

DERECHO NATURAL: VERDADERO DERECHO PARA EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

por Claudia Helena Forero Forero *

INTRODUCCIÓN

El uso de la expresión Realismo Jurídico Clásico, para designar una escuela o sistema de pensamiento jurídico, es relativamente nuevo, toda vez que a pesar de estar sentado sobre las bases conocidas como Iusnaturalismo Escolástico, no es la descripción que hoy se hace de éste, como de una orientación netamente religiosa desde el pensamiento teológico católico, la que pretenden defender los autores que se sitúan en ella. Además, por abarcar el Iusnaturalismo Escolástico varias orientaciones filosóficas diversas, ubicadas tan radicalmente separadas como lo son el realismo y el idealismo, no es posible identificar el Realismo Jurídico Clásico con este Iusnaturalismo Escolástico.

De otro lado, llamar a esta doctrina tan solo Iusnaturalismo la confunde con otros pensamientos propios de la Edad Moderna, que no fueron estudios propiamente Iusfilosóficos sino morales, tales como los de Grocio, Puffendorf, Thomasio, Wolf, y posteriormente el mismo Kant. Todos ellos de orientación racionalista, por lo que es mejor denominar a éstos, Iusnaturalistas Modernos o Racionalistas¹.

Aunque también se ha apelado a estas orientaciones Iusfilosóficas del Realismo Jurídico Clásico como Iusnaturalismo Clásico o Realista, tampoco resultan ser estos nombres los más apropiados a pesar de tener raíces en la filosofía realista clásica griega y escolástica, pues ha dado a entender que con esta denominación se pretendería excluir de la realidad jurídica a todo aquello que sea positivo o creado por convención humana, siendo lo natural lo único que poseería carácter verdaderamente jurídico, lo cual no es cierto para esta

¹ Cfr. HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1987.

* La autora es Profesora de Derecho natural de la Universidad de la Sabana (Colombia).

orientación de pensamiento jurídico. O, por el contrario, considerar que lo denominado como derecho natural sería algo netamente moral o religioso constituyéndose en el centro del derecho, lo cual tampoco corresponde a tales postulados.

El Realismo Jurídico Clásico, entonces, es denominado así, por tener sus raíces en el realismo filosófico, el cual corresponde a la convicción de que los objetos tienen una existencia diferente al pensamiento del sujeto que conoce, que tales objetos son cognoscibles (susceptibles de ser conocidos), y que son lo que ellos son en sí mismos y no lo que el sujeto conoce de ellos. Y es Clásico por estar sustentado en filósofos clásicos como Aristóteles y Tomás de Aquino, y en el pensamiento jurídico también clásico de los romanos; además, para diferenciarlo de las corrientes contemporáneas norteamericanas y escandinavas denominadas indistintamente Realismos Jurídicos.

Entre los estudiosos de esta nueva orientación se citan a V. Cathrein, F. Olgiati, L. Lachance, G. Graneris, J. Maritain, S. Cotta, L. Mendizábal, M. Sancho Izquierdo, E. Luño Peña, L. Legaz y Lacambra, A. Truyol y Serra, M. Villey, J. Hervada, J. Martínez Doral, y J. Finnis, entre otros. Sin embargo, no hay que creer que todas sus propuestas resultan unánimes, sino que aún existen ciertas diferencias, pero con una unión en ciertos postulados básicos entre los que se pueden concretar los siguientes: (i) la realidad jurídica es análoga, (ii) la noción primaria del derecho es el ius, (iii) la ley no es el mismo derecho, sino cierta razón de él, (iv) el fundamento del derecho es la naturaleza humana, (v) el ordenamiento jurídico es en parte natural y en parte positivo, y (vi) el juicio es la determinación recta de la justo.

El asunto que pretende resolverse ahora es lo que se entiende específicamente por el derecho natural, desde la perspectiva iusfilosófica del Realismo Jurídico Clásico. Y es que “el derecho natural es una normatividad aplicable a los creyentes en el Dios cristiano”, o que “el derecho natural es un ideal de normatividad universal”, o que “el derecho natural son principios a priori al derecho, o consideraciones metajurídicas”, o que “el derecho natural —en el mejor de los casos— es moral, y por tanto no es verdadero derecho”, son afirmaciones comúnmente expresadas, que no corresponden a lo que esta

escuela de pensamiento filosófico sobre el derecho, entiende por el derecho natural.

