya hoy su virtualidad debe quedar reducida al plano meramente formal.

Colocar al derecho natural en su genuina tradición, o sea, el proyecto ilustrado de implementación de ciertos valores universalizables, y entenderlo como un modo más de acercamiento al derecho desde características propias y argumentables, hace que reflexionar sobre un tema en el que se han vertido tantísimas opiniones, no sea una actividad inane. Veremos, en esta monografía, al derecho natural como metaética de lo jurídico, continuaremos con los puntos nodales en los que se ha centrado la crítica al mismo, y culminaremos abordando el «resto» metodológico y formal aún virtual de este acercamiento al derecho; y, esto último, lo haremos partiendo de tres momentos: a) la superación de lo «natural» en la teoría contemporánea; b) la concepción activa y crítica que de la racionalidad pueda justificarse en nuestra situación social y jurídica; c) el intento de acercarse al derecho desde una *totality approach*, centrada jurídicamente en la denominada «experiencia jurídica».

Sirvan, pues, estas líneas como puntos de referencia y advertencias crítico-formales que permitan, si no culminar una polémica cuasi ancestral, sí reiniciarla con vías a un posible acuerdo entre los investigadores en filosofía jurídica, los cuales en un momento u otro de su trabajo se ven obligados a tomar postura en un tema como el que aquí abordamos.

II

El derecho natural como «resto» formal y metódico

II.1. *Derecho natural como método*

No se considera necesario exponer aquí toda la problemática surgida entorno al concepto de metaética, entre otras cosas porque nos alejaría del hilo de nuestra argumentación. Pero sí es conveniente demarcar

nuestro punto de partida; cuando hablamos de metaética lo hacemos dejando de lado -como veremos posteriormente al analizar las relaciones entre la ética jurídica y la filosofía del derecho- la significación del término que reduce el concepto a la lógica de las proposiciones morales⁸. Para nosotros el término metaética indica algo mucho más comprensivo y globalizador. La metaética vendría así entendida, por un lado, como el método de acercamiento a los valores, y a la normatividad en general, desde el punto de vista de la posibilidad o imposibilidad del conocimiento científico de los mismos; y, por otro, como el modelo teórico que permite la interconexión de los diferentes momentos que componen cualquier objetivación cultural. Bajo esta precisión, la metaética puede compatibilizarse con cualquier teoría ética y con cualquier contenido fáctico posible. Sin embargo, es preciso proponer una pauta que permita centrar el tema y desarrollarlo debidamente.

Como ha expuesto Oppenheim en la historia del pensamiento jurídico-político, dos son las metaéticas que han predominado: la cognoscitivista, que parte de la posibilidad de conocimiento y justificación racional de las proposiciones éticas; y la no-cognoscitivista, que afirma la imposibilidad de establecer fundamentos objetivos para señalar la verdad o falsedad de los principios de la política y de la legislación⁹. Como es fácil de advertir tanto una como otra conllevan implicaciones políticas y filosóficas de largo alcance pues, según se adopte una de ellas, diferente será la concepción que asumamos con respecto a lo real¹⁰; y

⁸ Vid. Torbjörn Tännsjö, *The Relevance of Metaethics to Ethics*, 1976, (citado por Ferrater Mora en su *Diccionario de Filosofía*, voz, «metaética»).

⁹ F. E. Oppenheim, *Ética y filosofía política*, (trad. cast. de A. Ramírez y J. J. Utrilla), F. C. E., México, 1976, pp. 62 y 55.

¹⁰ Implicaciones políticas que no son unívocas: conservadoras las no-cognoscitivistas y revolucionarias las cognoscitivistas, pues hay muchos ejemplos en la teoría filosófica y política en que los papeles se invierten; incluso dentro de una misma metaética y, aún más, dentro del pensamiento de un mismo autor, se pueden dar ambas derivaciones ideológicas. La obra de Oppenheim puede considerarse como clásica al respecto, pues con una simplicidad sorprendente nos pone en contacto con esa contradictoriedad implícita en la obra filosófica. Lo que ya no cuadra con nuestra idea es el cierre del cognoscitismo del valor a la contemplación del desenvolvimiento de algo tan anacrónico como es la ley natural -entendida como algo absoluto e inmutable-. Rechazar esta posición es plantarse en lo evidente, pero no por ello hay que aceptar como única alternativa la posición, igualmente forzada, del no-cognoscitismo que desprecia la existencia cualquier tipo de ley natural, y con ello todo intento de fundamentación de las normas morales y/o jurídicas. Hasta aquí pueden compartirse los argumentos, pero en lo que ya no concordamos en absoluto es en el hecho de que esa ley natural se confunda con el reconocimiento de principios básicos del ordenamiento y que éstos sean considerados sólo como «actitudes» sin que haya manera de reconducir racionalmente la discusión sobre los mismos, al no versar «inmediatamente» sobre hechos verificables; la reflexión sobre estos valores no sería considerada más que una tautología. Considerar de esta manera a los principios básicos del ordenamiento implica el entenderlos como una cuestión de «compromisos subjetivos» sin posibilidad de «status» cognoscitivo, con lo que el irracionalismo y el decisionismo se acercan peligrosamente, al ser imposible planificar de antemano cualquier decisión selectiva.

de una manera especial influirá en la teoría que de los derechos humanos se mantenga, pues siendo como son principios básicos del ordenamiento que cumplen funciones de orientación, dinamización y control de la actividad del legislador, permanecerían -dentro de una concepción no cognoscitivista- en un plano de mera subjetividad sin posibilidad de establecer un diálogo sobre los mismos ni reconocer su presencia en los otros como algo inescindible de su dignidad como personas. Por otro lado, partir de una concepción cognoscitivista de los valores que supere los obstáculos ontologicistas y jerarquizadores¹¹, abre -siempre y cuando asumamos la intersubjetividad como marco general de la teoría-, la posibilidad de comunicación, discusión, crítica y, por ello, de revisión constante de esos mismos valores, de los cuales es absurdo negar que existan socialmente e influyan poderosamente en la acción y la interacción humanas, ofreciendo la certeza propia de la legitimidad democrática.

Con esto lo que se busca no es más que un método de acercamiento a la realidad de la experiencia jurídica que compagine formalmente tanto la búsqueda como la práctica teórica, es decir, una «teoría con implicaciones (presupuestos y resultados) prácticas -y de acción práctica- totalmente embebida, lo reconozca o no, de teoría»¹², y esto puede encontrarse en el complejo formal que constituye el concepto ilustrado y crítico del derecho natural. Pero no hablamos de un derecho natural entendido como principio social concreto de algún ordenamiento que dependiendo de las condiciones sociales y políticas dadas garantice la mejor realización posible del imperativo absoluto de la justicia, es decir, de la ley natural en el sentido de los valores sociales formulables natural y espontáneamente por la razón práctica¹³, sino de un derecho natural que encuentra la ortodoxia en su método de investigación de la experiencia jurídica y que, en su más moderna acepción, ha venido a ser considerado como «un conjunto de tesis metaéticas que coinciden en afirmar la necesidad de que todo sistema jurídico reconozca unos derechos básicos

¹¹ Ejemplo de ello lo encontramos en R. Bozzi *La Fondazione metafisica del diritto in Georges Kalinowski*, Editore Jovene, Nápoles 1981, en el que se afirma que «Il diritto naturale post-hominum -no el eterno o divino- è per Kalinowski prodotto di conoscenza, non di creazione mentale: rivela una scienza nel senso antico del termine. Non conoscenza teorética, costantiva di ciò che è, ma pratica (nel senso aristotelico), direttiva di azione, poiche indica ciò che si deve o si può fate...» p. 59.

¹² Kostas Axelos, *Hacia una ética problemática* (vers. esp. de Miguel Ángel Abad), Taurus, Madrid, 1972, *passim*.

¹³ A. Fridolin Utz, *Ética Social II* (versión castellana de A. Ros), Herder, Barcelona, 1965, p. 114. Esta concepción abstracta, y en algunos momentos incomprensible, conduce a definiciones que rayan en lo tautológico, por su excesiva concretización; véase la definición de justicia que ofrece Fridolin «es aquella idea según la cual una acción o situación concreta se designa como justa» (p. 117); no hace falta profundizar mucho para observar la falta de operatividad de tales premisas.

de quienes lo integran, así como *las teorías* que defienden la posibilidad de conocer y justificar racionalmente tales derechos»¹⁴.

II.2 Derecho natural ¿concepto histórico o formal?

Partiendo del estudio de la estructura de la creación literaria en el campo de la novela, G. Lukács avanzó un criterio de decisiva importancia para afrontar la historicidad de los conceptos y teorías. Para el autor de HCC «el tiempo (podría añadirse aquí «histórico») no puede devenir constitutivo (es decir, actuante sobre la misma realidad de la acción humana) sino a partir del momento en que toda ligazón con la patria transcendental se rompe»¹⁵. Según esto nos sería imposible analizar de un modo no hipostatizador cualquier producción teórica a lo largo de su desarrollo si mantuviéramos una concepción de la historia, del tiempo histórico, bien como algo cerrado en sí mismo, bien, al estilo de Hegel o Croce¹⁶, como la coincidencia de lo finito y lo infinito, o sea como lo absoluto e inmutable realizado por la divinidad bajo la forma de valores trascendentales¹⁷.

Del mismo modo dicho planteamiento lukácsiano nos impide ver la historia de los conceptos como una evolución, es decir, con palabras de González Vicén, «como una sucesión de hechos (o hitos teóricos) sólo unidos entre sí por la relación causal» ya que ello nos conduciría inevitablemente al peligro equívoco de «la creencia en leyes naturales para la historia»¹⁸. Es preciso escapar pues de estas especulaciones si queremos comprender los momentos teóricos dentro del proceso histórico al

¹⁴ A.R. Pérez Luño, *Derechos Humanos. Estado de derecho y Constitución*, Tecnos Madrid, 1984, p. 137 (el subrayado es nuestro).

Para el profesor Delgado Pinto «No basta con constatar que es constitutivo de las normas del Derecho positivo, su pretensión de valer como justas, como racionalmente fundadas, ni que, por tanto, el orden vigente está abierto por principio a la crítica para hacerlo cada vez más humano, más justo, si previamente no se establecen las bases teóricas que aseguren la legitimidad de tal tarea como capaz de ser llevada a cabo racionalmente», José Delgado Pinto, *De nuevo sobre el problema del Derecho Natural*, Ed. Universidad de Salamanca, 1982, p. 29, vid. asimismo p. 32. Tanto para el Prof. Delgado Pinto como para el Prof. Pérez Luño el Derecho Natural constituye un cauce teórico formal, en el que caben diferentes tipos de planteamientos concretos e ideológicos. Pero debido a la instancia crítica que tal paradigma conlleva, nunca podrá -si lo entendemos desde la actualidad- ser involucionista, pues en su seno predomina lo que hemos denominado en nuestro trabajo la *Rationality of Intellect*, cfr. J. Delgado Pinto, op. cit. pp. 10-11 y A. E. Pérez Luño, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Minerva, Sevilla, 1982, pp. 53-69.

¹⁵ György Lukács, *Teoría de la Novela*, (trad. de J.I. Sebreli), Edhasa, Barcelona, 1971, p. 132.

¹⁶ Benedetto Croce, *La historia como hazaña de la libertad*, F. C. E., México, 1960, pp. 41-53.

¹⁷ En este sentido puede consultarse la obra clásica del historicismo alemán de entreguerras, F. Meinecke, *El historicismo y su génesis*, F. C. E., México, 1943.

¹⁸ Felipe González Vicén, «El darwinismo social: Espectro de una ideología», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, (NE), Tomo I, Madrid, 1984, p. 175.

que inevitablemente pertenecen, huyendo asimismo de la argumentación circular que se basa en el reconocimiento de leyes eternas y naturales; leyes que parten como postulados y culminan fundamentando aquello desde lo que procedían, es decir el encubrimiento de la situación o del concepto que se pretende reificar.

Según estas premisas el mismo profesor González Vicén, refiriéndose ya a la historicidad de los conceptos y teorías, nos ofrece un acercamiento a la misma obviando todo recurso a la mutabilidad en el tiempo o a los ardides de la razón especulativa en busca de sentidos prefijados que justifiquen el presente mediante el pasado. Vicén afirma la historicidad de los conceptos y teorías sacando a luz su vinculación estrecha con una determinada estructura histórica, por lo que no hacen sino expresar «una realidad determinada y carecen de sentido aplicados a otras realidades o contexturas históricas»¹⁹. Esto traducido a nuestra terminología vendría a decir que cualquier cambio producido en el nivel social, desde el momento en que se integra en el continuo social-cultural, influye poderosamente en el conjunto de objetivaciones teóricas que se hallan íntimamente imbricadas con una determinada estructura social.

