

# METODOLOGÍA DEL DERECHO NATURAL

*Paulo Ferreira Da Cunha\**

Universidad de Oporto

## I PARTE

### LA APORÍA METODOLÓGICA DEL DERECHO NATURAL

#### *Alegorías en la caverna*

*«(...) that I may know all accidents and destinies, and when I return, will write my secret law upon those ivory tablets, just as poets and romance-writers have written the principles of their art in prefaces; and will gather pupils about me that they may discover their law in the study of my law(...)»*,

W. B. Yeats<sup>1</sup>.

#### I. METODOLOGÍA DEL DERECHO NATURAL: ¿«CONTRADICTIO IN TERMINIS»?

##### 1. Derecho natural, realidad del mundo del espíritu.

El derecho natural puede ser concebido como una ideología o como una realidad. Como una ideología si falsea la conciencia (Marx) o como bandera que oculta un interés (Jaspers), como realidad aunque del tercer mundo (Popper), del mundo de las cosas del espíritu. En este estudio partimos del principio de que el derecho natural –aunque pueda ser considerado como ideología en un cierto sentido (si se le considera como aspiración permanente a la justicia, aunque técnicamente no sea muy preciso, tal como lo presenta Fernández Galiano)–, esencialmente, no es ideológico, en el sentido de que no es un mito despreciado ni tampoco una utópica ciudad ideal quimérica.

---

\* Traducción castellana del original portugués de Estanislao Cantero Núñez.

<sup>1</sup> W. B. YEATS, *The Tables of the Law*, en *Mythologies*, 3ª ed., Londres, Papermac, 1982, p. 301.

## 2. Derecho natural y epistemología

Tras considerar que el derecho natural es una realidad, surge una nueva dificultad, en cuanto que dicha realidad pueda o no ser captada por la ciencia. Sin embargo, hemos de tranquilizarnos. El derecho natural no es tan esotérico, arcano, ni siquiera esquivo, puesto que muchos autores consideran posible esa aprehensión científica, hasta el punto de existir una Ciencia del derecho natural.

Siguiendo los parámetros epistemológicos clásicos, tal ciencia tendrá un objeto (en nuestro caso el estudio del derecho natural o el propio derecho natural), e, incluso (al menos) un método. La metodología del derecho natural tendría por objeto el método o métodos del derecho natural.

## 3. Dificultades teóricas

Sin embargo, el problema no parece tan simple.

### 3.1. *Relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo y unidad de lo jurídico*

En primer lugar, porque el derecho natural entreteje con el derecho positivo una trama de relaciones que les hace comulgar en una unitaria y superior esencia, la de la juridicidad. Por lo que cabe preguntarse si no tendrá más sentido una única metodología (comprensiva) para el conjunto, doble y dialéctico, de derecho natural y derecho positivo.

Subrayo, desde el principio, que la relación entre ambos derechos parece plantear un importante problema metodológico.

### 3.2. *El radical problema metodológico*

En segundo lugar (aunque quizá éste debiera ser el primer problema a considerar, dada su radicalidad), está la misma cuestión de la metodología, de su legitimidad (o, al menos, de su singularísima especificidad), tanto en el derecho en general como en el derecho natural en particular.

Si las ciencias físicas (llamadas naturales) y las ciencias abstractas (llamadas puras) permiten y hasta reclaman una epistemología metodológica, ¿dependerán tanto de la metodología las *epistemai* morales y políticas (sobre todo las normativas) como el Derecho, especialmente el derecho natural? En caso afirmativo, ¿qué particular tipo de ciencia se habrá derivado de ella? Y sin ella, ¿que otras ciencias no podrían haber florecido?

#### **4. Metodología del derecho natural: ¿«*contradictio in terminis*»?**

Por todo lo dicho cabe preguntar si el derecho natural, por su espontaneidad, y/o por el hecho de formalizarse en acto necesariamente mediante el derecho positivo, no carece de *metodología*, o mejor dicho, si no encuentra su propia metodología fuera de sí, precisamente en el derecho positivo. De ese modo, el derecho positivo sería el «camino para» el derecho natural, y la ciencia del derecho positivo (la normal ciencia jurídica, *tout court*) la *meta-odos-logos* (metodología: ciencia del camino para....) del derecho natural. Lo que de alguna forma implicaría que la metodología del derecho natural sería una *certa contradictio in terminis*.

#### **5. Algunos caminos (métodos) del derecho natural.**

Sin embargo, siempre se dirá que se puede concebir una metodología del derecho natural con perspectiva autónoma, como camino para el conocimiento del propio derecho natural. Esta genealogía del derecho natural sería su propia metodología, correspondiendo su aplicación al derecho positivo, o a una instancia intermedia, un puente grisáceo entre el derecho natural y el derecho positivo.

No obstante, si se quiere conceder mayor formalismo y autonomía a este paso (del derecho natural al derecho positivo), entonces también cabe encontrar ahí motivo para una metodología.

#### **6. Tres formas metodológicas de derecho natural**

Parece, pues, a primera vista, que hay tres modos de concebir una metodología del derecho natural:

##### *6.1. Ciencia jurídica positiva*

Una primera hipótesis es concebirla como estricta ciencia jurídica positiva, cuando admita su inspiración iusnatural y la asuma (trasponiéndola) metodológicamente.

En esta perspectiva, la metodología del derecho natural parece que desaparece, debido a su identificación con un ser autónomo y poderoso: el mismo derecho positivo.

Pero todavía sería necesario analizar en qué medida el derecho positivo es consciente de su función de trasposición (positivadora) del derecho natural y, en consecuencia, efectúa esa materialización o condensación, o concreción del

derecho natural. Tal investigación (como la correspondiente práctica) constituiría, también, realmente, una dimensión de la verdadera metodología del derecho natural.

### 6.2. *Transición del derecho natural al positivo*

Desde otro punto de vista, si se concibe el derecho positivo más aislado y estáticamente, se entenderá como el momento o los momentos de transición del derecho natural al positivo. Claro que la admisión de esta concepción metodológica supone el rechazo de la anteriormente indicada (6.1), por una evidente incompatibilidad de sus concepciones teóricas. En mi opinión, de hecho, esta posibilidad es menos fecunda que la formulada en primer lugar

### 6.3. *Investigación del derecho natural*

Aun cabe otra posibilidad que es concebirla como estudio del conocimiento (o de la constitución-creación) del derecho natural. Investigación perfectamente legítima y útil.

## 7. Las dos vertientes más fecundas: investigación y positivación

Así, considerando menos valiosa la segunda de las concepciones mencionadas, tendríamos dos vertientes de la metodología del derecho natural: la gnoseológica y la relacional, o si se prefiere, la ontológica-cognoscitiva (u ontognoseológica), onto-noética y la trans-positiva. Aunque me parece más significativa la expresión *trans-positiva*, porque de eso se trata, de *trans*-portar la normatividad de lo natural a lo *positivo*.

## 8. Los grandes problemas de la metodología del derecho natural

Los grandes problemas de la metodología del derecho natural son los siguientes:

### 8.1. *Cuestión onto-noética*

¿Cómo podemos conocer el derecho natural?

### 8.2. *Cuestión transpositiva*

¿Cómo se convierte el derecho natural en derecho positivo?

Se han dado múltiples respuestas a ambas cuestiones. Y muy raramente se ha sido consciente de que son problemas metodológicos. Sin embargo, nos parece mucho más importante su sustancia que su catalogación.

Vamos a intentar seguir nuestro propio camino casi sin referencia a otras sendas ya recorridas, reconociendo que ha habido otros senderos y que caben otros diferentes, incluso mejores, puesto que en esta cuestión caben las metodologías personales. Sin embargo, como concluirá el lector, acabaremos desembocando, sin extrañeza, en territorios ajenos, e, incluso, en caminos muy trillados. Hecho que, también, parece ser elocuente sobre los límites inmanentes de cualquier metodología del derecho natural.

## II. CONOCIMIENTO DEL DERECHO NATURAL

¿Cuál es o cuáles son los métodos para conocer el derecho natural?

### 1. Los viejos caminos

Tal como decíamos, los caminos del derecho natural son antiguos, y estamos obligados a recorrerlos, más o menos, siempre. Lo que es un bien, porque, de ese modo, estamos menos supeditados a los errores de pseudooriginalidades personales o de escuelas, en que, con frecuencia, han caído tantas metodologías del derecho positivo.

### 2. Antropología y Teología

Se puede llegar al derecho natural tanto por una idea del Hombre, como por una idea del Hombre con Dios. En cualquiera de ambos casos, la concepción del Hombre para que puedan surgir preocupaciones iusnaturalistas, no puede ser muy optimista (tampoco precisa ser pesimista, sino realista); es decir, no puede ser una visión idílica o utópica de la naturaleza o de la condición humana. Para reconocer la existencia del derecho natural es necesario reconocer la pequeñez y, sobre todo, la falibilidad y la eventual injusticia de las leyes humanas (también, de las demás fuentes del derecho).

