

2.—LOS DOS ASPECTOS DEL DERECHO NATURAL: ONTOLOGIA JURIDICA Y CRITERIOLOGIA JURIDICA

por

Vladimiro LAMSDORFF-GALAGANE

1. LA CIENCIA DEL DERECHO NATURAL.

Para empezar, quisiera hacer una precisión terminológica respecto al propio término "derecho natural" que tendré que emplear una y otra vez. Este término designa, en nuestro idioma, dos cosas distintas, aunque conexas entre sí, que creo necesario distinguir netamente: la primera es una ciencia, o si se prefiere, una disciplina académica, que se ocupa de un determinado sector del derecho. Podríamos designarla como *Naturrechtslehre*. La otra cosa es el objeto que estudia esta ciencia, el *Naturrecht* propiamente dicho, el derecho natural como tal derecho. Esta distinción, que debo a mi maestro el profesor F. PUY (1),

(1) Cfr. F. Puy, *Lecciones de Derecho natural*, Porto, Santiago de Compostela, 2.^a ed., 1970, pp. 21 ss.

puede, a primera vista, parecer evidente, incluso quizá un poco pedestre. Sin embargo, más de un malentendido histórico ha sido originado por predicar de la ciencia del derecho natural cosas atañentes al derecho natural objeto, e inversamente.

Pues bien, por esta distinción terminológica, la tesis que voy a sustentar aquí se descompone en dos:

1) La ciencia del derecho natural es simultáneamente ontología jurídica y criteriología jurídica.

2) El objeto de esta ciencia, el derecho natural propiamente dicho, constituye la esencia de lo que llamamos derecho, y en consecuencia, nos suministra el criterio para distinguir, ante cualquier fenómeno, si es jurídico o si no lo es.

Mi segunda tesis, referente al derecho natural objeto, es cosa tan antigua y conocida, que no me parece preciso aburrirles con el intento de su demostración. La idea de una justicia cósmica, o de un orden natural, de los cuales el derecho humano sea, bien una manifestación, bien una imitación, creo que es tan antigua como la humanidad. En todo caso, aparece ya en las fuentes filosófico-jurídicas más antiguas de que disponemos en occidente. En cuanto a la otra idea, de que esta justicia natural, o más ampliamente los valores naturales constituyen la esencia, el núcleo, del derecho humano, o si se prefiere, la idea de que el derecho humano, o bien está constituido en función de ellos, o no es nada, es también una idea que surge y resurge toda vez que un jurista se interroga seriamente y a fondo sobre el sentido de su actividad. Esta idea está latente en todas las definiciones valorativas del derecho, y basta pensar en las que nos legaron los juristas romanos, los escolás-

ticos medievales con Santo Tomás a la cabeza, y tantísimos otros autores de ahí en adelante.

Se trata de ideas repetidas, razonadas, demostradas, presentadas bajo los más distintos ángulos, avalladas por las más diversas autoridades. Tanto es así, que es en realidad a mí a quien corresponde justificarme —e incluso pedir disculpas— por insistir en ellas en un congreso científico, con el riesgo de tener que repetir por enésima vez cosas que todo el mundo ya sabe.

Por esto, no me voy a ocupar aquí de esta segunda tesis. Me ocuparé de la primera, de la que hace referencia a la *ciencia del derecho natural*. Y para ello, lo primero que tendré que hacer es intentar averiguar si cabe, legítimamente, una ciencia del derecho natural.

La razón es que sobre este punto no existe, entre los juristas ni los filósofos del derecho, un consenso unánime. Es más, en la actualidad, el derecho natural viene atacado precisamente en cuanto ciencia, con mucha mayor insistencia que en cuanto objeto. El positivismo jurídico continental, en sus más elaboradas manifestaciones (2), se ha ido desembarazando de la incómoda compañía del relativismo ético, y se muestra dispuesto a admitir la existencia de valores, todo lo objetivos y absolutos que se quiera. Concede incluso que el derecho es, o tiene que ser, aplicación de los mismos. Pero en lo que insiste es en eliminar su estudio, o su justificación racional, del campo de lo científico.

(2) Podríamos citar en particular a N. BOBBIO, *Ancora sul positivismo giuridico*, en su *Giurnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, pp. 150 ss.; o bien, *Aspetti del positivismo giuridico*, in *cod. loc.*, pp. 115-116.

2. LA OBJECCIÓN LÓGICA.

Uno de los ataques más enérgicos, pero a la vez más agudos, más coherentes y más rigurosos que se han dirigido contra el derecho natural como ciencia, se debe al Prof. BOBBIO, en su comunicación al Congreso Internacional de Filosofía de México de 1963 (3). A él me voy a referir muy especialmente, tanto por el interés que presenta en sí, cuanto por contener la mejor exposición que conozco de los argumentos que se van dirigiendo contra la ciencia iusnaturalista en la bibliografía especializada.

Comienza el trabajo de BOBBIO reduciendo todo el iusnaturalismo a una mera *teoría de la moral*, y ninguna otra cosa. Los argumentos con que apoya su tesis de que no se pueda encontrar un sistema de preceptos en el iusnaturalismo, sino tan sólo un modo de explicarlos o justificarlos, son en sustancia tres:

En primer lugar, la propia expresión "natural", en la locución "derecho natural", no hace referencia alguna al contenido de este derecho, sino sea a su fuente, sea a su fundamento.

