

EL RETORNO DEL DERECHO NATURAL, A PESAR DE TODO

THE RESURGENCE OF NATURAL LAW, DESPITE EVERYTHING

*Julio Alvear Téllez**

RESUMEN: En este artículo explicamos la noción clásica de derecho natural y su utilidad para los tiempos presentes. Se deslinda entre auténticos y falsos retornos, y se pondera la riqueza doctrinaria del iusnaturalismo para enfrentar los proyectos de deconstrucción del progresismo jurídico.

PALABRAS CLAVE: derecho natural, progresismo jurídico.

ABSTRACT: This article we explain the classical notion of natural law and its relevance in contemporary times. It distinguishes between genuine and false returns, and we ponder the doctrinal richness of natural law in confronting the deconstruction projects of legal progressivism.

KEYWORDS: natural law, legal progressivism.

INTRODUCCIÓN

Heinrich Rommen publicó el año 1936 una famosa obra que lleva como título: *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts (El eterno retorno del derecho natural)*¹. Su versión definitiva data de 1947, luego de la experiencia nazi. El jurista germano observa cómo el nazismo no fue una monstruosa protuberancia del sistema político moderno, sino uno de sus últimos y más lógicos estadios. Sin caer

* Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía, Universidad Complutense de Madrid. Profesor titular de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

¹ ROMMEN (1947).

en la falacia de *reductio ad hitlerum*, muestra en qué sentido el totalitarismo puede ser considerado fruto del positivismo. Este le ha abierto las puertas en la misma medida en que aquel representa la realización del axioma “la voluntad hace la ley”. La acometida nacional-socialista fue legal justo en el sentido puramente potestativo que el positivismo da al término. Solo un retorno al derecho natural podría preservar a la civilización de un próximo y trágico desorbitar de la voluntad gubernativa y legislativa².

Desde el ángulo histórico, la publicación del libro de Heinrich Rommen connota un ejemplo característico del “eterno retorno” de la doctrina del derecho natural, evocando una categoría clave que irrumpe en la cultura jurídica alemana por la fuerza de las circunstancias. Diríase que a esa cultura le explota en la cara, pues desde mediados del siglo XIX venía siendo sojuzgada y encerrada en las cuatro paredes de la teoría del Estado moderno y del derecho público de raigambre prusiana. A partir de aquella obra se impulsa con renovado brío una abundante reflexión sobre la necesidad de trascender los criterios puramente legales a fin de arribar a situaciones justas. El término ‘justicia’, a pesar de Hans Kelsen, vuelve por sus fueros. Entre otros, los nombres de: Gustav Radbruch, Johannes Messner, Alfred Verdross, Eric Voegelin, Theo Mayer, Hans Welzel marcan aquella reflexión.

Sin embargo, hablar de “derecho natural” en situaciones ostensiblemente injustas se convierte muchas veces en lugar común o en moda. Por ello, no todo retorno al derecho natural es auténtico. Retornar es volver al lugar del que se partió. Un retorno del derecho natural supone una valoración cabal de lo que este significa para el ordenamiento positivo y para la cultura jurídica. Hay retornos que son genuinos y otros no. En verdad, el genuino retorno del derecho natural tiene apellido: es el del derecho natural clásico.

I. EL “RETORNO” POR APROXIMACIÓN

Más allá del derecho natural clásico –que revisamos más adelante– podemos hablar de un genuino retorno por aproximación. En dos sentidos.

En un primer sentido, se puede destacar, con Elías de Tejada, que toda la historia de la especulación filosófico-jurídica se vierte explícita o implícitamente en el derecho natural como clave explicativa, dado que ante la endeblez de las instituciones humanas tendemos, una que otra vez, a pensar en la distinción planteada por Aristóteles entre lo justo natural y lo justo positivo:

² Es importante connotar que para Heinrich Rommen la oposición al totalitarismo no se encuentra en el liberalismo, sino en la concepción política tradicional. ROMMEN (1956) pp. 329-330.

“En pergaminos y en papeles, apunta Elías de Tejada, en manuscritos o en libros, han corrido amazonas de tinta para afirmar o negar la existencia de un orden jurídico colocado por encima de las leyes positivas. No hay cuestión más grave en los saberes del derecho, ni tema con mayores secuelas políticas o sociológicas. De él pende la jerarquía de los valores humanos, si se afirma a Dios creador o no del orden universo, con las deducciones jurídicas que aseguren los dos magnos derechos del hombre, su libertad y su dignidad; porque siendo el derecho el objeto de la justicia, sobre la justicia falible de las leyes positivas impuestas por los hombres falibles, prima la justicia imperada por Dios. De él resulta, finalmente, la posibilidad de la vigencia de cualquier sistema de derecho positivo, siempre cimentado en el acatamiento de las leyes justas; pues es principio último del derecho, sin el cual ningún derecho es posible, que la autoridad que se aparta de la ley no merece consideración de autoridad”³.

En este ámbito, el eterno retorno del derecho natural se expresa en la huida de las consecuencias injustas o antinaturales que inevitablemente conlleva la reducción del derecho positivo a la sola voluntad humana, y la búsqueda subsiguiente de criterios trascendentes o fundados en el orden natural.

Hay un segundo sentido de legítimo retorno del derecho natural. Un sentido externo, puramente aproximativo, pero válido. En la historia de las ideas jurídicas de los dos últimos siglos emergen ensayos de justificación del derecho que remiten a criterios extralegales, a instancias no dependientes del mero arbitrio de la voluntad humana. Inmersos en una cultura ajena al iusnaturalismo, desconocedores del conjunto de doctrinas que fundan la escuela clásica del derecho natural, han desfilado muchos autores que a falta de una noción adecuada del “derecho natural” utilizan instancias que se le acercan. Es lo que sucede en ámbitos dominados por la cultura protestante, en ausencia de la memoria del derecho natural clásico. Se habla, entonces, de “valores”, de un derecho “justo” o “correcto”, de “naturaleza de las cosas” o de realidades vitales. El intento, sin embargo, queda a medio camino –como sucedió en el ámbito germánico con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial–, pues estos sucedáneos del derecho natural clásico se pierden en confusas teorías de sabor kantiano o neokantiano.

Entre otros, es el caso de Gustav Radbruch. Miembro del Reichstag y ministro de Justicia en la República de Weimar, concebía el derecho desde el dualismo entre el ser (*Sein*) y el deber ser (*Sollen*). Una cosa es el derecho propiamente tal (positivo) y otra la idea de derecho, donde anidan “valores” an-

³ ELÍAS DE TEJADA (1973) p. 34.

tinómicos como la justicia, la finalidad (adecuación conforme a fines) y la seguridad jurídica. La separación entre derecho y moral es estricta, y el amolde entre uno y otro es de carácter solo sociológico, dada la necesidad del “relativismo”, como supuesto “ideológico de la democracia”⁴.

Sin embargo, en sus escritos de posguerra repudia su precedente relativismo moral y sienta la necesidad de juzgar la validez del derecho positivo desde ciertos criterios materiales que le trascienden. Tales criterios reciben el nombre de “derecho supralegal” (*übergesetzliches Recht*) y “naturaleza de las cosas” (*Natur der Sache*), y tienen la propiedad de imponerse a las normas abiertamente injustas y arbitrarias (*gesetzliches Recht*). En *Arbitrariedad legal y derecho supralegal* (1946), el autor desarrolla la después conocida como “fórmula de Radbruch”. La primera parte de la fórmula es la de “intolerancia”, que, en casos extremos, permite considerar el derecho positivo como “derecho injusto”, situación en la que no debe aplicarse⁵. La segunda parte de la fórmula es la de “negación”, que niega la calidad de derecho a las expresiones más álgidas del derecho injusto, como las diseñadas para atender contra las igualdades más fundamentales⁶.

En la fórmula de Gustav Radbruch sigue gravitando el dualismo entre el ser y el no ser, ahora proyectado a naturaleza y cultura. El derecho se inserta en la cultura, y le es inherente la búsqueda de la justicia, concebida como valor o ideal.

Su pensamiento, posterior a la Segunda Guerra Mundial, constituye un esfuerzo de lucha contra la cultura dominante, que, aunque deba rectificarse en sus puntos fallidos, particularmente en sus dimensiones neokantianas, aproximan a las puertas del derecho natural clásico, que es el que conoció Platón y Aristóteles, el derecho romano y la Civilización Cristiana.

En su búsqueda de criterios para la justicia material, Gustav Radbruch representa un movimiento ascendente hacia el genuino derecho natural.

⁴ RADBRUCH (2007) pp. 35-46, 81-106, 143-150.