1. EL “DERECHO” ES UN TÉRMINO ANÁLOGO

Afirmar que el término derecho es análogo, es sostener que éste posee más de un significado o realidad a la que se aplica, entre las cuales hay una muy estrecha relación, sin olvidar que existe uno de esos significados que es el primigenio en cuanto de él se derivan los demás o requieren de su existencia para comprenderlos. Esta figura es conocida como “analogía” que desde la lógica —pues jurídicamente tiene otra significación aunque se sustenta en ésta— es un instrumento por el cual se designan con un mismo nombre varias realidades diversas pero estrechamente relacionadas entre sí².

Esto es lo que ocurre con el vocablo “derecho” para el Realismo Jurídico Clásico, lo que lleva a considerar a esta doctrina como un pensamiento abierto en cuanto que no restringe el concepto de derecho a uno solo excluyendo de plano los demás, sino que acepta que con el paso de la historia y la concurrencia de múltiples influencias de diversa índole —v.gr. filosóficas— en la conceptualización jurídica, este término no ha sido utilizado siempre en un único sentido.

Esto puede verse en dos escritos históricos. El primero es el Digesto I. I, 11, que recoge una cita de Paulo, así:

11.- PAULO; *Comentarios a Sabino, libro XIV.*- Dícese derecho en varias acepciones. En una, cuando se llama derecho a lo que es siempre equitativo y bueno, como es el derecho natural; en otra, lo que en cada ciudad es útil para todos o los más, cual es el derecho civil; y no menos rectamente se llama derecho en nuestra ciudad el derecho honorario. Dícese también que el pretor administra derecho, aun cuando decide injustamente, atendándose, por supuesto, no a lo que de tal manera hizo el pretor, sino a lo que convino que el

² La analogía lógica es sustancialmente distinta a la equivocidad —también lógica— pues de acuerdo con esta última, se designan con un mismo nombre, seres totalmente diversos que no tienen ninguna otra relación que el hecho de compartir el mismo nombre y que hasta en ocasiones, pueden ser realidades opuestas.

pretor hiciera. En otra significación llámase derecho al lugar en que se administra el derecho, aplicando el nombre de lo que se hace al lugar donde se hace; cuyo lugar podemos determinar de este modo: donde quiera que el Pretor, salva la majestad de su jurisdicción y salva la costumbre de los mayores, determina pronunciar derecho, este lugar se llama con razón ius (derecho).³

El segundo, es la Respuesta a la Objeción 1 del Artículo 1 de la Cuestión 57 de la II. II de la Suma Teológica de Tomas de Aquino, donde al tratar de resolver el problema de si el derecho es objeto de la justicia, intenta una conceptualización del derecho, a partir de la objeción de que el derecho no es objeto de la justicia que es una virtud, sino que el derecho es un arte —según la afirmación de Celso de que el derecho es el arte de lo bueno y lo equitativo— que es otra virtud intelectual, asunto que expresa de la siguiente manera:

(...) algunas veces sucede que la costumbre vaya distorsionando el sentido original de las palabras, para significar otras cosas (...). Igualmente la palabra derecho, primeramente significaba lo justo; mas después se torció su significado para indicar el arte por el cual sabemos lo que es justo; así suele decirse, por ejemplo, que un hombre “comparece ante el derecho” (o bien ante la justicia); y también se dice que “ejercita el derecho” aquel a quien toca por oficio el ejercitar la justicia, aun cuando sea injusto lo que determine⁴.

Sumado a lo anterior, para la segunda objeción del mismo problema, salva el planteamiento hecho de que el derecho no es objeto de la justicia sino de la prudencia —pues según Isidoro la ley es una especie de derecho y ésta es objeto de esta última virtud—, manifestado en la respuesta lo siguiente:

(...) cuando se ejercita la justicia, ésta sigue un modelo preexistente en la mente, que es una cierta norma de prudencia. Y cuando tal modelo está escrito, se llama ley; pues como dice Isidoro, la ley no es otra cosa que “una

³ JUSTINIANO. *Corpus Iuris Civiles*. (Digestorum I. I, 11) En: GARCIA DEL CORRAL, Ildelfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. (Volumen I) Barcelona: Lex Nova, 1889.