Hasta aquí la argumentación de Vicén es aceptable, pero dos momentos de su exposición pensamos que no están lo suficientemente conectados con aquellos presupuestos previos y que pueden conducir a confusiones y rechazos improcedentes. González Vicén plantea su argumentación para despachar como periclitado el rótulo de derecho natural con todas las implicaciones que arrastra; desde luego que, en palabras de Max Horkheimer, «todas las ideas decisivas -incluso las de los juristas o de los médicos- tienen que recusar el intento de que las fijen unívocamente; *pero sin ellas la ciencia se desmorona*»²⁰, por lo que antes de abandonar un término, concepto u objetivación teóricas hay que aplicar esa misma pauta avanzada por Vicén y analizarlo dentro del contexto preciso que le sirve de marco y en el que puede ejercer una fuerte influencia orientadora o estática; y, lo que nos parece en este momento más importante, contemplar la pervivencia de dichas objetivaciones a lo largo de diferentes constelaciones histórico-sociales implicando significados diversos pero manteniendo el sentido formal que desde el principio venía informándolas²¹.

¹⁹ F. González Vicén, «La Filosofía del Derecho como concepto histórico» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XIV, 1969, p. 15.

²⁰ Max Horkheimer, «Sociología y filosofía», en Th. W. Adorno y Max Horkheimer, *Sociología*, op. cit. p. 16.

²¹ A. E. Pérez Luño, «El Derecho Natural como problema. Ensayo de análisis del lenguaje», en AA. VV. *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau*, Universidad de Valencia. Secretariado de Publicaciones, 1977, tomo segundo, pp. 187-206. Del mismo autor y acerca de la misma problemática pueden consultarse «Louis Lachance y la fundamentación de los derechos humanos» en *Revista jurídica de Cataluña*, 1981, n.º 4, pp. 241 ss., y *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op. cit. pp. 53-102. Asimismo, Guido Fassó «Che cosa intendiamo con diritto naturale» en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, pp. 168 y ss.

En principio nos parece que todas las objetivaciones comparten ese concepto de historicidad apuntado por Vicén, por lo que tanto el derecho natural como la filosofía del derecho sufren la incidencia de la configuración social de que se trate; lo que ocurre es que no tienen por qué ser considerados como objetivaciones contradictorias sino, más bien, como producciones teóricas que se complementan en el análisis de la experiencia jurídica. Es por ello que nos parece un tanto forzada la distinción de Vicén entre conceptos formales y conceptos históricos, sobre todo desde el momento en que en aquéllos introduce un término como el de «clase» tan apegado a las circunstancias del modo de producción capitalista²².

Más que esa dicotomía entre conceptos formales e históricos, preferimos la contemplación de la historicidad de los términos desde el punto de vista de la «recurrencia histórica» de las producciones científicas puesta de relieve por Gaston Bachelard, en la que las objetivaciones y certezas del presente sean entendidas no como creaciones *ex nihilo*, sino como un proceso que descubre en el pasado las progresivas formaciones de lo que se considera como verdad en un momento histórico determinado²³. Para Ferrater Mora, sin embargo, no hay conceptos estrictamente formales o estrictamente históricos, ni nada que cambie constantemente ni nada que permanezca intacto; así «una realidad recurrente es la que tiende a seguir siendo lo que es mientras dura; una no-recurrente, la que al tiempo que dura tiende a ir cambiando»²⁴. Para nuestros propósitos, el derecho natural -del cual hemos indicado su rasgo estrictamente metodológico- entraría dentro del conjunto o grupos de realidades no-recurrentes, es decir, del grupo de objetivaciones teóricas que tienden, no a la repetición, a la reiteración, sino en el sentido de Bachelard, al cambio, al devenir, al dejar de ser lo que eran para convertirse en otra cosa.

Todas las objetivaciones (dentro del continuo social-cultural) tienden a ser recurrentes, a fijarse para siempre, a adquirir consistencia duradera²⁵, pero aunque perduren, muchas veces varían en un determinado contexto que implica un cambio en su consideración: en estos casos cambia el contexto, no el contenido objetivo de la producción teórica que sigue pretendiendo inmutabilidad. Sin embargo, ya Kant advirtió de la peligrosidad de aferrarse en demasía a definiciones formales criticando

²² F. González Vicén, «La filosofía del Derecho como concepto histórico», op. cit. p. 16.

²³ Gaston Bachelard, *El racionalismo aplicado*, Paidós, Buenos Aires, 1978; sobre el concepto de historia recurrente puede consultarse el capítulo 1.º de esta obra.

²⁴ Ferrater Mora, *Fundamentos de la filosofía*, Alianza, Madrid, 1988, p. 133.

²⁵ Por ejemplo, los números, las clases; véase la exigencia socrática de matematizar las virtudes en oposición clara al subjetivismo de la sofística, en el mismo sentido marcha el psicoanálisis en búsqueda de referencias científicas y en el campo de los universales lingüísticos, véase dicha recurrencia en los trabajos de Noam Chomsky.

las concepciones por él llamadas «fisicoteológicas»²⁶.

El cambio de contexto, pues, desgasta a la objetivación de tal modo que, poco a poco, pierde su carácter dogmático, hasta el punto de que es criticada e incluso superada por otra. Pero antes de esa superación, -entendible únicamente en el sentido de *aufhebung* hegeliana -hay un momento en el que la misma conserva un resto suficientemente aprovechable: el resto metodológico que nos ayuda enormemente a entender el pasado, inextricablemente unido a su contenido básico como dogma, y el futuro como posibilidad de superar el impasse al que los diferentes cambios de contexto sitúan a las objetivaciones de que se trate. El derecho natural pasa por tales avatares en el mundo contemporáneo, pero no por ello deja de ser virtual su modo de acercarse a los hechos que conforman la experiencia jurídica. En cierta medida se asemeja formalmente al marxismo, como a cualquier otra metodología que se plantee los presupuestos de una superación del pasado en aras de la emancipación social.

Nominalismo-Realismo, Positivismo-Iusnaturalismo, incluso los conceptos de Sujeto-Objeto «no significan... modos de ser rígidos y separados entre los que fuera preciso establecer una compensación. Sino que... se engendran de modo recíproco tal como ellos mismos están engendrados: *históricamente*»²⁷. La cosificación de los conceptos a que se asiste a lo largo de la historia del pensamiento, nada tiene que ver con la autonomía histórica que van asumiendo y que permite trabajar operativamente con ellos en otros contextos y situaciones. La influencia ineludible de la estructura histórica concreta no tiene por qué incidir en la consideración de los conceptos como reflejos unívocos de la misma; «la terminología, que es inevitable, debe perder su propia dureza por medio de contextos y constelaciones en los que sea capaz de ganar renovadamente su lugar y valor»²⁸. Y esta es precisamente la situación del derecho natural entendido como conjunto englobante de tesis metaéticas y de teorías que asumen un «modo de formar» el conjunto de datos que el jurista maneja en el contacto con la experiencia jurídica.

Los cambios conceptuales no son tan radicales hasta el punto de considerarse que en nuevas condiciones sociales haya nuevos conceptos adecuados a las mismas, ya que «lo antiguo sobrevive en la figura de los conceptos que nos ha transmitido, más bien que en sus figuraciones, leyendas o contenidos doctrinales específicos»²⁹. Los términos tienen una

²⁶ E. Kant. *Crítica de la Razón Pura*; A 628, B 656; (se cita por la trad. cast. de Pedro Ribas, que también realiza el Prólogo, notas e índices), Alfaguara, Madrid, 1984, p. 522.

²⁷ Th. W. Adorno, *Impromptus. Zweite Folge neu gedruckten musikalischen Aufsätze*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1968; trad., castellana de A. Sánchez Pascual, Laia, Barcelona, 1985, p. 52 (subrayado nuestro).

²⁸ Th. W. Adorno, *Terminología filosófica*, Vers. esp. de Ricardo Sánchez Ortiz de Urbina; Taurus, Madrid, 1976, vol. I, p. 43.

²⁹ Th. W. Adorno, op. cit. p. 47.

consistencia superior a lo que designan en un momento histórico determinado, lo que conduce a Adorno a la afirmación de que el «medio más fructífero de comunicar un pensamiento original, desde el punto de vista del lenguaje, consiste en empalmar con la terminología recibida por tradición, *pero incorporando a ella constelaciones mediante las que los términos relacionados se expresen de manera completamente diferentes*»³⁰.

Por otro lado, si seguimos analizando el sugerente trabajo de Vicén para centrar nuestra argumentación al máximo, observaremos que la base histórica que el autor destaca para fundamentar la aparición de la filosofía del derecho como concepto opuesto-contradictorio al de derecho natural, es concretamente el momento de la glorificación de lo dado, del hecho realizado, por el pensamiento de la Restauración³¹. Sin aceptar, parece, los contenidos de dicho pensamiento, la filosofía jurídica surge como la metaética de los mismos, al conformarse como una nueva forma de aprehensión de lo real que viene especificada en la misma experiencia histórica como individualidad y singularidad opuestas al dominio de la razón ilustrada siempre dispuesta a mantener la tensión entre la idea y la realidad.

En esta glorificación de lo dado que alcanza un punto de inflexión en el pensamiento de Hegel, el derecho pierde esas connotaciones nómicas propias de la Ilustración gracias a que el mismo concepto de naturaleza cambia; y lo hace para ser considerado como ese momento histórico presente en que lo que prima no es lo racional sino lo vigente.

En este momento sería preciso destacar que la crisis del derecho natural, que acaece tras los logros de la Revolución francesa, tenía su origen, más que en su pérdida de juridicidad como elemento ontológico de la norma positiva, en el hecho de no creerse ya en fundamentos a priori del derecho positivo que provenían de la confusión de planos entre lo moral-teológico y lo jurídico, y por el hecho de no haberse podido realizar en un código universal, sino que se dividió en múltiples códigos que, a causa de los nacionalismos, cerraron la vía a criterios éticos y jurídicos de validez universal³².

³⁰ Th. W. Adorno, op. cit. pp. 35, 43. «La filosofía no funciona sin términos, los cuales encierran en sí misma la continuidad del pensamiento, la unidad del problema»... «los términos fijados expresan la identidad de los problemas transmitidos, mientras que el proceso histórico que resuelve los problemas de diferentes maneras, ha de buscarse en las cambiantes significaciones». Podemos decir que en filosofía no hay nunca una solución lineal de los problemas, «la filosofía resuelve ciertamente los problemas, pero al resolverlos los desplaza, los olvida, y *pone en su lugar otros dentro de los cuales aparecen nuevamente los anteriores*, vol, II, op. cit. pp. 10, 11, 12 y también página 77.

³¹ F. González Vicén, «La filosofía del Derecho como concepto histórico», op. cit. pp. 29 ss.

³² Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, (trad. F. González Vicén), Aguilar, Madrid, 1977, pp. 170-175.

Para el pensamiento radicalmente revolucionario del Lukács de la tercera década del siglo, el derecho natural aparecía como el espectro ideológico de una burguesía temerosa de perder los privilegios conseguidos, así «El derecho natural revolucionario destruye el derecho positivo existente sin cambiar nada decisivo en el carácter fundamental de la sociedad, ya que el nuevo derecho que de él deriva, el nuevo derecho positivo, se afianza en continuidad con el antiguo»... «la forma jurídica del cambio, tanto en el sentido iusnaturalista de la lucha, como en la sustancialidad del derecho positivo de la victoria, están en relación sustancial con sus intereses económicos vitales»³³.

Es esa misma realización positiva en diferentes códigos nacionales la que provoca esa pérdida ficticia de la tensión entre la idea y la realidad, entre el ser y el deber ser jurídicos que, todavía en Kant era mantenida a toda costa³⁴, pero que en las primeras décadas del XIX parecía inclinarse hacia el terreno del ser, de lo vigente. Y afirmamos lo ficticio de esta inclinación hacia lo positivo en cuanto que la misma realidad histórica se encargó de demostrar que todavía persistía la tensión que parecía resuelta y aún no se encontraban dados los contenidos materiales del obrar social justo. Así p. e. en el campo de la teoría social la pérdida de la confianza en la armonía liberal fue «desvaneciendo simultáneamente las expectativas de un paso a un orden en que las contradicciones colectivas quedasen suspendidas»³⁵ dando pie a una superación de la sociología positivista por una teoría crítica consciente de estos presupuestos y a la desconfianza hacia ese *die List der Vernunft* hegeliana que consideraba lo real y lo concreto (el Estado Germánico) como mistificación de lo más general y abstracto: el desarrollo de la idea en la historia. Y aún más, en Hegel hay una vuelta a retomar la tradición iusnaturalista que quedó suspendida en las obras de un Kant e incluso de un Fichte, los cuales elevando la singularidad a lo a priori despreciaban el «ethos» o lo general y, por consiguiente, cualquier objetivación de los contenidos de obrar social.