⁵ La fórmula de la intolerancia expresa: “todo posible conflicto entre justicia y seguridad jurídica, debe resolverse en favor de la seguridad jurídica, incluso cuando el Derecho sea injusto e inadecuado su contenido. Sin embargo, cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida insostenible, en ese caso la ley deberá ceder ante la justicia como derecho injusto”. Citado por RELLO (2019).

⁶ La fórmula de negatividad dice: “se puede establecer otra línea divisoria donde ni si quiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí, la ley no sólo es Derecho injusto, sino que carece completamente de naturaleza jurídica”. Citado por RELLO (2019).

II. ¿QUÉ “DERECHO NATURAL” ES EL QUE RETORNA?

Hemos dicho que el genuino retorno es el del derecho natural clásico. No hablamos aquí, como en el acápite anterior, de aproximaciones o de posturas que quedan en la antesala, sino del conjunto de doctrinas que arrancan con los filósofos griegos, se prolonga en los juristas romanos, concluye en los teólogos medievales, se prolonga (más o menos problemáticamente) en la escolástica española y en la *intentio* restauradora del neotomismo del siglo XIX, y llega a nuestros días con la renovación del “derecho natural hispánico”⁷.

No obstante, para entender bien esa continuidad, se suscitan dos problemas: uno conceptual y otro metodológico. Es lo que abordamos a continuación.

1. El realismo jurídico

Para aproximarse el derecho natural hay que enfrentar un gran problema conceptual: los condicionamientos de dos siglos de cultura jurídico-legalista (el centro del derecho no es el *ius*, sino la norma), imperativista (derecho es el mandato del superior al inferior), y formalista (es ley porque proviene del Congreso a través de determinados procedimientos)⁸. En otros términos, no es posible comprender adecuadamente el derecho natural sin el realismo jurídico. Esto es, sin la noción de que el derecho tiene que ver con una dimensión de la realidad, del orden social, que hay que descubrir y valorar.

El realismo jurídico supone un conjunto de doctrinas, de actitudes y de prácticas jurídicas que tienen claridad acerca del sustrato ontológico del derecho.

Hay diversas maneras de formular las tesis básicas del realismo jurídico. Lo haremos muy sumariamente, siguiendo al jurista español Juan Vallet de Goytisolo⁹.

Inserto en la tradición clásica, este jurista afirma que el derecho tiene varias dimensiones (*ius*, norma, derecho subjetivo, *ars iuris*, etc.). Se trata, por tanto, de una realidad análoga, no unívoca. En este cuadro, el *ius* es el analogado principal del derecho. El derecho no es algo abstracto, sino una posición, proporción o cosa concreta (lo justo, la *res iusta*) que hay que atribuir o respetar en una relación entre dos o más personas. La *ipsa res iusta* no baja del cielo por iluminación, sino que debe ser determinada con las metodologías adecuadas

⁷ Para los hitos de esta continuidad y su diferencia con la escuela moderna del derecho natural y la posmodernidad, AYUSO (2005) pp. 553-574.

⁸ GROSSI (2003) pp. 21-38.

⁹ Para una panorámica de su obra véase CANTERO (2023).

del *ars iuris*, haciendo uso de todas las fuentes jurídicas que ofrezcan soluciones (entre ellas la ley).

El derecho natural, entonces, no es un ideario o un valor, sino, una posición, proporción o bien concreto (“lo justo”) fundados inmediatamente en la naturaleza de las cosas, o en el orden natural. Derecho natural equivale, por tanto, a lo justo natural, y requiere de todo un arte para determinarlo. En general, lo justo natural se determina sea con referencia a las cosas consideradas en sí mismas, sea con referencia a sus consecuencias (propias, relacionales o institucionales).

¿Y qué lugar ocupa la ley? La pregunta es importante, pues un no menor grupo de iusnaturalistas han planteado –algunos en la escolástica española, y muchos en los dos últimos siglos, siguiendo la estela del neotomismo italiano– que el derecho natural se sitúa primordialmente en el ámbito de “normas” y prescripciones, y no de “cosas” y situaciones concretas.

Juan Vallet, siguiendo a santo Tomás de Aquino, concibe la ley como una cierta razón de derecho (*aliqualis ratio iuris*), por tanto sirve para delimitar y determinar el ajustamiento en que el derecho consiste. “No cabe aplicación mecánica (de las leyes), sino concreción. Las leyes humanas no son el derecho, ni su causa única, sino cierta razón –entre otras– del derecho”¹⁰. En otras palabras, la ley es un instrumento para el hallazgo de lo justo concreto.

A diferencia de los modernos, la *lex* es concebida no como un mero acto de la voluntad (*velle*), sea individual o colectiva, o como un producto de la razón racionalista y constructivista (*facere*), sino como un acto de la prudencia legislativa que devela y desarrolla un orden ya inserto en la naturaleza de las cosas (*legere*). La arrogante “omnipotencia” legislativa queda disminuida de forma severa en esta concepción.

De cualquier forma, no es una concepción normativista la que Juan Vallet tiene del derecho natural: la realidad primaria del derecho, repetimos, no son los “normas”.

En este sentido, ni la ley natural ni sus preceptos son, propiamente, derecho natural, por lo que no pueden confundirse. Aquella solo ofrece criterios de razón natural que han de ser considerados para determinar el derecho caso a caso. Pero, incluso, en el ámbito del derecho positivo, la determinación concreta de lo justo trasciende el más reducido campo de la elaboración legislativa.

Otra dimensión del derecho natural que hay que tener en cuenta es el arte de lo justo (*ars iuris*), pues aquel necesita ser descubierto y determinado a través de una ciencia práctica que requiere de diversas metodologías. Es este un punto, como veremos, de extrema importancia para comprender el realismo

¹⁰ VALLET (2001) p. 45.

clásico, y en el que Juan Vallet ha realizado un importante aporte de esclarecimiento.

¿Y el derecho subjetivo? ¿Estambién una dimensión del derecho natural? Al respecto, es pasmoso ver cómo diversos académicos sostienen hoy un iusnaturalismo *avant la lettre*, que a partir del derecho subjetivo como analogado principal, pretenden irrigar con toda comodidad el discurso moderno de los derechos humanos.

Los derechos subjetivos constituyen, para el jurista español, datos prejurídicos que deben ser considerados por él en la medida que corresponden a las tendencias naturales del ser humano y coadyuvan a determinar lo justo natural en la situación o relación concreta. Nuestro autor no desconoce el valor de la facultad subjetiva; pero no la convierte ni en base fundante ni elemento constitutivo de los derechos naturales, como tampoco en clave de la regulación jurídica.

Los derechos humanos, por su parte, tampoco pueden cumplir la función del derecho natural, ni menos sustituirla. Desde el ángulo de su estructura jurídica, no se les debe considerar “deudas naturales”, realidades jurídicas debidas en razón de una deducción *a priori* de la naturaleza humana. El derecho natural atiende, más bien, a la naturaleza de las cosas y a las relaciones concretas que se producen entre los seres humanos, pues lo justo es un *medium rei*, una cuestión de medida, de proporción, no una condición genérica de la persona¹¹.

Para su mejor comprensión, formula una clasificación tripartita del derecho natural: como realidad (objeto, *ius*), como teoría (ciencia) y como praxis (arte prudencial)¹². Su intención no solo es exponer las distintas dimensiones por donde se manifiesta el derecho natural, sino, también, contrastar el realismo jurídico (que del ser concreto asciende hasta la ciencia, pasando por la prudencia) con las diversas formas de idealismo jurídico—propio de los modernos—que parten de ideas insitas de derecho y no aceptan la mediación de las cosas. Es interesante observar esta contraposición entre realismo e idealismo jurí-

¹¹ A propósito de Juan Vallet y otros autores, lo destaca CANTERO (2001) p. 717. También CANTERO (2023) pp. 99-112.

¹² “El derecho natural como ente, observado en su mismo ser, fue definido por Aristóteles, *to dikaion phisikon* (Ética 5,7, 1134b); por Paulo (Dig. 1,1,11 vers. uno modo): *quod semper aequum et bonum est*; y, con más precisión, por Santo Tomás de Aquino (S.TH. 2-2- 57, 2, resp.): *quod iustum est ex ipsa natura rei, et hoc vocatur ius naturale*. Como ciencia lo definió Ulpiano (Dig. 1.1.10.2) denominándole jurisprudencia—es decir, ciencia práctica o prudencial del derecho: *iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti arque iniusti scientia*. Como praxis o arte prudencial lo definió Celso y, de él, repitió Ulpiano (Dig. 1,1,1 pr. Inc. final): *ius est ars boni et aequi* [...] El derecho natural como arte, es una *praxis*, guiada por la *phronesis*, y no, como la *techné*, por la *poiesis*. Es un arte prudencial”. VALLET (2001) p. 28.

dico, ya que hoy diversos iusnaturalismos se anclan –muchas veces sin mayor reflexión– en los esquemas de las teorías idealistas.

