



LA ARTICULACION DEL DERECHO CONCRETO

Julio Raúl Méndez

1. El Universo jurídico

En la presente comunicación, doy por supuesta la aceptación de la posición iusnaturalista como respuesta al problema del *fundamento* del derecho. En este supuesto subyace el itinerario recorrido por la *necesidad de fundarse* racionalmente en *proposiciones de valor* que pertenece al ámbito de lo deontológico como estructuras que reclaman determinadas conductas como necesarias para su fin¹.

Dicho supuesto se expresa en la siguiente proposición: *hay algún o algunos derecho/s cuyo origen no es una fuente humana sino la naturaleza.*

El carácter particular en cuanto a la extensión de la tesis de por sí elimina la posibilidad del malentendido que pensase que se trata de excluir el/los derecho/s cuya fuente es el legislador humano. Precisamente por su carácter particular llama a la afirmación del *derecho positivo* para completar el universo jurídico.

En el iusnaturalismo clásico, por ejemplo como lo formula Aristóteles, *la afirmación del derecho positivo es también una proposición particular*: hay lo justo por naturaleza y lo justo por la

1. Cfr. J. M. BOCHENSKI, *¿Qué es la autoridad?*, Barcelona 1979, pp. 95-105.

disposición humana o justo no-por-naturaleza². Desde el Estagirita hay continuidad en esta presentación en sus seguidores, pasando por Averroes³ y Tomás de Aquino⁴, hasta los contemporáneos iusnaturalistas realistas.

La tesis iusnaturalista afirma así un derecho complejo, cuyo universo incluye elementos naturales y positivos, ambos plenamente *jurídicos*⁵. La tesis verdaderamente opuesta, por contradictoria con ella, es la que sostiene que no hay derecho alguno cuya fuente no sea una fuente humana: esta posición representa el *iuspositivismo doctrinario* que cierra el universo jurídico en el producto del legislador humano como último fundamento verdaderamente jurídico.

La complejidad natural-positivo recorre el universo jurídico en todos sus analogados (conducta, norma, sentencia, saber), pero no daña su unidad: más aún por el carácter particular, ambos elementos se implican. La *unidad* de lo jurídico proviene del mismo ámbito óntico humano al cual pertenece en el cuaternario concurso de sus causas; pero como todo lo humano real existente en el orden operativo, necesariamente resulta un complejo de naturaleza y de arte⁶.

El universo total de lo jurídico pertenece al ámbito de la *cultura*, como realización del hombre que parte de su propia naturaleza y al

2. Cfr. ARISTOTELES, *Ética a Nicómaco* V. 7 (1134b).

3. "Dixit. Iuris autem civilis, quiddam est naturale legale et quiddam legale tantum..." (*Aristotelis Stagiritae libri moralem totam philosophiam complectentes, cum Averrois Cordubensis in Moralia Nichomachia expositione*, III, Venetiis 1562, Reprod. Frankfurt am Main 1962, fol. 73 v.).

4. "... scilicet quod iuris *aliud* est naturale, *aliud* est positivum" (THOMAE AQUINATIS, *Sententiae libri ethicorum* V, 12, ed. Leonina, t. XLVII, p. 304).

5. Como ejemplo de iusnaturalismo sin valor propiamente jurídico se puede tomar a Cicerón, cfr. mi ponencia en el II Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, La Plata 1987: "*El iusnaturalismo del 'De legibus' de Cicerón, sus aporías*", publicada en "El Derecho" XXVI N. 7148 (1989).

6. Sobre el tema de la unidad del derecho en el iusnaturalismo, cfr. SANCHO IZQUIERDO-HERVADA, *Compendio de Derecho Natural*, Pamplona 1980, t. I, p. 46 ss.

asumirla la prolonga en multiplicidad de formas en las que pone el sello de su propio aporte con la intervención de todas sus facultades, particularmente de la inteligencia y voluntad. Siendo la cultura el modo específicamente humano de ser el sujeto siempre el mismo de distintas maneras por su propio dinamismo, el *universo jurídico* en su complejidad de natural y positivo proporciona el ajuste que hace posible la plena realización de los miembros de una sociedad.