Hegel retoma esta tradición e intenta superar esa atomización mediante una concepción iusnaturalista que unifique los diferentes momentos particulares en lo más concreto (es decir general): el derecho y el Estado, momentos éstos en los que se dan un abrazo mortal lo individual y lo genérico buscando esa ley de necesidad interna ya auspiciada por la Escuela histórica del derecho. Por lo tanto en esta época más que una superación de esa idea tradicional del derecho natural lo que hay es una tendencia a ocultar las contradicciones a que el sistema inevitablemente

³³ György Lukács, «Revisión» a «La nueva edición de las cartas de Lasalle» en *Scritti politici giovanili*, 1919-1928, trad. e Introducción de Paolo Manganaro, Laterza, Bari, 1972, p. 229.

³⁴ Emilio Lledó, «Razón práctica en la razón pura kantiana» *Sistema*, Noviembre, 1983, n.º 57, pp. 3-19.

³⁵ Max Horkheimer, «Sociología y filosofía» en Th. W. Adorno y Max Horkheimer, *Sociología*, op. cit. p. 11.

conducía, «pues la nueva libertad resultó ser equivalente a libertad de desarrollo del poder económico, la igualdad a un primer plano de diferencias gigantescas de ingresos y de posesión -lo único que contaba verdaderamente- y la fraternidad a la disposición -producida mediante presiones económicas y manipulaciones- para la irrupción colectiva»³⁶.

En un momento de su impresionante autobiografía, Elías Canetti afirma que «todo prejuicio se configura a partir de otro prejuicio, y los prejuicios más frecuentes son los que emanan de sus opuestos»³⁷; en otro contexto Horkheimer apunta que «los prejuicios rígidos dan en fanatismo»³⁸, y «si la verdad constituye una meta a la que, como en otro tiempo pensó Kant, el pensamiento ha de acercarse en un proceso infinito, encuentra su obstáculo más fuerte en un juicio esclerótico»³⁹. Es precisamente cuando se habla de derecho natural cuando hay que tener presente estas advertencias debido a la visceralidad de las oposiciones degeneradas en multitud de ocasiones en caricaturas de la realidad del problema. Con ello se podría establecer un paralelismo, o si se quiere una analogía fecunda, en términos de Roman Jakobson⁴⁰, entre esta problemática y la surgida a principios de siglo en el campo de la teoría y práctica musical entre los defensores de la tonalidad y los seguidores de Schönberg y el atonalismo.

Las formas artísticas no pueden considerarse como sustitutivos del conocimiento científico, pero sí pueden entenderse como metáforas epistemológicas que constituyen un reflejo más o menos fiel de cómo la cultura de un momento histórico y de una formación social determinada ven la realidad⁴¹. Hasta principios del XX, el sistema tonal en música predominaba como un sistema impuesto a la actividad creativa; sistema que ocultaba tras de sí un modo periclitado de ver el mundo y de estar en él; la sinfonía, el rito del concierto no son sino ejemplos de ello: representan situaciones y emociones conflictivas que se resuelven al volver a dominar la armonía y el deseo de orden y paz, como ejemplos del orden inmutable de las cosas y de los valores. Frente a esto surge una vanguardia que intenta liberar a la música de las cadenas impuestas desde

³⁶ Max Horkheimer, op. cit. p. 10.

³⁷ Elías Canetti, *La lengua absoluta*, tomo I de su trilogía autobiográfica, p. 15.

³⁸ Max Horkheimer, «Sobre los prejuicios» en Th. W. Adorno y Max Horkheimer *Sociología*, op. cit. p. 95.

³⁹ Max Horkheimer, op. cit. p. 99.

⁴⁰ La analogía puede ser una forma útil para encubrir motivaciones ideológicas (p.e.: cuerpo físico-cuerpo social, barco-sociedad, etc.), pero no por eso hay que negarse a identificar relaciones donde es útil resaltarlas por su evidencia. «A los que se asustan fácilmente de las analogías arriesgadas les responderé que yo detesto también las analogías peligrosas, aunque amo las analogías fecundas», Roman Jakobson *Essais de linguistique générale*, Ed. de Minuit, París, 1963, p. 38.

⁴¹ Umberto Eco, *Obra abierta*, op. cit. p. 89.

el siglo XVIII estableciendo un paralelismo entre las notas sin que predominase ninguna de ellas.

Lo lógico hubiera sido el pronunciarse por la ruptura con todo lo tradicional, pero la polémica que se suscita tiene una virtualidad enorme para nuestros propósitos, pues en palabras de Adorno «en el preconsciente musical y en el inconsciente colectivo la tonalidad parece haber llegado a convertirse en algo así como una segunda naturaleza, no obstante ser ella misma, la tonalidad, *un producto histórico*»⁴². Sin tomar en consideración los desarrollos dogmáticos de los seguidores inmediatos de Schönberg⁴³ y acudiendo a la obra fundamental acerca del tema, el *Harmonielehre*⁴⁴, la superación de la armonía clásica se efectúa, no negándola, sino desmitificándola en función de su relatividad histórica; si con Hindemith⁴⁵ el tonalismo se reconsideraba, en oposición a los nuevos avances, como una ley eterna, el método shönberguiano no niega la tradición sino que lo que intenta una y otra vez es aumentar la comprensibilidad de la nueva música arguyendo la riqueza de interrelaciones existentes entre los fenómenos musicales y una idea -o lo que es lo mismo, una determinada organización de la experiencia en función de un objetivo-, y no el establecimiento de leyes eternas.

En Schönberg la única ley eterna reconocida como válida, y en el mismo sentido se pronuncia su discípulo A. Webern⁴⁶, es la constante posibilidad de *mutación* y de *evolución sin trabas*. El nuevo lenguaje teórico, artístico y científico no nace «ex nihilo» ignorando o negando el pasado, sino que fundamenta su validez en esa misma tradición superándola en riqueza y complejidad. Tanto el arte como la moral y, sobre todo, el derecho en tanto que objetivaciones culturales íntimamente imbricadas, reflejan la vida en su movilidad y es esta misma movilidad lo que únicamente puede considerarse como ley eterna.

⁴² Th. W. Adorno, *Impromptus*, op. cit. p. 136.

⁴³ Véanse los desarrollos fanáticos que de la dodecafonía se siguieron por algunos discípulos de Schönberg, como es el caso de Josef Matthias Hauer, autodenominado voz de la divinidad en la tierra, vid., William W. Austin, *La música en el siglo XX*, vers. cast. de José M.^a Martín Triana, Taurus, Madrid, 1985, vol. I, p. 403.

⁴⁴ Arnold Schönberg, *Tratado de armonía*, (trad. cast. y prólogo de Ramón Barce), Real Musical, Madrid, 1979, «Introducción», *passim*. Un ejemplo de «uso filosófico» de las teorías de la 2.^a Escuela de Viena, puede verse en C. Sini «Prospettive fenomenologiche nel «Manuale di Schönberg» en *Aut-Aut*, 79, 80, 1964, pp. 67-85. Sobre Anton Webern, vid. en el mismo número de *Aut-Aut*, «La conferenza di Anton Webern», pp. 91-93.

⁴⁵ Véase la polémica mantenida desde polos opuestos entre un defensor de la tradición como ley natural inmutable (Hindemith) y un innovador que no renuncia al pasado sino que lo integra en un nuevo método de entender los contenidos musicales (Webern), en Enrico Fubini, *La estética musical del siglo XVIII a nuestros días*, trad. de Antonio Pigrau Rodríguez, Barral edit., Barcelona 1970, pp. 247-252.

⁴⁶ Anton Webern, *Der Weg zur neuen Musik*, Universal Edition, Viena, 1960, trad. ital., *verso la nuova musica*, Bompiani, Milano, 1963.

Es interesante traer a colación la frase de Lukács en la que afirma que «lo que aquí importa es que pueda preservarse la permanencia en el cambio: la firmeza del núcleo en las más grandes transformaciones y a través de ellas»⁴⁷ con lo que la ruptura con la tonalidad significó «el conservar las necesidades eternas en que aquélla se fundaba»⁴⁸, por lo que, y siguiendo con la analogía, cuando hablamos de derecho natural o de cualquier otro término polémico e histórico, la repulsa terminológica no debe implicar un abandono de sus presupuestos, sino una adecuación de sus planteamientos al momento actual, una conservación de sus exigencias a otro nivel aplicable a un nuevo contenido material del obrar social⁴⁹.

Afirmar, pues, el sentido histórico de las objetivaciones no significa observarlas como reflejos inmediatos de la estructura social, sino ver su origen histórico como una parte integrante de su realidad, por otra parte, inescindible de los contenidos precisos que sí vienen condicionados más fuertemente por los cambios sociales y políticos. Utilizando la riqueza del castellano podemos decir con Ferrater que el derecho natural como todo el conjunto de «objetivaciones en general no han estado desde siempre *ahí* -y menos aún, *allá*, en un universo inteligible- listas para ser descubiertas o reconocidas; más bien van *estando ahí* a medida que van siendo constituidas»⁵⁰.

Aunque en el mundo contemporáneo cualquier tipo de intento de codificación moral venga motejada como «el sueño del burócrata»⁵¹ y todo intento de extrema coherencia de nuestros principios universales a la hora de conectarlos con casos muy concretos, sea puesto en solfa de múltiples maneras⁵², no quiere decir, en absoluto, que el problema

⁴⁷ György Lukács, «Lo lúdico y sus motivaciones» en *Thomas Mann*, (Trad. cast. de Jacobo Muñoz), Grijalbo, Barcelona - México, 1969. p. 117.

⁴⁸ G. Brelet, *Esthétique et création musicale*, P. U. F., Paris, 1947, pp. 24-25.

⁴⁹ Se trae a colación el hecho musical, en cuanto que es el punto cultural donde el dualismo entre lo expresable encuentra su intersección, donde se revela el hecho de que el lenguaje, como representación simbólica, puede referirse, no sólo a hechos observables empíricamente, sino también a sentimientos y acciones que superan con creces el ámbito que se extiende bajo el lenguaje científico y discursivo; para un desarrollo de estas ideas, Susanne Langer *Philosophy in a new key*, Harvard University Press, Cambridge-Mass, 1951, *passim*, esp. pp. 228 ss., obra recomendable pero teniendo presente la derivación de esta pensadora hacia el intuicionismo y romanticismo irracionalista; vid. Enrico Fubini, op. cit. pp. 199-202.

⁵⁰ J. Ferrater Mora, *Fundamentos de filosofía*, op. cit. p. 147.

⁵¹ Ernest Gellner, *Thought and Change*, Chicago, 1974 (citado por J. Muguerza en *La razón sin esperanza*, op. cit. p. 208 n.) y refiriéndose a Hindemith véase Th. Adorno, *Impromptus*, op. cit. pp. 88-90.

⁵² Leszek Kolakowski, *Toward a Marxist Humanism. Essays on the Left today*, Nueva York, 1968 (referencia en Muguerza, op. cit. p. 208 n.), donde se hace una crítica de la extrema coherencia entre nuestros principios universales; sobre todo cuando se intenta aplicarlos a casos muy concretos.

de los contenidos materiales del obrar en sociedad haya sido resuelto de un modo satisfactorio; más bien ocurre lo contrario.

Todo ese movimiento de revolución formal que acaece en el ámbito de la «obra abierta» del siglo XX, y que en sus aspectos filosóficos pugna por la construcción de nuevos espacios de comunicación que permitan el desarrollo adecuado de las libertades públicas, no remiten a otra cosa que a una protesta, sublimada teóricamente, frente a la venta del pensamiento y de la crítica, bien al lucro mercantilista, bien a una glorificación de lo existente por temor a lo nuevo. Para Adorno «quien se apunta a lo viejo, y lo hace sólo por desesperación ante las dificultades de lo nuevo no encuentra consuelo, sino que se torna víctima de su impotente nostalgia de un tiempo mejor, el cual, a la postre, ni siquiera ha existido»⁵³. Pero esta ruptura formal, que en nuestro campo vendría dada por la superación del derecho natural ontologicista por otro en el que la intersubjetividad predomina abarcando todo un conjunto de teorías que se remiten a él como método de análisis, ¿no implicaría transportar a dicho nivel formal conflictos que debían desarrollarse en la práctica como única vía de solución?, ¿esos nuevos métodos actuarían como estímulo o como canalización de la acción humana?

En principio las dos problemáticas vienen unidas, es decir, esa falta de contenidos materiales fácticos provoca, como en el caso de Kant, el predominio del modo formal de fundamentar⁵⁴, y el retorno de la mirada a épocas en las que podrían haber existido. Si rastreamos la historia del pensamiento, el método iusnaturalista se ha enfrentado a esta temática desde los inicios de la reflexión acerca del derecho, pero alcanzando sus rasgos más sobresalientes en períodos donde primaba la crisis de los presupuestos sociales⁵⁵.

