

RABBI-BALDI, RENATO (coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Ábaco/Universidad Austral, 2000.

Susana Blanco Miguélez

Pudiera parecer que seguir hablando en el año 2001 de iusnaturalismo y positivismo jurídico no es sino prolongar artificialmente la vida de dos doctrinas trasnochadas. Al fin y al cabo, el siglo XX ha venido marcado, en el ámbito de la Filosofía del Derecho, por una creciente aproximación entre ambas posiciones, plasmado, por ejemplo, en el auge del positivismo metodológico (una versión muy atemperada del positivismo jurídico); en su posterior reconversión, al menos en el ámbito anglosajón influido por Hart, en “positivismo incluyente”, que acepta la posible relevancia de los criterios morales de cara a la identificación del derecho; o en la proliferación de autores que, como Dworkin o Alexy, se autocalifican como “no positivistas” y cuyo pensamiento presenta puntuales conexiones con tesis iusnaturalistas.

Todo ello parece sugerir que las fronteras entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se van difuminando cada vez más. Y podría insinuar también una consiguiente pérdida de actualidad de estas dos doctrinas, sobrepasadas por sustitutos “intermedios”, por “terceras vías” menos radicales en sus planteamientos. Sin embargo, este fenómeno de acercamiento entre antagonistas puede ser observado desde otra óptica: como ilustrativo tanto de la crisis del positivismo y del iusnaturalismo racionalista como del auge de nuevas concepciones de lo jurídico que recuerdan notablemente al iusnaturalismo de inspiración clásica.

Esta es la perspectiva que adopta el libro *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Se trata de una recopilación de once trabajos de importantes filósofos del Derecho de Europa e Iberoamérica. Todas ellas dan cuenta, desde diferentes puntos de vista, de las posibilidades que ofrece el derecho natural, precisamente como alternativa a las insuficiencias captadas en la pasada exaltación del derecho positivo reducido a la ley.

En la introducción, el coordinador de la obra, Renato Rabbi-Baldi, indica que su propósito es dar razón de los “datos permanentes y constantes” del fenómeno jurídico (p. 18). Matiza también que, en esa tarea, los autores colaboradores comparten un presupuesto metodológico común, que enfatiza la dimensión práctica del derecho. En concreto, afirma Rabbi-Baldi que la obra se inscribe “dentro de la antigua y hoy singularmente vital tradición que ve al derecho como una *ciencia práctica* y al derecho «natural» como un entramado de directrices acerca de los requisitos básicos de la convivencia jurídica que sólo alcanzan su genuina concreción al cabo de una inevitable instancia dialógica-argumentativa que toma como referencia directa e insoslayable las concreciones peculiares del problema a cuya dilucidación se dirigen” (p. 19).

Por tanto, lo que dota de unidad a los estudios incluidos en la obra es, sobre todo, la perspectiva metodológica adoptada, emparentada con la tradición iusnaturalista clásica, y que el coordinador resume en la adopción de cuatro criterios: el rechazo del iusnaturalismo racionalista (pp. 23-24) y del positivismo clásico (pp. 24-28) (rechazos que culminan en la oposición a la tesis de que existe una única respuesta correcta para cada problema jurídico, pp. 28-29); el rechazo del no cognotivismo ético (pp. 31-32); y el rechazo de una presunta discrecionalidad judicial absoluta (pp. 32-36). Estos criterios metodológicos “negativos” tienen como correlato una serie de “elementos para una fundamentación objetivo-racional del derecho” (p. 36). Así, el modelo subsuntivo de aplicación del derecho se sustituye por una apuesta por una razón práctica de la que se enfatiza el carácter prudencial y por tanto, contextualizado, dialógico y argumentativo (pp. 36-38). De aquí se deriva una concepción fundamentalmente dialógica de lo jurídico (p. 40). Como consecuencia de todo ello, se considera que el discurso jurídico es el punto central de la teoría del derecho (p. 42). Podría decirse, como corolario de lo anterior, que el propósito común a los distintos trabajos que integran el libro es profundizar en las condiciones de posibilidad del proceso de determinación objetivo-racional del derecho (p. 44).