Dice nuestro autor:

“las diferencias principales respecto de las teorías idealistas, que se observan en la teoría realista del derecho natural, atañen, de una parte, al método –que ésta basa en la mediación de las cosas y en el orden natural ínsito en ellas, o sea en la *natura rerum*–, y, de otra, a la relación entre el derecho natural y el derecho humano positivizado. Las teorías idealistas, como hemos visto, desarrollan un derecho natural paralelo al derecho positivo, que sitúan en planos diferentes, aunque entiendan que el legislador humano debe inspirarse en aquél y darle forma, e incluso, según Suárez, puede originar efectos invalidantes. En cambio, las teorías realistas del derecho natural lo consideran entreligado al derecho humano positivizado; y, de ese modo religados, el derecho natural ayuda a interpretar las conclusiones formalizadas en el texto de la ley positiva, y es decisivo para la aplicación de la equidad”¹³.

Este es un aspecto vital del realismo jurídico: la teoría o reflexión sobre el derecho natural y la práctica de este –aunque mentalmente distinguibles– resultan inseparables. El derecho natural es un derecho vigente, que no solo se le piensa, sino que se le practica. Así fue concebido en los tiempos clásicos y en los tiempos cristianos. Así también es como aparece, aunque sea cubierto de casajo, en nuestros días.

2. *La incomprensión metodológica del derecho natural clásico*

El racionalismo en sus diversas formas influyó no solo en la modernidad jurídica, sino, también, en el pensamiento católico. Durante el siglo XIX y parte del XX, muchos manuales al uso concibieron el derecho natural como un sistema de normas o, entonces, como un conjunto de principios con conclusiones en diverso grado, cuyo conjunto formaba un todo acabado. El derecho natural figuraba como un código que duplica en el espacio de los ideales la fijación del derecho obrada a partir de Napoleón Bonaparte. No es de extrañar, entonces, que la crítica positivista ubicara fácilmente al derecho natural en el terreno de los “valores”, de los “ideales”, del “deber ser” u otras categorías fantasmas.

En realidad, el derecho natural –ya desde la cultura griega y romana– fue concebido como derecho vigente, según hemos apuntado en el acápite precedente. En otros términos, el “ser” del derecho natural supone un continuo

¹³ VALLET (2001) pp. 36-37.

“hacer” para descubrirlo y determinarlo en las concretas y reales relaciones sociales. De ahí la importancia del arte jurídico.

Juan Vallet tiene un párrafo notable a este respecto. Dice:

“este arte se caracteriza por la búsqueda, concreción y realización de lo justo, ya sea mediante la configuración negocial de una *res iusta* o la determinación de *quod iustum et aequum est* en caso de conflicto, efectuándose con la pauta mediadora de *rerum natura* y la *natura rei*, estimadas por el *sensum naturalis*, la *naturalis ratio*, y mediante la utilización instrumental de toda clase de normas, consuetudinarias, legales y doctrinales. Es decir, conjuga el derecho positivo –*propium* y *commune*– con la pauta de la naturaleza de las cosas”¹⁴.

Es bueno insistir, por tanto, en que el derecho natural está lejos de constituir un código de estructuras ideales en forma de leyes, principios o conceptos, a fin de acomodar la realidad de las cosas a ellas. El derecho natural no está propiamente escrito en el alma ni en la mente, sino en el corazón del hombre, pues derecho natural no significa retrospectión eidética, sino apertura a lo real:

“Tenerlo (el derecho natural) en el corazón –representativo del hombre entero– es conocerlo por la acción conjunta de los sentidos externos, que captan los fenómenos, de los internos, que conforman su imagen, la relacionan con las conservadas en el depósito de la memoria y las estiman, y con nuestra inteligencia y nuestra razón que enjuician y ponderan las ideas aprehendidas por sindéresis y por los diferentes grados de abstracción”¹⁵.

Esa apertura a lo real implica, por un lado, una ciencia práctica. Y, por otro, un desentrañar de los elementos de justicia natural que en ningún caso se identifica con la materialidad de los hechos. Estamos ante la obra de la prudencia, capaz de iluminar la justicia del caso con la ayuda de la doctrina jurídica y las leyes. Juan Vallet lo puntualiza en términos insuperables:

“El jurista, con su *sensum naturalis* y su *naturalis ratio*, capta y conforma el orden justo de las cosas humanas, tal como, con el sentido de lo bello, el músico capta y obtiene la armonía de los sonidos, y el pintor la de los colores. Esa labor no la realiza –ni puede realizarla– hombre

¹⁴ VALLET (2001) pp. 38-39. El autor expone cómo los juristas catalanes y aragoneses emplearon la pauta del “sentido natural” y de “la buena razón” para delimitar la validez de los pactos y para decidir a falta de costumbre, estatuto o ley. *Op. cit.* pp. 39-43.

¹⁵ *Op. cit.* p. 43.

alguno por sí sólo, *ex novo*, sino que es efectuada en colaboración y recibiendo la tradición de las generaciones anteriores. Así, operamos entre principios, reglas, leyes y conceptos –que personalmente no hemos elaborado aunque tratemos de mejorarlos– y hechos que se nos presentan en la vida. Y aquí surge el contraste entre lo general o abstracto y lo particular y concreto, entre los cuales no cabe una relación lógica formal, silogística, sino prudencial. Aristóteles (*Ética*, 5, 10, 1138 a) lo observó así en las leyes, que hablan en universal pero atienden sólo a lo que ordinariamente sucede, por lo cual es preciso acudir a la *epikeia* Paulo (*Dig.* 50, 17, 1) advertiría ‘non ex regula ius summantur, sed ex iure quod est regula fiat’. Y Callistrato (*Dig. h. t.* 202) advertiría ‘omnis definitio in iure civile periculosa est’. Esta dialéctica, entre lo general abstracto y lo singular concreto, visto a la luz de la justicia del caso, se refleja en la aplicación de las leyes humanas¹⁶.

A propósito del arte jurídico, Juan Vallet ha propuesto toda una metodología para la determinación del derecho, donde conviven los elementos naturales con los positivos¹⁷. Lo justo natural va aflorando por los poros del derecho positivo cada vez que se hace presente el orden natural en la regulación de las diversas situaciones jurídicas o en la justicia del caso.

En este sentido, la incompreensión metodológica del derecho natural oscurece su presencia, diríase diaria y necesaria en múltiples campos donde se realiza el derecho positivo contemporáneo.

En el ámbito del derecho privado, la afirmación es indiscutible. Un ejemplo entre muchos. La exigencia de equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes en los contratos de consumo, es un criterio que ha venido imponiéndose en las legislaciones a partir de la captación de la injusticia concreta que significa abandonar los contratos de adhesión al solo principio del consentimiento. En Chile, ha sido la Corte Suprema, en una interpretación extensiva de la ley, quien comenzó a aplicar este criterio, a partir de una mejor comprensión de las exigencias de la justicia conmutativa, la que supone, por regla general, una equivalencia objetiva en las conmutaciones¹⁸.

¹⁶ VALLET (2001) p. 44.

¹⁷ VALLET (1994); VALLET (1996).

¹⁸ En el llamado caso “Cencosud” (nombre de uno de los más grandes consorcios empresariales multinacionales chilenos), la Corte Suprema acogió, por primera vez, una demanda colectiva en materia de contrato de consumo, privando de validez a determinadas cláusulas del contrato y de su reglamento, y condenando a Cencosud a pagar cerca de \$ 33 000 000 000 en compensaciones por aumento unilateral de las comisiones en las tarjetas comerciales de seiscientos mil clientes. Afirma la sentencia: “la legislación introducida por la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores [...] ha supuesto la moderación de ciertos principios recogidos en los Códigos Civil y Comercial, respecto de los actos y convenciones sujetos a la ley,

En el derecho público, particularmente en el derecho constitucional, es más difícil ver aflorar la justicia natural dado el estado de cosas (que no el orden) revolucionario que en este campo se impuso a partir de la Revolución francesa. Cabría, no obstante, realizar un estudio a este respecto, tal vez esta afirmación debiera matizarse con algunos detalles en sentido contrario, pues la sociabilidad natural humana va siempre abriendo flancos o espacios aun dentro de un constructo pervertido. La afirmación gruesa sigue siendo, sin embargo, que el constitucionalismo supone un abandono de la politicidad natural y su sustitución por diversos subrogados como “constitución”, “soberanía” y tantos otros¹⁹.