⁵³ Th. W. Adorno, *Impromptus*, op. cit. p. 116, Adorno afirma que la nostalgia por tiempos en los que predominaban listas jerárquicas admitidas como obligatorias es una ficción y, en último caso, una derivación hacia un extremo subjetivismo (pp. 88-89), y cómo el negarse a comprender las nuevas significaciones de los conceptos no es más que «la defensa a que la consciencia cosificada recurre, una defensa que no es consciente de sí misma y que, por ello, es tanto más tenaz. La gente entiende erróneamente el endurecimiento social de esa consciencia cosificada y lo considera como si fuese la eternidad propia de lo natural. Justo las contradicciones reales, más allá de las cuales no dirige su mirada la sociedad actual, retoman la consciencia propia de esa sociedad, desenvolviéndola hacia tiempos presuntamente felices... Esta consciencia falsa es promovida por la industria cultural, la cual inmoviliza, congela la *imagerie* burguesa, una vez anquilosada» (p. 145).

⁵⁴ Agnes Heller, «La primera y segunda ética en Kant». «No sólo la finalidad particular, no sólo la finalidad que se orienta en función de los valores de bondad, sino también las normas éticas abstractas y concretas, los conceptos y las ideas morales, son de naturaleza material y dan contenidos al sujeto», en la obra *Crítica de la Ilustración*, Península, Barcelona, 1984, p. 47. El formalismo kantiano vendría dado por esa falta de contenido de los valores de una época como la suya; la única posibilidad de una ética material válida para todos estaría en la reinstauración de una sociedad comunitaria como la polis ateniense» (p. 49).

⁵⁵ Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, op. cit. p. 3; en el mismo sentido G. Lukács que ve a la consciencia de clase como portadora de intereses revolucionarios, solamente en momentos de crisis social.

El desconocimiento de dicha naturaleza formal del derecho natural incidió negativamente en su consideración desde sus primeros tiempos. Así por ejemplo las dos teorías éticas que tomaron por vez primera tal metaética -utilizando, claro está, términos anacrónicos- como el estoicismo y el cristianismo acabaron por fundamentar lo que criticaron desde aquellas premisas: el Imperio romano; y por ello en cuanto que en última instancia se basaron en supersticiones; así p. e. los estoicos retomaron «la oscura ciencia heraclitea y la fundieron con el fatalismo astrológico de los caldeos»⁵⁶. Por un lado abrieron el campo de lo universal por encima de la particularidad de la polis basándose en las leyes naturales, pero al no tener un conocimiento adecuado de su naturaleza formal y basarse en esos supuestos metafísicos, acabaron cediendo al imperio romano como impulsor de esa unidad natural rota por los griegos. En cuanto a los contenidos, fueron revolucionarios: idea de la coordinación del universo que conlleva la solidaridad de la raza humana, pero, por sus bases formales un tanto oscuras, cayeron en la resignación frente a la voluntad de dominio de Roma; esa misma debilidad de conocimiento implicó un fuerte aspecto conservador al considerar al derecho natural como el elemento preciso para «descubrir» la armonía que regía en la naturaleza. De aquí resulta, pues, el halo conservador del derecho natural basado en la naturaleza que predomina hasta la Ilustración.

En la Edad Media esa naturaleza se subordina a la divinidad. En el Renacimiento se instala en el hombre pero, significativamente, basada en Platón y en la filosofía astral. Es la Ilustración, con el arma de la razón, la que va aceptando un derecho natural como oposición a lo existente, obviando esa armonía preestablecida dominante. Sin embargo, la restauración de esta armonía viene otra vez a incidir en la consideración del derecho natural, que otra vez pierde su rasgo de método para aparecer como un *derecho* que no se opone al derecho positivo, sino que, en función del nuevo orden económico y social (individualismo), contiene «las condiciones a las que debe adecuarse cualquiera que quiera sentar un derecho sobre mí»⁵⁷.

En multitud de ocasiones se ha dicho que el derecho natural actual es de un formato distinto al de épocas anteriores, que el derecho natural es hoy concreto y el de antaño abstracto, cuando no que «ya» no puede hablarse de un derecho natural y esforzarse por explicar su imposibilidad. Mejor que afanarse en una polémica tan infructuosa que, en última instancia e inevitablemente, remite a la cuestión de *qué es el derecho natural o qué se designa con tal expresión*, es mucho más operativo esforzarse

⁵⁶ Benjamín Farrington, *Ciencia y política en el mundo antiguo*, trad. de Domingo Plácido Suárez, Ayuso, Madrid, 1973. p. 118.

⁵⁷ Alasdair MacIntyre, *Historia de la Ética*, (trad. de R. J. Walton), Paidós, Barcelona. 1982, p. 153.

por examinar «qué función o funciones desempeña en el lenguaje en la medida que éste se use para hablar acerca del mundo»⁵⁸.

El derecho natural, al igual que el conjunto de universales que conforman el *background* de la conciencia filosófica tendría, pues, una función propia: ordenar y clasificar lo que hay (tesis metaéticas y teorías); «poner de manifiesto similitudes, por lo demás cambiantes (entre las mismas)... y en definitiva clasificar ciertos actos humanos»⁵⁹ que podemos considerar de fundamentales o básicos. Pero la función precisa de un método no permanece sólo en el ámbito clasificador. Así, p. e. cuando se habla del concepto formal de justicia, la vemos como un intento de clasificación de la conducta humana, pero que a la vez podría *expresar un ideal de dicha conducta*; y es en este sentido y, de ningún modo de otro, que el derecho natural ostenta una función normativa o deontológica, es decir de segundo grado. Estamos ante una propuesta metodológica que implica un acercamiento al derecho desde una posición cognoscitivista e intersubjetiva, por lo que de principio viene demarcado de otras posiciones teóricas con otros presupuestos formales, y, en segundo momento, ofrece la posibilidad de una última demarcación considerándola como la más adecuada para fines como pueden ser el de emancipación humana de la explotación, de la tortura, de la manipulación brutal y/o refinada, del silencio, etc.

Desde esta perspectiva, tal método no puede renunciar a su tradicional consideración doble: por un lado, como *idea reguladora*, y, por otro, como *hecho pragmático*. Esta doble referencia al ideal y a la facticidad hace que, si este método se usa sin prejuicios, el derecho natural se integre en el marco o *background* de una filosofía crítica y realista. *Crítica* en tanto que marca la posibilidad de justificación racional del derecho partiendo del reconocimiento de unos valores sociales básicos; valores con tendencia a la formalización exigida por la expresión pública y comunitaria de las necesidades humanas. Y *realista* en tanto que influye poderosamente en la misma normatividad a través de la denuncia y desenmascaramiento de todas las formas ideológicas bajo las que

⁵⁸ J. Ferrater Mora, *Fundamentos de filosofía*, op. cit. p. 142, refiriéndose a la problemática establecida entre quienes aceptan o rechazan dogmáticamente la existencia de universales en el lenguaje cotidiano y científico; polémica trazada por el autor con el ánimo clarificador que lo caracteriza.

⁵⁹ J. Ferrater Mora, op. cit. pp. 143-145. «En tanto que construcciones o constructos culturales, los universales experimentan cambios semánticos. Según las comunidades, las culturas y las épocas puede manifestarse una tendencia mayor o menor hacia la formación y uso de universales en general, o de universales específicos, así como una tendencia mayor o menor hacia la expresión abstracta de su universalidad» (p. 143)... «pero ello significa que los nombres universales, o usados universalmente, sean siempre completamente arbitrarios. En la medida en que son aceptados por la gran mayoría de usuarios de la lengua, constituyen un vocabulario más o menos fijo y estable. El número, alcance y modos de uso de los términos universales se hallan también determinados en gran medida por la función que desempeñan dentro de una comunidad cultural (p. 144).

los intereses dominantes travisten fines inconfesables en el proceso democrático de discusión y crítica.

Esta doble consideración del método, reafirma lo que hasta aquí se ha definido en este ensayo. El derecho natural sólo puede ser entendido en la actualidad, es decir, sólo puede ser objeto de uso teórico, siempre y cuando lo retomemos bajo el punto de vista de ese «resto» metodológico que permanece después de las múltiples depuraciones a que ha sido sometido tanto por los juristas como por la propia realidad. Sin embargo, nunca se repetirá lo suficiente que, dentro del ámbito de la normatividad jurídica, operan ciertos ideales de razón; ideales prácticos y problemáticos cuya esencia radica en la no cristalización de una vez por todas bajo la forma de algún hecho «real». Cuando a las ideas valor se les otorga realidad fáctica, dejan inmediatamente el terreno de la filosofía para pasar a integrar el campo de la teología o del dogma político. Lo racional del método que analizamos reside en su constante insatisfacción ante lo dado, en su afán por no ver solidificadas sus categorías como si fueran hechos verificables tanto en este mundo como en cualquier otro. Esa tensión entre lo ideal y lo fáctico, junto a su naturaleza de interpretación histórico-social de la experiencia jurídica, hace que, estemos o no de acuerdo con la terminología al respecto, nos parezca virtual ese «resto» formal y pragmático que aun hoy puede entresacarse de la teoría iusnaturalista, retomada desde sus múltiples vertientes no metafísicas.

III

«Condiciones» de aplicación del derecho natural en la teoría jurídica contemporánea.

III. 1 *Superación de lo natural.*

En una ocasión, Norberto Bobbio afirmó que una sociedad jurídicamente constituida conducía a la sensación de certidumbre, a la seguridad en las acciones humanas y reacciones de las instituciones; y una sociedad basada en el derecho natural provocaría de inmediato una gran incertidumbre e inseguridad⁶⁰. Desde nuestro punto de vista esta opinión cae en el error que venimos denunciando; ninguna sociedad, ningún tipo de formación social puede basarse en el derecho natural, como ninguna sociedad puede fundamentar su estructura en, por ejemplo, el positivismo lógico, ya que ni uno ni otro son elementos constitutivos de la realidad social. Por mucha importancia que tenga el conocimiento en la determinación de los acontecimientos, por mucho que se diga que los hechos vienen cargados de teoría, lo real dentro del nivel social tiene su relativa independencia e influye, al igual que se deja influir, en el método

⁶⁰ Norberto Bobbio, «Le Droit Naturel» en *Annales de Philosophie Politique*, 3 París, p. 181.

de acercamiento a sus diferentes elementos. Considerar, pues, a la incertidumbre social como una consecuencia del derecho natural sería otorgarle una realidad ontológica de la que carece por completo debido a ese carácter metodológico que impregna su naturaleza.

Del mismo modo es rechazable la concepción que ve el derecho natural, tal como hace John Rawls, como el derecho que la justicia protege, ya que tanto el sentido de esta justicia como el sentido del bien son capacidades naturales que conforman lo que el autor denomina «personalidad moral»⁶¹. Para Rawls esta personalidad viene entendida como la facultad o habilidad natural que la organización social de que se trate debe proteger por su rango de derecho natural de la persona. Pues bien, aparte la motivación rawlsiana de concretar la teoría de la justicia en principios suficientemente estables⁶², también choca con nuestra idea de derecho natural.

Si bien esta idea se ha mantenido durante los dos mil años de cultura occidental reflejada en múltiples y plurales objetivaciones incluidas las artísticas -desde la *Antígona* de Sófocles, hasta la *Ariane* de Maeterlinck-Dukas-, no podemos deducir de ello que refleje esa naturaleza perdida. El mismo Arnold Schönberg afirmaba en su *Harmonielehre* que ya no se podía retroceder hacia la naturaleza; en todo caso la cuestión sería ir hacia la misma desde nuestros presupuestos contruidos⁶³.

⁶¹ John Rawls, *Teoría de la Justicia*, (Trad. de M. ^a Dolores González) F. C. E., México, 1978, p. 558. Acerca de esta traducción se han pronunciado M. Jiménez Redondo «A propósito de la versión castellana de la obra de John Rawls *A Theory of Justice*», *Teorema*, XI, 1981; y J. Agra Romero, «¿Es la versión castellana de *A Theory of Justice* una versión modificada?», en *Teorema*, XIII, 1983. Referencias imprescindibles para entender algunos conceptos confusos de dicha traducción. Asimismo, es de referencia obligada la «Presentación» de M. A. Rodilla de los ensayos previos, del mismo Rawls, a la publicación de *A Theory of Justice*, reunidos y traducidos por M. A. Rodilla en el volumen titulado *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la Justicia*, Tecnos, Madrid, 1986.

⁶² *Ibíd.*, op. cit. p. 563.

