

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. Yeats¹.

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.

¹ 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 gno-seológica 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 oscuro 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. Son- das 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 vi- mos, 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 masas².

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.

² 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 laico³). 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

³ 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, normo-onoética (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 *proprio 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 antiteorética (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*⁴.

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.

⁴ Cf. 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, «Fontes 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*⁵, 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.

⁵ 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 iusracionalismo⁶, 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.

⁶ 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 tópic

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 brocados 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. Kuhn⁷

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 derecho⁸. 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 espiciosa (*Spécieuse*) de un François Viette⁹.

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 dorados¹⁰, debía ser fatal para la competición mundana entre los médicos y los

⁷ 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, México, 1992, p. 52.

⁸ 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.

⁹ MICHEL SERRES, *Le contrat naturel*, p. 94.

¹⁰ 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*»¹¹.

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*¹².

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 *íes* 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 arte¹³; 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

¹¹ I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, B 759, A 731, fn.

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

¹³ 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*¹⁴:

- 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

¹⁴ 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»¹⁵.

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

«[...] 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»¹⁷.

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 ignorancia¹⁸, 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»¹⁹.

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-

¹⁵ PAUL FEYERABEND, *Contra o Método*, p. 17.

¹⁶ PAUL FEYERABEND, *Contra o Método*, p. 20.

¹⁷ PAUL FEYERABEND, *Contra o Método*, p. 21.

¹⁸ 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. Dedicatoria: «Para Tonio, mi nieto, deseándote un mundo sin demonios y lleno de luz».

¹⁹ 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»²⁰.

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

²⁰ *Ibidem*, p. 13.

solución justa, pasa por encima de todas las metodologías y de todas las técnicas. Recordando a Miguel Angel Asturias, «¿para qué ir en burro si puedo ir en avión?». Salomón pegó un tiro ¿O sería un fognazo?

3. Adecuación de la metodología a la *episteme* a la que sirve. La dialéctica y el arte jurídico

En consecuencia, la metodología es instrumental y dependiente del tipo de *episteme* en presencia.

Aristóteles advirtió que no todos los métodos convienen a todos los tipos de investigación²¹. Y siendo el tipo de certeza en el Derecho un tipo de probabilidad, es la dialéctica lo más adecuado, y el árbitro de sus disputas la *phronesis*, la *prudentia*. La virtud del jurista no es (o no es tanto) la justicia como la prudencia.

4. Unidad del Derecho: ontología y metodología. La aporía (¿o dilema?) del derecho positivo

El Derecho es único: no hay un derecho natural y un derecho positivo entendidos como derechos o sistemas separados (tampoco el primero es el bueno e ideal y el segundo el malo y real), sino que los dos son parte de un mismo derecho. Se puede decir, tomando una fórmula cara a Javier Hervada, por ejemplo, *cum grano salis*, que el derecho natural es la parte natural del derecho y el positivo es la parte cultural. Por lo que no puede haber derecho positivo sin derecho natural (aporía del derecho positivo)²². Esta unidad ontológica del Derecho supone necesariamente una unidad metodológica.

Dada la necesidad de que lo natural funde lo cultural como *conditio sine qua non*, se sigue la aporía del derecho positivo: para existir ha de presuponer el derecho natural.

Puesta la cuestión en términos más agónicos, ¿esta aporía se convertirá en dilema positivista?

²¹ Téngase en cuenta, p. e., este párrafo del comienzo de la *Tópica*: «Es dialéctico el silogismo que concluye a partir de premisas probables. Son evidentes y primeras las cosas que aseguran su certeza por sí mismas y no por otras, porque, en los principios de la ciencia no debemos indagar su razón fuera de ellos mismos, pero cada uno de estos principios debe ser cierto en sí mismo. Probables son las opiniones recibidas por todos, o por la mayoría, o por los sabios, y, entre estos últimos, por los más distinguidos e ilustres», ARISTÓTELES, *Organon*, V, *Tópicos*, trad. port. y notas de Pinharanda Gomes, Guimaraes, Lisboa, 1987, pp. 10-11 (Libro I, 1, 100a-100b).

²² JAVIER HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, pp. 512 y ss.

5. Metodología del derecho, camino hacia la justicia

No hay una metodología del derecho positivo y una metodología del derecho natural, sino una metodología del Derecho. Dicho de otro modo, nos parece que uno de los más importantes problemas metodológicos de todo el Derecho, es el del ligamen entre derecho natural y derecho positivo. Es decir, con otras palabras: siendo (o debiendo ser) toda la metodología del derecho un camino para la concreción de lo justo, de lo justo concreto, uno de los problemas que surgen en esa senda es el de la creación y aplicación del derecho positivo de acuerdo con el derecho natural.