Es más fácil partir de la idea de un Dios-legislador. Pero en tiempos, como los nuestros, de incredulidad e indiferencia, termina por ser más científico hacer una *epoché* de la trascendencia en el plano religioso y procurar probar el derecho natural en el simple terreno de lo profano.

La empresa resulta más seductora, más rigurosa, e hipotéticamente, más aceptada. Es demasiado fácil (y termina por volverse demasiado peligroso, por ser, también falible) hablar de derecho natural con el estilo dogmático de una

teología expuesta a profanos, en un rol de dogmas indiscutibles. Pero esto es, ya, una cuestión de pedagogía, o de metodología pedagógica, o de didáctica.

### 3. *Visión e introspección*

#### 3.1. *¿Deducir o ver y ponderar?*

Ver la realidad y consultar el corazón y el intelecto nos parecen los procedimientos obvios para llegar al derecho natural. Al menos, los primeros a experimentar.

Por la decantación generalizadora de las normas jurídicas positivas (incluso de diferentes órdenes jurídicos) podemos llegar, sin duda, a principios generales de derecho, o, incluso, a algunas conclusiones sobre la unidad del ordenamiento o del sistema jurídico. Sin embargo, de ese modo, incluso se podría caer en un utópico orden de *distopia*, donde reinase la injusticia más repugnante, acogiendo principios contradictorios con el derecho natural. No. El derecho natural no es susceptible de ser alcanzado por simples operaciones intelectivas de reducción a denominadores comunes por generalización o por analogía. La lógica produce, a veces, monstruosidades, y, muchas más, no pasa de repeticiones.

Además, no se trata tan sólo ni principalmente, de analizar normas, sino de atender, también, y en particular, a todo tipo de actos y hechos jurídicos, en interacción, en cuanto medios de creación de justicia o de injusticia.

De la observación de esa compleja realidad viviente efectuada por el atento y descomprometido observador (aunque sabiéndose enraizado y situado, y sin complejos por ello), y de los efectos que tal contemplación produce en su sensibilidad y en su inteligencia, resultará una de estas dos cosas: o desesperará de la condición humana, viendo que el mundo anda torcido, y que así continúa incluso cuando parece que más se le quiere enderezar, con lo que algún día su grito cesará, transformándose en resignación, conformándose con la injusticia, normalmente con el pretexto del «realismo» o de la «responsabilidad»; o acabará por pensar que la justicia concreta de cada *hic et nunc*, no es más que un intento, pervertido por la maldad, unido o no, a la ignorancia de los hombres, como una sombra de la caverna platónica respecto al mundo de los arquetipos. Y aquí es donde comienzan a separarse las aguas.

#### 3.2. *Los «cavernícolas».*

Los que tienen la caverna por única realidad son los positivistas. A pesar de que intenten perfeccionar su mundo de sombras (en un esfuerzo más o menos decorativo), no saldrán nunca del roquedal bruto.

Los que no temen a la luz, todavía ofuscante, del mundo verdadero, en ella verán el derecho natural.

El problema es que los hombres acostumbrados a las sombras tendrán que llevar la luz al interior de la caverna (pareciéndose a sus meros perfeccionadores o decoradores, negadores del espacio exterior).

Es posible (y probable) que se incurra en muchísimos errores en el intento de robar el fuego sagrado (o la sagrada luz), ya que, a pesar de todo, hay un cierto prometeísmo en esta empresa, incluso cuando se pretende realista y contraria a todos los voluntarismos, antropocentrismos exagerados, etc.

La tentación más inmediata parece ser la de mirar, con los ojos desnudos, directamente a la luz pura e incandescente del derecho natural. El precio será la ceguera inmediata.

Ciega es la actitud del ingenuo que al descubrir la injusticia en la caverna de nuestro mundo, y, sin ninguna preparación jurídica, filosófica, cultural..., se pone a clamar por el derecho, la justicia, e incluso, el derecho natural (si alguna vez oyó la expresión).

Confundiendo sus sentimientos con la luz, sin salir todavía de la caverna, identifica la *vera lex* con lo conveniente a sus intereses (y no es raro que sea sincero y no interesado en esa grosera asimilación). La mayoría de las veces se parará ahí. Pero si el corazón embotado y la conciencia cauterizada aún le permiten continuar y alcanzar la estrecha senda que lleva al exterior, ciego como estaba, se cegará dos veces, no comprendiendo nada de la claridad: pues más obscuro y arcano que la caverna es su mundo de ahora, el universo, sin las fronteras de su egoísmo pseudojusticialista.

Otra tentación también es frecuente: la típica actitud del investigador de segunda mano. Éste se limita a aplicar sistemática y científicamente sus métodos, atendiendo a las verdades y a las mentiras de los exploradores del primer tipo; estos, obviamente, no le suministrarán nada importante, mas que como vivencia psicológica o fabulación más o menos literaria.

A los relatos de los ciegos, el ciego guiado por los ciegos, añadirá o no su juicio, su fantasía, su opinión, o su interés y parcialidad. Y dará una visión del derecho natural sabia y letrada, pero, por supuesto, totalmente falsa.

El tercer grupo está constituido por los exploradores experimentados. Sondas en ristre o simplemente equipados con gafas de sol, se dirigen, llenos de fe, hacia el resplandor.

Si los que lo contemplan sin protección permanecen ciegos, tal como vimos, éstos van entreviendo algo. Pero todo lo que captan estará coloreado por los colores de los cristales de sus gafas.

Ese es el gran problema (por algo desde el principio negamos el carácter ideológico del derecho natural): aún no sabemos cuál será el mejor método para captar el derecho natural. Contemplar esa realidad a simple vista, esto es, con la ingenuidad carente de ciencia, normalmente conduce a una ceguera fanática, o, al menos, demasiado particularista. Deducirlo como un *armchair sociologist* (o *anthropologist*) desde la poltrona del oír-decir y del inventar, conduce al fraude o al error craso. Afrontarlo con excesivas protecciones (filtros que siempre se interponen entre el sujeto y el objeto) constituye un lastre ideológico deformante, que da al derecho natural un aspecto que se amolda a los medios de investigación, y, de ese modo, lo desvirtúa.

Nos parece que este es el principal drama de las metodologías para captar el derecho natural.

### 3.3. Metodología híbrida

Claro que siempre podemos recomendar (con una de esas conocidas piruetas teóricas que acaban por no ser chocantes, dado el hábito adquirido y el *happy ending*) el prudente método híbrido, con el que, sin perder la pureza del ingenuo no letrado, se evite su particularismo o su fanatismo «autodidacta»; con el que, sin prescindir de la ciencia y de la erudición, se critique todo lo que parezca que proviene de simple *sim-patia*, procurando que los anteojos no constituyan una venda de ceguera monocolor, sino tan sólo un filtro contra la intensidad de la luz; en el que, después de la experiencia propia, se atienda a la ajena merecedora de crédito, sopesando todo con discernimiento en las balanzas de la razón y del corazón.

Parece que un método de esta naturaleza, tan provisto de «frenos» y «contrapesos» (como para algo muy diferente indicó Montesquieu), no podría fallar. El único problema es éste: ¿será factible? ¿Quién será el timonel tan experimentado y tan cauto que consiga librar al navío de tantos peligros? ¿Quién domina hasta ese punto el timón?

Esta mezcla tan exigente, esta atención tan sagaz ante los peligros, nos lleva a otro problema, que es el problema personal en la tarea de encontrar y aplicar el derecho natural. Cuestión, ciertamente, compleja.

## 4. Destinatarios y agentes del derecho natural

### 4.1. ¿Un derecho natural elitista?

Existe una gran confusión en este problema personal de la teoría. Y la cuestión es vital y aguda, naturalmente, empeorada cuanto más nuestra sociedad es



una sociedad de masas, incluso en el nivel en que siempre debería ser sólo de élites (de valor, claro está), para bien de las mismas masas<sup>2</sup>.

Michel Villey apunta, claramente, en sus *Carnets* póstumos, dónde encuentra la herida, la herida sangrante: en que no todos comprenden, ni comprenderán nunca, el derecho natural. El derecho natural no puede ser cosa para todos.

Pero el argumento se nos puede volver en contra: ¿no habrá en esa afirmación una insalvable y evidente contradicción con lo que, repetidamente, mucha y buena doctrina ha enseñado respecto a las características del derecho natural? ¿Acaso no es inmutable y universalmente cognoscible? ¿No reside la ley natural en el corazón de todos los hombres?

Intentaremos una explicación plausible a esta aparente contradicción (sin duda no la única, ni completa, ni definitiva, y, mucho menos, ciertamente, la mejor).