En segundo lugar, las distintas teorías iusnaturalistas han asignado al derecho natural los contenidos materiales más variados y heterogéneos. Luego lo

(3) *Sulla rinascita del giusnaturalismo*, en *XXIII Congreso Internacional de Filosofía. Symposium sobre derecho natural y axiología*, UNA de México, 1963, pp. 50 ss., recogido asimismo en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 179 ss., bajo el título, más adecuado, *Il giusnaturalismo come teoria della morale*.

único que tienen todas ellas en común es un modo de justificarlo.

En tercer lugar, inversamente, una misma moral —como, verbigracia, el liberalismo o el socialismo— es susceptible de recibir, y ha recibido históricamente, fundamentaciones iusnaturalistas y no-iusnaturalistas.

Pues bien, de esta tesis viene el carácter, en cierto sentido, ejemplar del trabajo de BOBBIO: es el primer ataque al derecho natural que conozco en que se hace con toda nitidez la distinción a que me he referido al principio, entre derecho natural ciencia y derecho natural objeto, y en la cual, por consiguiente, no se mezclan inorgánicamente objeciones destinadas al uno o al otro. El único pero que cabe oponer ahí a BOBBIO es que de la distinción no se sigue la inexistencia de uno de los términos distinguidos, concretamente del derecho natural objeto. Como tampoco se sigue de los tres argumentos de BOBBIO. Por de pronto, el que se hayan declarado naturales normas muy variadas es históricamente cierto, pero esto no impide en absoluto que exista un y sólo un sistema de normas naturales, con total independencia de lo que los teóricos piensen de él; del mismo modo que las manzanas han ido cayendo de los árboles desde mucho antes de NEWTON. O si se prefiere, del hecho de que a lo largo de la historia, los médicos hayan aplicado, pongamos, a la tuberculosis los tratamientos más diversos, no se infiere que no exista uno adecuado. En cuanto a que el término "natural" haga referencia a la fuente y no al contenido del derecho natural, es cierto, pero no impide en absoluto que el

derecho que emana de esta fuente tenga un contenido bien determinado.

Ahora bien, lo que me interesa mucho más en este momento es la segunda parte del trabajo de BOBBIO, en la cual intenta demostrar que esta teoría de la moral que es, según él, el derecho natural es insostenible. En sustancia, sus argumentos son los siguientes:

En primer lugar, es imposible distinguir qué tendencias son naturales en el hombre, y cuáles no lo son. Cosa que se demuestra por el hecho de que históricamente se han considerado alternativamente naturales y antinaturales las tendencias más diversas.

Y en segundo lugar, aun suponiendo que se pueda establecer qué tendencias son naturales, y cuáles no, no es legítimo inferir de ahí que las naturales sean buenas, y las otras, malas.

El primer argumento es relativamente fácil de contestar. Las tendencias naturales, si no se quieren buscar *a priori*, se pueden descubrir *a posteriori*, por simple observación, entendiéndose por naturales las tendencias comunes a todos los hombres. Claro que esto plantea problemas de observación y de adecuada expresión verbal de lo observado, pero tales problemas se plantean exactamente igual ante cualquier ciencia empírica, y la experiencia muestra que son superables.

Al decir esto, me hago perfecto cargo de que últimamente, sobre todo desde la *Humanæ vitæ*, la naturaleza humana es un tema mucho más vidrioso y debatido que lo que muestra mi solución al mismo. Pero, por otra parte, también creo que buena parte de las discusiones que se han originado al respecto

son perfectamente ociosas. Si se me permite un breve paréntesis, diré, por ejemplo, que cuando se me anuncia como un gran descubrimiento de estos últimos tiempos que la naturaleza del hombre es "histórica" (4), confieso no entender qué se quiere decir con ello. La antropología tradicional, que arranca de PLATÓN y ARISTÓTELES, entiende a la naturaleza como la esencia, en cuanto principio de movimiento. Y, por consiguiente, como lo peculiar, lo característico del hombre, lo que hace que el hombre sea hombre y no cualquier otra cosa, y lo que permanece constante, por lo tanto, mientras los hombres sean hombres. Pero, a la vez, esta misma antropología tradicional entiende que esta naturaleza del hombre la integran *potencias*, las consiguientes tendencias a actualizarlas, y nada más. La razón, la voluntad, la libertad, la sociabilidad, las potencias animales, etc., vienen definidas precisamente como tales potencias, sin decir nada en absoluto acerca de su actualización. Luego el que la actualización de estas potencias dependa de

(4) Como ejemplo, uno entre muchísimos, de tal forma de razonar, podría citar a Franz Xaver KAUFMANN, *El matrimonio desde el punto de vista de la antropología social*, en el vol. *El derecho natural*, trad. A. E. LATOR ROS, Herder Barcelona, 1971, pp. 15 ss., que escribe textualmente: "Nuestra exposición invita a concluir que sólo se puede hablar de una *naturaleza* del hombre definible y posiblemente normativa, a lo sumo en un sentido específico de cada cultura. Y en este caso todavía habría que añadir como dimensión suplementaria la circunstancia de la historicidad de cada cultura" (p. 52). Pues bien, la exposición aludida sólo demuestra —irrebatiblemente, eso sí— que existe a través de las culturas una amplia variedad de reglamentaciones sexuales. Pero, ¿por qué tal cosa puede "invitar a concluir" cualquier cosa acerca de la naturaleza humana? Máxime, cuando se encuentran también algunas coincidencias, dentro de su diversidad, en todas las culturas investigadas (pp. 32, 37, 38 -9).