En el capítulo I, el profesor Pedro Serna reflexiona en su estudio “Sobre las respuestas al positivismo jurídico” sobre la necesidad de que el acceso epistemológico al concepto de “derecho natural” no se realice apriorísticamente, partiendo de una serie de preconceptos que delimitan y condicionan tanto el estudio del derecho como la propia tarea jurídica sino, antes bien, tras una concienzuda tarea de observación y análisis de la realidad jurídica en toda su riqueza (pp. 79-80). El autor considera que precisamente el defecto fundamental del positivismo jurídico ha sido el predeterminar voluntariamente su objeto de estudio, adaptándolo a la metodología considerada idónea para alcanzar resultados “científicos”, incurriendo así en una desfiguración de la realidad jurídica (pp. 76-79). Serna señala que, si no quiere incurrir en un error paralelo, el iusnaturalismo debe incorporar un núcleo de verdad que encierra la tesis de las fuentes sociales, la más central de las tesis positivistas. Ese núcleo de verdad es que el derecho es siempre y necesariamente un fenómeno histórico e institucional (p. 80), el cual, además, no consiste en un “objeto dado”, de modo que “todo intento de definirlo en el punto de partida supone adoptar una postura parcial o, si se quiere, ideológica, que conduce a seccionar su experiencia” (p. 80). Para este autor “sólo es sensato intentar llegar a él; y solo es sensato intentarlo por la senda de la experiencia donde comparecen nítidamente los datos de la pretensión de justicia y de fuerza obligatoria, pero también el carácter cultural e institucional de la vida jurídica toda” (p. 85). Advierte que “[q]ue el derecho es siempre, y necesariamente, histórico e institucional significa que una teoría del derecho natural que sea sólo eso, esto es, que se limite al estudio de los criterios de la justicia humana, no será todavía una teoría del derecho o una filosofía del derecho, sino simplemente una parte de ella, aunque ciertamente decisiva. Pero desde ella sola tampoco se podrá acceder a la definición del derecho” (p. 80). Por ello, concluye que “los iusnaturalistas deberían perder el miedo a partir *realmente* de la experiencia, del derecho como fenómeno global, complejo, que nace de la comprensión vital; histórico, culturalmente definido; en definitiva, del único derecho que existe” (p. 86).

Por su parte, en el capítulo II, el profesor García-Huidobro, en su trabajo “Retórica de las teorías iusnaturalistas. Reseña de algunos argumentos”, sugiere algunos criterios que pueden contribuir a la elaboración y presentación de una teoría contemporánea del derecho natural. Este autor parte del examen de los factores que, a su juicio, permiten explicar la reticencia contemporánea a aceptar la existencia del derecho natural (pp. 89-93). A continuación, pasa revista a las distintas orientaciones seguidas por las teorías iusnaturalistas contemporáneas, agrupándolas en tres categorías: en primer lugar, los argumentos iusnaturalistas que se apoyan en la idea de un “horizonte

de significado” y que enfatizan que ciertas actividades o pretensiones (como la formulación de juicios de reproche moral, la pretensión de obediencia del derecho positivo, la interpretación y aplicación de los derechos humanos o la elaboración de una ciencia social) son incomprensibles o irrealizables sin el trasfondo de una teoría iusnaturalista (pp. 94-95). En segundo lugar, hace referencia a las argumentaciones iusnaturalistas que siguen una vía antropológica, indagando en el ser del hombre y en el análisis de la razón humana y de su funcionamiento (pp. 96-97). Por último, se refiere a los argumentos iusnaturalistas sociopolíticos, que afirman que sin la idea de unos derechos humanos pre y supra-positivos, el constitucionalismo o la democracia serían impensables (pp. 97-98). Seguidamente, García Huidobro examina cuatro conocidas propuestas teóricas iusnaturalistas (las de Sófocles, Aristóteles, Tomás de Aquino y Finnis) (pp. 98-102) para concluir que “[e]stos ejemplos nos muestran cómo la llamada tradición central es algo vivo, que se va desarrollando y corrigiendo desde dentro, y que es capaz de incorporar nuevos problemas y planteamientos sin alterar su identidad” (p. 103). Por último, el autor formula algunas sugerencias de cara a la construcción de una teoría iusnaturalista contemporánea, agrupándolas en tres categorías: la búsqueda de la verdad que debe dominar a todo planteamiento iusnaturalista (pp. 104-105); el lenguaje que debe emplearse en tal propósito (p. 106), y las diferentes vías metodológicas que esta búsqueda admite (pp. 106-108). Todas estas propuestas tienen en común el abandono del racionalismo y la presencia de un fuerte componente moral, que desemboca en el reconocimiento de la importancia de las disposiciones morales del sujeto en el conocimiento práctico (p. 110). En todo caso, García Huidobro insiste en la idea de que la cuestión del derecho natural se presenta abierta, inacabada, por lo que precisa una incesante búsqueda de argumentos y una constante refundación de sus tesis centrales.