⁶³ Arnold Schönberg, *Tratado de armonía*, op. cit., «tenía razón yo cuando instintivamente me oponía a la vuelta a la naturaleza y me maravillaba de que un Debussy esperase encontrar la naturaleza tras los caminos del arte en los tramos ya recorridos; en ese *hinterland* que está a trasmano del arte, que es, por lo tanto, el punto de reunión de los rezagados y merodeadores; de que un Debussy no notara que quien quiere la naturaleza no ha de ir hacia atrás, sino *hacia delante*: ¡hacia la naturaleza! Si yo tuviera un lema, quizá podría ser éste. Pero pienso que hay aún algo más alto que la naturaleza» (p. 471). Esta relativización es mantenida, asimismo, por Agnes Heller en *El Hombre del Renacimiento* (trad. J. F. Yvars y A. P. Moya), Península, Barcelona, 1980, pp. 432 y 441. Del mismo modo, se puede encontrar esta superación de lo meramente natural en la categoría lukácsiana de «homogeneización» con la cual se quiere decir que el único modo de acercarse al estudio de objetos sociales es ir primero al hombre y después retroceder a él tomando en consideración las producciones culturales que institucionaliza gracias a su esfuerzo; en ese sentido puede verse el bellísimo ensayo de György Lukács, «Béla Bartók. On the 25 th. anniversary of his death» en *The New Hungarian Quarterly*, 41, 1971, pp. 42-55, vid. esp. p. 49.

Marx reprochó a Feuerbach precisamente este apego a lo natural en sus contenidos antropológicos; esto fue magistralmente intuido por György Lukács cuando retornando esa crítica a la generalidad muda en que consiste la esencia humana feuerbachiana, desde la evolución social, afirma que «el retroceso de la frontera natural -en términos marxianos- suscita en efecto una esencia humana que no es ya sólo específica, genérica en *sentido natural*, sino también y ante todo, mentada -consciente, inconscientemente o con conciencia falsa- en el sentido de la humanidad, y que por eso rebasa ampliamente sus contenidos decisivos lo natural y genérico-específico»⁶⁴. Esta superación de lo natural, momento decisivo para el entendimiento metodológico del derecho natural, implica, pues, reconocer de una vez por todas al hombre como medida de todas las cosas, es decir, «libre para crear y modificar sus instituciones según sus propias necesidades»⁶⁵.

Pero, asimismo, esta superación de lo natural, como momento imprescindible para poder retomar «aquí y ahora» la tradición iusnaturalista, necesita una mayor especificación en diversos niveles de la argumentación. En primer lugar, habría que matizar ese rechazo a lo ontológico que es expresado desde las posiciones contrarias al paradigma aquí analizado. Tal y como se ha puesto de relieve por la teoría de la ciencia contemporánea, no hay que establecer un paralelismo total entre el argumento ontológico y el metafísico. Argumentar ontológicamente no tiene por qué determinar el «ser» del objeto en cuestión; ser revelado a través del orden natural de los hechos. Más bien, esta tarea consiste en investigar los modos más generales de entender tal objeto; modos generales de conocimiento que establecerían los límites entre los cuales actúa o tiene relevancia el fenómeno estudiado⁶⁶.

En la actualidad, el modo de argumentar ontológico en lo jurídico ha sido rehabilitado desde el punto de vista de una «teoría del

⁶⁴ György Lukács, «El film» en la *Peculiaridad de lo Estético* (Estética), (trad. M. Sacristán), Grijalbo, Barcelona, 1982, volumen 4.º, p. 187.

⁶⁵ Benjamín Farrington, *Ciencia y política en el mundo antiguo*, op. cit., pp. 86 y 104.

⁶⁶ En la actualidad, como decimos, la ontología no busca la absolutización de ningún proceso, sino lo que Ferrater Mora ha denominado el «modo ontológico de operar». Lo importante no es dedicarse a investigar los «residuos» del ser a través de operaciones eidéticas y/o existenciales: lo importante es «situar» al objeto, lo cual «... es sólo un modo de dar a entender que nos las habemos con cosas, objetos, procesos, etc., no con algo que por ventura se halla por encima, o por debajo, de ellas, a modo de una más fundamental realidad» J. Ferrater Mora *Fundamentos de Filosofía*, Alianza Univ., Madrid, 1985, p. 40. Como afirma Quine, ese modo ontológico de operar, consistiría en situar al objeto en un determinado sistema de coordenadas que lo insertarían en un contexto determinado, con el cual nos «comprometemos ontológicamente», vid. W. V. Quine *La relatividad ontológica y otros ensayos* (trad. de Manuel Garrido y J. Blasco; revisada por Quine), Tecnos, Madrid, 1974, p. 69. Para Quine «lo que hace que las cuestiones ontológicas carezcan de sentido cuando están tomadas absolutamente no es la universalidad, sino la circularidad», op. cit. p. 74.

derecho»⁶⁷ empeñada en analizar tal fenómeno en función de los conceptos límites de derecho, moral, poder, ideología, conflictos y contradicciones sociales, etc., incidiendo más en las cuestiones externas que propician una crítica al marco teórico dominante, que en cuestiones internas o propiamente estructurales del objeto estudiado (tarea encomendada a la «teoría general del derecho»).

Esa necesaria superación de lo natural no implica un abandono del argumento ontológico, del mismo modo que desde una teoría conjetural de la ciencia no hay que rechazar la doctrina esencialista en favor de interpretaciones teóricas instrumentalistas. Tanto en uno como en otro sentido, y siguiendo en esto a Karl Popper, lo único rechazable sería el acudir bien a reducciones de la complejidad ambiental a un sólo sistema absoluto, bien a explicaciones últimas «es decir, a las explicaciones que (esencialmente o por su propia naturaleza) no pueden ser ulteriormente explicadas ni requieren tal explicación ulterior»⁶⁸. Pero es absurdo negar que tras las apariencias teóricas o sociales podemos encontrar una realidad que contradiga lo comúnmente aceptado como científico. El método racional y crítico que planteamos como «resto» contemporáneo de la idea tradicional de derecho natural está dentro de este marco conceptual. Utilizando la terminología popperiana nos hallaríamos ante una genuina conjetura que analiza los modos más generales del ser del derecho, los límites externos de lo jurídico y que si bien no puede ser verificada empíricamente -debido a que una teoría nunca es verdadera o falsa, sino más o menos virtual para analizar su objeto-, puede informarnos, unida a una crítica de las ideologías, acerca de la realidad del fenómeno jurídico en toda su extensión y complejidad.

En la actualidad hablar de leyes naturales, tanto en el campo científico-natural como en el de las ciencias sociales, es hacerlo tomando en consideración esa necesaria superación de lo natural de que hablamos. Y esa superación viene de la mano del rechazo de considerar a cualquier ley natural como un enunciado veritativo. Más que enunciados o pseudoenunciados, nos encontramos ante lo que Schlick denominaba «reglas para la transformación de enunciados»⁶⁹. Y esto es así en tanto que consideramos como única ley natural la del constante cambio y mutación de lo real en todas sus vertientes.

Por mucho que se pretenda alcanzar la identidad absoluta entre los polos de esas cuestiones externas que consideramos anteriormente al analizar el modo ontológico de operar, los resultados reales serán siempre insatisfactorios. Como afirma Mario Bunge «la variedad y el cambio son

⁶⁷ Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985, p. 369. Véase en el mismo sentido, aunque no expresamente, A. E. Pérez Luño, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Minerva, Sevilla, 1982, Cap. 2.º.

⁶⁸ Karl R. Popper, *Conjeturas y refutaciones*, op. cit. p. 139.

⁶⁹ Vid. Karl R. Popper, *La lógica de la investigación científica*, (trad. Víctor Sánchez de Zabala), Tecnos, Madrid, 1985, pp. 36n, 231n, y esp. 290.

hechos que lo penetran en el mundo; además, el cambio se debe a la variedad y la variedad es a su vez simplemente el resultado del cambio. Es probable que ningún par de cosas ni de acontecimientos sea idéntico o permanezca idéntico consigo mismo en todos los aspectos, en todos los detalles y para siempre. Es posible que la identidad estricta no sea cosa del mundo real: la identidad en todos los aspectos, entre cosas coexistentes o entre cosas sucesivas, es una hipótesis simplificadora...»⁷⁰. Esta comprensión de lo natural como lo cambiante, lo mutable, nos induce a que todo esfuerzo teórico por mostrar la identidad total del derecho con su propia estructura interna nos aparezca inmediatamente como falsa y necesitada de clarificación. Y, por otro lado, esa concepción «superada» de lo natural, empuja siempre al científico a la búsqueda de lo diverso que subyace a dichas identidades aparentes. Bajo ese afán de identidad formal sólo podrán manejarse sucesos o aspectos ya conocidos, pero nunca podrán predecirse nuevos tipos de sucesos o aspectos que se darían en el juego de esos conceptos límites de que hemos hablado al «situar» ontológicamente al derecho.

III. 2 *Concepción activa y crítica de la racionalidad*

Las tendencias naturalistas que aquí cuestionamos nos ponen en relación con la temática de la racionalidad; tema que habría que desarrollar con más detalle desde una teoría de los valores, pero que aquí cabe apuntar para evitar confusiones y equívocos. En palabras de Heinrich von Kleist «toda inclinación natural, toda espontaneidad, son hermosas; y todo lo que quiera comprenderse a sí mismo, se convierte inmediatamente en desagradable y confuso»⁷¹. Puede decirse sin errar mucho que es casi una ley general que la vuelta a la naturaleza conlleva un desprecio de la razón y consiguientemente una magnificación del instinto y de los sentimientos inconscientes, por lo que toda forma de consciencia es rechazada de plano. El método iusnaturalista crítico no puede reclamar una concepción parecida de lo natural, ya que para él es una pauta importantísima el considerar la racionalidad «como el instrumento decisivo a través del que se estructuran las formas modernas de convivencia política libre y democrática»⁷².

El derecho natural como método utiliza ineludiblemente la racionalidad como un instrumento necesario para su operatividad; pero esta racionalidad

⁷⁰ Mario Bunge, *La investigación científica* (trad. de Manuel Sacristán), Ariel, Barcelona, 2.ª ed. 1985, p. 334.

⁷¹ György Lukács, «La tragedia de Heinrich von Kleist» en *Realistas alemanes del siglo XIX* (trad. de Jacobo Muñoz) Grijalbo, Barcelona-México, 1970, p. 22. Según Lukács, en Kleist hay una idealización de la Edad Media, presentando las relaciones feudales como un idilio armonioso entre los propietarios de tierras y sus siervos (p. 39), lo que nos puede servir de ejemplo de naturalismo irracionalista.

⁷² Guido Fassó, *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna, 1964 vid. al respecto el ensayo de A. E. Pérez Luño «L'itinerario intellettuale di Guido Fassó» en *RIFD*, 1976, pp. 372 ss.

no vendría entendida como una regla estricta de procedimiento lógico, sino como una premisa formal que nos permita conectar nuestros deseos, necesidades y fines con las pautas teóricas y prácticas influyentes en la acción humana colectiva. Lo que señalaría como racional a un método no sería, pues, esa competencia para manipular conceptos y argumentos establecidos en una consistencia deductiva impecable, sino que lo que caracteriza como racional a lo que hemos considerado como metaética jurídica será «su disposición a concebir, explorar y criticar nuevos conceptos, argumentos y técnicas de representación, como maneras de abordar los principales problemas de su ciencia... la ausencia de juicio racional se manifiesta en la resistencia a los cambios... o también en la prematura aceptación de innovaciones no probadas... las trabas a la racionalidad son... el conservadurismo institucional (y) los intereses de los individuos dominantes»⁷³. La filosofía como autotematización de la ciencia en todos sus niveles constituiría en este lugar «una especie de proceso de revisión racional de la racionalidad» que habría que entenderla en una superación del naturalismo periclitado que conecta unilateralmente normas y hechos confundiendo deseos con realidades, y en una disposición contra la manía historicista y sus remisiones a destinos absolutos del proceso histórico; y ello, como plantea Muguerza, en busca de una racionalidad «neonaturalista» que tenga en cuenta esa conexión entre nuestros deseos, necesidades y metas, incluso las más lejanas, y «neohistoricista» es decir como contemplación de esa conexión a lo largo de su mismo proceso de constante revisión, modificación, creación y crítica por los agentes sociales.