las condiciones históricas más variadas —culturales, educacionales, económicas, técnicas, individuales y otras muchas— es algo que la antropología tradicional no sólo admite de antemano, sino que en muchos casos ha sido la primera en afirmar. Por tanto, el afirmar que la naturaleza humana es histórica puede querer decir dos cosas: o bien que la actualización de las potencias del hombre varía según las circunstancias históricas, en cuyo caso es la tesis tradicional de siempre, o bien que también las potencias que integran la naturaleza humana varían con la historia, en cuyo caso la tesis es falsa. Se puede admitir que existen diferencias individuales de grado, pero las potencias genéricas son, y han de ser, las mismas para todos. Estoy íntimamente convencido de que el hombre de Cro-Magnón, puesto en mi circunstancia, podría hacer más o menos lo mismo que yo, y que yo, puesto en la suya, no actuaría de modo muy distinto a como actuó él. Luego en ninguna de sus dos interpretaciones, la tesis de la “historicidad del hombre” me parece un gran descubrimiento.

Pero volvamos al razonamiento de BOBBIO. Dijimos que para determinar las tendencias naturales del hombre, se podía acudir a la observación. En cuanto a que históricamente se hayan encontrado en la naturaleza humana cosas diversas y contradictorias, es cierto, pero no demuestra nada. Estamos otra vez en el caso de los médicos que trataban la tuberculosis con purgas o sangrías. El que en un momento dado lo haya hecho un médico, o todos los médicos, no implica ni que no exista un tratamiento más adecuado, ni que no se pueda descubrir. El que se haya equivocado un teórico, o un número *ene* de teóricos, no

quiere decir que se tengan que equivocar necesariamente todos. Máxime en una materia como ésta, en que el error suele ser sólo parcial, y, además, muy explicable: de estas tendencias que históricamente han sido presentadas como naturales al hombre, la gran mayoría, por no decir todas, *son* de hecho naturales. El hombre tiene simultáneamente tendencias contrapuestas, hay que admitirlo. Y en esta perspectiva, el error de los iusnaturalistas aludidos por BOBBIO aparece ya mucho menos craso: consiste, todo lo más, en exagerar más de lo debido alguna tendencia, o hablar menos de lo debido de las restantes.

Ahora bien, el segundo argumento del profesor de Torino, según el cual admitiendo que se puedan identificar las tendencias naturales, no cabe, por este simple hecho, declararlas buenas, es ya de mucha más monta. En el fondo, se trata de la tesis, que data de HUME, según la cual, de un juicio de *ser*, o de un número cualquiera de juicios de *ser*, no se puede deducir ningún juicio de *deber-ser*. Es el argumento, a mi juicio, más fuerte que se pueda oponer a la ciencia del derecho natural, y no me extraña que en un KELSEN o en un BOBBIO adquiriera la constancia de un *ritornello*. Su fuerza proviene de que es lógicamente correcto: si en ninguna de las premisas de un raciocinio figuran valoraciones o normas, tampoco deben figurar en la conclusión. Y si de verdad la ciencia del derecho natural consistiera en deducir valoraciones de constataciones acerca de la naturaleza, entonces su historia sería la historia de la "falacia naturalista", para emplear la expresión de los anglosajones.

Por esto creo que es importante que nos hagamos cargo de este argumento, con todas sus implicaciones.

Porque, de hecho, la ciencia iusnaturalista *valora* la realidad, y de las valoraciones deduce normas. Pero estas valoraciones no se introducen necesariamente de modo subrepticio y tácito, como afirman algunos críticos. En el iusnaturalismo tradicional son perfectamente explícitas. Derivan todas de la tesis básica de que *ens et bonum convertuntur*, para atenernos a su formulación tomista. Incluso el principio *bonum faciendum est, malum vitandum* sólo adquiere sentido en función de ella: tomado aisladamente es una mera tautología, como demuestra Kelsen (5) con toda pulcritud. En cambio, considerado en relación con la primera tesis, pasa a significar simplemente el paso de un orden valorativo a un orden normativo. De ahí que en él se fundamenten todos los demás preceptos de la ley natural, en palabras de Santo Tomás.

Pues bien, el principio *ens et bonum convertuntur* es una tesis metafísica. Y tiene su demostración metafísica. Lo que ocurre las más de las veces, sin embargo, es que cuando se la presentamos a juristas, ellos se niegan a seguirnos en esta vía, por diversas razones: unos encuentran la metafísica demasiado insegura; otros, poco verificable empíricamente; otros, demasiado vinculada a concepciones religiosas; u otros, simplemente, demasiado complicada para ellos. Y realmente, después de las metafísicas tan abstrusas y, sobre todo, tan poco demostrativas como las que construyeron el idealismo alemán y sus diversas continuaciones, es difícil reprochárselo. Pero esto nos obliga a colocarnos en el terreno de ellos y enunciar

(5) Cfr., por ejemplo, su *Justicia y derecho natural*, en *Crítica del derecho natural*, trad. E. DÍAZ, Taurus. Madrid, 1966, p. 54.

nuestro primer principio en "su" lenguaje. O sea, nos obliga a dar de él una formulación que sea aceptable *ad hominem* por los juristas.

Pues bien, creo que la mejor forma de hacerlo es introducir el principio bajo forma de postulado: se postula que es *mejor* el ser que el no-ser. La ventaja de este modo de operar es que permite no admitir, asimismo *ad hominem*, la negación del postulado: el que sea de la opinión contraria, que empiece por suicidarse, y ya discutiremos después.