La sociedad se estructura como tal precisamente gracias al universo jurídico complejo y uno al mismo tiempo. En efecto, si dicha unidad estuviese rota, si existiese una multiplicidad de universos jurídicos, no habría la resultante *unicidad de orden* que se requiere para constituir una sociedad. La no-integración de los elementos particulares los convertiría en principios de desorden uno respecto al otro y por lo tanto en opuestos principios de desintegración social.

2. *La fundamentación*

He dicho que la tesis iusnaturalista está aquí supuesta como respuesta al problema del fundamento del derecho. Considerado el universo jurídico en su complejidad como algo cultural, se entiende que el reclamo de la integración del derecho natural por el derecho positivo es el caso jurídico de la permanente necesidad de la naturaleza humana de ser operada culturalmente para seguir siendo tal. Por su parte, el derecho positivo, como toda elaboración humana, prolonga la naturaleza se manifiesta como originado en el derecho natural y por él fundado.

Esta última consideración no ofrece dificultades, pero en cambio abre el interrogante que aquí me interesa abordar pues no tiene unánimes respuestas en los autores iusnaturalistas.

El problema es el siguiente: *¿cómo fundamenta el derecho natural al derecho positivo?*

La primera cuestión a despejar se refiere a la *extensión* que posee esta fundamentación. La pregunta es *si todo derecho positivo, para ser tal, es fundado por el derecho natural*.

Esto se ve claro si nos planteamos la hipótesis de que aquellos derechos naturales que hemos reconocido en la proposición particular fuesen la base de algunos derechos positivos, tal vez los de mayor rango, pero no de todos ellos. En esta hipótesis, uno de los dos órdenes perdería la condición de juridicidad; al menos para el caso de aquel derecho positivo absolutamente no-fundado en el derecho natural uno de los dos pasaría a ser *extrajurídico*.

Esta cuestión ataca directamente el carácter de *fundamento* del derecho natural. Pues, si hay algún derecho positivo absolutamente no-fundado naturalmente, si el iuspositivismo doctrinario admite una reducción en su extensión (de universal a particular), se daría el caso de una coexistencia de los dos órdenes (el natural y el positivo) pero sin que compongan una unidad interna y sin que el natural poseyese el carácter fundante que fue el camino por el que en el supuesto de partida se afirmó su existencia.

Ahora bien, en el ámbito de la cultura jamás es posible prescindir de la naturaleza como de su base originaria siempre presente, no como un punto de partida que se abandona, sino que permaneciendo se transforma porque así lo exige ella misma. En el caso del universo jurídico, la base natural elemental es que se trate de un *ajuste humano*, entendido no como un material de por sí indiferente, sino como poseedor ya de una formalidad de tipo axiológico en función de la teleología de la plena integridad de los miembros de la sociedad.

Aún en el caso de los analogados jurídicos de inferior rango no puede prescindirse de la formalidad intrínseca de "*ajuste humano*", so pena de caer fuera del género de lo jurídico. En cuanto se trata de un "*ajuste humano*" como forma propia de lo jurídico, entra la naturaleza humana con su teleología de integridad como originante del mismo.

Por esta razón, considero que la primera cuestión, referida a la extensión del fundamento, debe resolverse de modo universal: *todo derecho positivo tiene un fundamento jurídico natural*.

Esta tesis excluye por un lado que hubiese una parte del universo jurídico, con miembros más o menos numerosos, de índole natural y otra parte, igual o mayormente numerosa, de índole positiva, como dos órdenes separados o continuos, pero con *diversidad de contenido*. Por otro lado, y con mayor razón, excluye que el carácter fundante universalmente extensivo sea de tipo *puramente formal* con indiferencia respecto al contenido del derecho positivo.