III. EL DERECHO NATURAL Y LOS FALSOS RETORNOS

Hemos dicho que en los tiempos presentes flota un falso retorno del derecho natural. Los más graves –pues falsifican y simulan más intensamente– son los retornos que responden a intentos desvaídos por sostener la doctrina clásica no mediante una oposición clara a la modernidad política y jurídica, sino a través de un cuadro de compromiso sustancial con ella.

Vamos a enfocar aquí tres falsos retornos: el representado por la escuela anglosajona del derecho natural, por el discurso de los derechos humanos y por la tesis de la democracia liberal.

1. *La escuela anglosajona del derecho natural*

La denominada Nueva Escuela de Derecho Natural o escuela anglosajona del derecho natural se ha desarrollado principalmente en la academia británica y estadounidense, y a ella debe sus condicionamientos epistemológicos, el planteamiento de sus problemas y el modo de argumentar sus soluciones. Desde la publicación de *Natural Law and Natural Rights* de John Finnis en 1980²⁰, esta

tanto en lo referido a la formación del consentimiento, la libertad contractual –en su dimensión libertad de contratar por parte del proveedor como de la libre determinación del contenido de lo que las partes acuerden– como de los bienes jurídicos protegidos”. Respecto de una de las cláusulas a invalidar sostiene: “se puede apreciar que se trata de una cláusula que no ofrece un equilibrio de derechos entre las partes, si se tiene presente que autoriza llenar documentos en blanco, que los mandatos pueden otorgarse con carácter de irrevocables, que ellos eximen del deber de rendir cuenta al mandante, que autorizan a la suscripción de títulos letras, pagarés, sin que ello importen novación de los créditos”, etc. CORTE SUPREMA (2013) sentencia rol 12.355-11, considerandos primero y octavo.

¹⁹ Véase a este respecto, AYUSO (2001) pp. 353-379.

²⁰ FINNIS (1980).

corriente se ha venido desarrollando con diversos matices por obra del mencionado John Finnis, de Germain Grisez, Joseph Boyle, William May, Robert P. George, Ronald Lawler, Russell Shaw, Robert A. Connor y John C. Ford, entre otros.

En general, se trata de autores católicos formados en una cultura protestante, que nunca han sentido la inmersión en la tradición católica, tan nítida en los juristas que han cultivado el derecho natural desde ambientes más cercanos –por vivencia o nostalgia– a la Cristiandad. John Finnis, probablemente el más representativo de ellos, fue formado en una epistemología empirista (Hume) y en la filosofía analítica (John Austin, Julius Stone, Wesley N. Hohfeldy, Herbert L.A. Hart). En consecuencia, su obra sobre el derecho natural constituye un intento de volver verosímil esta categoría dentro de aquellos ambientes. De ahí que el derecho natural se aproxime más a una cuestión de estructura argumental que a una dimensión de la realidad.

Desde cierto ángulo, no se puede desconocer el mérito de John Finnis, en cuanto en sus obras hay un esfuerzo enorme por recomponer el derecho natural para controvertir de un modo directo las tesis positivistas de la escuela de Herbert Hart, que a su época miran lo justo natural con el desprecio que hombres cultos tienen por la superstición o el sortilegio²¹. Pero desde la perspectiva de lo que sea realmente el derecho natural, el peso antimetafísico de los condicionamientos filosóficos de John Finnis son gravitantes a la hora de teorizar sobre la materia.

En este sentido, la Nueva Escuela del Derecho Natural no constituye un genuino retorno al derecho natural, a pesar de que sus autores suelen presentar sus tesis como una reinterpretación de la ley natural más acorde con el pensamiento originario de santo Tomás de Aquino, que no de sus comentaristas.

Pero, de partida, la distinción entre ley natural y derecho natural suele ser en ellos bastante poco clara. Cuando refieren al derecho natural, en rigor, hablan de ley natural que es, por lo demás, el centro gravitante de sus preocupaciones polémicas respecto del positivismo doctrinario o ambiental, o del escepticismo o hipercriticismo moderno²².

Es una ley natural escuálida, de la que solo queda el esqueleto, pues John Finnis afirma que los primeros principios de la razón práctica no se vinculan al conocimiento de la naturaleza humana (sus tendencias específicas), ni tie-

²¹ ORREGO (2001) p. 14.

²² Hay que observar, además, que, como adelanta María C. Donadio, la cultura jurídica anglosajona opera durante el siglo XIX una identificación entre “ley” y “derecho”, sea porque utiliza una misma palabra (*law=ley*) para designarlos, sea porque supone que el ordenamiento jurídico se explica por la sola determinación de actos autónomos de la voluntad humana. DONADIO (2011) p. 1.

nen que ver con la estructura metafísica del orden del universo. Es algo como “una teoría de la ley natural sin naturaleza”²³.

Luego se nos presenta el tema de los “bienes humanos básicos”. El influjo de Germain Grisez en esta materia es nítido: En su empeño por desconocer un fin último de la naturaleza humana, concibe el primer principio de la razón práctica no como un juicio prescriptivo que ordena el bien y manda evitar el mal, sino como un juicio indicativo de posibilidades de elección (y acción) que inclina hacia diversos y a veces alternativos bienes básicos. John Finnis retoma estos “bienes humanos básicos” y los transforma en “absolutos morales” para la razón práctica. Los bienes humanos básicos serían evidentes, premorales y fundamentales²⁴. Esas “formas básicas de bien para nosotros” serían la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad o sociabilidad, la razonabilidad práctica y la religión²⁵. Algunos de estos bienes, particularmente la religión, son entendidos de modo funcional a la democracia estadounidense.

No hay que ser muy agudo para comprender que esta concepción de la “ley natural” vuelve imposible la Cristiandad como comunidad política.

Las críticas que se han realizado a la teoría de la ley natural de John Finnis, Germain Grisez y otros autores, son extensas, y más o menos conocidas²⁶. Nuestro objetivo aquí es simplemente indicar –por algunas señas representativas– que la Nueva Escuela del Derecho Natural no constituye un auténtico retorno del derecho natural, aunque su posición es meritoria dentro de la cultura en que se inserta.

2. *El discurso de los derechos humanos*

No tratamos aquí de una escuela teórica específica sobre el derecho natural como en el acápite precedente, puesto que no la hay. Queremos describir, más bien, una actitud, un espíritu, una mentalidad que aflora en diversos autores

²³ WEINREB (1987).

²⁴ FINNIS (1980) chaps. II.3, II.4, III.4 a III.6.

²⁵ *Op. cit.* pp. 117-121.

²⁶ Para una crítica nuclear de esta escuela, SEGOVIA (2009), pp. 563-578, con una fina ironía sobre la pretensión de mostrar a esta Escuela como una aproximación exitosa de la teoría de la ley natural a la sociedad incrédula. Es interesante, asimismo, MARTINEZ (2020) pp. 253-291, donde destaca como punto central de los errores de John Finnis la aceptación acrítica de la “ley de Hume”, connotando sus diversas consecuencias teóricas: la separación resultante entre la razón práctica y la razón especulativa; la falta de distinción entre el nivel especulativo propio de la filosofía moral y el nivel práctico propio de la decisión individual; el intento de reducir la naturaleza humana a la racionalidad como fundamento de la ley natural; la negación del carácter moral del primer principio de la razón práctica; la transformación del fundamento divino de la obligación moral en mero voluntarismo.

y organizaciones. Se trata de una mentalidad de transacción, de compromiso con la modernidad jurídica y política, que lleva a aceptar la doctrina de los derechos humanos con la cobertura del viejo lenguaje de los derechos naturales. Aceptación acrítica que a todo momento olvida, esquivo o escamotea la inspiración filosófica anticristiana que inspira, histórica y conceptualmente, la categoría de los “derechos humanos”. Para estos autores, organizaciones y discursos, el derecho natural anidaría en la esencia de lo que llamamos hoy derechos humanos.

Esta postura suele incurrir en un equívoco histórico. El no distinguir entre el iusnaturalismo clásico y el iusnaturalismo moderno, de corte protestante y racionalista. La tesis de los derechos humanos como derecho natural supone una falsa continuidad entre el iusnaturalismo clásico, el iusnaturalismo moderno y las primeras declaraciones de derechos humanos, de influjo ilustrado y revolucionario²⁷. Entre uno y otro iusnaturalismo hay caminos divergentes que se separan más y más²⁸. Las declaraciones de derechos humanos del siglo XVIII, y por medio de ellas, las subsiguientes, podrán reconocer mayor o menor dependencia del iusnaturalismo racionalista, según los casos. Pero de ninguna manera encuentran filiación en el iusnaturalismo clásico. Ni en el contenido (inspiración filosófica e ideario político), ni en la forma (catálogo universal y abstracto de enunciados, con sus igualdades y libertades subjetivas)²⁹.