Entonces, a partir de este postulado, se sigue el resto: se distingue entre esencia universal y sus manifestaciones particulares, se define "naturaleza" como la esencia en cuanto principio de movimiento, y se llega a la conclusión de que la plenitud del ser exige la realización de las tendencias que forman la naturaleza. Luego, al entrar en escena otros hombres, interviene el principio de reciprocidad, *e cosi via*. No les aburriré con el razonamiento pormenorizado, que por otra parte todos conocen.

Claro está, que llegados a este punto, se impone también una valoración relativa de las tendencias naturales del hombre, pues son a veces opuestas entre sí. Y esta valoración relativa también ha sido blanco de la crítica, por quienes han visto en ella la imposición arbitraria a un sistema de hechos de un sistema de valores previamente supuesto. No me resisto a citar textualmente a KELSEN: "Se cree posible deducir del instinto de caridad, que existe en numerosos hombres, un mandato de caridad, y paralelamente del instinto de paz, que también existe en muchos hombres, un mandato de paz; sería preciso entonces admitir igualmente que del instinto de agresión tam-

bién existente y también, por tanto, natural, resultaría un mandato que exigiría un comportamiento conforme a ese instinto de agresión. Ahora bien, ¿existe una teoría del derecho natural que esté dispuesta a obtener semejante conclusión? Una norma que ordena conformarse al instinto de caridad, ¿puede ser válida junto a una norma que ordena conformarse al instinto de agresión? ¿Y qué hacer con ese instinto tan importante para la naturaleza humana, ese instinto de la necesidad de hacerse valer, que empuja a elevarse por encima de los otros y a rebajar a todos los demás?" (6).

El argumento también es muy fuerte, y creo que ante él hay que coger al toro por los cuernos, y admitir que son buenas *todas* las tendencias naturales. No hay inconveniente en hacerlo, si se toma la precaución de introducir, entre ellas, un principio de jerarquía. Y este es el principio de que son *mejores* las tendencias específicamente humanas; o si se quiere expresarlo de otra forma, las que menos tenemos en común con los animales, o las que más distinguen o alejan al hombre del animal. Lo específico prima sobre lo genérico. Dicho de otra manera, el seguir las tendencias genéricas será tanto mejor cuanto más favorezca la actualización de las potencias específicas, y tanto peor cuanto más la obstaculice. Volviendo al ejemplo de Kelsen, se dirá entonces que el obedecer al instinto de agresión —que es indudablemente una tendencia genérica— será malo, por ejemplo, cuando se hace a navajazos, pues pone en peligro la integridad física del adversario; pero, en cambio, no tiene

(6) *Ibid.*, pp. 113 - 114.

por qué ser malo cuando se manifiesta, por ejemplo, en refutar una teoría científica ajena: porque, en tal caso, el instinto de agresión puede ayudar al descubrimiento de la verdad, y, en todo caso, obliga a ambas partes contendientes a ejercitar su razón con más intensidad.

Desde luego, se me podría objetar que este principio de jerarquía es independiente de mi postulado de partida, y que, por tanto, lo introduzco arbitrariamente. En puridad, no es así, pues se trata de otra tesis metafísica, que se demuestra haciendo referencia a los fines que presiden todo lo creado. Pero *ad hominem*, se puede introducir como segundo postulado, que, por lo demás, también resulta indiscutible, pues el que lo ponga en duda, o bien está proponiendo una objeción de laboratorio, y en tal caso su discusión carece por completo de interés, o bien se rebaja él mismo a la condición del bruto que come hierba.

También se me podría hacer notar que determinadas sociedades —entre otras, hasta cierto punto, la nuestra propia— parecen haberse organizado con vistas a la satisfacción, preferentemente, de los instintos más animales que hay en el hombre. Pero a esto se puede contestar simplemente que muy mal hecho: entonces me toca a mí emplear el argumento de que de lo que se hace de hecho, no cabe deducir lo que se debe hacer. Y podría añadir otra cosa más: que tales sociedades no durarán mucho; serán inevitablemente absorbidas por otras, incluso menos potentes, pero que no hayan perdido la capacidad de moverse por unos ideales.

Otra posible objeción sería que el derecho natural así entendido se vuelve todo, menos natural. Que me-

Por sería hablar, por ejemplo, de postulados jurídicos, o de derecho convencional. Pero no lo creo así. Al fin y al cabo, no fundamento en postulados al mismo derecho natural, sino sólo a la ciencia que lo estudia. El derecho natural objeto no se hace por ello ni más ni menos natural de lo que era antes.

Pero, en cambio, este sistema acerca el derecho natural ciencia a las demás ciencias, pues todas ellas descansan en postulados. No sólo ya las ciencias puramente racionales, como las matemáticas o la lógica, sino incluso las ciencias experimentales, que se apoyan en el principio de la regularidad de la naturaleza: si se repite un experimento en idénticas condiciones, se repetirá también el fenómeno observado. Claro que este postulado lo confirma cada experimento que se repite; pero no lo demuestra, porque el que se haya repetido un fenómeno un número *ene* de veces, sólo *demuestra* que se ha repetido, pero no prejuzga nada respecto del que hace *ene más una*. Por otra parte, también confirma la experiencia los postulados míos, aunque de otra forma: es que todo contradictor mío, por el hecho de serlo, por de pronto existe, y pone los medios para seguir existiendo; y, además, está dedicándose a una labor intelectual; luego considera que no sólo es una cosa buena, sino incluso que es preferible a otras actividades quizá más placenteras. Luego admite, a efectos prácticos, mis dos postulados, y por tanto los confirma.