Hemos considerado que la única ley natural a la que podemos remitirnos, sin caer en iusnaturalismo periclitado, es la del constante cambio y mutación de lo real. Afirmar, como hacen Schmitt y hasta cierto punto Lukács, que la racionalidad del Estado de Derecho sólo es justificable en períodos de prosperidad, relativizando con ello la aplicación normativa, ideológica y valorativa de éste en momentos de crisis revolucionaria, a más de un síntoma de paranoia, revela una concepción excesivamente dualista e irreconciliable entre dos concepciones de la racionalidad. Tanto Schmitt como Lukács, aunque desde frentes teleológicos sumamente diferentes, realizan eso que Agnes Heller denomina la *vivisection of rationality*, desde el momento en que toman lo racional a través de las diferentes formas y teorías de la acción humana: en períodos críticos, en etapas conflictivas se debe primar la voluntad de solución, el impulso a hacer, a obrar en determinados sentidos. Por el contrario, en

⁷³ Stephen E. Toulmin *La comprensión humana I. El uso colectivo y la evolución de los conceptos*, (vers. esp. de N. Míguez) Alianza, Madrid, 1977, p. 375. El mismo autor sigue afirmando que «ni la racionalidad de los conceptos teóricos ni la de los procedimientos prácticos pueden ser juzgadas de una manera definitiva, intemporal o de una vez por todas. La razón práctica, como la razón pura, no debe tener presente lo bueno o lo mejor de todo, y menos aún, lo Único-Concebible-Coherentemente, sino lo mejor comparativamente... esto significa siempre lo mejor-por-el-momento (p. 376).

épocas de estabilidad, lo racional sería la adaptación a las normas y reglas establecidas desde el *establishment*.

Entender la racionalidad en general, o aplicada p. e. a una categoría jurídica como es el Estado de Derecho, desde los diferentes tipos de acciones a desarrollar en diferentes circunstancias históricas y sociales, implica una relativización excesiva tanto de la misma idea de racionalidad como de la realidad normativa del Estado de Derecho. Cuando nosotros afirmamos que la única ley natural argumentable desde el presente es la del constante cambio y mutación de los objetos sociales, no asumimos tal postulado como algo apegado a una determinada teoría de la acción humana. ¿A qué instancias genéricas se remiten los que defienden una actuación determinada a través de una racionalidad comunicativa o instrumental? ¿Cabría decir que ambas «racionalidades» se remiten a normas y reglas incomunicables entre sí de un modo absoluto, y que sólo pueden ser implementadas desde una praxis determinada?

Ser racional es actuar «conforme» a unas determinadas normas y reglas imperantes en una comunidad o forma de vida. El proyecto ilustrado de concebir al hombre como un ser racional estaría en esta línea. El hombre es racional cuando es capaz de poner en práctica esa normativa estructural en el conjunto de su acción cotidiana. Sin embargo, la racionalidad no se agota en esa faceta. En este sentido habría que entender la función de la racionalidad *práctica*, la cual induce no sólo a actuar en una determinada manera, sino, asimismo, a *discriminar* entre los posibles modos de praxis en función del conjunto de valores y principios más universalizables y abstractos.

Más que un fundamento de la praxis, la racionalidad es un hecho puramente formal que nos capacita para asumir lo dado y aplicarlo a nuestra vida cotidiana. Lo que ocurre es que en dicha vida cotidiana no sólo intervienen normas concretas y/o morales que son preciso asumir como «supuestas», sino que también inciden los valores como normas universalizables y que posibilitan no sólo esa asunción *pasiva* de las normas y reglas de la convivencia, sino la crítica de éstas desde esas ideas-valor, estén o no reconocidas formalmente por el ordenamiento jurídico.

Según Agnes Heller, hay que distinguir entre estos dos tipos de racionalidad, la racionalidad de razón o racionalidad pasiva tal y como la hemos denominado aquí, y la racionalidad del intelecto o racionalidad activa, a través de la cual se cuestiona el conjunto de normas y reglas «taken for granted» en la vida cotidiana, desde un conjunto normativo más universalizable y crítico⁷⁴.

⁷⁴ Vid. Agnes Heller «Everyday Life, Rationality of Reason, Rationality of Intellect» en *The Power of Shame. A rational perspective*, Routledge & Kegan Paul, London, 1985, pp. 150-202. La racionalidad, como puesta en práctica de la razón humana, no es otra cosa que la observancia práctica de normas y reglas de una «forma de vida» determinada. Actuar racionalmente vendría a coincidir con la materialización de la razón práctica, es decir, del «bon sens», o sea, de la facultad para discriminar entre bueno y malo teniendo presente la jerarquía de las categorías de orientación axiológica aceptadas intersubjetivamente por los componentes de tal «forma» de vida.

El único modo de acercarse al derecho como una realidad cambiante y mutable es partiendo, no de diferentes racionalidades en función de distintos tipos de praxis, sino haciéndolo de la única racionalidad existente, aunque distinguiendo en ella sus dos componentes: el aspecto de *razón* y el aspecto de *intelecto*. Esta concepción crítico-práctica de la racionalidad es la única que puede posibilitar el encuadre teórico del derecho dentro del equilibrio inestable en que se mueve la estructura social del capitalismo contemporáneo⁷⁵, y ello sin acudir a hipótesis catastrofistas

Ser racional es, pues, *being-in-a-particular-world*, donde la moralidad no es más que la consciencia y relación práctica del individuo en un mundo dotado de normas y reglas configuradas, en el mejor de los casos, en instituciones democráticas. Aunque de hecho se establezcan dicotomías, en definitiva la razón es una; predominando sobre todo la razón práctica en tanto adecuación a las normas y reglas de que hablamos (incluso la razón teórica no configura más racionalidad que la adecuación de las propuestas parciales a los términos más genéricos de un paradigma o un programa de investigación precisos). Sin embargo, con Habermas y la tradición que remite a Max Weber, se viene afirmando que existen diferentes tipos de racionalidad, teniendo en cuenta el tipo de acción que se pretenda realizar. Así, p. e., Apel distingue entre la acción instrumental, la estratégica y la comunicativa, haciendo coincidir con ellas los tipos de racionalidad adecuados a las mismas (vid. el análisis que de esta materia hace A. Heller en su obra anteriormente citada p. 162, y en el ensayo en colaboración con F. Fehér *Análisis de la Revolución húngara* (trad. M. Rivera). Hacer, Barcelona, 1983, p. 156). Para Habermas, igualmente hay dos tipos de racionalidad, la racionalidad instrumental, que también podemos denominar *goal-rationality*, y la racionalidad valorativa o *value rationality*, tomando partido por esta última ya que, según el filósofo crítico, es la única utilizable para revitalizar la esfera de la opinión pública en el marco de una actuación comunicativa libre de dominio (vid. J. Habermas, *La crisis della razionalità nel capitalismo maturo*, Laterza, Bari, 1975). Para Habermas la única posibilidad de actuación contra la crisis de motivación, es actuando conforme a dicha racionalidad valorativa, obviando todo tipo de racionalidad instrumental que descienda del plano del postulado a las relaciones sociales concretas y básicas, en las que, p. e., la actividad productiva tiene una importancia primordial.

Sin embargo, si no existen dos tipos diferentes de racionalidad, sí que podemos distinguir entre dos *actitudes* de razón que tendrán especial incidencia para nuestros fines. Estas actitudes se especificarán no en función de los tipos de acción -lo cual conduce a eso que llamamos siguiendo a Agnes Heller, la *vivisection of rationality* (Heller, op. cit. pp. 150-153)- sino en función del grado de aceptación y puesta en práctica de las normas y reglas de una forma de vida determinada y su relación crítica con otras normas y reglas alternativas. En primer lugar nos encontramos con la actitud de *racionalidad de razón*, que es definida como la competencia para actuar conforme a las normas y reglas de un modo o mundo de vida particular; mientras que la actitud de *racionalidad del intelecto*, consiste en contrastar constantemente esas normas y reglas con otras normas y reglas alternativas, propiciando la crítica y la dinamización constante de los ordenamientos particulares. Estaríamos no ante una actitud pasiva, sino ante un tipo de *conciencia interpretativa*, o como afirma Habermas, *mediadora*, entre lo que hay y lo cambiante y plural de las reivindicaciones y objetivaciones humanas (Heller, op. cit. p. 178). La reflexión racional que, pensamos, debe propiciar el «resto» formal y metódico de derecho natural, es la de constante revisión y crítica de todo orden normativo, partiendo de otro u otros órdenes considerados preferibles *socialmente*, aun cuando no estén reconocidos formalmente como vinculantes para el poder; pero nunca estableciendo pautas morales y/o jurídicas que se superpongan ontológica o metafísicamente, al derecho positivo.

⁷⁵ Vid. Agnes Heller, «Introducción a una teoría de la historia», capítulo IV de la obra de la misma autora *Teoría de la Historia* (trad. Javier Honorato). Fontamara, Barcelona, 2.ª ed., 1985, pp. 234-277.

o escatológicas en las que la racionalidad activa tendría su papel. Pensamos, por el contrario, que tanto en situaciones de crisis como de relativa estabilidad, la racionalidad implica no sólo una asunción de lo dado, sino un impulso crítico que, a través de los valores expresados pública y democráticamente por los grupos sociales, dinamizan, orientan y, en definitiva, fundamentan racional y teleológicamente, el conjunto de normas concretas tanto jurídicas como morales.

Sólo desde esta revisión racional de la racionalidad, es como podemos justificar la eficacia de un método tan inestable y polémico, en definitiva tan no recurrente, como es el del derecho natural, entendido como metaética jurídica. Lo racional en este método vendría, pues, de un acercamiento al derecho positivo tomando en consideración, por un lado, sus aspectos formales de validez y justicia procedimental; y, por otro, insertando en el análisis instancias crítico-valorativas procedentes, no de un vacío ideal, sino de otras normas y reglas de mayor abstracción y universalidad, pero no por ello menos argumentables democráticamente. Si no queremos caer en la hipóstasis ideológica que diferencia la ética de la responsabilidad de la ética de las convicciones en el campo del análisis de lo político y lo jurídico, es preciso asumir esta visión de la racionalidad del método. Como afirma Heller «las constituciones de las democracias políticas basadas en los derechos humanos son concebidas precisamente como institucionalización de valores universalizables. Si estamos convencidos de que todos los seres humanos son libres e iguales, y están dotados de razón debemos asegurar las instituciones en esos valores universalizables»⁷⁶. Y es en esta tarea en la que, pensamos, tiene virtualidad la aplicación del resto metodológico, aún justificable en nuestros días, del derecho natural crítico y racional.

III. 3 *La experiencia jurídica como «totality approach».*

Como último eslabón de este análisis sobre -como haya de entenderse el método iusnaturalista en su vertiente racional y crítica, convendría traer a colación la pauta aristotélica según la cual sólo «hay que fiarse de los razonamientos en la medida en que sus conclusiones coincidan con los fenómenos observados»⁷⁷. Los conceptos vienen siempre referidos a la experiencia que ellos interpretan; el problema radica en ver qué entendemos por experiencia y en huir de establecer limitaciones estrechas a la misma, al estilo del «marco de referencia» de Carnap, en cuanto que se cierra la experiencia al marco semántico preestablecido, y obvia todo tipo de discurso acerca de ese mismo marco como una pseudocuestión ajena a la racionalidad intraparadigmática al partir de una división absoluta entre el lenguaje teórico y el lenguaje observacional⁷⁸.

⁷⁶ Agnes Heller, «Everyday-Life, Rationality of Reason, Rationality of Intellect», op. cit., pp. 144-145.

⁷⁷ Aristóteles, *Generación de los Animales*, III, 760 b, 31.

⁷⁸ Rudolph Carnap, «Empiricism, Semantics and Ontology» en *Revue Internationale de Philosophie*, 4, 1950, pp. 20-40; y la magnífica revisión crítica que desde el marco

Es necesario rechazar todo este tipo de limitaciones apriorísticas de lo que haya de entenderse por experiencia y destacar, de principio, la multiplicidad de tipos de experiencia con referencia cada una de ellas a contenidos diversos de aquello que convencionalmente llamamos hechos⁷⁹. Y ello aún más en el campo del derecho, en cuanto que éste «se inspira tanto más en la razón cuanto mayor es su sensibilidad a la experiencia, al inequívoco test de los datos empíricos»⁸⁰. La experiencia jurídica, tiende a englobar el fenómeno jurídico en su multiplicidad. Esto nos conduce a que no tiene por qué existir una única experiencia, sino que lo que en realidad existe es un complejo tejido compuesto de diversas experiencias que no se confunden, sino que mantienen su distancia crítica en la imbricación dialéctica de sus presupuestos. En este sentido no habría solamente una experiencia jurídica descriptiva sino que, por un lado, organizaría los actos cognoscitivos mediante la representación de modelos (véase la definición del derecho natural como método englobante de tesis metaéticas y teorías racionales) que a la vez que prestan información sobre hechos, se incorporan a la praxis humana en cuanto que no constituyen duplicaciones innecesarias de las realidades.