#### 4.2. *El neón o el sol*

Por una parte, el hombre de hoy ya no vive en la genuina caverna platónica. Al haber oído hablar del mundo exterior, los positivistas construyeron dentro de la caverna sistemas de iluminación artificial con el que sustituir al tan pregonado sol de los iusnaturalistas. Más aún: mientras que éstos, empeñados en interminables disputas sobre el astro rey, descuidaron sus lámparas, como vírgenes imprudentes, aquellos establecieron sistemas de electrificación. Es el caso de los derechos humanos: en rigor, no son derecho natural, sino luz eléctrica, pero van iluminando. Quizá no sea casual que Amnistía Internacional tenga una vela como símbolo.

Ante la iluminación que va apareciendo en diversos recovecos de la caverna (no en todos, sino más bien en muy pocos), no falta quien rechaze la existencia de cualquier sol. Los tribunales que juzgan crímenes contra los derechos del Hombre, resplandecen como luceros de neón; acaban por hacer realidad lo que apenas se consideraba ideal o programático, cuando no utópico.

Mientras haya neón el sol se considerará un viejo mito.

---

<sup>2</sup> Afirma, v. g., LOUIS LE FUR, en *La théorie du Droit Naturel*: «Tout droit est trouvé, je ne dis pas créé, inventé, mais découvert par une élite, doctrine et jurisprudence, qui le tire de la réalité même, de la nature des choses, disent les anciens auteurs; puis il descend de l'élite dans la masse -en réalité, le Droit descend et ne monte pas, comme on l'a cru parfois-, et lorsque l'opinion publique est conquise, les gouvernements, mêmes hostiles, doivent suivre, de plus ou moins son gré».

Las almas con escasa necesidad de luz (y, sobre todo, ya desconocedoras de lo que es la verdadera luz) no harán el esfuerzo de procurarse el sol de fuera. Les basta con darle al interruptor.

La inmensa mayoría de las personas, y muchos juristas se integran ya complacientemente en la masa (¡hay de nosotros!), ¡pretenden saber del Derecho y del derecho natural si sus diminutos derechos (o lo que consideran tales, o quisieran que lo fueran) se consiguen, respetan y protegen!

#### 4.3. *Complejidad del derecho natural*

Por otra parte, la complejidad del estudio y, sobre todo, de la práctica del derecho natural, por la inmensa falibilidad de los juicios concretos relativos a él, además de su relativa desconsideración a que, en general ha conducido un mundo jurídico configurado por el formalismo nórdico, no son moldes apropiados para incentivar a los juristas en la senda del derecho natural. Incluso puede admitirse, teóricamente, la existencia del derecho natural. Sin embargo, a esa profesión de fe ontológica no corresponderá, en la inmensa mayoría de las veces, ninguna consecuencia metodológica. Los docentes que proclaman el credo iusnaturalista, ha dicho alguien con gracia, sólo lo son hasta Navidad; después, el resto del curso, cuando hay que metodologizar, son positivistas.

#### 4.4. *Síntesis*

Tales obstáculos no suponen una incompatibilidad entre los principios ontológicos clásicos del derecho natural y las vicisitudes de su crisis contemporánea.

Realmente, el reconocimiento de la existencia del derecho natural puede brotar con relativa facilidad de la sinceridad espontánea de espíritus aún no contaminados por las ideologías nihilistas o fanáticas de cualquier inmanentismo (especies de fundamentalismo, muchas veces de un fundamentalismo laico<sup>3</sup>). Pero obsérvese que tan sólo hablamos del reconocimiento de la existencia, no del rigor y esmero teóricos de una *metodología* del derecho natural.

Ante el choque y la indignación que nos producen las injusticias, incluso las injusticias de la ley y de la justicia oficial, positiva, vigente, no hay quien no pueda admitir que por detrás (o antes, o por encima) de este derecho hay otro Derecho, o debería de haberlo. Pero de ahí a decir cómo es ese otro Derecho, y Derecho con mayúscula, hay un trecho enorme. Obsérvese que este paso de un

---

<sup>3</sup> Cfr. nuestro «Fundamentalismo» en *Enciclopedia Verbo*, Ed. Século XXI y la bibliografía allí citada.

derecho a otro, es el que corresponde (al menos en una importante versión) a la metodología: por un lado, metodología de creación del Derecho, o normogénesis, por otro, y más adecuada al objeto derecho natural, porque es natural, normoetéica (conocimiento normativo del derecho natural), o conocimiento del «pre-existente» derecho natural. Que sólo es posible recorrer en su totalidad metodológicamente.

Y, como ya se apuntó, si el carácter incipiente de una visión ingenua del derecho natural constituye un obstáculo, no lo es menor, tanto la sofisticación artificial (siempre anti natural, incluso en estos ámbitos) del mundo contemporáneo, como la complicación demencial de la inflación legislativa, la anarquía de cierto pluralismo normogénético, así como la sofisticada logorrea de mucha doctrina positivista, o afín a ella, metida a teorizar...o a filosofar (!) sobre el Derecho.

Es curioso comprobar que, si gran parte del alejamiento del derecho natural se debe a su innegable complejidad, también una extrema complejidad en la formación y en la práctica jurídicas como *Ersatz* de cualquier derecho natural, constituye una segura vacuna contra cualquier incursión fuera de la caverna.

El problema se encuentra, sobre todo, en la visión del mundo del Hombre y del Jurista.

El afamado estudioso del derecho natural, Erik Wolf, afirmó que el derecho natural interesa a todos los hombres. Totalmente de acuerdo. ¿Por qué será, entonces, que son tan pocos (incluso entre los juristas) los que se preocupan o interesan por él?

El derecho natural no interesa a las masas porque éstas sólo se interesan por lo que la propaganda les ordena interesarse. Una pequeña resistencia a la sociedad del *marketing* (o, si preferimos, del *marketing* malo) la constituye la escuela (la familia ya casi no cuenta en la inmensa mayoría de los casos, reducida a un círculo muy cambiante de consumo en común a escasas horas diarias). De ahí que, la única esperanza de que alguien se interese por el derecho natural sería que se enseñara en las escuelas.

La cosmovisión de las políticas públicas, siempre en la línea de lo «políticamente correcto», la dictadura mental de la contemporaneidad de pseudo-posideologías (en verdad, pseudo-pos-socialismo), es, por acción u omisión, contraria al estudio del derecho natural. Por eso, el derecho natural no se estudia. En muchas Facultades de Derecho casi no se habla de él, y mucho menos se le alude en otros cursos o en la enseñanza secundaria, donde debería ser obligatorio, tal como, por otra parte, ocurre con los rudimentos del derecho positivo.

Permítasenos que insistamos en este problema con algún simplismo didáctico. La cuestión se puede formular así: ¿le gustaría a alguien la música y se

interesaría, si quiera, por ella (por un absurdo utópico, más o menos platónico) si no hubiera músicos en la ciudad y no se enseñara en las escuelas? Incluso por los deportes de masas como el fútbol: ¿alguien jugaría si no lo conociese (o inventase)?

He ahí la cuestión: estamos reducidos a la condición de inventores, o pioneros, cada uno de nosotros. Y no ya enanos en hombros de gigantes (San Bernardo) que podríamos haber sido, sino siempre enanos, y nunca enanos concedores de la labor de los demás enanos. Cada enano singular e individualmente tendrá que sentirse golpeado por el *ius positum* o llamado al *ius naturale*. Es como si, fundados en el falso argumento de la cognoscibilidad y racionalidad universales de la geometría (al menos de la euclidiana), los Estados prescindieran de enseñarla en las escuelas, obligando a cada niño al trabajo de Hércules de deducir *ex novo* todos los teoremas. La semejanza con lo que ocurre con el derecho natural no puede ser más exacta.

El interés por el derecho natural depende del *despertar* de la conciencia hacia él. Y aunque pueda llegar naturalmente (ante una afrenta, una agresión o una injusticia, por ejemplo), se conocería de forma más generalizada y eficaz mediante la escuela. Pero dejemos este tema a los especialistas.

El hombre corriente no cultiva esta materia. Nada de imprudencias. Dios nos libre, también, de una opinión pública enfrentada por causa de teorías o de casos de derecho natural. Obviamente que el conocimiento y la vivencia del derecho natural por el hombre medio no se concibe del mismo modo que para los especialistas, los juristas (en verdad y en rigor, todos los juristas).

Actualmente, también los juristas saben muy poco y se preocupan muy poco del derecho natural.

La visión del mundo del jurista medio (la gran mayoría) cada día es más mediocre, a causa de la inflación y de la falta de selección auténtica de los diplomados y de los profesionales. Siendo así, sus aspiraciones, sus valores, o su comportamiento, no se distinguen ya mucho del hombre corriente; apenas se destaca de forma más evidente cuando, *ex officio*, el jurista deja de serlo y, creyendo serlo, se pone la máscara (demasiado apegada al rostro) de *homo burocraticus*. Lo que constituye una situación, en cualquiera de sus manifestaciones, gravísima, por la pérdida de especificidad y de mayor valía de la corporación.