⁴ TOMAS DE AQUINO. *Suma Teológica*. II.II. q.57, a.1, resp. 1 obj.

constitución escrita” (Etimologías, libro 5, cap. 3). Por tanto la ley no es el derecho mismo, si hemos de hablar con precisión, sino solo cierta norma de derecho”⁵.

De la nota del Digesto se entrevé, hasta ahora, una simple polisemia del término, pero no aún, una analogía por la que se pueda además designar un significado primigenio o acepción primaria, lo que sí asevera ya Tomás de Aquino⁶. Sin embargo, en lo dicho por Paulo, se alude al derecho en varios sentidos: lo justo, lo conveniente, la sentencia y la sede del juez; y en el texto de la Suma Teológica se hace referencia al derecho como lo justo, el arte del jurista y la ley. No cabe duda que a éstas y otras muchas acepciones resulta indispensable añadir de forma expresa la de la facultad moral de exigir, que aparece ya con autores de la Escolástica como Molina y Suárez por ejemplo.

De entre estas acepciones mencionadas, hay algunas de las que no cabe duda, no pueden resultar primarias, como lo son la sede del juez y el arte del jurista; pero de las otras tres —lo justo, la norma o ley⁷, y la facultad— han sido fuente de constante discusión entre juristas al designar siempre a una de las tres como analogante o acepción primaria del derecho, y a las demás como derivaciones o analogados del mismo término.

Para encontrar el analogante de un término puede procederse, quizá, desde dos consideraciones: una histórica y otra lógico-óntica. La histórica, opera a través de la búsqueda de la primera realidad denominada bajo el término objeto de estudio, y la lógico-óntica, a través del análisis óntico de cada una de las realidades, en búsqueda de la verificación de cuál de ellas requiere una existencia previa a las otras, para su verdadera conceptualización.

Puede partirse, en el análisis histórico, de la indagación sobre si el uso de la expresión derecho se hizo en el sentido de lo justo, en el de ley o en el de

⁵ *Ibíd.* q. 57, a.1, resp. 2 obj.

⁶ Con estas citas, no se pretende indicar que entre estos dos textos históricos no se haya producido mención alguna del tema, sino que se han escogido estos, como hitos relevantísimos, que se encuentran separados principalmente por comentarios de Glosadores a los textos Justiniaños. Véase. HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. 5ed. Pamplona: EUNSA, 1995. p. 181 ss.

⁷ Por ahora resulta necesario aceptar estos dos términos —norma y ley— como sinónimos, pero, se aclara que en sentido estricto no lo son.

la sentencia o decisión judicial, excluyendo, por ahora, el de facultad, debido a la gran aceptación existente, de que esta realidad fue empezada a denominarse derecho en la Edad Media con la aparición de las órdenes mendicantes cristianas⁸.

1.1. LO JUSTO: EL ANALOGANTE DEL DERECHO

Históricamente se ve que el término derecho en castellano, es traducido del término griego *tó díkaion* (*το δικαιον*) y del latino *ius*, usados ambos para designar cosa distinta a lo que se denominara al mismo tiempo, bajo los términos *nomos* (*νομο*) en griego y *lex* en latín. Y tanto *tó díkaion* como *ius*, significaron el objeto de la justicia o lo justo —éste último como sustantivo.

Así, puede leerse en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles⁹ lo siguiente:

Con relación a la justicia y a la injusticia, debemos considerar a qué clase de acciones se refieren, cuál es el término medio de la justicia y entre qué extremos lo justo es término medio (...)¹⁰

De esto, puede explicarse que la justicia en cuanto acción buena es una virtud, que en la teoría aristotélica implica la existencia de un término medio que es el objeto en el cual se da, que para el caso de la justicia será lo justo. Luego continúa buscando lo que es la justicia, mediante la indagación de lo que se entiende por su contrario, por su objeto, por el contrario del objeto, y por el sujeto que realiza tanto la justicia como la injusticia:

⁸ Véase sobre el tema, v.gr. RENGIFO GARCIA, Ernesto. *Derecho subjetivo y concepto de ius*. En: Externado Revista Jurídica. Volumen 6, Número2, Julio / Diciembre 1992. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1992. p. 93 ss.