Quienes conocen esta distinción, pero se encuentran comprometidos con el discurso moderno de los derechos humanos, utilizan sucedáneos para no caer en posiciones teóricas indefendibles. Y así, en vez de referir al derecho natural, hablan de lo “humano”. Tales derechos expresarían, entonces, la “dignidad del hombre”, las “exigencias fundamentales de lo humano”³⁰, y, así, continúan al infinito, en una inacabable terminología que tiene a lo “humanitario” (¿naturaleza humana?) como centro, y que desagua finalmente en un personalismo sin máscaras³¹.

²⁷ Para los orígenes revolucionarios de la Declaración de 1789, modelo de las declaraciones modernas de derechos humanos, ALVEAR (2015) pp. 341-371. Para un estudio del documento a partir de su generación en la Asamblea francesa, GAUCHET (1990).

²⁸ CANTERO (2001) p. 720.

²⁹ Es sorprendente constatar la posición de algunos autores que llevan tan lejos su entusiasmo con el lenguaje de los derechos humanos provenientes del discurso eclesialístico oficial, que en su momento obviaron esta distinción. Francisco Puy, por ejemplo, afirma que “la fundamentación remota” de los derechos humanos (de la Declaración de 1789) “se pone en la instancia metajurídica que la tradición medieval denominaba *Deus sive Natura*. O sea, en la ley natural y en la ley divina, vagamente solapadas en la invocación del Ser Supremo, y en la calificación de naturales, que remite a la naturaleza”. PUY (1989) p. 53.

³⁰ OLLERO (1990) p. 159.

³¹ Por todos, VIOLA (2012) pp. 36-48. Previa descomposición de la noción de “naturaleza” en la de “humanidad”, el autor sostiene que “la teoría de los derechos naturales es insuficiente”,

Una mixtura de estas posiciones se encuentra en Javier Hervada, quien postula lo que podríamos llamar una noción funcional de los derechos naturales, en un intento por fundar los “derechos humanos” en la teoría clásica. Para el autor, los instrumentos históricos e internacionales de derechos humanos dan cuenta de que los derechos enunciados por ellos son reconocidos, no concedidos. Esto demostraría que los derechos humanos tienen un carácter preexistente a la norma positiva. Preexistencia que no solo sería cultural –la sociedad así lo considera–, sino propiamente natural.

“Entiendo, afirma, que el fenómeno jurídico es, en su base, un fenómeno natural –hay realidades jurídicas naturales–, una de cuyas expresiones son los derechos humanos”³².

En otros términos, la “nota esencial” de los derechos humanos serían los derechos naturales entendidos como “verdaderos derechos o bienes jurídicos y valores objetivos inherentes al ser humano”³³.

Argumentaciones de este tipo esquivan el profundo significado filosófico de los derechos humanos o, si se quiere, su matriz moderna (y su deriva posmoderna), expresada de manera tan clara en la génesis ideológica de las declaraciones de derechos y en las metas políticas revolucionarias que su conjunción ha producido en sus distintas etapas hasta nuestros días³⁴. Suponen, además, y gratuitamente, una evaluación positiva de algo negativo: que los derechos humanos (con toda su deriva subjetivista) ocupan la misma función que los antiguos derechos naturales, a través de los cuales se leía el orden profundo de las cosas.

3. *Democracia y derecho natural*

Otro falso retorno del derecho natural es representado por la idea, tan común, de que el régimen que denominamos “democracia” constituye el modelo de orden justo para las sociedades políticas. Se trataría de un régimen cuyas reglas permiten superar todos los inconvenientes del pasado: un sistema donde la población es efectivamente la detentadora del poder y participa de las decisiones

pues es en “el concepto normativo de persona” donde se debe encontrar esa “comunidad de valores” que solo la “práctica social” de los derechos humanos hace nacer y que es la característica de la modernidad. Para una lúcida crítica del personalismo, CASTELLANO (2007) pp. 1-164 y SEGOVIA (2021) pp. 273-302.

³² HERVADA (1982) p. 251.

³³ *Op. cit.* p. 253.

³⁴ Para una fundamentación de esta tesis, entre otros, ALVEAR (2018) pp. 14-386 y SEGOVIA (2004) pp. 1-100.

más importantes relativas a la conducción del país; un sistema que garantiza la libertad y la igualdad, el pluralismo y la alternancia en el poder, el respeto por las minorías, y los comicios libres, auténticos y soberanos.

Desde el ángulo estructural, el relato moderno presenta al régimen que designa como “democracia” como el mejor sistema, dada su alternativa contraria, la “autocracia”. Así las cosas, la democracia se ve revestida por tres notas esenciales, constituyendo un todo opuesto a la autocracia. Se trataría de una estructura de poder construida desde abajo (pueblo) hacia arriba (autoridades), en tanto que la autocracia organizaría el Estado desde arriba hacia abajo. Segundo, en la democracia regiría el principio de la soberanía del pueblo, mientras que en la autocracia se impondría el precepto de la soberanía del dominador o detentador del poder. Y tercero, en la democracia el ejercicio del poder se encontraría limitado por la división de poderes y la garantía del respeto a los derechos fundamentales, mientras que la autocracia se sustentaría en la concentración de poderes, no respetando los derechos fundamentales en la gran mayoría de los casos.

Este relato tan común sobre la democracia no busca tanto exponer una teoría como crear un mito. Corresponde, más bien, a lo que el filósofo español Rafael Gambra llama “democracia axiomática”. Veamos como la describe:

“La democracia liberal viene a ser la consagración oficial del exilio como forma permanente de gobierno e ideal humano: la negación de un cimiento estable para la sociedad, la extirpación de las raíces, la supresión de los objetivos finales y de la trascendencia, la negación a priori de la sociedad como comunión de una fe y una esperanza, la eliminación de todo punto de referencia en la vida de los hombres. En la democracia moderna las convicciones se convierten en opiniones, el derecho en meramente positivo y circunstancial, y la autoridad en gerencia circunstancial”³⁵.

Más práctico, pero no menos incisivo, Paolo Grossi se pregunta:

“¿Cuál es el verdadero rostro del pueblo soberano que alardean y se jactan las declaraciones revolucionarias? ¿Qué democracia es capaz de realizar un Estado que permanece rígidamente monoclasa (en Italia hasta bien entrado el siglo xx)? ¿Constituye un filtro fiel de la voluntad popular el partido político y hasta qué punto la democracia de partidos es expresión del pueblo soberano? ¿Es satisfactoria, desde el punto de vista de la justicia, la garantía ofrecida por la lega-

³⁵ GAMBRA (1985) pp. 91-92. Para un estudio de la “democracia axiomática” en Rafael Gambra, ALVEAR (2019) pp. 244-246

lidad y la división de poderes? ¿Puede contentar la ley como justicia cuando se reduce a mandato autorizado pero merecedor de cualquier contenido, y por tanto vacío? ¿Por qué la infalibilidad y, consecuentemente, la irresponsabilidad jurídica de los titulares del poder político, frente a pesadas responsabilidades de los titulares del poder administrativo?”³⁶.

Estanislao Cantero observa—para el caso español—cómo muchos iusnaturalistas fueron influidos por la ideología democrática, al punto de sostener una suerte de “iusnaturalismo hasta cierto punto”. Por un lado, se es iusnaturalista sosteniendo que la democracia es el orden político justo, pero, por otro, se sabe que en la democracia moderna nada quede fuera del ámbito de lo decidible. Por tanto, también entra dentro de lo decidible el propio derecho natural. Y es que la democracia moderna, por su propia constitución, no reconoce que el derecho positivo —acordado por mayoría— deba someterse ni a la ley natural ni al derecho natural.

Estos iusnaturalistas transaccionales quedan, entonces, a medio camino, en una suerte de limbo:

“Se produce un discurso paralelo entre, por una parte, lo que exige el derecho natural y ha de efectuarse en un sistema auténticamente democrático, y, por otra, lo que realmente realiza el régimen democrático moderno (el vigente) que prescinde de toda referencia al derecho natural [...] Un discurso sobre la teoría de una democracia inexistente, en lugar de un discurso sobre la realidad de la democracia existente”³⁷.