El capítulo III lo integra el estudio “Del derecho al derecho natural”, de Salvatore Amato. En él, el autor italiano analiza, en clave ontológico-existencial los elementos a su juicio imprescindibles para que todo acuerdo estatal pueda alcanzar la calificación de “estado óptimo”. Parte en este análisis de una idea: el relativismo está implícito en la estructura del derecho (como, en general, en la estructura del pensamiento) (p. 119); pero la estructura del derecho no es relativista en sí misma, sino que presupone la superioridad del bien, y ésta a su vez conduce a esa legalidad como un valor absoluto que se encuentra en la base del estado de derecho (p. 118). De estas ideas emergen, según Amato, tres datos que revelan otros tantos aspectos estructurales del derecho (pp. 125-126): la imposibilidad de la indiferencia como reconocimiento de la dignidad de cualquier ser humano (derecho a la defensa); la imposibilidad de la autosuficiencia; y la necesidad de diálogo como reflejo de la natural inclinación del hombre a la relacionabilidad (la interpretación). A su juicio, sólo teniendo en cuenta estos aspectos estructurales del derecho el poder se convalida como “derecho de establecer el derecho”, ya que su positividad queda revestida y fundamentada por el dato metapositivo previo que constituye precisamente, esa “capacidad de respetar la estructura relacional del derecho” (pp. 135-136). Por último, indica que ni la fórmula “estado de derecho” ni la teoría del derecho natural pueden detallar lo que es una sociedad justa. Pero sí cree posible que sugieran las condiciones de pensabilidad de la justicia, proporcionando “una serie de prioridades teóricas y éticas”, incluyendo dentro de las primeras, las siguientes (p. 135): el gobierno de las leyes antes que el gobierno de los hombres; la búsqueda del equilibrio (división de poderes) y no del desequilibrio (poder del más fuerte); la consideración como pregunta fundamental no “¿Quién debe mandar?”, sino “¿Cómo debe ejercerse el poder?”; y la primacía de la persuasión sobre el conflicto, que determina que el estado sólo sea pensable a partir de “ese dato mínimo e ideal que es el momento constituyente” (p. 135).

Los estudios distribuidos en los capítulos IV, V y VI se dedican a la relación entre persona y derecho natural. En el primero de ellos y bajo el título “Persona humana y

persona jurídica”, Francisco Carpintero llama la atención sobre la necesidad de compatibilizar e integrar las dos formas en que ha sido entendido el concepto de persona en la tradición occidental: la “persona como persona”, esto es, la persona como individuo racional, y la persona como “persona jurídica” en el sentido romano, alusivo al rol social, a la situación social de una persona concreta en el contexto de su vida social. Según Carpintero, el hecho de que “la ciencia jurídica moderna sea presentada como el desarrollo de una cualidad fundamental de la persona humana” y que, por ejemplo las declaraciones de derechos humanos vayan en esa dirección, no debe hacer olvidar que el práctico del derecho suele estar más familiarizado con la idea de “persona jurídica”, pues en ella se tiene presente la “cosa común” que señala y delimita el título o derecho de cada individuo en la situación concreta en que se encuentra (pp. 143-149). La tesis fundamental de Carpintero apunta a la inconveniencia de enfrentar a ambas nociones de persona, aunque reconoce que ambas posiciones se han ido extremando: “unos quieren hacer arrancar todo el derecho desde las antiguas «cualidades morales» de los individuos, de forma que reducen las manifestaciones más básicas de todo el derecho, a derechos subjetivos. Los otros, para garantizar la objetividad del arte de hacer justicia, niegan hasta la existencia misma de estos derechos” (p. 146). Considera al respecto que “este es un problema abierto que a veces podremos zanjar (normalmente en un plano personal), pero nunca resolver” (p. 146). El problema fundamental que plantea la noción moderna de persona (la *moralische Person*) es, a juicio de Carpintero, que da lugar a un planteamiento insuficiente sobre la libertad (p. 161), a la que los modernos buscaron y con la que quisieron tratar directamente, cosa que es imposible (pp. 169-170). Olvidaron que la libertad no se puede perseguir como un fin abstracto de la vida humana, “porque no podemos distinguir con tanta claridad entre fin último e instrumentos que median. Además, quizá fuera indigno de la vida humana que situáramos su fin fuera de ella misma” (p. 170). Por ello este autor considera que una cierta dosis de realismo jurídico –con su recuperación de la noción romana de “persona jurídica”, puede reportar ventajas, principalmente porque: a) si el deber viene demandado por el vínculo entre personas, y no por la persona misma, no se produce conciencia de paternalismo o prepotencia (pp. 164-165); b) se evita enfrentar a dos personalidades humanas, de valor necesariamente inconmensurable, ya que se recurre a una “cosa común” que “mide” lo debido por cada una (p. 163); c) se evitan “mediciones arbitrarias”, como la que viene dada por el puro dominio de la mayoría (pp. 166-167); d) se evita la mentalidad “competidora” que suele generarse entre personas cuando faltan los bienes comunes (pp. 167-168); e) no se pierde de vista que, como entendía la jurisprudencia romanista, las cosas son variadas, múltiples, e irreductibles en su multiplicidad. Los modernos, en cambio, antes que ajustar su razón a la lógica propia de cada cosa, en la que vieron una limitación intolerable a su autonomía, pretendieron construir una “metafísica del derecho” a partir de un principio único que nivelaba la complejidad de lo humano; algo, a juicio de Carpintero, imposible (pp. 168-169).