Bien, pues por todas estas razones, soy de la opinión de que es posible una ciencia del derecho natural. Y es más, soy partidario de que se cultive y se enseñe.

3. LA OBJECCIÓN POLÍTICA.

Pero en esto puede que no todo el mundo esté de acuerdo conmigo. Cabe muy bien que, aun concediendo que una tal ciencia es posible, se tengan reparos a que se cultive o se enseñe. La objeción, esta vez, no es de tipo lógico, sino político. Es la siguiente. Puede ocurrir, y de hecho ocurre con suma frecuencia, que los especialistas en derecho natural consagren como *justo* un determinado ordenamiento jurídico. Entonces, al conferirle una justificación absoluta, su especialidad se convierte en una fuerza conservadora, inmovilista, retrógrada, reaccionaria..., en una palabra, en una cosa detestable. Este argumento, entre paréntesis, es particularmente insistente contra el iusnaturalismo español, en relación con el régimen actual (7).

Ahora bien, lo sorprendente de este argumento es que la objeción de tipo político que tradicionalmente se ha hecho contra la ciencia del derecho natural, desde BURKE o STAHL hasta hace muy poco, era precisamente la inversa. Aún en 1953 UBERTO SCARPELLI venía a acusar al iusnaturalismo, en sustancia, de ser un peligro para la seguridad jurídica y la firmeza de las instituciones (8). Se trata, pues, de una postura bastante reciente.

En cuanto a su origen cronológico, su primera exposición que yo conozca es la tesis oficial soviética

(7) Cfr. en particular ELÍAS DÍAZ, *Introducción a la sociología del derecho natural*, en *Crítica del derecho natural*, cit., pp. 24-26 (con referencias a otras opiniones coincidentes).

(8) Apud BOBBIO, *Iusnaturalismo*, cit., p. 32.

de que el derecho natural —al igual que cualquier otra teoría jurídica no marxista, por lo demás— es un instrumento ideológico de dominación al servicio de la burguesía. En otro trabajo (9) tuve ocasión de examinar esta tesis. Se demuestra como sigue. Se afirma que los iusnaturalistas no suelen oponer el derecho natural al derecho positivo: luego justifican el orden jurídico burgués; pero ocurre que algunos sí los contraponen: entonces es que están justificando las ilegalidades y arbitrariedades que comete la burguesía en su lucha contra las justas reivindicaciones del pueblo obrero. En definitiva, se especula sobre el hecho de que todos los teóricos existentes del derecho natural escriben en occidente. Pero en eso no tiene ninguna responsabilidad el iusnaturalismo, sino la prohibición existente en la URSS de difundir ideas iusnaturalistas.

Actualmente, como ya he dicho, este reproche se le hace al iusnaturalismo también desde occidente. Quizá no se trate de una transposición mecánica, pero el caso es que entre nosotros se suele hacer desde ambientes intelectuales donde se acoge con especial complacencia cualquier tesis que la dictadura soviética mande sostener a sus filósofos, sus juristas o sus periodistas. Estos intelectuales son dignos de aquellos que decían en su día que la teoría del *Lebensraum* tenía, en su origen, unas reivindicaciones justísimas, que la doctrina racista podía contener exageraciones pero se fundamentaba en hechos obje-

(9) Cfr. mi *Neotomismo y filosofía soviética*, "Boletín de la Universidad Compostelana" 1967 - 68 (75 - 76) 233 ss. Loc. cit. a pp. 242 ss.

tivos, etc. A veces son incluso físicamente los mismos: son nuestros "colaboracionistas" en potencia.

Bueno, he de ser justo y señalar que también se puede encontrar la misma crítica en un anticomunista convencido y enérgico como es KELSEN (10). Pero, por otra parte, KELSEN es un excelente conocedor de la teoría jurídica comunista (11), y no se puede excluir que le haya tomado de prestado un argumento más para desprestigiar a la teoría del derecho natural.

De todas formas, ante un argumento racional, su origen es lo de menos. Lo que realmente importa es ir al fondo de la cuestión y ver si "concluye" o no. Pues bien, en este caso no creo que el reproche de conservadurismo sea del todo cierto. Como ejemplo, de momento, puedo citar el mío propio. Soy iusnaturalista convicto y confeso, y, sin embargo, no soy ningún entusiasta, por ejemplo, de nuestra ley de arrendamientos urbanos, ni de otras disposiciones más recientes que están en la mente de todos.

Pero, sin embargo, algo de cierto hay en la crítica. Efectivamente, los teóricos del derecho natural justifican, en ocasiones, normas existentes, al mostrar que son conformes al derecho natural. Pero de hecho, ¿no quiere decir más bien que las normas así justificadas, simplemente, son justas y, por tanto, merecen conservarse a despecho de cualquier programa revolucionario? La función del iusnaturalismo tradicional es, y siempre ha sido, parcialmente conserva-

(10) *Justicia*, cit., pp. 150 ss. En contradicción, por lo demás, con lo que afirma en pp. 141-142.