En efecto, la segunda cuestión que se plantea es la hipótesis de que todo derecho positivo esté fundado naturalmente, pero de tal manera que lo natural en el "ajuste humano" sea una *pura estructura vacía de contenido o de contenido mínimo*: algo así como la exigencia de instauración de un orden o de obediencia a la autoridad, sin exigencia axiológica jurídica ulterior.

Esta hipótesis resulta inconsistente en cuanto se advierte que el "ajuste humano" como forma de lo jurídico no es una estructura indiferente pues lo humano tiene una naturaleza determinada y por tanto el ajuste entre los miembros de una sociedad sigue al contenido del dinamismo perfectivo de la naturaleza, lo que no se alcanza con cualquier tipo de organización o mandato.

De allí que un iusnaturalismo consecuente no puede sino inscribirse en lo que se puede llamar *iusnaturalismo de contenido*, como opuesto al iusnaturalismo formalista que en realidad, al vaciar la noción de derecho natural o al reducirla a una mínima estructura, se avecina, por un paso al límite, al iuspositivismo doctrinario en sus expresiones mitigadas.

Solamente con un iusnaturalismo contenido universalmente fundante se da en el seno del universo jurídico la conjunción intrínseca de lo natural y lo positivo en una verdadera unidad.

3. *La participación intensiva*

Ahora bien, que el "ajuste humano" tenga naturalmente un contenido proveniente del dinamismo perfectivo de la vida social hace que *lo justo natural* sea *múltiple*, por la complejidad de la naturaleza humana y la diversidad de relaciones de justicia que se entablan en la convivencia. Pero, al mismo tiempo la relatividad de lugar, tiempo y demás afecciones de la naturaleza en sus reales singulares poseedores y las diversas comunidades humanas, hace que *la multiplicidad del derecho positivo* sea aún mayor.

Más aún, tomando en cuenta que la multiplicidad natural pertenece a una unidad formal que es la naturaleza y que es ésta, siempre la misma, la que existe multiplicada en los sujetos existentes que forman las sociedades, aparece que la relación de fundamentación universal del derecho natural respecto al positivo se da como una relación entre lo uno y lo múltiple.

Por ello, una tercera cuestión a dilucidar es *cómo todo derecho positivo es intrínsecamente fundado por el derecho natural*.

Se trata de descubrir el modo real cómo lo unitario justo natural se hace presente de distintas maneras, y no sólo por su propia complejidad sino por la intervención del arte legislativo del hombre.

En la medida en que ha quedado asentado que se trata de una fundamentación extensivamente universal y de contenido, puedo decir que se trata de que *todo contenido jurídico se halla en lo jurídico natural, pero* (por la multiplicidad que se verifica hay que precisarlo) *no de la misma manera*. Este paso, me permite clarificar, entonces, la relación de la fundamentación del derecho natural respecto al positivo como de una *participación intensiva*: en donde la extensivamente universal fundamentación de contenido se da intensivamente de distintos modos.

Esta situación es posible porque lo natural precontiene universalmente, y de modo intensivo (de modo unitario) el "ajuste

humano" como un contenido específico que se manifiesta (norma, sentencia, saber) y realiza (conducta) en distintos niveles.

La *gradación* que se establece en la participación intensiva por parte del derecho concreto obedece a la gradación de *necesidad para la integridad* del término de la relación jurídica y a esta gradación le sigue como un correlato el *grado de certeza* en el conocimiento del mismo.

El nivel decreciente de *sola* naturalidad hasta los niveles de *máxima* exigencia de intervención de la fuente legislativa humana origina así la ubicación del derecho en la jerarquía interna del universo jurídico. Es común partir de la cúspide del primer principio (lo justo debe obrarse, lo injusto debe evitarse) para seguir con los contenidos del derecho natural primario; luego el secundario y podrían señalarse sucesivas gradaciones intensivas hasta el máximo de positividad requerida.

Las operaciones intelectuales que se suelen señalar pasan de la *intuición* a las *conclusiones* más o menos necesarias de un razonamiento y terminan en las *determinaciones* arbitrarias del juicio prudencial, en el seno de la dialéctica⁷.