En el estudio “Entre la naturaleza y la dignidad. Reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos”, la profesora Hoyos Castañeda se ocupa de la necesidad de abordar un tratamiento filosófico de la noción de derechos humanos entendidos como patrimonio de la “persona como persona” a la que hizo referencia Carpintero. Constata cómo el momento actual, a pesar del extendido reconocimiento de los derechos humanos y de la dignidad humana, es un momento de crisis de la democracia y de los derechos humanos; en concreto habla de un “tiempo de los derechos sin derechos” (p. 178). A este abismo entre teoría y praxis de los derechos humanos se suma, según la autora, la creciente dificultad para conocer cuáles y cuántos son estos derechos en un mundo pluricultural, y en el que a los derechos humanos se suman otros derechos “no humanos”: los de los animales y los de la naturaleza (pp. 178-179). Para la autora, la crisis actual de los derechos humanos, de la democracia y de la sociedad en general es una crisis de fundamentos (pp. 180-181). Por ello su estudio se dedica a indagar en la

noción de dignidad de la persona, que como “merecimiento ontológico de respeto que se funda en la bondad superior del ser” (p. 205) sirve de fundamento tanto al derecho como a la moral, que no son sino expresiones de la dignidad de la persona, de su ser y de su fin (p. 204).

Por su parte, Mauricio Beauchot, en “Sobre la fundamentación filosófica de los derechos humanos”, luego de referirse a la existencia de distintos tipos de iusnaturalismo que se han sucedido a lo largo de la historia (pp. 214-218) se sitúa a sí mismo dentro de un iusnaturalismo tomista (p. 218) defendiendo la posibilidad de plantear, en el seno de un derecho natural clásico de tal orientación, una teoría de los derechos humanos que no entrañe caer en una conceptualización subjetivista de los mismos. Para ello puntualiza que dentro del iusnaturalismo tomista, opta por la modalidad defendida por los teóricos salmantinos del siglo XVI (principalmente Vitoria, Soto y Las Casas), que incorporan la noción de “derecho subjetivo”, pero manteniéndose fieles al “paradigma” iusnaturalista sobre la imagen del hombre, que da lugar a un orden de exigencias derivadas de su naturaleza racional (pp. 218-219). Considera este autor que la única prevención que cabe tener respecto de los derechos subjetivos es que encierren al hombre en sí mismo, fomentando el individualismo. Sin embargo, Beauchot aclara que “esto no está implicado en la noción de derecho subjetivo, y el tomismo nos ayuda a postular derechos subjetivos que no cierren al hombre en sí mismo, sino que lo abran a los demás, sobre todo al bien común” (p. 220). En estas coordenadas sí es posible defender desde el tomismo ciertos derechos subjetivos naturales, categoría a la que pertenecen los derechos humanos (p. 221).