Nada ahorra constatar que la heterogénesis del discurso sigue presente, entre una democracia que se desea (y que se idea) y la praxis de una democracia real (la vigente) que no solo por imperativo sociológico, sino por cuestión de principios filosóficos (y teológicos) extrae todas sus consecuencias en sentido contrario al orden natural.

Los iusnaturalistas transaccionales formulan críticas a la democracia moderna. Pero, observa una vez más Estanislao Cantero, no alcanzan al sistema.

“Por ello resulta sin verdadera fuerza una crítica que es solo teórica al no ir al núcleo del problema, que está en el inmanentismo de la democracia moderna, y, por ende, en su Constitución; en su voluntarismo, en su imposible armonización de valores, en su inadmisión de la naturaleza, y por ende, de la naturaleza humana, de la *natura rerum*

³⁶ GROSSI (2003) p. 18.

³⁷ CANTERO (2001) p. 720.

y de la *natura rei* [...] Más allá de lo opinable –con lo que se puede discrepar, pero se ha de acatar y cumplir una vez decidido– está lo indecidible –aquello que necesariamente es de un modo y no de otro, aunque por el mal obrar humano se haga otra cosa– lo que es justo de un modo y no puede serlo de forma contraria”³⁸.

IV. EL DERECHO NATURAL Y LA CRÍTICA AL PROGRESISMO JURÍDICO

Hay otro aspecto donde se puede constatar un retorno al derecho natural, como instancia perenne de crítica al derecho contemporáneo, en la medida en que este va demoliendo el orden natural por una regulación perversa del orden político, de las relaciones sociales, de la familia y de la actividad económica, entre otros tantos aspectos.

1. La crítica al sistema político moderno

La crítica en esta dimensión tan gravitante ha sido llevada a su máximo empeño, durante décadas, por representantes de la Escuela Hispánica del Derecho Natural, desde Francisco Elías de Tejada a Miguel Ayuso, desde Juan Vallet de Goytisolo a Ricardo Dip o Juan Fernando Segovia, por citar solo alguno de los nombres representativos.

Destacaremos, por tanto, otros aspectos donde la crítica se vuelve oportuna de cara a las tendencias que se observan en los últimos años.

2. La crítica a la demolición de la familia y de la persona

Dado que el asalto a la comunidad política y a la sociedad se encuentra casi consumado, el proceso se ha centrado en los últimos años en la familia y en la persona, últimos reductos del orden natural. De ahí que en la legislación positiva de los países occidentales se van introduciendo normas que atentan de un modo cada vez más directo contra los fundamentos naturales de la familia. Ya no se trata solo del divorcio o del aborto: el primero hace parte de la cultura, el segundo aún lucha por ello.

En los años recientes surge toda una floresta legislativa sobre la eutanasia, el falsamente denominado “matrimonio igualitario”, los “derechos sexuales y

³⁸ CANTERO (2001) p. 724.

reproductivos”, la “educación sexual integral”, la no discriminación de género, la supresión práctica de la patria potestad, la asfixia de las funciones sociales de la familia, etc. Junto a ello el adoctrinamiento en las ideologías antinaturales de la posmodernidad en las escuelas, las universidades, los medios, la industria del entretenimiento y en la cultura de masas. Emerge una tendencia creciente a aplicar las agendas de los movimientos de liberación homosexual (que culmina en los *Radical faeries*), las teorías de género (*gender studies*), el feminismo de tercera y cuarta ola, el antiespecismo, el indigenismo, la “teoría crítica de la raza” (*critical race theory*), el transhumanismo, etcétera.

La liquidación de lo femenino y de lo masculino, la demolición de la maternidad y la paternidad, la erosión del significado de la filiación, la derogación de todas las autoridades naturales junto al progresivo evanecer de la distinción específica entre el ser humano y el animal, constituyen una de las tantas dimensiones de este ataque radical contra el orden de lo creado, afectando tanto las posibilidades futuras de la familia como el desenvolvimiento normal de la personalidad humana.

En el caso del transhumanismo, nos encontramos frente a un intento de anulación del estatuto ontológico de la persona, como en el indigenismo, asoma la derogación tramposa de la cultura y de la civilización cristiana, así como de la herencia de la Antigüedad greco-romana³⁹.

La escuela clásica del derecho natural (que se extiende, en este punto, a la doctrina de la ley natural) constituye una cantera riquísima para enfrentar argumentalmente estas ideologías.

3. *Las estrategias deconstructivas*

Otro de los campos cooptados por las ideologías posmodernas es el lingüístico. Para ver cómo opera el avance de estas doctrinas antinaturales, hay que volver atrás y considerar la teoría del lenguaje propuesta por Ferdinand de Saussure.

La teoría del lingüista suizo parte por repudiar la concepción natural del lenguaje, su práctica usual y tradicional. Con ello inaugura el estructuralismo lingüístico. El lenguaje ya no tendría como función describir o reflejar la realidad; las palabras ya no constituirían símbolos representativos de las co-

³⁹ El “indigenismo” (cuya dimensión negativa es la “descolonización” religiosa, cultural, política y económica) es de factura europea y estadounidense, pero es en América hispánica donde se ha difundido con mayor holgura. DUSSEL (2014) pp. 199-220, intenta sintetizar las propuestas fundamentales de la “descolonización”. En este contexto, las identidades nacionales son “construcciones sociales conscientemente producidas”, “correlación de fuerzas mantenidas”, que van cambiando con el paso del tiempo, en la medida en que una o más fuerzas coaligadas se imponen hegemónicamente. El “indigenismo” busca liderar la redefinición de las identidades nacionales, construyendo o articulando un poder hegemónico. Véase GARCÍA (2014) pp. 10-75.

sas. El vínculo de la palabra con la cosa es reemplazado por el vínculo entre el significante (imagen visual o acústica) y el significado (concepto evocado por esa imagen). Y, a su vez, el significado depende de las prácticas culturalmente codificadas del medio donde se desarrolla el sistema lingüístico. Si en lenguaje tradicional la palabra ‘fábrica’ significa un edificio donde se lleva a cabo la producción (que es la realidad referida), en la teoría de Ferdinand de Saussure, el vocablo ‘fábrica’ es un signo que incluye la misma palabra ‘fábrica’ (que hace de significante) y la idea (el significado) de un inmueble que se diferencia de otras cosas por los códigos culturales asignados a él. El significado no se origina en una palabra que hace de sustituto de un objeto, representándolo en su ausencia; se crea al interior de una estructura social de relación y de diferencia. Es esa relación lo que permite distinguir entre una fábrica, una casa de campo, una oficina o un parque de diversiones. Tras la variabilidad –y arbitrariedad– del lenguaje se esconde una estructura social que unifica todos los significados en torno a referentes más profundos, no necesariamente explícitos. Descubrir esas estructuras es el objetivo del estructuralismo⁴⁰.

El posestructuralismo avanza un paso más en el arte de la demolición. Sostiene que no hay nada parecido a una estructura subyacente. Como diría Jacques Lacan, bajo un significante hay “nada”. Tampoco el lenguaje es un sistema de relaciones y diferencias que se construye a partir de un conjunto único de signos. Las relaciones entre significantes y significados se afirman y se reajustan de manera permanente, puesto que las palabras se recontextualizan incesantemente, al albur de una creación infinita de textos. Toda fijación de significado es un proceso que no conoce fin; es un espacio de lucha donde compiten distintos intentos políticos de hegemonía, creándose, además, significados alternativos y temporales. Tantos textos, tantos significados. Un ejemplo, desde el ángulo feminista aclarará la cuestión.

“El significado de la palabra *mujer* en el contexto de *marido, hogar y familia*, es muy distinto a su significado en el contexto *lesbiana, trabajo y política*. Las luchas políticas feministas pueden considerarse un multiplicador de los contextos y significaciones de *mujer*, que en el proceso desestabilizan aquellos significados inmóviles asociados a un orden patriarcal”⁴¹.

⁴⁰ GIBSON-GRAHAM (2017) pp. 95-110. Las autoras formulan una analogía entre las teorías lingüísticas de Ferdinand de Saussure, las culturales de Claude Lévi-Strauss, las económicas de Karl Marx y las psicoanalíticas de Sigmund Freud, con ese celo gnóstico por descubrir las estructuras subyacentes –la verdad última– de la realidad enmascarada. “J. K. Gibson-Graham” es un seudónimo de las geógrafas económicas feministas Julie Graham y Katherine Gibson.

⁴¹ Para la cita en español seguimos la traducción castellana en GIBSON-GRAHAM (2002) p. 274.