Esto implica que el jurista de hoy normalmente camufle su inmensa ignorancia sobre el derecho natural con una sonrisa burlona y pseudointelectual ante tan vetusta reliquia, más o menos obscurantista (leo en una de esas guías de bolsillo que, ante la expresión *derecho natural*, es conveniente para el bienpensante, sacudir la cabeza y esbozar una sonrisa entre burlona y complaciente).

Si nuestro joven jurista fuera izquierdista o izquierdizante, podrá adornarse con excelentes calumnias identificadoras del derecho natural con los regímenes calificados de derechas (y de la más extrema), y si fuera ateo militante tendrá a su disposición otros tantos autores que, convenientemente, le dirán que eso del derecho natural es una ideología muy inferior al servicio de los más inconfesables intereses de la Iglesia Católica.

Así, se tranquilizará la conciencia. Sobre todo, porque lo contrario también se podría decir pacíficamente, e igualmente sería erróneo.

#### 4.5. *Justicia iusnaturalísticamente «laica»*

Incluso el problema de la justicia y de la injusticia, cuando preocupan al jurista (lo que cada vez es más raro), tenderá a ser relacionado sólo en el plano político o personal-grupal (psico-sociológico). Todo dependerá (en esa visión ingenua, pretendidamente sabia), en primer lugar, de que haya o no una buena política, un gobierno de un buen partido o de una buena mayoría; y, después, con el desencanto de esta visión, todo pasará a ser relacionado sencillamente en función de la honestidad y competencia de los hombres: en cuanto lleguen al poder los hombres buenos que hagan las leyes, los que las cumplan bien y haya jueces igualmente rectos que las hagan cumplir en los casos patológicos. Nada más (y nada menos...). La inserción de todo el problema de la justicia en el derecho positivo desplaza, así, evidentemente, toda la cuestión al plano político, des-juridizando la cuestión. Aún más: en la realidad, de tan inespecífico y de tan servil, el mismo Derecho *propio sensu*, termina por volverse, efectivamente vacío, superfluo en cuanto realidad *a se*.

#### 4.6. *Dificultades del iusnaturalismo y el recurso del derecho positivo*

Con agentes potenciales decrecientes y faltos de preparación, el derecho natural no podrá llegar a sus destinatarios (que son todos los hombres). Pero es necesario precisar que no se puede pensar que el derecho natural esté metodológicamente destinado a ser manejado por todos (como cualquier simple «alta tecnología») en su estructura y funcionamiento internos. Pero, como todos sabemos, incluso los más sofisticados aparatos tienden a ser puestos a disposición de los consumidores que pulsen adecuadamente los correspondientes botones. Si el derecho natural pudiera ser transistorizado de tal forma, sin peligro para nadie (y, desde luego, sin desvirtuarse) esa democratización sería deseable. Aunque tengo mis dudas, porque el derecho natural no es un bien de consumo de masas (aunque sea duradero), y porque todas las tentativas de masificación en esta materia (como los aludidos Derechos Humanos) redundarán en empobrecimiento. Pero suspendamos el juicio, dada la inactualidad de la cuestión.

Todos los hombres estamos sujetos al derecho natural, tienen derecho a él, o, mejor dicho, no pueden escapar a él, y eso es bueno para todos. Pero no todos los juristas (sólo los mejores y que se prepararon para ello) podrán ser *mediadores* (*metodologizadores*) entre el derecho natural y sus conciudadanos. Casi se podría decir (aunque no sea conveniente hacerlo) que no todos los juristas pueden ser juristas (o *son* efectivamente juristas).

Retrocedamos: aunque esas afirmaciones sean verdaderas, que la desesperanza no nos consuma. Siempre queda un recurso: el derecho positivo. El derecho positivo, siquiera mínimamente correcto, podrá constituir una pálida imagen de un derecho positivo integral adecuado al derecho natural. Por lo que debemos considerar que la lucha política o iuspositiva por la justicia inmanente no debe ser despreciada u olvidada; antes bien, debe ser encomiada a pesar de constituir una vía peligrosa y lateral, poblada de riesgos de desvirtuamiento.

Si el derecho natural no es para todos, ni siquiera para todos los juristas, tampoco lo es la lucha político-jurídica. Algunos se quedarán (y es bueno que se queden) con la simple y diligente aplicación de lo dado, sin fantasías, sin aspiraciones. A pesar de todo, tal actitud causará menos injusticias.

### III. APLICACIÓN DEL DERECHO NATURAL

#### 1. ¿Positivación vs. Teorización?

Ante las dificultades que se presentan a propósito del conocimiento del derecho natural, sentimos la tentación de afirmar que la gran manera de conocer el derecho natural es procurando aplicarlo, es decir, volverlo positivo.

Contra esta tesis milita una cierta repugnancia (que personalmente comparto) hacia la idea antiteórica (siempre algo primitiva, y normalmente de consecuencias desastrosas y raíces dudosas) que pueda sugerir.

Pero es preciso matizar: no es desprovistos de todo *instrumentarium* teórico como nos pondremos a aplicar lo que no sabemos en qué consiste. Nunca es así. Sólo queremos decir que «la prueba del pastel consiste en comerlo» (esa es la prueba radical), y la vida efectiva del derecho natural es en acto (no simplemente en potencia), cuando se vuelve (o sus preceptos, perspectivas, etc., se vuelven) derecho positivo.

Así, el gran problema metodológico del derecho natural se nos presenta al pasar al momento o al lugar de aplicación, de la alquimia positivadora.

La metáfora del positivista Hans Kelsen nos servirá. Si el Derecho (quería decir, claro está, el derecho positivo) transforma en Derecho todo aquello que

toca, presupondremos que tal juridificación consistiría en la transformación de lo desvalioso, bruto e informe... en oro. ¿Pero cómo ocurrirá en la realidad, con toda certeza menos idílica que la imagen de un positivista, aunque tenga arranques poéticos? Muchos pensarán que aquí se aplica una inversión del don de Midas: el natural oro se convertirá en basura en cuanto se positivice.

Pero no exageremos ni hacia un lado ni hacia el otro.

La inmensa mayoría de las normas jurídicas (y de otros actos jurídicos), al menos en su consideración singular y abstracta, o son justas o son indiferentes y meramente reguladoras (y en ese sentido, adquieren una justicia indirecta, pues contribuyen a ella indirectamente). Sólo que todo este oro parece que no brilla. No se duda que lo sea, pero no reluce, y por eso, no arrebatara suficientemente.

Sin hablar de la maldición refractante de toda la degradación de las Ideas en este mundo sublunar, lo cierto es que en este *opus* hay elementos que acaban por fundirse con el oro original, volviéndolo impuro, y otros legítimos que se quedan en el crisol o se consumen en el proceso.

Sabiendo que el derecho positivo es siempre un derecho imperfecto (pero no por eso el derecho natural pasa a ser el derecho perfecto: incluso porque, desde luego, carece de vigencia o positividad para serlo), seguimos preguntando: en fin, ¿cuál es la metodología del derecho natural para hacerse (o hacer el) derecho positivo (y así aparecer de forma más inteligible que la que ofrece al conocimiento teórico)?

## **2. El derecho natural en la creación del derecho positivo: enunciado**

Esta sucesiva remisión o reducción de los problemas metodológicos del derecho natural no nos lleva a un gran estuario, sino que miríadas de deltas, como las diversas fuentes, acaban, de nuevo, por confundirnos.

En síntesis, creemos que la cuestión de la metodología del derecho natural se reconduce al problema de la creación recta del derecho positivo. Porque no puede haber formación correcta de éste sin que preste atención a aquél, ni en su aplicación ni en su enjuiciamiento. En fin, el derecho positivo anda siempre (o debería de andar) en la estela del derecho natural.

Y de aquí se desprende, en nuestra opinión, que la metodología del derecho natural ha de ser afrontada en una triple dimensión.

### **2.1. En la creación del Derecho**

Eso nos lleva a considerar, al menos, las fuentes inmediatas del derecho, no en el sentido institucional, sino en el conceptual o hipotético (no en el vigente,

sino en el más latamente positivo). Aquí la pregunta es simple (las respuestas, en cambio, son complejas): ¿cómo ha de constituirse el derecho positivo para ser justo (acorde con el derecho natural), en la ley, en la costumbre, etc.?

## 2.2. En la «ejecución» del Derecho

Fundamentalmente se plantea el problema a nivel gubernamental y a nivel administrativo. La pregunta, ahora, es ésta (también sencilla de formular, pero complejísima de responder en la práctica): ¿cómo obrar rectamente, justamente, aplicando la ley, la costumbre, etc.?