⁹ Se toma a Aristóteles como fuente en la indagación presentada, toda vez que a pesar de no ser el primer pensador y/o escritor sobre el derecho, sino que existieron antes otros también muy pertinentes, éste tiene la virtud de ser principalmente sistematizador de gran parte del pensamiento que se había producido hasta el momento. Sistematización que debió recoger en gran medida la tradición occidental producida hasta el momento.

¹⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicomaquea*. Madrid: Gredos, 1985 (Edición en Castellano). Libro V. 1129a 1-5. (Περι δε δικαιοσυνης και αδικιας σκεπτεον, περι ποιας τε τυχανονσιν ουσαι πραξεις, και ποια μεσοτης εστιν η δικαιοσυνη, και το δικαιον τινων μεσον. ARISTOTELI S. *Ethica Nicomachea*. London: Oxford University Press, 1984. Edición en griegōSe transcriben los textos griegos y latinos en lo que resulte oportuno, para evidenciar el uso de las raíces *díkaion*, *nomos*, *ius* y *lex*, respectivamente, los cuales se anotarán en pie de página marcándose en negrilla los términos pertinentes.

Muchas veces se conoce un modo de ser por su contrario, pero muchas veces también se conocen los modos de ser por las cosas en las cuales se dan; de este modo, si la disposición buena es manifiesta, la mala también se hace manifiesta, y la buena disposición se conoce por las cosas que están en buena disposición, y éstas por aquella¹¹.

Por eso, alude a la indagación de los sentidos del término “injusto” —referido al sujeto—, para lo cual dice:

Vamos a considerar los diversos sentidos de la palabra “injusto”. Parece que es injusto el trasgresor de la ley, pero lo es también el codicioso y el que no es equitativo; luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo justo sea lo legal y lo equitativo, y lo injusto, lo ilegal y lo no equitativo¹².

Aquí, es donde puede verse, a simple modo de referencia, que desde la Grecia clásica los términos “lo justo” y “lo legal” son diversos en el idioma helénico original, pues lo justo es designado con el término το δικαιοῦν y lo legal con la palabra νομοσ, lo cual no solo indica el uso de dos términos distintos, sino que cada uno comporta significados diferentes, siendo lo legal, tan solo un aspecto de lo justo.

También resultan ilustrativas, dos citas del clásico Digesto¹³. La primera, ya transcrita, de Paulo en el D. I. 1. 11, en la que al definirse el término ius¹⁴, a

¹¹ *Ibid.* 1129a 16-20.

¹² *Ibid.* 1129a 30 – 1129b 3. (ειληφθω δη ο αδικος ποσαχως λεγεται. δοκει δη ο τε παρανομος αδικος επαι και ο πλεονεκτης και ανιρος, ωστε δηλον οτι και ο δικαιος εσται ο τε νομιμος και ο

ισος. τομεν δικαιοῦν αρα το νομιμον και το ισον, το δ αδικον το παρανομον και το ανισον). En la edición en castellano que se transcribe, se utiliza el término “equitativo” como traducción de ισομ(ισος) que es mejor entenderlo como “lo igual”, pues lo equitativo en Aristóteles es una virtud diferente y mejor que la justicia legal.

¹³ Igual que sucede con Aristóteles y el pensamiento filosófico griego, en el Digesto y en general en todo el Corpus Iuris Civilis, se recopila la tradición jurídica romana.

¹⁴ *Op.cit.* D. I. 1, 11. Véase referencia 3 supra. (PAULUS. Libro XIV. Ad. Sabinum.- **ius** pluribus modis dicitur. Uno modo, quum id, quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale; altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile, nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium. Praetor quoque ius reddere dicitur, etiam quum inique decernit, relatione scilicet non ad id, quod ita Praetor fecit, sed ad illud, quod Praetorem facere convenit. Alia significatione ius dicitur locus, in quo ius redditur, appellatione collata ab eo, quod fit, in eo, ubi fit; quem locum determinare hoc modo possumus:

pesar de mostrar su plurisignificación, en ninguna de ellas se le refiere desde la perspectiva legal o de precepto, mandato o regla, sino que las acepciones mencionadas son lo equitativo y bueno, lo útil, lo decidido por el pretor y el lugar de administración de justicia.