En el capítulo VII se incorpora el artículo “El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él”, del profesor Arthur Kaufmann, recientemente fallecido. Este autor parte de la constatación del fracaso de la teoría clásica del derecho natural y del positivismo jurídico clásico como explicaciones del fenómeno jurídico (p. 223). Ante este fracaso, sólo quedaría abrir una tercera vía más allá de ambas doctrinas, una teoría que asumiera que “el derecho no es algo sustancial ni algo sólo nominal, sino que consiste en relaciones reales de los seres humanos entre sí, y entre éstos y las cosas. Un derecho concebido de esta manera es personal, dado que la forma primigenia de la relación es la persona. Como derecho personal, no puede disponerse del mismo a discreción; empero es, no obstante, histórico, dinámico y procedimental: no es primariamente norma, sino acto” (p. 224). La alternativa de Kaufmann pasa por una teoría del derecho que atienda a la realidad, en la que el proceso de aplicación del derecho se muestra como complejo, como un entramado de momentos empíricos y normativos en el que ser y deber ser no pueden conectarse en una conclusión simple (p. 244). Una teoría del derecho que tenga presente que la realización del derecho es un proceso histórico y cuya aplicación muestra un incuestionable carácter relacional (pp. 243-245). Es decir, la teoría propuesta por Kaufmann advierte de la importancia que tiene atender a la razón práctica, tal y como exige el iusnaturalismo de la tradición “práctico-valorativa” y reivindica la indisponibilidad de la persona en tanto que coexiste con los demás, en tanto que relación. Kaufmann afirma que “persona es el hombre no por su sustancia, sino como ensamble de relaciones en el que se encuentra con respecto a su mundo, a sus semejantes y a las cosas” (p. 248). Dado que la persona no pertenece al ámbito de lo objetivo, el esquema sujeto-objeto no puede tener con respecto a lo personal ninguna validez en el conocimiento. El concepto de persona es histórico, relacional, dinámico; la persona no es estado, sino acto. Consecuentemente, para Kaufmann el derecho no es un mero conjunto estático de normas, sino algo “en movimiento”: el derecho “acontece” en las relaciones personales. “El derecho deviene en el acto” (p. 249). Ahora bien, el autor alemán aclara que esta fundamentación del derecho en la persona no puede evitar que para muchas cuestiones jurídicas no existan respuestas unívocas (p. 250). Para alcanzar respuestas válidas intersubjetivamente, se necesita del discurso (p.

250). Pero para que este discurso jurídico verse realmente sobre el derecho y no sobre el discurso mismo, debe tener como base un contenido jurídico indisponible. Éste ha de ser el hombre como persona, que determinará el discurso jurídico, no sólo en el procedimiento sino también en el contenido (p. 251). Por último, Kaufmann niega la existencia de una naturaleza de la que pueda colegirse cómo ha de comportarse el ser humano en cada situación concreta. Considera que en las sociedades modernas, altamente complejas, el hombre ha de “comportarse riesgosamente”, sin poder cerciorarse de antemano si su actuar es correcto. Por ello, en estas sociedades resulta especialmente importante la tolerancia (pp. 253-254).

En el capítulo VIII el profesor Massini se ocupa de “La nueva escuela anglosajona de derecho natural”, realizando un sucinto análisis de las ideas centrales de esta escuela, a la que considera una de las más enriquecedoras de las últimas décadas. El autor, tomando como guía a Finnis, analiza la refutación que esta escuela realiza de la falacia naturalista basada en la idea de que “las normas más concretas de la ley natural, entre ellas las de la ley jurídica natural o derecho natural normativo, no son deducidas ni inferidas de ningún modo de meras proposiciones descriptivas del modo de ser humano. En todos los raciocinios prácticos que concluyen en preceptos de derecho natural, se encuentra presupuesto, de modo implícito o explícito, el primer principio práctico que, en su contracción jurídica, puede formularse como *lo justo ha de hacerse y lo injusto evitarse*” (p. 263). Para la nueva escuela anglosajona de derecho natural, por tanto, no hay derivación del deber ser a partir del ser, ya que “el camino para descubrir lo que es éticamente recto, es indagar no qué cosa está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué cosa es razonable. Y esta indagación nos llevará hasta los primeros principios no derivados de la razonabilidad práctica, principios que no hacen referencia a la naturaleza humana, sino sólo al bien humano” (pp. 264-265). Según esta escuela, a los contenidos del derecho natural se llega no por el conocimiento de ciertas inclinaciones o impulsos del hombre, sino por la captación práctica de los bienes o valores humanos básicos, es decir, de las formas básicas del perfeccionamiento humano (p. 266). Esta captación se realiza por autoevidencia, y es previa a la determinación de la naturalidad de una inclinación (p. 266). Esos bienes humanos básicos determinan el contenido del derecho, presentándose como objetivos, universales y absolutos e incommensurables entre sí (pp. 267-269). Una vez expuestas las ideas centrales de la escuela anglosajona de derecho natural, Massini procede a rebatir las críticas que se le han dirigido tanto desde sectores iusnaturalistas más tradicionales, como desde el positivismo jurídico (pp. 270-274), concluyendo que las objeciones positivistas tienen la virtud de poner de manifiesto que en la actualidad la verdadera oposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico radica en el carácter cognoscitivo o constructivo que se le adjudique a la ética jurídica (pp. 275-276).