## 2.3. En la judicatura

En el plano de las cuestiones contenciosas o litigiosas, *in iure*, o fuera de los tribunales, se plantea también el mismo problema, *mutatis mutandi*. ¿Cómo asesorar bien una causa, defender a una parte o juzgar de acuerdo con la justicia (en concordancia con el derecho natural) pero sin olvidar la mediación, con frecuencia más inmediata (y legalmente impuesta frecuentemente como única) del derecho positivo? ¿Cómo compatibilizar los parámetros del derecho natural y del derecho positivo en tal situación? ¿Será una cuestión de compatibilidad o de prelación?

## 3. El derecho natural en la creación del derecho positivo: implicaciones actuales

El primer conjunto de problemas ya indicado (2.1.) se suele integrar teóricamente en el ámbito del estudio de las fuentes del derecho; sin embargo, debido a su tradicional desplazamiento, científicamente erróneo, de las sedes filosófica, metodológica y jurídico-constitucional (que sería su lugar), al terreno de la civilística, acaba por reducirse, con frecuencia, a una visión tan sólo funcional y formalista, y, evidentemente, totalmente ajena a cualquier referencia a la intervención constitutiva o reguladora del derecho natural.

Los problemas siguientes (2.2. y 2.3.) conducen al ámbito de la interpretación y de la aplicación de la ley (y de todas las normas jurídicas); es decir, a la Hermenéutica Jurídica.

En fin, nos parece que todos los problemas (incluso el de las fuentes) se reconducen a lo último: una cuestión de hermenéutica. Salvo, quizá, en el plano de las fuentes, lo que afecte a la creación autónoma: ahí tendremos, probablemente, nomología, dikélogía, teoría de la legislación, etc., si tales disciplinas, todavía sin contornos claramente admitidos, no se tuercen por un camino tec-



nicista y formalista, situación en la que serían inútiles para comprender el florecimiento del derecho naciente.

Diremos, en síntesis, que las principales fronteras (fronteras que son *limes* y barricadas donde se lucha todos los días) del derecho natural, hoy, parecen ser la Hermenéutica Jurídica y la (llamémosla así) Teoría de la Legislación. Sobre todo ésta, porque podemos prácticamente prescindir de la costumbre en esa general «nomología», puesto que se quiera o no, la sociedad moderna atrofió la costumbre hasta la desertización consuetudinaria, incluso por la falta de *animus* de los agentes jurídicos interesados, es decir, por la disminución, también, del ejercicio de la ciudadanía autónoma (*auto-nomos*).

Un ensayo de metodología del derecho natural deberá, pues, versar sobre: I. *Una Teoría de la Legislación* y II. *Una Hermenéutica Jurídica*<sup>4</sup>.

#### **4. Metodología iusnatural y estrategias superadoras en la ciencia jurídica general**

En el fondo, el derecho natural sirve para ayudar a hacer buenas (justas) leyes, interpretarlas bien y aplicarlas rectamente (o si se prefiere, aplicarlas justamente).

Ahora bien, ¿en qué medida acude, hoy, el derecho positivo (las fuentes orgánicas, institucionales, o políticas del derecho positivo: o el legislador) al derecho natural para elaborar leyes justas? ¿Y cómo lo hace el gobierno o el funcionario o el juez para (en forma e instancias diferentes) aplicarlas? Expresamente ese recurso al derecho natural (sobre todo por no estar de moda y por ser políticamente incorrecto, pero, también, por falta de evidente o literal apoyo legal en muchos países) es prácticamente inexistente. Pero soterradamente, incluso inconscientemente, es muy frecuente.

---

<sup>4</sup> Cfr. entre nosotros, los excelentes estudios de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Teoria da Legislação Geral e Teoria da Legislação Penal. Contributo para uma Teoria da Legislação. I Parte*, separata del número especial del *Boletim da Faculdade de Direito*, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia, Coimbra, 1988; y A. CASTANHEIRA NEVES, «Pontes do Direito» e «Interpretação Jurídica», en *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 7 y ss. y 337 y ss., respectivamente, y la bibliografía citada en ambas voces. Sobre la ley en general, cfr., también, MICHEL BASTIT, *Naissance de la Loi Moderne*, PUF, París, 1990 y JEAN CARBONNIER, *Essais sur les Lois*, Repertoire du Notariat Defrénois, Evreux, 1979. También, JORGE MIRANDA y MARCELO REBELO DE SOUSA, (coord.), *A Feitura das Leis*, II, Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1986 (2 vols.).

Pero tal situación refleja lo contrario de una ciencia o de una metodología. Demuestra la fase precientífica o premetodológica (irónicamente diríamos teológica o metafísica) en que, en definitiva, se encuentra la actual ciencia jurídica (general) en su aspecto metodológico en relación al derecho natural. Lo que tiene consecuencias de las que no se puede prescindir en toda ciencia jurídica.

Separada de la utilización consciente de su «mitad» (componente complementario y *conditio sine qua non*) natural, la ciencia jurídica corriente se encuentra, de ese modo, en el plano metodológico, en una protohistoria de aprehensión meramente espontánea, empírica o intuitiva de lo justo.

Así, el terreno aparece libre para que puedan florecer estrategias superadoras de la limitación. A fuerza de no hablar (ni de poder hablar) de lo justo en la metodología, brotan formas ficticias de intervención de lo justo sentimental, o concepciones de la justicia personales o grupales.

No es nada extraño, por tanto, que, por ejemplo, el gobierno se efectúe a golpe de inspiración (o de capricho), la burocracia sea la rigidez cadavérica del cumplimiento de órdenes y en los tribunales se aprecie la célebre inversión del silogismo judicial. Sobre todo, este último, acaba por considerarse como una auténtica tentativa de «escribir Derecho con líneas torcidas», dando lugar, finalmente, a la acogida de la intuición, pues se admite que el mero logicismo legal del silogismo judicial perfecto no sería justo.

La inversión del silogismo jurídico no es la única manifestación de esta situación de desamparo de la jurisprudencia. Otros muchos procedimientos (algunos clasificados *sub specie* «jurisprudencia de cautelas», por ejemplo), ilustrarían la situación, verdaderamente peligrosa, y especialmente refutadora de muchos dogmas, en lo que se refiere a la alegada «nulidad» del poder judicial (desde Montesquieu).

Incluso sin necesidad de adherirse a la situación judicial del sistema del *common law*<sup>5</sup>, no será, ciertamente, despreciable cuestionar tal informalidad metodológica en la jurisprudencia, porque al final resultaría preferible al brío de las construcciones iusnaturalistas del iusnaturalismo moderno, que tanto contribuyeron a que los juristas se apartaran del derecho natural y que dieron ocasión a la crítica de los positivistas legalistas.

---

<sup>5</sup> Cfr. nuestras voces «Common Law», «Equity Law», «Equity» e «Direito Comparado» en la *Enciclopedia Verbo*, Ed. Século XXI.

Sin embargo, una vez más, la respuesta es de *cardápio: in media virtus*. Ni el delirio deductivo (deductivista, realmente) del iusracionalismo<sup>6</sup>, ni la actual indigencia fundamentadora. La cual, *in extremis*, también, de tanto acudir a las convicciones, de hecho, meramente personales (o hechas personales) acaba por perder todo valor como discurso públicamente legitimador.

En todo caso, este recuerdo de lo que sucedió en el pasado, con tan funestas consecuencias para el derecho natural (pues el iusracionalismo es más positivismo que derecho natural, aunque aquél se mantenga como mera fraseología), es importante. Y tendrá la ventaja de recordarnos algo sobre la justicia, que es principio y fin (alfa y omega) del derecho natural (si es que no puede identificarse *lato sensu* con él): que la justicia es una búsqueda constante y perpetua, no un *quid* que coger y retener, ni una fórmula que, una vez encontrada, siempre garantiza la recomposición de la sustancia deseada.

*Constans et perpetua voluntas* puede, muy bien, ser un *iter, itinerarium* como *metodología*.

Pero si por metodología entendemos tan sólo lo que es voluntad (*voluntas*), nos quedaremos con poco más que esa informe buena voluntad de los agentes jurídicos rectos a los que les gustaría hacer buenas leyes, aplicarlas bien y juzgar justamente con ellas.

## 5. Dos metodologías iusnaturalistas

Es decir, *grosso modo*, hay dos metodologías del derecho natural.

### 5.1. Metodología instintiva

La primera posibilidad, tal vez aún no totalmente ni propiamente metodología en una acepción más científica, pero que ya constituye una tentativa en ese sentido, es recorrer el camino de forma intuitiva u orientado por el instinto (...*quod omnia animalia docuit*). El uso de esta «metodología» instintiva es corroborado por algunos positivistas con la expresión «*feeling*» jurídico, que no es otra cosa que faro, manifestación sensorial del instinto de localización.

---

<sup>6</sup> Ejemplo evidente de ese deductivismo es la obra de J. G. FICHTE, *Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre*, 1796-1797 (Hay edición francesa reciente: *Fondement du droit naturel selon les principes de la doctrine de la science*, Prólogo, traducción y notas de Alain Renaut, PUF, París, 1984).