La segunda cita, que es un texto de Papiano en D. I. III, 1., al definir la ley, indica:

1.- PAPIANO; *Definiciones, libro I.*- La ley es precepto común, decreto de hombres prudentes, corrección de los delitos que por voluntad o ignorancia se cometen, y pacto común de la república.¹⁵

Si se confrontan las citas mencionadas del Digesto —la de Paulo que define derecho y la Papiano que define ley—, puede deducirse que la conceptualización de derecho y ley es distinta, que no se confunden. Pues mientras el derecho se presenta como una realidad óntica, la ley sería una de orden deóntico. Mientras el derecho sería “aquello” bueno, útil, decidido, principalmente, la ley sería el precepto completo, no simplemente aquello mandado u ordenado o prohibido, sino todo el precepto o la regla para obrar, por comportar mandatos o reglas a seguir.

Así, ya se ha demostrado lo primero: los términos *to díkaion* y *nomos* de un lado, y *ius* y *lex* de otro, fueron utilizados en estas sistematizaciones como fenómenos distintos, a pesar de que para los juristas romanos el uso común de ellos en ocasiones no fue homogéneo.

Ahora bien, desde estas consideraciones griegas y latinas, también es posible evidenciar que tanto *to díkaion* como *ius*, significaron el objeto de la justicia o lo justo. Aristóteles, en la misma cita de inicio del Libro V de su *Ética a Nicómaco*¹⁶ es claro, cuando al iniciar el examen de la virtud de la justicia,

ubicunque Praetor salva maiestate imperio siu salvaque more maiorum ius dicere constituit, is locus recte ius appellatur).

¹⁵ *Op.cit.* D. I. III, 1. (PAPIANUS. Libro I. Definitionum.- Lex est **commune praeceptum**, vivorum prudentum consultum, delictorum, quae sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis reipublicae sponsio).

¹⁶ *Op.cit.* ARISTÓTELES. 1129a 16-20. Véase referencia 11, supra.

plantea como uno de sus problemas a tratar, “entre qué extremos lo justo es término medio”, luego de preguntar cuál es el término medio de la justicia. Con esta forma de plantear problemas, es lógico entrever que lo justo (*to díkaion*), es ese término medio de la justicia, que en la teoría aristotélica de las virtudes implica ni el más ni el menos sino lo preciso que es el objeto de la acción virtuosa, es decir aquello bueno sobre lo que recae tal acción buena o virtud. Así, si lo justo (*to díkaion*) es el término medio de la virtud de la justicia, éste es el objeto sobre el que recae la acción virtuosa de la justicia, que podrá ser, de un lado, la ley cuando de la justicia legal se trate, o lo igual, cuando se refiera a la justicia particular, ya sea correctiva o sea distributiva.

En el *Corpus Iuris Civiles*, ocurre también lo propio. Tanto en el Digesto como en las Institutas se transcribe la fórmula clásica de la Justicia:

10.- ULPIANO; *Reglas, libro I.*- Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho.¹⁷

Esta definición ulpianánea, recoge lo que Aristóteles denominó justicia particular, en la que la justicia es descrita como una acción consistente en “dar”, la cual recae sobre un objeto que necesariamente es el *ius*, por ser eso que se da mediante ella. Por tal razón, persiste la idea de que el *ius* o derecho es el objeto de la justicia.

1.2. LOS ANALOGADOS DE DERECHO

Desde la perspectiva óntico-lógica, por medio de la cual se pretende ver la relación que puede existir entre distintos seres y además encontrar si alguno de ellos tiene preeminencia sobre los otros, en cuanto de él dependen los demás para su existencia, debe partirse de una consideración ya hecha sobre las realidades “la ley” y “lo justo”, siendo la primera un precepto de conducta y la segunda aquello que se le debe a alguien. Así, tal como ya se afirmó, la ley se encuentra en un plano deóntico o del deber ser, mientras que lo justo está en el óntico o en el del ser.

¹⁷ *Op.cit.* D. I. I, 10. (10. ULPIANUS, libro I. Regularum.- Iustitia est constans et perpetua voluntas *ius* suum cuique tribuendi).