Para Husserl todo momento de vida de conciencia tiene un horizonte que varía con la mutación de su conexión de conciencia y con la mutación de su fase de desarrollo⁸¹, lo que viene a decirnos que un objeto no presenta solamente una *Abschattung* (o «perfil» en la terminología sartriana retomada del fundador de la fenomenología), sino que ese perfil puede ser analizado desde múltiples puntos de vista coincidentes con esa pluralidad de experiencias. Pues bien, en esa pluralidad, en esa mutación constante de los puntos de vista, incidentes -como veremos más adelante- en el hecho de la aplicación de la racionalidad interpretativa al campo de los valores jurídicos, nos topamos con una serie de elementos que no son percibidos de un modo inmediato, sino que el método tiene que posibilitar su entendimiento como parte integrante de esa misma experiencia jurídica. Así cuando nos acercamos a la fundamentación, interpretación y/o defensa de un valor jurídico reconocido como fundamental, de éste sólo vemos, en una primera aproximación, su contexto gramatical e incluso ideológico (investigando las deliberaciones parlamentarias), pero no sus interrelaciones con otros valores igualmente juridificados o que pugnan por ser reconocidos por el ordenamiento, ni sus implicaciones

de la propuesta ontológica le ofrece Ferrater en *Fundamentos de filosofía*, op. cit. pp. 58-62, 64, 67 y 72.

⁷⁹ Puede consultarse el ensayo de Ginsberg «Reason and Experience in Ethic», en *Essays in Sociology and Social Philosophy*, vol. III intitulado *Evolution and Progress*, op. cit. pp. 102 ss.

⁸⁰ V. Ferrari, «Presentazione» a Morris Ginsberg, *La giustizia nella società*, op. cit. p. XLII.

⁸¹ Edmund Husserl, *Cartesianische Meditationen*, La Haya, 1950, II, 19; vid. Ib. Jean Paul Sartre, *El ser y la nada*, trad. de Juan Valmar, Losada, Buenos Aires, 1979, p. 252.

sociales e históricas que están por encima del mero acercamiento descriptivo al mismo.

Por ello mismo la experiencia jurídica, como estructuración de ese complejo múltiple de experiencias, no puede ser considerada unívocamente como un compuesto de estados subjetivos, sino que, al informarnos de hechos con incidencia social, requiere, en primer lugar, pautas formales adecuadas a la categoría social e histórica de su objeto; y, en un segundo momento, pautas materiales que propicien el análisis de situaciones fácticas⁸². Ahora bien, esta «protensión» (*das Protendierte husserliana*) de la experiencia hacia la totalidad, hacia la consideración englobante del objeto, choca inevitablemente con la misma multiplicidad y multivocidad tanto de éste como de los «horizontes» interpretativos. Para Merleau-Ponty «la creencia en la cosa y en el mundo no puede sino sobreentender la presunción de una síntesis completa y, sin embargo, esta plenitud se hace imposible por la naturaleza misma de las perspectivas a correlacionar, dado que cada una de ellas remite continuamente, a través de sus horizontes, a otras perspectivas...»⁸³, por lo que son precisas una serie de pautas que impidan que nuestra argumentación se eleve hasta el infinito sin encontrar nunca un punto de apoyo a esa racionalidad medios-fines que hemos considerado como operante dentro del marco del derecho natural; pautas que son concretadas por Elías Díaz en las *ideas* de «dignidad humana» y de «derechos humanos»⁸⁴ y que encuentran también un acercamiento en el concepto de «moralidad crítica» en Herbert L. A. Hart radicalmente opuesta a la legitimación de la normatividad por la mera aceptación de las mayorías⁸⁵; pautas limitadoras que habría que conectar con la idea de la «praxis» como corrección

⁸² Una vez que el intérprete asume el objeto de su investigación desde esta consideración de la experiencia, «reobra sobre la situación prestando atención a tales o cuales aspectos de la misma. En todo caso, las experiencias de que hablo no consisten únicamente en meros reflejos pasivos... esto es lo que hace que el conocimiento esté a menudo ligado a la acción, y hasta que pueda ser considerado como una especie de acción sobre el mundo», J. Ferrater Mora, *Fundamentos de Filosofía*, op. cit. p. 28.

⁸³ Maurice Merleau-Ponty, *Phenomenologie de la perception*, Gallimard, París, 1945, pp. 381-383.

⁸⁴ Elías Díaz, *Sociología y Filosofía del derecho*, op. cit. parágrafo 39, pp. 286 ss.

⁸⁵ H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press, 1963, y el ensayo de M. A. Cattaneo, «Il diritto naturale nel pensiero di H. L. A. Hart» en *RIFD* XLII (1965), p. 691. Moralidad crítica que conduce a la idea de un contenido mínimo de derecho natural, que el mismo Hart intenta plasmar desde su posición ambigua en *El concepto de derecho*, Edit. Nacional, México, 1980, 239-247. Esta idea puede verse, asimismo, pero en un sentido más preciso y mucho más desarrollado y actual, en Elías Díaz, *Sociología y filosofía del derecho*, op. cit. pp. 392-393, cuando habla del «Pluralismo crítico» en función de un «humanismo real».

de ese racionalismo crítico en función de la acción y la emancipación humanas⁸⁶.

Hablamos, ya para concluir, de un derecho natural como método en el sentido moderno de autotematización de la ciencia desde los tres supuestos reseñados con anterioridad, es decir, la superación de lo natural, la racionalidad crítica y la experiencia jurídica como «protensión» a la totalidad del fenómeno jurídico, y todo ello, desde el punto de inflexión de la praxis de la ciencia jurídica en cuanto ciencia, es decir, desde el punto de vista de la plausibilidad de sus resultados en función de la legitimidad de los mismos⁸⁷. Con esto, dos ideas se encuentran en este plano metodológico: *el derecho natural y la democracia*. Para Foucault «una idea puede ser signo de otra no sólo por el hecho de que entre las dos puede establecerse un vínculo de representación, sino porque tal representación puede siempre representarse dentro de la idea representante»⁸⁸. La idea *ilustrada* de derecho natural se puede considerar como signo de la de democracia en cuanto que ambas se coimplican en esa finalidad de racionalización social desde sus propios presupuestos. La metodología de la ciencia no tiene por qué ser considerada como algo separado u opuesto a la metodología política, tanto la democracia como el derecho natural no se configuran como teorías de salvación, ni de certidumbre. «La democracia en cuanto teoría... es la metodología, es decir, la teoría del conocimiento de la política en tanto que política desde el punto de vista de la garantía de la libertad y de la crítica políticas»⁸⁹.

Esta coimplicación entre el método formal de derecho natural y la idea amplia de democracia no debe conducirnos, sin embargo, a intentar justificar desde aquél algún tipo de orden acabado o último de la sociedad. Esta reserva, extendible a las afirmaciones de un Frosini acerca del derecho natural como supuesto de una estructura societaria abierta⁹⁰,

⁸⁶ Para un desarrollo de esta materia desde el punto de vista de la responsabilidad del científico, puede consultarse la obra de Hans Georg Gadamer, *La razón en la época de la ciencia*. (Trad. de Ernesto Garzón Valdés), edit. Alfa, Barcelona, 1981, pp. 41 ss.

⁸⁷ En palabras de Heinrich Busshoff como «autocontrol» de la ciencia con miras (no al estrecho marco del contexto de fundamentación del positivismo lógico) sino a la realización de la sociedad» en H. Busshoff, *Racionalidad crítica y política. Una introducción a la filosofía de lo político y a la teoría de la politología*, (vers. cast. de E. Garzón Valdés), Alfa, Barcelona, 1980, p. 71.

⁸⁸ Citado por Ludovico Geymonat, *Historia del pensamiento filosófico y científico* (equipo de trad. Juana Bigozzi, Juan Andrés Iglesias y Carlos Peralta), ed. dirigida por Eugenio Trías, Ariel, Barcelona, 1984, Vol. I, p. 449.

⁸⁹ Heinrich Busshoff, *Racionalidad crítica y política*, op. cit. p. 74.

⁹⁰ Como afirmó A. E. Pérez Luño, el derecho natural se presenta hoy «como una completa *Weltanschauung* jurídica que supone, por 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*»; Vid. A. E. Pérez Luño, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op. cit. p. 82. La referencia

es imprescindible debido al uso ideológico-reaccionario que de esta justificación iusnaturalista se ha llevado a la práctica y con bastante frecuencia en los últimos tiempos.

Mantenemos que una sociedad democrática avanzada no puede basarse en una objetivación metodológica de tan escasa recurrencia como el derecho natural; como del mismo modo, rechazamos la confusión o identificación absoluta entre cualquier propuesta filosófica y los planteamientos político-sociales. Las mismas dificultades, expuestas con claridad por Soriano Díaz⁹¹, con que se enfrenta el legislador a la hora de justificar su postura antiiusnaturalista en el texto constitucional, proceden de esa confusión de planos; *una constitución, lo mismo que cualquier otra norma jurídica, no puede ser iusnaturalista, positivista, formalista, realista, etc., en cuanto que esos rótulos no indican realidades efectivas, sino «modos» de acercarse a las normas y a las proposiciones normativas*. La discusión acerca de la distinción entre «ley» y «derecho», el hecho de que en el texto constitucional se diga que ciertos valores son «inherentes» a la persona, la garantía del «contenido esencial» de los valores juridificados, etc., son aspectos que pueden ser objeto de múltiples interpretaciones pero nunca remitirán a una «realidad» trascendente al hecho fáctico de la norma, aun cuando ostenten un grado de generalización y abstracción mayor que el del resto de principios y normas específicas constitucionales.

Tanto la filosofía como el arte, más que a reificar situaciones, tienden a establecer puentes, mediaciones entre los polos de la dialéctica social, es decir, entre lo singular -expresado en las necesidades y expectativas concretas de la vida cotidiana- y lo genérico -formalizado en distintos niveles axiológicos y con un mayor o menor grado de institucionalización. Partir del modelo formal del derecho natural como protensión «filosófica» a la totalidad del fenómeno jurídico, obliga a plantearse dos cuestiones previas imprescindibles antes de dar por terminadas estas líneas, y que posibilitarán un entendimiento más certero de las relaciones entre tal modelo y la consideración del derecho desde la perspectiva totalizadora (claramente ontológica, en el sentido ya expresado por nosotros) de la experiencia jurídica.

-En primer lugar, si ese método, que hemos caracterizado como racional y crítico, pretende acercarse al derecho desde una - perspectiva totalizante y no metafísica, debe ser considerado como la mediación teórica y categorial entre los presupuestos de la singularidad y los de la genericidad. Esta mediación no debe únicamente ser considerada como una instancia intermedia, o sea como un mero vaso comunicante entre esas dos instancias de la realidad jurídica; más bien tendría que ser entendida, y siguiendo en esto la interpretación lukácsiana de la teoría hegeliana

es a la obra de V. Frosini *La estructura del derecho* (vers. cast. de A. E. Pérez Luño) Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1974.

⁹¹ Vid. R. Soriano «¿Es iusnaturalista la Constitución española de 1978?», op. cit. pp. 22-35 del original mecanografiado.

de las categorías, como el *centro* categorial, o lo que es lo mismo, el *locus* donde se establece una síntesis entre el «excedente cognitivo y cultural» que trasciende un tanto la inmediatez de la singularidad cotidiana, y el conjunto de valores hasta el momento institucionalizados y que gozan de validez jurídica.

Esta determinación del método como *centro* categorial, necesita de una consideración flexible y circunstanciada de las mismas categorías utilizables. Para el Lukács de los *Prolegomena* a la *Ontología del ser social*⁹², estas categorías no serían más que formas de definir el ser, definiciones de existencia que sólo pueden ser entendidas en su concreción histórica actual; es decir, en su irreversible carácter procesual y cambiante. Todo tratamiento estático de las mismas sería un error de principio. El mismo desarrollo de la ciencia jurídica nos pone constantemente frente a resistemalizaciones totales o parciales de las categorías tradicionalmente instituidas. Considerar al método como síntesis «central» de la realidad jurídica, implica que las generalizaciones desde él planteadas no consistan únicamente en una ampliación de la extensión de la teoría, sino, como ha sido puesto de relieve por el estructuralismo, como un replanteamiento total o parcial de las intenciones de la misma, o sea de la manera de interpretar y estructurar los fenómenos⁹³.

Esta flexibilización diacrónica y crítica de las categorías, exige un entendimiento «procesual» del ser del derecho, es decir, como una entidad social cambiante y mutable necesitada de conocimientos que lo contemplen en toda su complejidad. Esto conduce a que, tal y como planteara Hartmann en su *Ontología*, sea necesario partir, en dicho acercamiento procesual, del «complejo total», para poder analizar con más conocimiento de causa, los problemas de detalle. La experiencia jurídica reside precisamente en este modo de ver la realidad del derecho; pero requiere no olvidar las advertencias anteriores y, sobre todo, tener en consideración el segundo punto previo que consideramos necesario para un entendimiento virtual del método sujeto a estudio.