En el capítulo IX, y bajo el título “La eterna polémica del derecho natural. Bases para una superación”, el profesor Ollero profundiza en una de las ideas señaladas en el capítulo I por Serna, ya que parte de lo erróneo de una identificación del iusnaturalismo como aquella doctrina que niega que “sólo es derecho el derecho positivo”. El autor insiste en que también el iusnaturalismo puede –de hecho, debe– admitir esto, ya que lo cierto es que no existe otro derecho conocido. Matiza que lo que sí permite identificar a los iusnaturalistas desde Aristóteles es su interés por las razones que determinan el carácter obligatorio de los contenidos de ese único derecho en vigor (p. 280). Esa errónea concepción que tradicionalmente se ha tenido del iusnaturalismo hizo que el derecho natural, al que se consideraba como “otro derecho” distinto del derecho positivo, se hiciera triplemente sospechoso, como “científicamente irracional”, “éticamente etéreo” y “políticamente ilegítimo” (pp. 280-281). En contraste, el positivismo jurídico presentaba varias ventajas por concebir el derecho como un sistema de normas puestas, perfectamente identificable por sus fuentes sociales: en primer lugar, permitía que el dere-

cho fuese objeto de conocimiento científico; garantizaba la seguridad a los ciudadanos, cualesquiera que fueran sus ideales de justicia; por último, posibilitaba la distinción entre el ámbito de creación del derecho y el ámbito de su aplicación (p. 281). Ollero matiza, sin embargo, que el hecho de que el iusnaturalismo pueda reconocer la sola existencia del derecho positivo no implica admitir que el derecho se reduzca a la norma puesta por el legislador. Para demostrarlo examina la jurisprudencia constitucional española en materia de discriminación por razón de sexo, concluyendo que la práctica judicial pone de manifiesto la existencia de otros elementos en el derecho positivo. En concreto, señala que “la igualdad se convierte en prueba fehaciente de la existencia de principios jurídicos prelegales, capaces incluso de derogar las normas” (p. 287), concluyendo que “el *criterio teleológico* se nos desvela, una y otra vez, como el ingrediente *primario* de todo razonamiento jurídico. La inevitable fundamentación jurídica implica, más allá de la aplicación técnica de normas, evaluar la finalidad perseguida y la proporcionalidad de los medios destinados a su logro” (p. 290). Por todo ello, para Ollero la actividad jurídica se muestra como el esfuerzo prudencial por hacer realidad una teoría de la justicia (p. 293). En concreto, propone “plantear la actividad jurídica como el esfuerzo por «dar razón» de una determinada solución ética a problemas de la convivencia social. Se trata de positivizar exigencias jurídicas buscando para ellas respaldo entre el arsenal de «razones» (valores, principios, normas) que el ordenamiento jurídico nos ofrece” (p. 296). Este planteamiento devuelve a la justicia el puesto central en la dimensión práctica de la actividad jurídica, rechazando el escepticismo relativista. Y en este horizonte despunta el núcleo central de la tradición iusnaturalista, consistente en la convicción de que efectivamente contamos con esas exigencias objetivas de justicia a las que siempre debe recurrir el derecho positivo, que nos “ponen en guardia” contra derechos “desnaturalizados” y que brindan a la tarea judicial prudencial los elementos de juicio necesarios tanto para la redacción de las normas como para diseñar soluciones adecuadas a los casos concretos (p. 297). Eso sí, Ollero insiste en que no cabe disponer de tales exigencias de justicia de un modo acabado al margen de la misma actividad positivadora en la que afloran (sea ésta legislativa o judicial). Por ello, el iusnaturalismo que defiende es un iusnaturalismo crítico, que niegue la posibilidad de ofrecerse como “acabadamente puesto”, como una “naturalidad instantánea”; del mismo modo que tampoco es viable un positivismo jurídico que afirma una positividad instantánea, un derecho positivo en estado puro. Porque, en definitiva, lo jurídico consiste en un continuo proceso de positivación (p. 298).