Es claro, al mismo tiempo, que la ley o precepto de conducta emanada del propio hombre¹⁸, tiene una base o principio que no puede ser el capricho de éste. Y tan es así, que es criterio de validez de una ley, su contenido de justicia y no simplemente el del cumplimiento de las formalidades previstas para su producción, siendo cada día más evidente la enunciación positiva de tales criterios de justicia, para hacer más fácil el estudio y la identificación de las finalidades de tal norma.

Esos criterios de justicia, tan básicos y aceptados hoy día, no son otros que la identificación y no negación de cosas justas que corresponden a la persona desde antes de la enunciación legal, que son exigencias de la misma persona humana. Esas cosas justas no son otra cosa que lo justo natural. Así, la vida humana y la libertad, son ejemplos de cosas justas naturales que no pueden olvidar las leyes que emanan de parte del legislador, y son anotadas expresamente para facilidad en la elaboración, interpretación y aplicación de las demás leyes.

Así, lo justo, en este caso natural, precede en la relación óntico-lógica al precepto o ley, sin desconocer que posteriormente, tal precepto podrá enunciar otras cosas justas que serán ya determinaciones de asuntos en principio indiferentes, que constituyen lo justo positivo.

Ahora bien, de otro lado también resulta necesario enunciar en qué consiste la realidad denominada facultad, y que para muchos es el verdadero derecho. La facultad, es un poder o capacidad para algo, que generalmente desde lo jurídico es entendida como potestad para hacer, no hacer o exigir, es decir implica siempre un ejercicio. Pero el derecho no puede ser en primera medida el ejercicio de la facultad, pues diríamos que si no hay ejercicio no hay derecho, y por ejemplo, no existiría un derecho sobre una suma de dinero adeudada, sólo hasta que se ejercite el derecho, es decir, se cobre o se ponga en ejercicio la facultad de exigir, y si no se cobrara no tendría derecho, lo cual es inadmisibles para cualquier ordenamiento jurídico, en los que el derecho existe y porque existe puede ser exigido, cuando sea el momento para ello.

¹⁸ Se habla de la ley humana o positiva, toda vez que es ésta, específicamente, la realidad a la que se le ha querido denominar estrictamente como derecho, por parte del normativismo.

Así, lo justo es algo que se debe y porque se debe puede ser exigido y no al contrario. Es decir, el derecho es lo justo, es algo debido y porque es debido aparecerá la facultad que le corresponda de acuerdo con tal realidad. Así, el derecho es exigido porque primero es debido.

2. EL DERECHO ES NATURAL Y POSITIVO

Si el derecho es lo justo, si es el objeto de la justicia, puede afirmarse con Aristóteles, de nuevo, que el derecho es natural y es también legal, entendiendo por legal lo que hoy es denominado también como positivo.

La justicia política puede ser natural y legal; natural, la que tiene en todas partes la misma fuerza y no está sujeta al parecer humano; legal, la que considera las acciones en su origen indiferentes, pero que cesan de serlo una vez ha sido establecida (...)¹⁹

Así, el derecho de una sociedad no puede ser considerado solo desde una de sus dimensiones, sino desde ambas: natural y positiva, que por su vínculo armonioso constituye el ordenamiento jurídico que resuelve los distintos conflictos con base en ambas dimensiones, no siendo una dimensión para algunos aspectos y la otra para otros, sino que se requieren mutuamente, pues no subsisten de forma independiente.

2.1. DOS MODOS DE SER DEL DERECHO

De esta manera, es posible definir al derecho natural, como el conjunto de aquellas cosas justas, debidas y por tanto exigibles, gracias a la naturaleza. Y de otro lado, al derecho positivo, también como el conjunto de aquellas cosas justas, debidas y por tanto exigibles, pero gracias ya no a la naturaleza sino a la convención o voluntad de las personas humanas²⁰.

¹⁹ Op.cit. ARISTÓTELES. 1134b. 20.

²⁰ Aquí no hay que olvidar, que como la palabra derecho, admite diversos significados de forma análoga, también sus dimensiones en natural y positivo, las reciben, comprendiéndose en casos, no solo las cosas justas, sino también la norma y la facultad de exigir, tanto positivas como naturales.