(11) Es incluso autor de unos excelentes estudios sobre ella, recogidos en castellano bajo el título de *Teoría comunista del derecho y del Estado*, trad. A. J. WEISS, Emecé, Buenos Aires, 1957.

dora y parcialmente crítica. Para verlo mejor, pongámonos en situación de un hipotético iusnaturalista residente en la URSS. Si le dejaran expresar sus ideas, diría que cualquier orden jurídico, y por tanto también el suyo, el soviético, tiende de por su naturaleza al bien común y a la justicia. Y, por tanto, afirmaría, *a priori*, que en el sistema soviético no pueden faltar normas que respondan a este criterio. Y las encontraría *a posteriori*: por ejemplo, que esté prohibido el homicidio, o que el comprador esté obligado a pagar el precio. Pero diría también que es posible que un legislador o un juez, por las razones que sea, intente incorporar al orden positivo normas que no respondan a este fin. Y por desgracia, también las encontraría de este tipo: por ejemplo, las que limitan hasta prácticamente suprimirlo el derecho de expresión, o las que regulan el funcionamiento de los campos de concentración. Entonces, afirmaría que tales normas ni son auténtico derecho, ni han de cumplirse; y es más, que los encargados de darles cumplimiento incurren en responsabilidad por ello, responsabilidad no sólo moral, sino perfectamente jurídica, el día en que se encuentren ante un tribunal libre. Igual que incurrieron en responsabilidad, en su día, los verdugos nazis.

Luego el argumento político contra la ciencia del derecho natural no llega a ser concluyente. Por lo demás, el sector científicamente más objetivo del positivismo, no sólo no lo hace suyo, sino que se manifiesta expresamente en contra de su empleo (12).

(12) Sirva de ejemplo, otra vez, BOBBIO, *Giusnaturalismo*, cit. pp. 116 - 117, 139, 223, etc.

Lo que es políticamente la teoría tradicional del derecho natural es una excelente defensa contra excesivas alegrías revolucionarias, pues mantiene que un sistema jurídico ni se puede ni se debe desarraigar de golpe para poner en su lugar otro sistema concebido *a priori*. Y es mejor que así sea. Por esta razón, entre otras varias, la teoría tradicional del derecho natural es una fuerza al servicio de una organización racional y sensata de la sociedad.

4. EL DERECHO NATURAL Y LA CIENCIA JURÍDICA.

Pero si es posible y deseable una ciencia del derecho natural, ¿cuál ha de ser su objeto?

El que su objeto sean los valores básicos, o lo que es lo mismo, las normas básicas que han de inspirar —y que inspiran de hecho, en una medida u otra— todo ordenamiento jurídico no creo que levante, una vez admitido lo dicho anteriormente, grandes objeciones. La investigación iusnaturalista, entendida como axiología jurídica, viene incluso siendo pacíficamente aceptada por un amplio sector del positivismo, pero eso sí, con tal de que se configure como cosa distinta de lo que se viene llamando “ciencia jurídica” (13). Hay en tales posturas una marcada tendencia a relegar al derecho natural a la zona de la “moral”, para que no estorbe. O sea, admitirlo con una sonrisa cortés, pero pasándolo al campo de investigación del vecino.

(13) En este sentido, por ejemplo, A. PASSERIN D'ENTREVES o B. DE JOUVENEL, en sus aportaciones al vol. *Crítica del derecho natural*, cit., respectivamente pp. 198 - 199 & 219.

Pues bien, la doctrina iusnaturalista sostiene eso, pero también bastante más. Sostiene, desde luego, que existe un orden objetivo de valores, y que éste puede ser tomado como objeto de estudio. Pero sostiene, además, que el derecho, incluso ciñéndonos al derecho humano, a exclusión de todo derecho divino, si es que es algo, es precisamente el desarrollo y la aplicación de este orden de valores a los más variados intereses, conflictos, conductas o circunstancias (14). ¿Por qué? Porque para esto está hecho, y sólo por esta razón merece la pena soportarlo y obedecerlo. Por tanto, la doctrina iusnaturalista insiste en colocar a estos valores básicos en el centro mismo de cualquier definición que se dé del derecho, y por supuesto con el corolario de que las normas concretas que no cumplan con este requisito, ni se tengan por derecho, ni se cumplan, diga lo que diga el poder constituido.

De que se acepte o no esta pretensión depende el

(14) *Contra ...*, B. DE JOUVENEL: "En una época como la nuestra, en la que vemos cómo la legislación resulta del conflicto de intereses, ¿quién puede ya creer que el derecho sea, en su esencia, una actuación de la moral?" (ibid., p. 218). Realmente, pienso que lo cree mucha gente, que por esta razón, por esta *única* razón, obedece a las leyes. El que la legislación nazca del conflicto de intereses, es evidente. De lo contrario, ¿para qué legislar? Pero lo que la sociedad espera del legislador, es precisamente que resuelva estos conflictos *según justicia*. El que en ocasiones no lo haga, y que "las prescripciones jurídicas sean dictadas por la fuerza prepotente" —en palabras de B. DE JOUVENEL (ibid)—, priva al legislador de toda autoridad para exigir su cumplimiento, y a los súbditos (o al menos a la parte perjudicada) de cualquier motivo para acatarlas. Salvo la fuerza, claro está. Pero tales situaciones resultan no sólo moralmente condenables, sino históricamente efímeras. Todo orden jurídico tolera una cierta dosis de injusticias: los hombres no somos perfectos. Pero traspasado un cierto margen (variable según las épocas), se derrumba: a la larga, la fuerza no puede suplir al "consenso" general.

status del derecho natural como auténtica ciencia jurídica, pero también determinadas consecuencias para cualquier otra ciencia jurídica. No es de extrañar, por tanto, que haya levantado objeciones incluso en el sector doctrinal que estamos examinando, que llega a admitir el derecho natural como axiología. Los argumentos esgrimidos, en cambio, no son demasiado fuertes, ni siquiera en BOBBIO, cuyas razones suelen ser, sin embargo, particularmente claras y contundentes.