Para poner en acción esa «metodología» tan sólo hay que usar correctamente la inteligencia y tener recta intención, haciendo el resto la ley moral inscrita en el corazón de todos.

Pero incluso esta forma tan natural de caminar no puede quedar desamparada pues si la naturaleza grava la ley natural en el hombre, la corrupción social no permite la existencia de ningún «buen salvaje». Por eso la educación moral y cívica (al menos estas dos) son, en este aspecto, auxiliares de la naturaleza, al menos en los días que corren.

### 5.2. Metodología proprio sensu

La otra forma de metodología, la metodología en sentido propio, requiere, ya el estudio y el uso de la razón, una razón estructurante, con construcciones teóricas más generales, abstractas y labradas.

Relativamente fácil de trazar por escrito (como todas las construcciones dogmáticas del derecho, sobre todo cuando son utópicas, es decir, no enraizadas, como se ve en los textos de *iure condendo* de tantos positivistas), esta metodología, como ya dijimos, es más compleja.

No se trata tan sólo de encontrar un modelo teórico y de llevarlo a sus últimas consecuencias (como ocurre, sobre todo, con los constructores de códigos de derecho positivo). El *quid*, aquí, no es maleable. El derecho natural no se presta a manipulaciones. Una metodología del derecho natural tiene que respetar, muy especialmente, su objeto, que pasa a ser sujeto y agente de teoría.

## 6. El problema de la metodología en sí misma

Pero a la intrínseca complejidad del derecho natural y de su metodología *proprio sensu* (metodología de la ciencia del derecho natural), se le añade un problema importante (en realidad, le precede) ante el cual es imposible pasar de largo. Se trata del problema esencial de la propia metodología.

Tenemos que referirnos a él incluso por las dificultades especiales que se añaden a la cuestión general en el caso del derecho natural.

Sintetizando muchísimo, diríamos empleando una tautología redundante: ¡el problema de la metodología es ser metodología!

Expliquémoslo mejor: el problema de la metodología, realmente, es el de ser sólo metodología, por lo que no se puede ni se debe aspirar a que sea más o a que sea otra cosa.

Ahora bien una metodología, permítasenos insistir, es tan sólo uno entre varios caminos, o varios entre otros muchos caminos posibles. En cualquier

caso, nadie con intenciones de ir a algún sitio (y aquí el destino es más importante: se llama Justicia y Justicia en concreto) puede quedarse disfrutando por el camino, gozando de las vistas y perdiendo su meta.

Si en todo el derecho la metodología, que es vital para el tránsito, es sólo vía (sin punto de partida ni punto de llegada), y, en consecuencia, auxiliar, instrumental, más aún lo es o parece serlo en el ámbito del derecho natural, donde urge llegar al fin, y el fin es el que determina el recorrido (obviamente de acuerdo con el principio, o principios...).

Claro que, aunque pueda haber ocurrido, como contraste, el tópico de la legitimación de los medios por el fin (o fines), es evidente que aquí no tiene cabida. Todos sabemos que los medios malos que un buen fin supuestamente legitimaría (pero no lo consigue, porque los resultados dependen siempre de los medios utilizados), nunca fueron medios adecuados a tal fin, ni ese el fin de aquellos medios. Nuestro problema es totalmente diferente.

Lo que nos preocupa no es la total y sabida inadecuación de una vía a la justicia; es, más bien, su posible desajuste insospechado.

Los métodos son eso, métodos; pero no siempre dan resultado. Por eso se habla de métodos infalibles; señal de que los hay falibles. Y como no se trata de reproducir siempre lo mismo (la Justicia es una relación, no un absoluto autónomo), el género, la medida, la intensidad, las variables tan distintas de los medios a utilizar, pueden dar como resultado que aquí sirvan y allí no, y que gradualmente sean mejores o peores hoy o mañana, etc., etc. Cada caso es un caso. Esa es la razón de la utilización (incluso como válvula de seguridad del positivismo jurídico) de la dimensión (a veces considerada, erróneamente, *fons iuris*) de la equidad.

Todo esto nos debe de poner sobre aviso no propiamente *contra* la metodología (porque es inocente o inimputable), sino en relación a ella y a sus auténticas fuerzas.

La metodología no tiene fuerza más que como camino o medio de transporte. *Nemo datur quod non habet*. No se le pida lo que no puede dar. No se sobrevalore lo que es instrumental, subsidiario (aunque con una contribución constitutiva), como quintaesencia de aquello a lo que debe tender y de donde saca su razón de ser.

En consecuencia, la metodología del derecho natural debería partir de una idea del derecho natural, y las metodologías más prácticas, más concretas o más modernizadas en que deberá ejercerse (Teoría de la Legislación y Hermenéutica Jurídica) deberían presuponer una Teoría de la Justicia que las fundamentase y les abriera un horizonte.

Pero el obstáculo metodológico parece infranqueable, porque para la construcción de esa teoría de la Justicia, o doctrina del derecho natural, un iusnaturalista deberá de ir por el camino del descubrimiento del derecho natural; luego, quien no quiso comenzar por el derecho natural, en la práctica, tendrá que ir a las esencias a través de una metodología cognoscitiva *nomo-noética*.

## 7. Caminos y Lugares. De la metodología a la tópica

No dudamos que hay siempre un camino que recorrer. Pero hay también sitios.

También hay tópicos, *topoi* o *loci*, es decir, lugares comunes (¡qué términos tan apropiados y tan felices!).

Podríamos, así, concebir el juego de las relaciones entre el derecho natural y la metodología respectiva como análogo a los lazos entre *iter* y *topoi*.

Ciertamente no será una casualidad que el derecho natural, con frecuencia, es desvelado a los profanos por medio de adagios, máximas, principios (con el *pathos* propio de la autoridad y de la tradición): es decir, tópicos.

Buena parte de los brocardos latinos que constituyen hoy principios de derecho positivo (de todo el derecho, realmente) fueron máximas de derecho natural.

¿Cómo se pasa, entonces, de esas máximas (de por sí *flashes* o destellos fugaces, como relámpagos, de una realidad que se nos revela esquiva, el derecho natural) al cotidiano justo jurídico?

¿Eterno retorno o círculo vicioso?

## 8. Derecho natural y metodología del derecho natural

Parece que del derecho natural no tenemos más que un conocimiento tópico, como por el descubrimiento de concisos (incluso lacónicos) principios, cortos artículos de las tablas de la ley (natural).

De los primeros principios (que no son estrictamente jurídicos), como el célebre *hacer el bien y evitar el mal*, no se pueden deducir, simplemente, los demás. Pero en gran medida deberán extraerse con la sutil sabiduría de la prudencia (que comporta elementos de discernimiento y de experiencia, de vivencia ponderada), y, en especial, de la prudencia acumulada a lo largo de los siglos.

Sin embargo, las dificultades son innumerables, así como la falta de acuerdo, cuando se pasa a los desafíos concretos. Permítasenos poner un sólo ejemplo.

Tomemos el crimen más repugnante y que más generalmente, a lo largo del tiempo y del espacio, ha merecido la más severa condena. No conocemos, de hecho, ningún ordenamiento jurídico en el cual sea indiferente privar a un hombre de su vida.

Cabe, pues, preguntarse: ¿Será uno de esos principios jurídicos y iusnaturales, «no matarás»? ¿Bastará con que el legislador positivo conmine en leyes adecuadas con penas proporcionadas a la gravedad de las conductas infractoras del principio?

Estamos personalmente convencidos de que algo de esta cuestión tendrá que ver con el derecho natural. Si no hubiese ningún precepto iusnatural que proscribiera tal conducta, de poco valdría el derecho natural.

Pero una cuestión, aparentemente tan simple como ésta (y *prima facie* tan consensual) puede dividirnos.

Algunos podrán preferir al excesivamente bíblico precepto, el más inocuo «derecho a la vida». Pero habrá, aún, quien afirme que el derecho es siempre algo secundario, en la esfera de alguien, donde hablar de derecho a la vida sería un contrasentido, porque la anulación de tal derecho anula, al mismo tiempo, a su titular. Por lo que se preferirá otra solución. Hay muchas...

Pero incluso aunque se admita, como hace la Constitución portuguesa (art. 24) la existencia del derecho a la vida (y la fórmula que desarrolla tal título remite a la inviolabilidad de la vida humana, art. 24, n.1), sabemos todos que los problemas no desaparecen, existiendo graves divergencias, sobre todo, respecto a la determinación de lo que es vida humana.

No estamos en mejor posición en lo que se refiere al campo de la efectividad metodológica de los principios.

¿Cómo hacer efectivo, en el plano del derecho positivo, el «no matarás» o el «derecho a la vida», etc.? ¿Prohibiendo el homicidio? ¿El aborto? ¿La eutanasia? ¿La guerra? ¿La pena de muerte?