En el primer sentido, el derecho es natural, si está conforme a la naturaleza tanto humana como de las cosas que son debidas. Conforme a la naturaleza humana, en cuanto corresponde a bienes que naturalmente tiene la persona humana, y si las tiene naturalmente, las tendrán todos lo que ostentan la misma naturaleza, que para el caso, será la naturaleza racional, que es la única que permite el “dominio”. De otro lado, también están las cosas debidas de conformidad con la naturaleza de ellas mismas, en cuanto a sus medidas. El primer caso puede ejemplificarse con bienes ya pertenecientes a la persona humana desde su momento de origen, como lo es la vida o la libertad; y del segundo como cuando se intercambian dos bienes que en principio resultan equivalentes el uno con el otro.

Los bienes que constituyen el conjunto de derechos naturales son aquellos que corresponden necesariamente a la constitución de la persona humana en si misma, sumando las inclinaciones básicas de su existencia, las operaciones por las cuales éstas se desarrollan, y los objetos sobre los cuales estas últimas recaen. Así, estos bienes naturales comúnmente aceptados por las doctrinas antropológicas, están: (i) vida (corporal y espiritual), (ii) inclinación a la conservación, (iii) inclinación a la comunicación, (iv) inclinación a la relación con un ser superior, (v) inclinación al trabajo y al correlativo descanso, (vi) inclinación a la unión conyugal y la procreación, (vii) inclinación a la socialidad, y (viii) inclinación a la posesión de cosas o “dominio”. A éstos, necesariamente habrá que sumarles tanto las operaciones que las desarrollan como sus objetos, v. gr. a la inclinación a la conservación, le corresponden la operación de alimentarse o medicarse, con sus objetos los alimentos y los medicamentos²¹.

Ahora bien, el segundo sentido del derecho, el positivo, tiene que ver con la convención o voluntad humana, manifestada ya sea en acuerdos privados o públicos. Públicos como en el caso de los bienes que se establecen como debidos en las leyes o mandatos dados por la autoridad pública que corresponda, de acuerdo con el régimen político imperante, y privados como en

²¹ Cfr. HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Bogotá: Temis, 2000. p.178 ss.

los contratos, donde lo que se establece como debido es el derecho o lo justo de aquel que lo ha adquirido.

2.2. LA NECESARIA UNIDAD ENTRE LO NATURAL Y LO POSITIVO

De lo dicho antes, se entrevé una necesaria relación entre aquello natural y positivo. En primera medida puede verse que no todo lo acordado entre sujetos es justo —sean acuerdos públicos o privados—, sino que será justo lo acordado en cuanto el acuerdo mantenga la conformidad entre la naturaleza de las cosas, así sea con convenciones previamente establecidas como los valores, pues estas convenciones también deben ser justas. Así, por ejemplo, es posible hablar de la usura como un acto injusto, en el que a pesar de existir convenio para pagar más intereses de los debidos, aquellos intereses están establecidos de acuerdo con la naturaleza de la cosa en un momento y lugar determinado.²²

En segundo lugar, todos los acuerdos, sean públicos o privados, no pueden ir en contra del derecho natural basado en la naturaleza humana. Así, por más que se quiera establecer como justo, dar la muerte a otro²³, éste será siempre un acto injusto, por ir en contra del principal bien perteneciente a la persona. Del mismo modo, la restricción a las libertades mínimas de la persona, sin ninguna justificación real, es un atentado contra los derechos naturales sustentados en la naturaleza humana eminentemente libre.

De estos ejemplos, es posible ver que el ordenamiento jurídico existente en cualquier sociedad, lleva incluidos tanto aspectos naturales como positivos del derecho, y que no es que lo natural y lo positivo subsistan separados uno del otro, sino que se requieren mutuamente. No solo su necesidad se da de lo

²² No hay que olvidar que la naturaleza no es estrictamente invariable e inmutable, sino que como los seres están afectados por el tiempo y el espacio, éstos se encuentran insertos en la historia que puede hacer variar en parte su naturaleza. Así como cuando dice Aristóteles que “toda justicia es variable, aunque hay una justicia natural y otra no natural. Ahora, de las cosas que pueden ser de otra manera, está claro cuál es natural y cuál no es natural, sino legal o convencional, aunque ambas sean igualmente mutables. La misma distinción se aplica a los otros casos: así, la mano derecho es por naturaleza la más fuerte, aunque es posible que todos lleguen a ser ambidextros” (*Op.cit.* ARISTÓTELES. 1134b. 30.)