Esta cuestión de la distinción de niveles es un patrimonio común de los iusnaturalistas realistas⁸, pero el descuido de la *participación intensiva* como modo universal de fundamentación deja incompleto su tratamiento y conduce a las lógicas *aporías* que con el recurso a la tesis de la participación intensiva he procurado salvar.

7. Cfr. R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, P.U.L., Roma 1985, pp. 438-451; M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris 1979, t. II, pp. 221-246; A. VERDROSS, *Derecho natural primario y derecho natural secundario*, U.N., Córdoba 1973; A. FERNANDEZ GALIANO, *Derecho Natural*, Madrid 1986, pp. 95-100; J. MESSNER, *Etica general y aplicada*, Madrid 1969, pp. 233 ss., 325 ss.

8. Por ello las indicaciones bibliográficas de la nota anterior podrían extenderse largamente, lo que resultaría claramente inoficioso.

4. Dificultades y coherencia

La dificultad con que tropieza la coherencia de la tesis de la fundamentación universalmente extensiva radica en mantener que se trate siempre en el ámbito del contenido. Para ello, por exigencia interna de explanación de la estructura unitaria del universo jurídico he puesto de relieve el modelo de la participación intensiva.

Por su ausencia, por ejemplo G. Graneris interpreta que "en el pensamiento de Santo Tomás el *iustum naturale* no llega a los confines del mundo jurídico; llega en cambio la *lex naturalis* (*iustitiae*). En otras palabras: el bloque natural no sólo se escinde en dos, sino que extiende *su eficacia también sobre el bloque positivo; sin embargo lo ejercita como lex, no como ius (iustum), o como forma y no como materia*"⁹. Esta posición es literalmente asumida por R. Pizzorni, quien le añade una cuota de acenturado voluntarismo al derecho positivo, cuyas leyes, dice, "ordenan cosas que son *bona quia praecepta* y no *praecepta quia bona*, y prohíben cosas que son *mala quia prohibita* y no *prohibita quia mala*"¹⁰.

No me voy a ocupar aquí de la interpretación de los textos de Tomás de Aquino, cuyo pensamiento invocan estos autores¹¹. Me

9. G. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Eudeba, Bs. As. 1977, p. 69.

10. R. PIZZORNI, *op. cit.*, pp. 446-447.

11. Me basta en esta oportunidad señalar que para Tomás de Aquino la fundamentación universal extensiva de contenido se verifica en todo el universo jurídico y en todos los analogados. El texto clave argumentado por Graneris-Pizzorni (*S. Theol.* I-II q. 96 a.2) no hace derivar sólo de la *ley* natural sino del *contenido* de la ley natural, de allí que el iusnaturalismo formalista en este extremo no resulta de origen tomista. Coherente con ello es que el Aquinate sostenga que las leyes positivas obligan en conciencia porque su contenido es justo, lo que no ocurre si se oponen al bien humano (*I-II q. 96 a.4*). En *II-II q. 57 a.2 ad 2* señala que el ámbito de la determinación del derecho positivo es de aquel contenido (*ius*) que no se opone a la justicia natural. Por otra parte, comentando a Aristóteles señala que "*iustum legale sive positivum oritur semper a naturali*", también que "*alio modo oritur aliquid ex iusto naturali per*

interesa, en cambio, mostrar cómo la tesis de la participación intensiva es reclamada por la coherencia del propio iusnaturalismo realista para resolver la planteada aporía de un deslizamiento en el extremo inferior del universo jurídico a un iuspositivismo doctrinario parcial (al menos en su analogado principal, el ius) en el caso de Graneris y agravado por un inesperado voluntarismo en el caso de Pizzorni.

Por la unidad de la naturaleza humana el "ajuste humano" desde su unitariedad se participa en distintos modos intensivos en la complejidad y variedad de las situaciones humanas. El caso de los derechos de menor rango no significa la extinción de la fundamentación por el vacío de la naturaleza, sino el caso donde la naturaleza requiere un máximo grado de arte humano al que le ofrece no un vacío, sino una serie de posibilidades en cierta igualdad de condiciones para ajustar a los miembros de la sociedad.