La Constitución portuguesa optó, tan sólo, por prohibir ésta última (art. 24, n. 2). En cuanto a la guerra, el artículo 7 parece esclarecedor sobre el pacifismo constitucional del principio, *ma non troppo*...

Las preguntas no cesan: ¿Debe ser la ley ordinaria o la Constitución la que dé fuerza positiva a estos principios? (personalmente nos inclinamos por la conveniencia de su formulación constitucional). En ese caso, el principio en cuestión ¿debería ser acogido, en general, en la Constitución? ¿Por qué se rechaza tan sólo la pena de muerte?

Como se ve fácilmente, estas son cuestiones de metodología jurídica positiva (en este caso, de Teoría de la Legislación o incluso de política legislativa o Política del Derecho).

## 9. La aporía metodológica del derecho natural

Atrevámonos, como consecuencia de lo que venimos diciendo, a volver al punto de partida: parece que no hay una metodología del derecho natural autónoma y propia, sino una metodología del derecho positivo que presta atención al derecho natural.

Sea. Entonces, por ejemplo, ¿qué es lo que aprende el derecho positivo del derecho natural para que el principio constitucional del derecho a la vida sea protegido?

Claro que el problema no puede plantearse de ese modo. Porque la tutela constitucional del principio ya es resultado de opciones constitutivas del derecho positivo (evidentemente, en el caso de una constitución formal, pues no nos referimos ahora a una constitución material donde el principio siempre está).

Volvamos, pues, a un momento anterior: antes de consagrar el derecho a la vida, ¿cómo se planteaban estas cuestiones? Evidentemente, mediante una metodología no metodológica, sino intuitiva o instintiva; es decir, sin una verdadera metodología.

Puede ser que se consiga encontrar un método armónico, seguro y geométrico de relación y comprensión de la reacción *al-química* entre derecho natural y las entidades generadoras del derecho positivo (fuentes del derecho en sentido político, orgánico, etc.). Dudamos, sin embargo, que, para lo que no es metodológico en el derecho natural (es decir, más allá de los principios esenciales: de los tópicos, y, en consecuencia, de lo que pueda ser tópica, retórica y dialéctica jurídicas), se pueda encontrar algo fecundo.

Porque la metodologización racionalizadora del derecho natural equivaldría a una alteración de su naturaleza, por otra parte, cristalizada ya exageradamente en tópicos (cuando consiste en un hálito irresistible y avasallador de voluntad de justicia, perpetuo y constante).

Es posible que esta situación de círculo vicioso, que desde el inicio de esta conferencia hemos presentado, configure una auténtica situación aporética. Tal vez sea esto una coartada conveniente para la indeterminación en la que permanecemos. Pero el título ya anunciaba una conclusión poco concluyente.

Nos atreveríamos, independientemente de ello, a llamar a esta cuestión la aporía metodológica del derecho natural.

## 10. Más allá de la metodología

Sea como fuera, la verdad es que el derecho natural no disminuye porque no se encuentre —o no se le vea— fácilmente dotado de una máquina metodológica



autónoma y compleja, con el aparato de las grandes construcciones dogmáticas del derecho positivo.

Porque lo que importa, verdaderamente, no es revelar los triunfos escondidos que siempre vetarían la normal jerarquía de las cartas positivas del derecho. Catafalco que acabaría por aparecer como una especie de *arcana lex*, nunca podrá, en la finitud, historicidad y circunstancias de tiempo y lugar concretos, ver completamente la luz. Porque es para todos los tiempos e independiente de ellos, porque es para todas las situaciones, y, a pesar de todo, las trasciende. Se invoca antes de ser descubierta o conocida. Clamar por la Justicia aún no es saber qué justicia, sino reconocer que la que se dice tal no lo es.

Lo más importante en esta investigación y en este esfuerzo acaba por ser algo que tiene con la metodología (al menos con nuestra noción corriente de metodología, forjada según los moldes de la metodología positiva y positivista) un lazo muy tenue, o lo tiene sólo en sentido figurado. Tal vez, por eso, atendiendo a la *differentia specifica* del *quid* en cuestión, al derecho natural, aún le podamos llamar metodología, con lo que viviríamos tranquilos...Entonces, ¿de qué se trata?

Nos parece de lo más importante el conocimiento histórico de las doctrinas del derecho natural y de la casuística de su aplicación, a través de cuya ponderación el jurista, como quien entrena su gusto artístico, va aprendiendo lo justo como quien se aficiona a la belleza.

Por eso, también, ciertamente, es dudoso que la Jurisprudencia o Derecho en sentido epistemológico (al menos en su parte natural, aunque haya quien amplíe la duda o la negación a su parte positiva) sea verdadera ciencia y no solamente (y nobilísimamente) arte. Y el arte no se detecta ni se forma con metodología (en ese caso sería técnica).

Así, tal vez, el derecho natural no pueda ni deba seguir el camino del derecho positivo en la metodologización. Y quizá en ese «es que no voy por ahí», pudiese, también, aprender algo el derecho positivo, que sufre la fiebre metodologista de hoy.

Entretanto, tal vez el camino del derecho natural sea como los *Holzwege*. No se trata de caminos que llevan a ninguna parte. Al contrario: son caminos que nos descubren los mejores recodos del bosque del Derecho; pero que sólo son conocidos por el arte de los más experimentados y sabios leñadores.

## II PARTE

### DE LA METODOLOGÍA DEL DERECHO NATURAL AL DERECHO NATURAL COMO MÉTODO JURÍDICO

*Deambulaciones bajo el cielo estrellado.*

«As operações de limpeza sao as que ocupam a maioria dos cientistas durante todas as suas carreiras».

Thomas S. Kuhn<sup>7</sup>

#### I. EL PROBLEMA DE LA METODOLOGÍA EN GENERAL

##### 1. El Derecho, de científicamente influyente a influenciado y traumatizado

Ha pasado mucho tiempo desde que los juristas dominaban la técnica o la metodología científica. Cuando los *harpedonaptas* reatribuían a cada uno lo suyo después de las crecidas del Nilo, dando, así, lugar a la geometría por causa del derecho<sup>8</sup>. Aún en el siglo XV, a pesar de todo el nominalismo y el cientifismo crecientes, el Derecho Romano influía (con sus hipotéticos Caius, Titius y Sempronius) de esa forma el álgebra, en la obra especiosa (*Spécieuse*) de un François Viette<sup>9</sup>.

Todo eso fue olvidado o despreciado. La fascinación que pasaron a ejercer las ciencias positivas sobre los juristas fue magnetizante y, en gran medida, inhibitoria. Un profundo complejo de inferioridad se apoderó de los estudios jurídicos, cuya principal obsesión fue la de dotarse de una metodología *more geometrico*, o, por lo menos, que les garantizase el estatuto de científicos. La *Reinerechtslehre* siempre nos ha parecido un esfuerzo desesperado para no quedarnos detrás de la psiquiatría. En el mundo burgués de la Viena de los tiempos dorados<sup>10</sup>, debía ser fatal para la competición mundana entre los médicos y los

---

<sup>7</sup> THOMAS S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, 1962; trad. esp. de Agustín Contín, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, Méjico, 1992, p. 52.

<sup>8</sup> MICHEL SERRES, *Le contrat naturel*, François Bourin, París, 1990, p. 87 y ss. Para intersecciones (o incluso raíces) jurídicas de la geometría en la Grecia antigua, IDEM, *Les origines de la géométrie*, Flammarion, París, 1993; trad. port. de Ana Simoes e Maria da Graça Pinhao, *As origens da Geometria*, Terramar, Lisboa, 1997.

<sup>9</sup> MICHEL SERRES, *Le contrat naturel*, p. 94.

<sup>10</sup> Algunas curiosas evocaciones en E. H. GOMBRICH, «An autobiographical sketch», en *The essential Gombrich. Selected writings on art and culture*, ed. Richard Woodfield, Phaidon, Londres, 1996, pp. 21 y ss.

juristas, que los primeros hubiesen penetrado los misterios del alma, como recordaba la repetida cita de Kant: «*Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihren Begriffen vom Recht*»<sup>11</sup>.

Evidentemente que el paso de una visión del mundo teologizante a una cosmovisión metodologizante viene de mucho más atrás de Kelsen o incluso de Kant, acompañando al proceso general de secularización, y condujo a la preferencia por lo formal, lo estructural, lo lógico; en una palabra, lo exterior o no comprometido, lo que es, en gran medida, ciertamente exacto (aunque no siempre), pero sustancialmente tautológico. La falta de verdadera experimentabilidad en el Derecho (a pesar de que se hayan hecho algunas tentativas), la racionalidad y el deductivismo fueron la regla. Desde la escuela moderna del derecho natural a los positivismos.