²³ Aquí hay que obviar el hecho de la legítima defensa, que también puede constituirse en un derecho natural, de los denominados subsiguientes, toda vez que solo se presentan en una situación determinada, cuando el ataque es de tal modo que vulnera el propio derecho y no hay otra acción distinta que tomar.

positivo por lo natural, para sustentar la justicia de lo establecido convencionalmente por los hombres, sino también desde el modo contrario: de lo natural por lo positivo, pues en ocasiones, lo natural puede ser tan general que la determinación particularizada que hace lo positivo (por ejemplo mediante las medidas) lo hace efectiva y fácilmente exigible.

Así, por ejemplo, es claro desde la perspectiva antes anunciada de los derechos naturales como el conjunto de bienes pertenecientes a la persona humana desde la identificación de sus constitutivos primarios y básicos, que el derecho al trabajo y también el derecho al descanso, son derechos esencialmente naturales, que corresponden a operaciones tendientes a realizar las inclinaciones a trabajar y descansar. Sin embargo, es frecuente encontrar en casi todo ordenamiento jurídico de cualquier sociedad que estos derechos se encuentran anotados expresamente, por ejemplo en las declaraciones constitucionales de derechos fundamentales, y además, se encuentran desglosados en otros regímenes más específicos, como lo son los del trabajo. Así, el proceso de enunciación de estos derechos naturales en declaraciones constitucionales, toma el nombre de positivación de derechos naturales, pues la anotación expresa del derecho natural en la ley, no los hace positivos, es decir no los convierte en fruto de la voluntad humana, sino que se constituyen en un reconocimiento de aquella juridicidad natural radicada en la misma persona humana.

De otro lado, la particularización de estos derechos naturales, por ejemplo el del descanso, a través de una medida para configurar lo que son las vacaciones o los descansos dominicales, son efectivamente constitución de derechos positivos, pues la determinación v.gr. de cuándo aparece el derecho a las vacaciones, quiénes lo disfrutarán, por cuánto tiempo, es solo fruto de la convención o voluntad humana.

CONCLUSIONES

Así, de todo lo dicho puede evidenciarse que la conceptualización del derecho natural desde el Realismo Jurídico Clásico no tiene como base orientaciones religiosas de ninguna índole, tampoco que el derecho natural

sean elucubraciones metajurídicas, sino que éste está inserto en la misma realidad al tratarse de cosas justas que resultan debidas y por tanto exigibles, tal como lo es la vida y demás derechos hoy denominados “fundamentales” o “humanos” o hasta “constitucionales”. Además y finalmente, que el derecho natural es verdadero derecho y no moral, obviamente ubicados estos conceptos en el entendido primario del derecho como lo justo, y de la moral como mandatos individuales y singulares que regulan el obrar de la persona humana, lo primero en el plano de lo óntico y la segunda en el plano de lo deóntico, que es también aquello que diferencia necesariamente el derecho de la ley, y que no solo los distingue sino que los une en necesaria conjunción armónica.

De otro lado, este derecho natural no es el único elemento relevante de la realidad jurídica, sino que es dimensión necesaria junto con lo positivo, para la constitución efectiva de cualquier ordenamiento jurídico, que éste no solo sea justo, sino también a la vez eficaz.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. Madrid: Gredos, 1985. (Edición en castellano, trad. De Julio Pallí Bonet)

ARISTOTELIS. *Ethica Nicomachea*. London: Oxford University Press, 1984. (Edición en griego)

COTTA, Sergio. *¿Qué es el derecho?* Madrid: Rialp, 1993. (*Perché il diritto*. 1979, trad. de José Joaquín Blasco).

DE AQUINO, Tomás. *Suma Teológica*. Madrid: Editorial Católica, B.A.C., 1959.

HERVADA, Javier. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona: EUNSA, 1987.

HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Bogotá: Temis, 2000.

HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. 5ed. Pamplona: EUNSA, 1995.

JUSTINIANO. *Corpus Iuris Civiles*. En: GARCIA DEL CORRAL, Ildelfonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. (Volumen I) Barcelona: Lex Nova, 1889.

RENGIFO GARCIA, Ernesto. *Derecho subjetivo y concepto de ius*. En: Externado Revista Jurídica. Volumen 6, Número2, Julio / Diciembre 1992. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1992. p. 93 ss.