Es en este horizonte donde aparecen los nombres de Jacques Derrida, Michel Foucault y Judith Butler. Las doctrinas que han formulado son más o menos conocidas. Acá nos interesa destacar cómo elementos de esas doctrinas se utilizan ahora y, de un modo explícito, como estrategias políticas para que el lenguaje deje de reflejar el orden natural, lo cubra y lo pervierta.

Este carácter estratégico ha sido estudiado por las ya nombradas Julie Graham y Katherine Gibson. Destacan, en primer lugar, cómo el antifundamentalismo y el antiesencialismo son inherentes a la epistemología posestructuralista.

“Una epistemología antifundamentalista se rehúsa a considerar el conocimiento como algo ‘basado en la realidad’ o que está encargado de ser reflejo de o reflejar el mundo. En vez de ser un reflejo que depende de una realidad independiente, el conocimiento posestructural es un proceso social que interactúa plenamente con otros procesos sociales y naturales que constituyen la vida social. La epistemología antifundamentalista está relacionada directamente con una ontología antiesencialista [...] El conocimiento no es un *reflejo verdadero* sino una fuerza productiva y constitutiva. Aunque los conocimientos no pueden ser diferenciados de acuerdo con un mayor o menor grado de precisión –su éxito o fracaso para reflejar el mundo–, sí pueden distinguirse por sus efectos: los diferentes sujetos a los que otorgan poder, las instituciones y prácticas que permiten, al igual que aquellos que excluyen o suprimen”⁴².

Las palabras, por tanto, son una cuestión de conquista y conservación de poder. Un instrumento para cuestionar las “ideas recibidas” y las “prácticas dominantes”. Hay que derrumbar el poder del viejo mundo conquistando el lenguaje y resignificándolo⁴³. Las autoras exponen, sin tapujos, tres “estrategias” que se han utilizado a tales efectos: la deconstrucción de Jacques Derrida, la genealogía de Michel Foucault y la performatividad de Judith Butler⁴⁴.

⁴² GIBSON-GRAHAM (2002) pp. 264-265. Un ejemplo con la palabra (que no la realidad) ‘mujer’: “Si la palabra *mujer* no *corresponde* directamente a un ser humano femenino genérico, su significado no puede entenderse como fijado por una equivalencia esencial que unifica a todas las mujeres. Al contrario, la palabra *mujer* se resignifica cada vez que se recontextualiza. No hay un concepto esencial, fundamental o invariable de *mujer* que ancle la palabra, sino una infinidad de contextualizaciones que proveen lecturas múltiples y contradictorias de lo que es o puede ser mujer”.

⁴³ Rafael Gamba observó el año 1983 la tendencia de la última etapa de la modernidad para superar la utilización significativa del lenguaje, rumbo a su explotación primariamente emocional o directamente mítica. A tales efectos, anunció la “remitificación” del lenguaje. GAMBRA (1983) pp. 111-116. Véase ALVEAR (2019) pp. 57-60.

⁴⁴ “El posestructuralismo, declaran, asigna un nuevo papel a la teoría, considerándola como una intervención política. El conocimiento posestructural da forma a la *realidad* en vez de

Jacques Derrida utiliza la deconstrucción para invalidar lo que denomina “metafísica de la presencia” o “logocentrismo”, esto es, el pensamiento occidental fundado en los primeros principios, particularmente el principio de identidad y de no contradicción⁴⁵, que impondrían la necesidad de producir significados con estructura binaria (positivo/negativo; A/no A; fábrica/no fábrica; masculino/femenino). Esto supone una especie de mentira lingüística, pues funda el discurso en esencias o identidades estables, que solo subsisten porque la positividad (el ser y su presencia) de los significados se construye a costa de la oposición y exclusión (el no ser y su ausencia), esto es, negando, devaluando, volviendo invisible al otro. Esta operación se produce lingüísticamente a través de un “significante maestro” (‘fábrica’, sitio de producción, que se opone a todos los otros sitios predefinidos como de no producción), que consolida la estructura binaria, dándole a lo positivo un mayor grado de realidad, independencia y consecuencia que su contraparte negativa (“masculino” produce una cadena alineada de términos dominantes sobre lo “femenino”)⁴⁶.

Las autoras constatan que la estrategia deconstructiva de Jacques Derrida es parte de un “proyecto político” que busca “crear espacios de *heterogeneidad radical*”, pensando las diferencias “por fuera de las estructuras binarias y jerárquicas”. Se cambia, primero, la jerarquía de valores, para luego:

“desdibujar los límites entre los términos, socavando la solidez y fijeza de la identidad/presencia, mostrando cómo el *otro* excluido se encuentra incrustado de tal forma dentro de la identidad primaria que su diferencia resulta insostenible [...] La presencia *interna* del otro excluido vuelve la identidad algo poco familiar, vaciándola de significado”.

Ya no existe un significado maestro para fijar los conceptos a significantes específicos: el signo ya no personifica totalmente un significado esencial. El significado siempre está incompleto y en proceso, creado y recreado dentro de textos y contextos distintos⁴⁷.

reflejarla pasivamente. La producción de nuevos saberes es una actividad que cambia el mundo, reubicando otros saberes y validando nuevos sujetos, prácticas, políticas e instituciones”. GIBSON-GRAHAM (2002) p. 272.

⁴⁵ Jacques Derrida intentaría abatir tres principios fundamentales: *la ley de la identidad y la presencia del ser* (“si un edificio es fábrica es una fábrica”); *la ley de la no-contradicción que establece la identidad en relación con su “otro”* (“si una cosa es una fábrica, no puede ser también una no-fábrica”); y *la ley de exclusión del medio* (“fábrica y no-fábrica contienen todas las posibilidades de una situación dada”). En conjunto, estas *leyes* nos dan objetos/identidades estables, circunscritos y que se constituyen mediante una negación de todo lo que no es *fábrica*. GIBSON-GRAHAM (2002) pp. 265-266.

⁴⁶ El “programa” de Jacques Derrida, junto a sus conceptos claves, en DERRIDA (1967) pp. 15-118.

⁴⁷ GIBSON-GRAHAM (2002) p. 268.

Vamos ahora a Michel Foucault. El filósofo francés utiliza su “genealogía” para cuestionar el “discurso”, esto es, el sistema lingüístico que justifica una serie de significados que pretenden ser verdaderos y universales, y que, sin embargo, no son más que una representación del poder dominante⁴⁸. No existe la verdad ni la universalidad de los juicios. Lo que llamamos verdad es solo la aceptación y normalización de un significado que ha sido construido y mantenido por un sistema determinado de conocimientos, instituciones y prácticas sociales. Y así, “fábrica” tiene validez dentro del discurso de la industrialización; y “hombre”, dentro del discurso patriarcal.

Para Michel Foucault toda teoría o sistema de significados genera violencia, porque excluye, prohíbe o niega. De ahí la necesidad de denunciarlos a través del análisis genealógico del discurso: este se forma para producir y ejercer el poder a través de aparatos de regulación donde prevalecen técnicas de disciplina y vigilancia corporal (fábricas, escuelas, prisiones, etc.), que ayudan a organizar la vida diaria.

Los discursos dominantes someten a los individuos a fuerzas poderosas que se encuentran fuera de su control. Son las fuerzas que llevan a valorizar ciertas concepciones de la vida o de la moral. Y es que toda construcción de significado es una representación del poder que: “se encuentra trazada en el lenguaje, grabada sobre el cuerpo y re-constituida continuamente en la vida social”. Estamos ante una filosofía de la sospecha destinada a verterse contra el orden del ser. Pero también ante una estrategia para invalidar el discurso sobre el orden natural y cristiano. Pues no solo hay que desmontar, sino crear los discursos alternativos, los antinaturales, para luego normalizarlos y validarlos. O como afirman J. K. Gibson-Graham se trata de abrir “espacios para la proliferación y multiplicidad de discursos que puedan crear sujetos capaces de resistir y reconstituir el (nuevo) poder de diversas formas”⁴⁹.

De ahí la propuesta de Judith Butler y de los teóricos “queer” de multiplicar discursos alternativos que deroguen el discurso dominante sobre el género. La estrategia utilizada pasa por seleccionar y difundir enunciados que tengan capacidad “performativa” (del inglés *performative*), esto es, que puedan convertirse en acción y transformar el entorno. Se busca volver normal o cotidiano el uso de los nuevos significados, anulando, al mismo tiempo, las posibilidades de uso de los significados opuestos o, aun, distintos. Un ejemplo entre muchos: cada vez menos hablar de “madre”, cada vez más hablar de “persona gestante”. Al insistir permanentemente en esta última expresión, se vuelve casi una nueva realidad (ocupa por eliminación el lugar de ella en el lenguaje y en el trato social), mientras se anula la realidad insustituible: el vínculo entre mujer y maternidad⁵⁰.