Francesco D’Agostino, en su estudio “Hermenéutica y Derecho natural. Después de la crítica heideggeriana a la metafísica” (capítulo X de la obra) critica los postulados metodológicos del positivismo jurídico con base en una nueva conciencia ontológica que él califica como “hermenéutica” (p. 304), que ha ido abriéndose paso en el siglo XX, y que pone en tela de juicio al pensamiento objetivante y demostrativo, que pretende reducir el conocimiento a la pura demostración (p. 304). Para D’Agostino, una de las notas caracterizadoras de esta conciencia hermenéutica es la aceptación de la imposibilidad de elaborar un método que permita atrapar al “ser” (desde el punto de vista jurídico, el sentido último de la realidad del derecho); no cabe adueñarse de él. Paralelamente destaca el carácter inescindible de los actos de conocer e interpretar: no cabe apropiarse del ser, pero sí es posible intentar conocerlo mediante un esfuerzo interpretativo permanente y personal (pp. 304-305). El hecho de que quepan múltiples interpretaciones posibles no implica, a juicio de D’Agostino, que la hermenéutica deba desembocar en el nihilismo jurídico, es decir, en la renuncia intencional a plantear la justicia como principio jurídico, reduciendo la actividad del juez a actividad meramente decisional, partiendo del presupuesto de que las distintas interpretaciones de una ley tienen todas igual valor desde el punto de vista teórico (pp. 308-310). Por el contrario, el autor italiano puntualiza que “la hermenéutica [...] si por una parte se preocupa por afirmar el carácter irreductible, múltiple, personal, antidogmático, inobjetivable de

la interpretación, por otra huye precisamente de cualquier tentación relativista y nihilista. Si todas las interpretaciones tienen el mismo valor, ninguna interpretación tiene propiamente ningún sentido: pero esto es justamente lo opuesto de lo que postula la hermenéutica, es decir, la inagotabilidad del sentido que se ofrece en la interpretación. Y un sentido inagotable es un sentido que, lejos de no tener valor, tiene un valor inagotable” (p. 310). De ahí que el jurista, para conseguir atribuir un significado no arbitrario a los enunciados normativos, deba seguir algunas pautas ofrecidas por la hermenéutica. En primer lugar, tomar en serio la teoría del “círculo hermenéutico”, tomando conciencia de que hay una serie de datos que le vienen dados al jurista intérprete (no sólo la norma, sino también las expectativas de justicia presentes en la sociedad) y con los que él “está en deuda”; deuda ésta que constituye un eficaz criterio de determinación del significado mejor que se debe atribuir a la norma (p. 311). En segundo lugar, la toma de conciencia de que el jurista intérprete no sólo conoce la realidad, sino que también la modifica; y para modificarla ha de obedecerla, esto es, ha de comprender sus exigencias y sus posibles líneas de desarrollo (p. 312). Por último, y sobre todo, el jurista debe hacer gala de una inquebrantable fidelidad al “ser” que, en su radicalidad, no es la ley, ni unas pretendidas normas iusnaturalistas-rationales, sino al derecho y, estrictamente, al derecho natural (p. 313). A un derecho que, como señala D’Agostino, “es un derecho no formulado positivamente [...] el derecho natural: no el codificado por el iusnaturalismo moderno, sino el pensado en la tradición clásica y que ante nuestros ojos aparece característicamente como un derecho que es accesible sólo por vía hermenéutica, sólo mediante la creación de normas por parte de sus intérpretes” (p. 314).