-Ese segundo paso reside concretamente en la exigencia de no olvidar en ningún momento el ineludible proceso de socialización a que asistimos; proceso que provoca la creciente complejidad del fenómeno jurídico en todas sus vertientes. Pues bien, esa complejidad ambiental no debe ser reducida ilegítimamente, es decir, ideológicamente, por el método de acercamiento. El hecho de las constantes interacciones entre los elementos parciales, o subsistemas del complejo total del derecho, junto al aumento de la frecuencia de resultados imprevistos, no debe hacer pensar en una autonomía ficticia de dichos subsistemas, o en una reducción ilegítima del fenómeno jurídico. Así, el derecho natural como

⁹² György Lukács, *Prinzipienfragen einer heute möglich gewordenen Ontologie*, Magvető, Budapest. 1976; citado por Cs. Varga *The Place of Law in Lukács World Concept*, Akadémiai Kiadó Budapest; 1985, pp. 190-192.

⁹³ Vid. Ludovico Geymonat, *Historia del pensamiento filosófico y científico*, op. cit. vol. I, pp. 408-409.

instancia metodológica no-recurrente *debe* conservar, como resto teórico, el afán globalizador que predominó en todos los pensadores que desde él construyeron sus propuestas teniendo como base el bagaje crítico del pensamiento ilustrado: el «*totality approach*», o enfoque totalizante del fenómeno desde el campo de la *experiencia jurídica*.

Nosotros pensamos desde la actualidad -y de ahí las reservas expresadas- que este «resto» sólo encontrará virtualidad en nuestra época si y sólo si cumple o se adapta a estas dos condiciones:

1.^a -Que el *total complex* desde el que se parta no se considere como una entidad separada que, encubierta bajo el manto de la «crítica al orden existente», superponga «metafísicamente» deseos a realidades fácticas.

2.^a -Que esa «totalidad» se considere siempre bajo el aspecto de la constante interacción de sus elementos parciales. La «tridimensionalidad» de lo jurídico, no implica, según esta condición, una consideración ontológico-fundamental del derecho, sino más bien un modo de acercamiento a lo jurídico desde diferentes perspectivas. Puntos de vista que, partiendo de su posible y deseable integración formal y práctica, posibiliten una visión apropiada y contemporánea del derecho.

Estas condiciones nos hacen ver, en primer lugar, que dichas perspectivas no tienen por qué ser reducidas a *tres*, sino a cualesquiera sean necesarias para entender la parcela de lo real en que nos ocupamos; y, asimismo, a partir de la base de que *todos* los elementos de la experiencia jurídica tienen la misma importancia en el análisis. La insistencia con que el iusnaturalismo tradicional traza distancias con las teorías formalistas del derecho no es sino otra consecuencia de la visión reduccionista de lo jurídico, por mucho que desde ella se quiera postular una visión generalizadora y universalizable de justicia. Es curioso observar cómo esa tensión entre lo formal y lo material se ha dado en el pensamiento jurídico socialista, en donde el «triunfo» de la revolución provocó un cambio radical en la contraposición mantenida entre la ideología del derecho natural y el necesario reforzamiento de la validez positiva del derecho postrevolucionario. Como ha puesto de relieve un jurista húngaro⁹⁴, la misma evolución social y económica producida tras las revoluciones burguesas ha traído consigo un proceso de racionalización formal en todas las áreas de la organización social. György Lukács tomó nota de esta tendencia y la criticó al considerar que toda racionalización formal provocaba el cerramiento del análisis a los contenidos latentes del mismo. Es posible pensar con Lukács que esta racionalización conduzca a la absolutización de lo formal, pero en el área concreta de lo jurídico, lo formal, los aspectos de validez jurídica, tienen un papel positivo y tienen que ser considerados como condiciones necesarias de la misma existencia del derecho.

⁹⁴ Csaba Varga, «Rationality and the Objectification of Law» en *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, LVI, 4, 1979.

Estamos aquí ante un caso típico de reduccionismo, desde el que se pretende observar a la totalidad del fenómeno totalmente separada de los elementos parciales que la integran. Como afirma Agnes Heller, en discusión latente con su maestro, lo formal en el derecho puede entenderse como una necesidad, como una expectativa social de ver institucionalizadas jurídicamente sus propuestas. No hay una separación entre lo formal y el contenido. La racionalidad de lo formal procede precisamente de que el contenido de las normas jurídicas hacen racional tal proceso institucionalizador⁹⁵. Cualquier separación entre ambos niveles, absolutizando con ello el «total complex», conduce a un abandono de la experiencia jurídica y, como decimos, a una reducción ilegítima e ideológica de la complejidad de la misma.

Creemos que, con este conjunto de reservas y advertencias, que no hacen sino retomar el derecho natural en la actualidad y despojado de sus cargas metafísico-reaccionarias, puede colegirse la posible virtualidad de aquél en el análisis jurídico de nuestros días. Sin embargo, un tema es necesario abordar, con la mayor brevedad posible, para agarrar un poco más nuestras conclusiones.

Se está intentando argumentar, desde diferentes opciones intelectuales y de política universitaria, la virtualidad de la ética jurídica como sustitución eficaz del periclitado y conservador iusnaturalismo. En principio habría que decir que estamos de acuerdo con la «necesidad» de interdisciplinariedad, pero no en la «sustitución» de unas temáticas por otras. La ética, como conocimiento riguroso de la moral y las normas sociales, puede compartir, dependiendo del método utilizado, la característica de científicidad de cualquier otra ciencia social⁹⁶. Dicho paradigma teórico ostenta dos facetas perfectamente separables, aun cuando no siempre diferenciadas argumentalmente. En primer lugar, la ética se dedica a «describir» los mecanismos psicosociales de la conducta humana, es decir, nos evidencia el/los porqué/s de nuestra actuación cotidiana en relación a las normas y reglas de la convivencia; y, en segundo lugar, puede establecer las pautas de la conducta deseable en cada contexto histórico-social. Tanto la faceta «descriptiva» como la «normativa» pueden servirnos para *justificar* los valores sociales, apoyándolos o rechazándolos, y, asimismo, a *explicitar* el cambio y trasmutación constante de los mismos. Y estas dos facetas muy bien pueden ser realizadas con la rigurosidad del método científico.

Ahora bien, cuando esos presupuestos del paradigma ético quieren verterse sobre algún objeto concreto de lo social; o sea cuando nos topamos con lo que se denomina «ética aplicada», se ve la necesidad de que actúe sobre la misma una «metaética» o filosofía científica de la ética.

⁹⁵ «The formal is rational because the content makes it rational, or at least codetermines its rationality», vid. Agnes Heller «Everyday Life, Rationality of Reason. Rationality of Intellect», op. cit. p. 219.

⁹⁶ Vid. Mario Bunge *La investigación científica*, op. cit. cap. 1.º «El enfoque científico», pp. 19-63.

Esta metaética se preocuparía de una consideración rigurosa y «conjunta» de los problemas lógicos, semánticos, metodológicos y ontológicos que surgen cuando se intenta dicha aplicación concreta. Desde este punto de vista, muy bien podría justificarse la inserción de la «ética jurídica» como una parte más de la filosofía del Derecho, al lado de una «teoría del derecho», una «teoría general del derecho», una «teoría de la ciencia jurídica», y una «teoría de la justicia». El papel de aquella metaética no consistiría sino en propiciar la interconexión entre todas estas esferas, posibilitando, en el caso de la «ética jurídica», un mayor acercamiento de la misma a la realidad teórica y práctica de los diferentes ordenamientos jurídicos.

Esta metaética, o método globalizador, tiene que gozar de una flexibilidad y grado de generalización adecuados, para propiciar un entendimiento global de la estructura normativa: i. e. validez y eficacia; y que, a la vez, posibilite cierto juego o inconsecuencia en la aplicación e interpretación de las mismas: i. e. justicia y racionalidad. «Las normas, lo mismo que los enunciados de leyes científicas, se refieren a casos ideales (normales). Así, p. e., la célebre regla de oro, «haz a los demás lo que deseas te suceda a ti mismo», no debe exigirse a individuos con impulsos suicidas. Una ética puramente formal o descarnada, que olvide las circunstancias concretas, puede ser más dañina que la falta de un sistema coherente de normas normales»⁹⁷. Pensamos, claro está, que el derecho natural basado en la experiencia jurídica, puede servir de metaética que haga virtual la aplicación de la ética al derecho, y sirva de perspectiva globalizadora totalizante en relación a las diferentes partes de que se compone la filosofía jurídica.

Ahora bien, esto no debe conducirnos a una reducción de toda filosofía jurídica a metodología; este hecho, tal y como ha ocurrido en diferentes corrientes del pensamiento contemporáneo, terminaría por hacernos olvidar algunos de los problemas más importantes de la filosofía actual, «en primer lugar sobre el concerniente a la elaboración de una imagen-coherente si bien no absoluta- del universo»⁹⁸. Imagen o concepción del mundo que aún hoy puede considerarse desde el punto de vista de la filosofía ilustrada como «proyecto incompleto de modernidad»⁹⁹. Este «proyecto» puede ser puesto en práctica desde los

⁹⁷ Mario Bunge, *Ética y ciencia*, Siglo XX, Buenos Aires, 1972, p. 80.

⁹⁸ Ludovico Geymonat, op. cit. Vol I, p. 17.

⁹⁹ Vid. Jürgen Habermas «La modernidad, un proyecto incompleto», en H. Foster, J. Habermas, J. Baudrillard y otros *La Posmodernidad* (Selección y Prólogo de Hal Forster, trad. de Jordi Fibla) Kairós, Barcelona, 1985, pp. 19-36. Como afirma Habermas, del proyecto de la Ilustración sólo han quedado fragmentos atomizados que, si bien han destruido la razón sustantiva y metafísica, han acabado, del mismo modo, por plasmarse en posiciones dicotómicas justificadoras de acciones terroristas -estética de la política, absolutización de un dogma, rigorismo moral- o de la intrusión solapada de una razón de Estado subterránea y experto-burocrática.

presupuestos teóricos de una objetivación metodológica que él mismo posibilitó en sus orígenes: el derecho natural; pero, siempre y cuando, desde dicha perspectiva no se establezca una fractura insalvable entre el discurso filosófico y científico, o se cierren caminos a la comunicación intersubjetiva desde algún a *priori* trascendental -obstáculos procedentes de una tradición iusnaturalista antiilustrada-.

La filosofía y la filosofía jurídica tienen papeles que cumplir en el mundo contemporáneo; papeles de mediación entre las dicotomías teóricas, científicas, y políticas, a través de un desvelamiento de las hipótesis superpuestas al discurso racional. La filosofía jurídica, impulsada por el «resto» ilustrado del método iusnaturalista actual, puede mediar entre la tradición y el presente, distanciándose del modelo de comunicación dominante, desvelando los motivos e impulsos que hundieron en lo irracional a conductas que aún hoy siguen siendo efectivas. Desde este método crítico y generalizador podría ponerse en práctica esa «impotencia» activa que K.O. Apel predica de la filosofía como algo aún no realizado ni superado, manteniendo «... en la forma de *discurso teórico* la anticipación contrafáctica del consenso ideal entre todos los hombres»¹⁰⁰.

Como decimos, uno de los métodos operativos para esta concepción de la filosofía, *puede ser* el del derecho natural, aun cuando su uso terminológico presupone hoy en día un rechazo visceral. Igual ocurrió hace años con los términos de «ontología» y de «virtud», y ahora vienen siendo rehabilitados, aunque reinterpretados desde las nuevas circunstancias y condicionamientos. Descartes afirmaba que toda polémica entre filósofos se resolvería con un ponerse de acuerdo en el uso de los términos empleados en la misma; si el de derecho natural es rechazable desde el punto de vista de la filosofía jurídica actual, busquemos otro que cubra las mismas realidades y se remita al mismo proyecto incompleto de modernidad y racionalidad; si aún no existe, utilicémoslo, pero se haga lo que se haga, hágase teniendo en cuenta el conjunto de reservas y precauciones que todo uso de un concepto «tradicional» requiere.

El único modo de remediar tal atomización y pérdida de sentidos globales propiciadores de la reificación de la praxis cotidiana, es, como mantiene Habermas, «...creando una libre interacción de lo cognoscitivo con los elementos morales-prácticos y estéticos-expresivos»; si partimos de ese empeño globalizador del proyecto ilustrado, sólo mediante un entendimiento unitario de los sistemas objetivacionales, de la moralidad crítica y el derecho en democracia, es como podremos llegar a ser capaces de «*desarrollar instituciones propias que pongan límites a la dinámica interna y los imperativos de un sistema económico casi autónomo y sus complementos administrativos*» vid. Habermas, op. cit. pp. 31-34 (subrayado nuestro).

¹⁰⁰ K. O. Apel *La transformación de la filosofía* (vers. esp. de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y J. Conill), Taurus, Madrid, 1985, Volumen I, p. 10.