Se trata de *contenidos posibles de ajuste humano*; esta es la materia con la que opera el legislador o el juez. Sus opciones están dadas por la naturaleza y son limitadas; tan es que hay opciones excluidas, que constituirán el contenido de una norma injusta: ésta cae como tal norma si se opone absolutamente a toda posibilidad natural de justicia, es decir si su contenido es contrario al bien del hombre tal como la razón lo descubre.

Los mismos autores citados como ejemplo presentan la aporía intrasistemática de tener que mitigar el *formalismo* reconociendo "algunas influencias relativas al contenido (...) al menos en forma negativa, determinando los límites del arbitrio legislativo"¹², y del *voluntarismo* reconociendo que "se elige entre los numerosos modos posibles de determinar lo indeterminado"¹³.

modum determinationis, et sic omnia iusta positiva vel legale ex iusto naturali oriuntur" (*Sententia libri ethicorum* V, 12, ed. Leon, p. 305, 101 ss., p. 306, 115 ss.).

12. GRANERIS, *op. cit.*, p. 74.

13. PIZZORNI, *op. cit.*, p. 448.

Como bien señala Kalinowski (con lo que aclara un posible malentendido formalista en un párrafo anterior), el legislador "crea, en el sentido fuerte de la palabra, nuevos preceptos, a condición de permanecer dentro de los límites de la delegación del poder legislativo, esto es, de no estatuir contra las exigencias de la ley natural"¹⁴.

Me importa señalar que *las posibilidades ofrecidas al arbitrio del legislador poseen la formalidad de justicia* pero en cuanto permanecen múltiples respecto a la misma relación concreta la poseen *sólo en potencia*. Por ello, cuando el legislador se pronuncia optando por una de ellas, ésta pasa a la *perfección* de ser *lo justo concreto* en esa comunidad para esa relación y adquiere el carácter de *lo debido* que es propio del *derecho* (justo debido)¹⁵.

Las opciones dejadas de lado, en esa comunidad, no son obligatorias y en la medida en que se oponen a la posibilidad elegida están prohibidas.

En este sentido la fuerza obligane del derecho positivo procede del legislador humano, pues de por sí las posibilidades jurídicas restaban como tales, sin perfeccionarse. El legislador actúa no sólo en base al principio de organización y de autoridad social sino *en base a las posibilidades realmente humanas de ajuste*. Un ordenamiento que escapase o atentase contra lo humano no es materia de legislación porque no "ajusta" sino destruye la integridad de los miembros. El legislador sólo puede ponerle fuerza de obligatorio en su jurisdicción a alguna de las posibilidades ofrecidas por la naturaleza, no puede introducir un contenido de por sí disvalioso pero sí tornar disvalioso en ese caso a las opciones dejadas de

14. G. KALINOWSKI, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Bs. As. 1982, p. 70.

15. Así debe entenderse la expresión tomista de "ex sola lege humana vigorem habent" (*S. Theol.* I-II q. 95 a.2 corp. in fine). La fuerza obligatoria que da el legislador humano vale sólo para su ámbito de jurisdicción, precisamente porque lo debido se lo pone él (cfr. *Sententiae libri ethicorum* V, 12, ed. cit., p. 304, 35 ss.).

lado. Ahí *constituye propiamente el derecho positivo como tal* y prohíbe su contrario. Tal es que el legislador no le da ex nihilo el carácter de "justo" a lo que estatuye que, previo a su pronunciamiento, cualquiera de las posibilidades antedichas es legítima y no puede seguirse sanción de ninguna de ellas.

Por ello, para terminar, me parece que después de estas consideraciones se puede retomar el supuesto inicial de la tesis iusnaturalista y expresarla en nuevas proposiciones que forman una sola trama:

- a) el universo jurídico es complejo en todos sus analogados
- b) hay algún derecho absolutamente de fuente no-humana sino natural
- c) hay algún derecho no totalmente natural y necesariamente de fuente humana