En substancia, argumentos no hay más que uno, y es el siguiente. Una definición valorativa del derecho, si se es consecuente con ella, obliga, en presencia de todo precepto concreto, a examinar si corresponde o no al valor introducido en la definición. O sea, a *valorarlo*. Con lo cual, obliga a introducir en el campo de cualquier ciencia jurídica —pues de los preceptos particulares se ocupan las ciencias jurídicas particulares— un elemento “extracientífico” como es la valoración.

Naturalmente, este argumento se apoya en una concepción de la ciencia como cosa neutra al valor; como dice BOBBIO, en “l’avalutatività della scienza giuridica, di cui il giurista fa sfoggio quando vuol far vedere che egli è uno scienziato come gli altri” (15). Pero ante eso, me permito preguntar: ¿es realmente necesario que la ciencia jurídica sea una ciencia “come tutti gli altri”? Me explico. Es perfectamente lógico que unas ciencias cuyo objetivo son fenómenos más o menos espontáneos, que se siguen de sus causas con independencia de la voluntad del experimentador, como

(15) *Giusnaturalismo*, cit., p. 142.

son las ciencias físicas, estudien su objeto de manera éticamente neutra. Pero una ciencia cuyo objeto son normas, y además normas construidas por los hombres en función de unos valores, ¿por qué se tiene que negar a averiguar si las normas responden o no, de hecho, a los valores? Al fin y al cabo, se trata de hechos como cualesquiera otros y que caen plenamente en el campo de estudio del jurista.

Cabe objetar, ciertamente, que no se puede hacer valoraciones con el mismo rigor que descripciones (16). Pero en el fondo, ¿por qué no? Si se acepta el modo de hacerlo que he propuesto de sentar unos postulados valorativos y luego, con su ayuda y la de constataciones de hecho, ir bajando hacia valoraciones más particulares, la operación puede tener todo el rigor que se le quiera dar. Otra posible dificultad sería que no se pueden hacer valoraciones con el mismo desapasionamiento que descripciones. Pero ahí, otra vez, creo que no es así, que basta simplemente con proponérselo. Y, en este aspecto, puede ser muy beneficiosa la pretensión de cientificidad de las valoraciones: si consigue llevar a que éstas se hagan más fría y cuidadosamente, contribuiría a quitar hierro a numerosos problemas jurídicos o políticos.

Luego sólo queda, en el fondo de la actitud que comentamos, una admiración, tal vez un tanto ingenua, de los juristas hacia las ciencias físicas. Pero las ciencias jurídicas ¿tienen realmente el mismo cometido que éstas?

Precisamente desde este punto de vista, cabe opo-

(16) *Ibid.*, p. 143.

ner serios reparos al *approach* positivista. En efecto, el excluir toda consideración valorativa del terreno de lo científico significa, si se es consecuente, cerrarse el camino, en cuanto científico, no sólo a toda consideración *de iure condendo*, sino incluso a la búsqueda de la interpretación más deseable de un texto jurídico dado, al menos hasta que tal deseo o tal interpretación, en términos de BOBBIO, se hayan convertido en reglas válidas del sistema (17). En otros términos, la doctrina no podría en ningún momento adelantarse, como tal doctrina, al legislador o al juez. Resultaría incluso insostenible la muy respetable doctrina de la *mens legis*: la ley no tiene mente, y por tanto, todo intento de hacerle decir más o menos de su contenido literal ya se hace en función de un valor.

Desde luego, se ha subrayado mucho, desde AUSTIN, que una descripción y una valoración son cosas distintas. Pero de ahí no se infiere que no puedan coexistir en el seno de una misma ciencia cuestiones distintas. Además, de hecho, coexisten. Al menos entre nosotros, en todo buen manual al uso de derecho penal, o mercantil, o civil u otro, se encuentra la descripción de las normas vigentes, pero también se encuentran propuestas para su mejor interpretación, e incluso para su reforma. Y, es más, la sociedad *espera* que coexistan. Los juristas prácticos esperan de la doctrina que les indique qué normas existen, y además el mejor uso que cabe hacer de ellas. Y además, que los científicos se lo indiquen precisamente en su calidad de científicos. La postura

(17) *Ibid.*, p. 124.

opuesta a la que ahora defiende, en cambio, exigiría a la doctrina, sea que se abstuviera de hacer esto último, sea que lo hiciera al margen de su actividad científica (18), con lo cual viene a privar a cualquier consideración doctrinal *de lege ferenda* de la autoridad que da la ciencia y de la garantía que supone un método riguroso.