## 2. Crítica del metodologismo triunfante

No entraremos en los pormenores del empobrecimiento reduccionista de esta tendencia metodologista, que tuvo en lengua portuguesa, no hace mucho, una impecable síntesis en la obra del brasileño Nelson Saldanha, *Da Teologia à Metodologia. Secularização e crise no pensamento jurídico*<sup>12</sup>.

Pero estamos a tiempo de invertir la tendencia, y *de la austera, apagada y siempre algo vil tristeza*, en que el Derecho ha vivido en el plano metodológico por su complejo de inferioridad científica, pasar a un autodiagnóstico que comprenda el Derecho como realmente es, y ponga los puntos sobre las *ies* sobre el sentido, el papel y el valor de la metodología.

Es absurda la situación en la que se vive donde prima la metodología. Lo que pone de manifiesto una doble incomprensión que llega a ser ignorancia. Incomprensión, ante todo, de lo que es el propio Derecho (no es una ciencia sino un arte<sup>13</sup>; o ciencia sólo en cuanto *episteme*), y, correlativamente, incomprensión de su método propio, que no es ningún método científico, porque el Derecho no se destina a conocer lo real o a intervenir en él del mismo modo que

---

<sup>11</sup> I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, B 759, A 731, fn.

<sup>12</sup> NELSON SALDANHA, *Da Teologia à Metodologia. Secularização e crise no pensamento jurídico*, Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

<sup>13</sup> Nos parecen muy certeras y significativas estas palabras de Cabral de Moncada: «Es, sin embargo, evidente, que aquello a lo que acabamos de llamar el *conocimiento jurídico del derecho* no puede ser esa ciencia ni tener la dignidad del saber científico. De otro modo, quien quiera que tuviese en su cabeza todos los artículos del Código Civil sería un consumado jurisconsulto. La bastaría con saber lo que dicen las leyes», LUIS CABRAL DE MONCADA, *Filosofia do Direito do Estado*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1965, p. 56. Evidentemente, el autor matizará, más adelante, esta afirmación, que, sin embargo, tiene un significado autónomo muy sugerente.

la ciencia y la técnica. Incomprensión, en segundo lugar, de la propia situación autocognoscente de las ciencias «científicas» que fueron y continúan siendo su modelo, pero que ya han prescindido de tales patrones para sí mismas.

Comencemos por la última ignorancia.

### 3. De la quiebra del método en las ciencias *tout court*

En el plano científico son tantas las dudas, las incertidumbres y tan fuerte la idea de que no existen métodos científicos, que el racionalismo es, al fin y al cabo, un verbalismo, por lo que podemos pensar si la misma «ciencia» no será, también, esencialmente no-científica, sino más bien como una forma de «arte». Lo que coloca a los llamados científicos sociales y a los cultivadores de dicha ciencia jurídica en la embarazosa y poco cómoda situación (realmente, ridícula) de querer ser los *últimos mohicanos* de la ciencia racionalista, positivista. De una ciencia que, en la perspectiva de los científicos de hoy, no es representativa de toda la ciencia, o que, incluso, no pasa de ser un mito.

Recordemos nada más que dos testimonios.

Ante todo, algunas de las principales tesis de la introducción del célebre *Against Method*<sup>14</sup>:

- a) Los hechos, las operaciones y los resultados que constituyen las ciencias no tienen una estructura común;
- b) Los éxitos científicos no pueden ser explicados de una manera simple;
- c) El éxito de la «ciencia» (*sic*) no se puede usar como argumento para abordar problemas sin resolver conforme a un patrón modelo;
- d) La «no científicidad» de los modos de proceder no es un argumento para abandonarlos;
- e) El público puede participar en la discusión sin perjudicar a los modos de proceder que han demostrado su eficacia;
- f) Pueden existir muchas especies diferentes de ciencia;
- g) La ciencia del primer mundo es una ciencia entre otras muchas.

Nos gustaría recordar, al menos, las tesis de cada uno de los capítulos de esta obra decisiva, pero nos limitaremos a otros tres puntos: la síntesis de la

---

<sup>14</sup> PAUL FEYERABEND, *Against Method*, trad. por. de Miguel Serras Pereira, *Contra o Método*, Relógio D'Água, Lisboa, 1993, pp. 11-15.

introducción, la del capítulo 17 y la del capítulo 21 (y último). Continuamos citando a su autor, que, como se sabe, es un científico:

«La ciencia es un empeño esencialmente anárquico: el anarquismo teórico es más humano y más susceptible de animar el progreso que las alternativas respetuosas de la ley y el orden»<sup>15</sup>.

«Ni la ciencia ni la racionalidad son criterios universales de medida de lo excelente. Lo son las tradiciones particulares, inconscientes de su enraizamiento histórico»<sup>16</sup>

«[...] La ira ante la destrucción insensata de realizaciones culturales con las que podríamos haber aprendido mucho, ante la arrogante seguridad con la que ciertos intelectuales interfieren la existencia de las personas, y el desprecio hacia la fraseología meliflua que utilizan para adornar sus fechorías, fueron y siguen siendo, la fuerza que motivó este libro»<sup>17</sup>.

El testimonio de Carl Sagan nos parece, también, de la mayor importancia, porque este científico añade a la condición de especialista la reputación y la fama pública de un gran divulgador. Aunque en su obra se detectan aún muchos prejuicios científicos, que se resumen en la idea de la ciencia como secularización y lucha contra los demonios de la ignorancia<sup>18</sup>, por eso mismo adquieren mayor valor algunas intuiciones sobre la ciencia y su método.

Sagan comienza por explicar que debe a sus padres, sin formación científica y de origen humilde (significativamente, no a sus primeros profesores) el mayor incentivo y la más decisiva inspiración científica: «Mis padres (...) al ponerme simultáneamente en contacto con el escepticismo y con la admiración, me enseñaron los dos tipos de pensamiento que constituyen la base del método científico y que son tan difíciles de conciliar»<sup>19</sup>.

Por otra parte, hace un decisivo homenaje a las Humanidades, a las Artes y a la Filosofía, que no es retórica, sino vivencial. Sagan, integrado en el programa educativo de la Universidad de Chicago, estudió ciencias, no en una pers-

---

<sup>15</sup> PAUL FEYERABEND, *Contra o Método*, p. 17.

<sup>16</sup> PAUL FEYERABEND, *Contra o Método*, p. 20.

<sup>17</sup> PAUL FEYERABEND, *Contra o Método*, p. 21.

<sup>18</sup> Cfr. los textos de la edición original y de la edición portuguesa (cuyo título es aún más claro y acorde con la dedicatoria) del libro de CARL SAGAN, *The Demon-Haunted World*, 1995, trad. port. de Ana Falcao Bastos e Luís Letao Bastos, *Un Mundo infestado de demónios. A Ciência como uma luz na escuridão*, Gradiva, 2ª ed., Lisboa, 1998. Dedicataria: «Para Tonio, mi nieto, deseándote un mundo sin demonios y lleno de luz».

<sup>19</sup> CARL SAGAN, *Un mundo infestado de demónios. A Ciência como uma luz na escuridão*, p. 11.

pectiva tecnocrática o tecnológica, sino inserta en el «deslumbrante tapiz del conocimiento humano», como ha dicho poéticamente. Algunos se quedarán estupefactos, desde luego, con estas líneas, en las que describe el tipo de enseñanza que tuvo:

«Se consideraba impensable que un aspirante a físico no conociera a Platón, Aristóteles, Bach, Shakespeare, Gibbon, Malinowski y Freud, entre otros muchos»<sup>20</sup>.

Son lecciones a retener, la importancia de un saber integral, de los clásicos y de los cánones, y una concepción de la ciencia como parte de ese saber, como escepticismo y deslumbramiento admirativo como vectores esenciales de su metodología.

Insistir en la ciencia contra los científicos que la piensan y reivindicarla allí (o tenerla siempre por tal), precisamente en materias en las que, desde el principio, se sabía que no tenía sentido, por la naturaleza de las cosas, esto es, de los estudios en cuestión, es perseverar diabólicamente en el error.

## II. PRESUPUESTOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS

También en el aspecto jurídico son necesarias algunas precisiones. Partiremos para abordar la metodología del derecho natural de algunas tesis que no podremos siquiera, *brevitatis causa*, intentar probar:

### 1. Carácter artístico del Derecho

El Derecho no es tanto una ciencia como, sobre todo, un arte. Y todas las tentativas para hacerlo científico o lo complican innecesariamente o lo apartan de sus fines. Crean aún más problemas.

#### 2.1. *Imprescindibilidad y auxiliaridad de la metodología jurídica*

El Derecho, como arte que es, no prescinde de una determinada técnica (pensada en una metodología), que no es más que, en general, una colección de medios adecuados para producir buenos efectos (no excepcionales, sino razonables), tomados de la experiencia histórica del ejercicio de ese arte. La metodología es al derecho, desde el punto de vista didáctico, algo así como el solfeo (o la teoría de él) a la música. El juicio de Salomón, ejemplo paradigmático de

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 13.