⁴⁸ FOUCAULT (1991) pp. 53-72.

⁴⁹ GIBSON-GRAHAM (2002) p. 270.

⁵⁰ Judith Butler define la “performatividad” como la “práctica reiterativa y citacional por medio de la que el discurso produce los efectos a los que da nombre”. BUTLER (1993) p. 2. Para

Destacan J. K. Gibson-Graham que a través del lenguaje “inclusivo” o de conductas simbólicas “queer” se pretende “salir de”, “atentar contra” o “subvertir” lo “heteronormativo”, que son las normas y reglas sociales que la normalidad impone; las que corresponde a los “estereotipos” (hombres y mujeres; masculino y femenino). Hay que “desestabilizar la asignación de sexo, género o sexualidad” y “las categorías binarias de género que sirven de soporte a la heterosexualidad obligatoria”⁵¹.

La “identidad de género” del hombre y de la mujer se practica por medio de la representación *–performance–* repetitiva de ciertos actos. Entonces, si el género hombre/mujer debe ser “re-presentado” de manera continua con el fin de asegurar su fijeza aparente o su supuesta realidad estable; es necesario seguir análoga estrategia para destruir culturalmente dicha estructura binaria. Hay que crear aperturas por fuera del orden “heteronormativo” a través de las que emerjan sujetos *queer*.

No hay en el ser humano un dato natural previo que respetar: la identidad se crea de forma artificial.

“La identidad siempre está en construcción y se compone parcialmente mediante las prácticas diarias y discontinuas que dejan espacios abiertos para la (re)invención y la *perversión*”⁵².

Podemos concluir que, si estas ideologías de veta posestructuralista pretenden derogar, a su modo, el orden natural a través de las estrategias referidas, es casi una exigencia para ellas el pervertir ambientalmente a los hombres mediante el lenguaje y los signos, a fin de que el sello vital de lo natural no se exprese o no surja. Y del lenguaje, los signos y los comportamientos sociales se pasa a la normativa jurídica o, viceversa, a través de la normativa jurídica se imponen formas de lenguaje “performativo”.

Una vez más, es desde la cantera del derecho natural (también, esta vez, de la ley natural) donde puede volver a tener lugar un lenguaje apropiado con legitimidad jurídica.

esta autora, ciertas realidades naturales no existen. Son configuraciones culturales (como el género hombre y mujer) que sustituyen “lo real”, logran “auto-naturalizarse” y en virtud de ello es que lo percibimos como normal o real (en su jerga, se convierten en hegemónicas en el sistema). “La univocidad de género, la coherencia interna del género y el marco binario para sexo y género son ficciones reguladoras que refuerzan y naturalizan los regímenes de poder convergentes de la opresión masculina y heterosexista”. BUTLER (2007) p. 99.

⁵¹ GIBSON-GRAHAM (2002) p. 271.

⁵² *Op. cit.* p. 277.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2015): "La crítica conservadora al discurso de los derechos humanos de la Declaración francesa de 1789", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* vol. XLV: pp. 341-371.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2018): *Crítica al discurso de los derechos humanos* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio (2019): *Drama del hombre, silencio de Dios y crisis de la Historia. La filosofía antimoderna de Rafael Gambra* (Madrid, Dykinson).
- AYUSO, Miguel (2001): "Derecho público y derecho natural", en Ayuso, Miguel (ed.), *El derecho natural hispánico* (Córdoba, Caja Sur Publicaciones).
- AYUSO, Miguel (2005): "Las aporías presentes del derecho natural (de retorno en retorno)", *Verbo* n.º 437-438.
- BUTLER, Judith (1993): *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of "Sex"* (London, Routledge).
- BUTLER, Judith (2007): *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad* (Barcelona, Paidós).
- CANTERO, Estanislao (2001): "Panorama del derecho natural en España", en Ayuso, Miguel (ed.), *El derecho natural hispánico* (Córdoba, Caja Sur Publicaciones).
- CANTERO, Estanislao (2023): *El realismo jurídico de Juan Vallet de Goytisolo* (Madrid/Barcelona, Marcial Pons).
- CASTELLANO, Danilo (2007): *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane).
- DERRIDA, Jacques (1967): *De la Grammatologie* (Paris, Les Éditions de Minuit).
- DONADÍO, María Celestina (2011): *La Nueva Escuela de Derecho Natural* (Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, Facultad de Filosofía y Letras).
- DUSSEL, Enrique (2014): *Filosofías del sur y descolonización* (Buenos Aires, Docencia).
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco (1973): "La cuestión de la vigencia del derecho natural", en Puy, Francisco (ed.), *El derecho natural hispánico* (Madrid, Escelicer).
- FINNIS, John (1980): *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Oxford University Press, second edition).
- FOUCAULT, Michel (1991): "Politics and the study of discourse", in Burchell, Graham; Gordon, Colin and Miller, Peter (editors), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality with Two Lectures and an Interview with Michel Foucault* (Chicago, University of Chicago Press).
- GAMBRA, Rafael (1983): *El lenguaje y los mitos* (Madrid, Speiro).
- GAMBRA, Rafael (1985): "El exilio y el reino. Hacia una auténtica renovación cultural", *Verbo* n.º 231-232.

- GARCÍA LINERA, Álvaro (2014): *Identidad boliviana. Nación, mestizaje y plurinacionalidad* (La Paz, Vicepresidencia del Estado Plurinacional).
- GAUCHET, Marcel (1990): *La Révolution des droits de l'homme* (Paris, Gallimard).
- GIBSON-GRAHAM, J. K. (2002): "Intervenciones posestructurales", *Revista Colombiana de Antropología* vol. 38.
- GIBSON-GRAHAM, J. K. (2017): "Poststructural Interventions", in Sheppard, Eric & Barnes, Trevor J., *A Companion to Economic Geography* (Oxford, Wiley-Blackwell).
- GROSSI, Paolo (2003): *Mitología jurídica de la Modernidad* (Madrid, Trotta).
- HERVADA, Javier (1982): "Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho", *Persona y Derecho* n.º 9.
- MARTÍNEZ VALLS, Néstor (2020): "Observaciones críticas acerca de *Natural Law and Natural Rights*, de John Finnis", *Persona y Derecho* vol. 82.
- OLLERO, Andrés (1990): "Los derechos humanos: entre el tópic y la utopía", *Persona y Derecho* vol. 22.
- ORREGO, Cristóbal (2001): "John Finnis: controversias contemporáneas sobre la teoría de la ley natural", *Acta Philosophica* vol. 10 fasc. 1.
- PUY, Francisco (1989): "Los derechos en la Declaración de 1789", *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VI.
- RADBRUCH, Gustav (2007): *Filosofía del derecho* (Madrid, Reus).
- RELLO, Manuel (2019): "La fórmula Radbruch sobre el derecho extremadamente injusto". Disponible en <http://revista.reicaz.es/n-016/la-formula-radbruch-sobre-el-derecho-extremadamente-injusto/> [fecha de consulta: 5 de octubre de 2023].
- ROMMEN, Heinrich (1947): *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts* (München, Hegner-Bücherei).
- ROMMEN, Heinrich (1956): *El Estado en el pensamiento católico* (Madrid, Instituto de Estudios Políticos).
- SEGOVIA, Juan Fernando (2004): *Derechos humanos y constitucionalismo* (Madrid, Marcial Pons).
- SEGOVIA, Juan Fernando (2009): "Crítica de la teoría del acceso práctico a la Ley Natural desde la perspectiva de Santo Tomás de Aquino", *Verbo* n.º 477-478.
- SEGOVIA, Juan Fernando (2021): "El vaciamiento de la persona en el personalismo y la posmodernidad", *Verbo* n.º. 593-594.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1994): *Metodología de la determinación del derecho I (parte histórica)* (Madrid, Consejo General del Notariado, Centro de Estudios Ramón Areces).
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan (1996): *Metodología de la determinación del derecho II (parte sistemática)* (Madrid, Consejo General del Notariado, Centro de Estudios Ramón Areces).

VALLET DE GOYTISOLO, Juan (2001): "Panorámica introductoria al derecho natural hispánico", en Ayuso, Miguel (ed.), *El derecho natural hispánico* (Córdoba, Caja Sur Publicaciones).

VIOLA, Francesco (2012): "Los derechos humanos ¿son derechos naturales?", *La Judicatura* n.º 3.

WEINREB, Lloyd L. (1987): *Natural Law and Justice* (Cambridge, Harvard University Press).

Jurisprudencia citada

CORTE SUPREMA (2013): sentencia rol 12.355-11, 24 de abril de 2013.