Otro problema se plantea cuando la adopción de una definición valorativa del derecho lleve a un jurista a concluir que tal o cual norma no ha de obedecerse. Si no se admite esto, se está ante una

(18) Esta última es la postura de BOBBIO (ibid., p. 143). Utiliza el símil con la actividad del lingüista (ibid., pp. 121 - 124) que es distinta cuando se trata de describir el lenguaje efectivamente hablado, bonito o feo, y cuando se trata de proponer correcciones. Por mi parte, prefiero comparar al jurista con el médico. El médico práctico, en efecto, espera de la ciencia médica la descripción de las enfermedades existentes, y de la manera de combatirlas. De ahí que sea "ciencia médica" exclusivamente la investigación dirigida a este fin. La que se dirige, pongamos por caso, a *provocar* enfermedades, no es ciencia médica, sino, todo lo más, ciencia militar (no excluyo, claro está, que un investigador médico pueda asimismo descubrir, por ejemplo: cómo multiplicar una determinada especie de virus; pero tales descubrimientos son, o bien casuales, o bien condición necesaria para otros descubrimientos propiamente médicos: concretamente, cómo exterminar estos mismos virus). Pues bien, lo que ocurre es que la ciencia médica parte de una valoración básica: la salud del hombre es un bien, y la misión del médico es conservársela. Luego todo conocimiento que no sea susceptible de aplicación en este sentido, tiene para el médico un valor instrumental o nulo. Y sin embargo, pese a estar totalmente condicionada por una valoración previa, nadie pone en duda la "cientificidad" de la medicina. Y no es la única ciencia valorativa: ya hemos citado la ciencia militar, que parte de la valoración opuesta; y hay más (cfr. Georges KALINOWSKI, *Querelle de la science normative*, LGDJ, París, 1969, pp. 137 ss.). Y bien, si admitimos que la ciencia médica está al servicio de la salud, ¿por qué no admitir que la ciencia jurídica está al servicio de la justicia?

objección política contra el derecho natural de tipo inverso a la que hemos examinado antes. Pero sobre este punto, reina un consenso bastante pacífico entre iusnaturalistas y iuspositivistas (19), pues ambos admiten que el orden y la seguridad jurídica también son en sí valores, y que por tanto es siempre preferible procurar la reforma de las leyes por los medios pacíficos que las sociedades civilizadas suelen poner a disposición de los súbditos. Y que la desobediencia, por tanto, sólo cabe en casos muy extremos, en que peligran valores muy fundamentales. Ahora bien, si se da tal supuesto, estimo que el jurista científico, precisamente en su calidad de estudioso del derecho, *debe, si puede*, dar la señal de la desobediencia. Y entiendo por "si puede", únicamente que no esté demasiado maniatado por la censura, la policía política u otros procedimientos igualmente valorables.

Por consiguiente, por muy larga que sea la tradición y por muy respetables que sean las autoridades que avalan la tesis de la "a-valoratividad" de la ciencia jurídica, no veo razones *suficientes* para adherirme a ella. El que los métodos descriptivo y valorativo sean distintos, no implica ni que uno sea científico y el otro no, ni que haya que relegar a cada uno a una disciplina separada. Para evitar confusiones entre ellos, basta con tener cuidado en tratar, dentro de la misma disciplina, cada problema con el método que le es propio.

Y aunque se desmostrara que cada ciencia ha de ser "a-valorativa", o mejor dicho, si se insiste en atenerse al convenio de que sólo es científico lo

(19) Cfr. una vez más BOBBIO, *Giusnaturalismo...*, cit., pp. 137-138.

no-valorativo, pues muy bien: que la jurisprudencia no sea ciencia, que sea *jurisprudencia*, así, a secas. Al fin y al cabo, lo que importa de la ciencia jurídica no es que responda a tal o cual definición de ciencia —que a lo mejor está pensada para una disciplina totalmente distinta—, sino que sirva para resolver los problemas jurídicos reales de la mejor forma posible.

5. CONCLUSIÓN.

Hemos llegado ya al momento de sacar conclusiones de todo lo dicho.

Una de ellas ya la he adelantado: creo posible y deseable una ciencia del derecho natural. O si no se quiere llamarla "ciencia", digamos al menos una disciplina académica que opere con el mismo rigor y pulcritud que cualquier ciencia.

Cuando digo esto, no me acusen de "geometrismo", por favor. Todo lo que he dicho se refiere, recordémoslo, única y exclusivamente a la *ciencia* del derecho natural, y sólo por esto se justifica. En efecto, si se quiere una ciencia, tiene que admitirse que ha de operar con los métodos especulativos propios de la ciencia. En cambio, el derecho natural objetivo, afortunadamente, es cognoscible también por la razón práctica. Un juicio prudencial nos puede llevar, en un minuto, a una conclusión correcta, para demostrar cuya corrección el teórico necesitaría, a lo mejor, trescientas páginas de demostraciones entrelazadas. Sin embargo, el inconveniente del juicio prudencial es que es aplicable tan sólo al caso individual que le ha dado lugar. Por esto creo que una

ciencia especulativa del derecho natural, al permitir proposiciones más universales, tampoco carece totalmente de interés.

Porque su objetivo es, no ya doble, como anunciaba al comienzo, sino incluso triple. En primer lugar, como *axiología jurídica*, nos puede informar, con carácter general, sobre los valores o las normas fundamentales, de las que el derecho es la manifestación. Luego, partiendo de la asunción de que el derecho se hace en función de estos valores, la ciencia del derecho natural exige ver esto reflejado en la definición del derecho, y se hace, por tanto, *ontología jurídica*. Y precisamente la conclusión ontológica a que aboque, la convierte, también, en *criteriología jurídica*, al tener que servir de "criterio" para distinguir las auténticas proposiciones jurídicas de sus falsificaciones.