Por último, en el capítulo XI, el profesor Rabbi-Baldi, en el estudio titulado “Sentido del derecho natural en la jurisprudencia sobre garantías constitucionales de la Corte Suprema (1888-1988)” examina detalladamente las sentencias de la Corte Suprema argentina correspondientes al periodo de referencia en que se hace alusión expresa al “derecho natural”, procurando desentrañar el sentido con que tal locución se emplea. Rabbi-Baldi destaca cómo las referencias al derecho natural son cada vez más frecuentes (de hecho, apunta a un considerable incremento de las mismas en los últimos veinte años) y cómo suelen realizarse al hilo de la resolución de casos especialmente trascendentes y problemáticos (pp. 352-353). Destaca que la referencia al derecho natural es empleada por la Corte para referirse a la existencia de ciertos bienes humanos que tienen una vinculación más estrecha o inmediata con las exigencias fundamentales de la persona en orden a alcanzar su pleno desarrollo: la vida, la integridad física, la patria potestad, la defensa en juicio, la libertad de expresión sobre la cosa pública, etc. (p. 353). La Corte se refiere a estos “derechos naturales” como indisponibles para la persona en cualquier tiempo y circunstancias (p. 354). Matiza el autor que el iusnaturalismo que traslucen estas resoluciones de la Corte Suprema no es, sin embargo, el iusnaturalismo ilustrado. Y ello porque de ellas se deriva que el discernimiento de los derechos naturales no surge de la observación en abstracto de la naturaleza humana, sino de una tarea de “puesta en correspondencia” de las normas con los supuestos de hecho en el contexto concreto de cada situación, ayudada por el entrelazamiento de argumentos procedentes de las partes. Sólo como consecuencia de esta labor contextualizada y dialógica es posible determinar el bien fundamental que corresponde proteger en la situación examinada (p. 354). Los derechos naturales no son, por tanto, “puntos de partida”, sino “puntos de llegada” (p. 355).

La valoración que merece la obra es altamente positiva: los cuidados trabajos incluidos en ella ofrecen un panorama completo y profundo de diferentes razones que permiten diagnosticar la crisis del positivismo jurídico pero que, lejos de quedarse en la simple labor destructiva, ofrecen alternativas a él, tanto en el plano de la fundamentación filosófica como en el de la praxis jurídica. El trabajo, además, cobra una especial actualidad en un momento en el que numerosos autores (Zagrebelsky, Nino, Alexy)

observan importantes conexiones entre el derecho constitucional y el derecho natural, tanto en lo relativo a los contenidos (ya que a través de las Constituciones los principios morales vinculados clásicamente con el derecho natural se incorporan al derecho positivo) como en la forma de argumentar, pues el constitucionalismo dota de superioridad y hace inmodificables en su contenido esencial a esos derechos contenidos en la norma fundamental, recuperando así los rasgos de supremacía e intangibilidad de los derechos naturales afirmados por el iusnaturalismo. Igualmente, el énfasis que todos los autores ponen en el derecho como una realidad no dada de antemano, sino que se va construyendo en relación con los casos concretos, da pistas sobre la vinculación existente entre el creciente interés que en los teóricos del derecho despiertan las cuestiones relativas a la argumentación jurídica y el problema del derecho natural. No en vano el auge experimentado por las teorías de la argumentación jurídica a lo largo del siglo XX es indicativo de la superación de la concepción positivista clásica acerca de la racionalidad jurídica, fundada en el no cognitivismo y en la muy relacionada tesis de la discrecionalidad judicial. Por último, el trabajo tiene la virtud de disolver algunos mitos sobre el iusnaturalismo, insistiendo en que éste no defiende un derecho natural distinto y separado del derecho positivo, y aceptando lo que hay de verdadero en el positivismo jurídico cuando afirma el carácter histórico, cultural e institucional de lo jurídico.

Tal vez el único reproche que quepa hacer a esta obra sea el no haber extremado el cuidado en alguna de las traducciones y el de su excesiva fragmentación: si bien la común metodología y el tema estudiado confieren cierta unidad a los diversos trabajos, los distintos aspectos abordados y el cambio de perspectiva dificultan por momentos la lectura. Se trata de un defecto menor y, en todo caso, connatural a toda obra colectiva. Sin embargo, tal vez en este caso podría haber sido atemperado con una ordenación diferente de los trabajos. En este sentido, quizás hubiera sido preferible que los capítulos VII y X fueran correlativos, dado el común enfoque hermenéutico; y otro tanto cabe decir de los capítulos IX y XI, que comparten su perspectiva metodológica de examen de la praxis judicial a través de casos específicos.