6. Dialéctica, método del Derecho

Nos parece que en todos los momentos metodológicos del Derecho la metodología es la misma: la dialéctica. Evidentemente, la expresión fue pervertida más tarde de diversas formas²³. Pero nos referimos a la dialéctica aristotélica, romana, aquinatense, a la dialéctica del realismo clásico.

Hay dialéctica en la investigación axiológica-social del derecho, en la búsqueda del derecho en las cosas²⁴, aunque sea una parte normalmente escondida del iceberg del derecho.

Hay dialéctica en el camino para la descripción verbal de ese derecho, en la elaboración de las normas jurídicas²⁵ —los debates parlamentarios son, al menos, un *fumus* de esa dialéctica.

Hay dialéctica en la vida corriente del derecho y en su aplicación administrativa —cada vez más, sobre todo con las modernas exigencias administrativas de audiencia a los interesados, de atención a derechos difusos, etc., que dialectizan el procedimiento administrativo²⁶.

Hay dialéctica en el litigio judicial —el debate forense (y todo el desarrollo del proceso judicial) nos da una idea del carácter dialéctico de lo jurídico. Sin

²³ Cfr., p. e., PIERRE-JEAN LABARRIERE, *Le discours de l'altérité*, PUF, París, 1982, p. 24.

²⁴ Cfr. MICHEL VILLEY, «Le droit dans les choses», en *Controverses autour de l'ontologie du droit*, dir. de Paul Amselek y Christophe Grzegorzczak, PUF, París, 1989, p. 11 y ss.

²⁵ Sobre el método para establecer normas de derecho, cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 104 y ss.; en cuanto a las leyes, cfr. *ibidem*, pp. 113 y ss. Ver, también, JEAN CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénoix, Evreux, 1979; Jorge MIRANDA/MARCELO REBELO DE SOUSA (coord.), *A Feitura das Leis*, II, Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1986 (2 vols.)

²⁶ Cfr. nuestro *O Procedimento Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1987.

duda es esta la situación en la que más claramente se pone de manifiesto el carácter dialéctico del Derecho; y sucede así, sin duda, porque el sentido propio de lo justo se produce así: *suum cuique tribuere*. Es el juez el que, en última instancia, atribuye a cada uno lo que es suyo, en el sentido que esta atribución tiene, originalmente, en el Derecho²⁷.

III. DEL CIELO DE LOS CONCEPTOS AL LIMBO DE LAS DOCTRINAS

1. La tentación normativista

Pero aunque estemos de acuerdo sobre el carácter de arte y *episteme* y no de ciencia racionalista respecto al Derecho, y sobre el carácter dialéctico de su método, subsisten muchos problemas respecto a una metodología del derecho natural.

Creemos que buena parte de ellos derivan de la atracción científica aún no completamente abandonada, que nos hace claudicar y nos atrae hacia soluciones constructivistas y dogmáticas. Otros problemas quizá provengan de la tentación (que tiene su origen en cierta neoescolástica y en la tutela del derecho natural por la teología y por los moralistas) de formalizar el derecho natural en normas o en principios, y que después encontró en los profesores racionalistas del derecho natural de las Luces (tampoco ellos juristas) continuadores de tipo deductivista.

La idea de aproximarnos al arte de lo justo del caso concreto y de correr el riesgo de la casuística, es de muy difícil aceptación para muchos de nosotros, no sólo por nuestra formación jurídica, generalmente positivista (o, para los más jóvenes, pseudosuperadora del positivismo), sino también por los malos ejemplos del derecho libre, del realismo norteamericano y de algún antiformalismo dicho postmoderno. Por eso, aunque aceptemos, teóricamente, el carácter dialéctico de la metodología, muchas veces vamos, después, en busca de principios, normas y normas de normas, en un deductivismo que, en ocasiones, sería la envidia de los kelsenianos.

2. La seducción de los extremos: iusnaturalismo proclamatorio y iusnaturalismo constructivista

En los dos extremos están, pues:

a) La aceptación teórica (a veces enfática, pero solamente proclamatoria) de la existencia del derecho natural, pero, efectivamente, carente de metodología:

²⁷ Sobre los métodos que tienden a la determinación de lo justo en concreto, JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología jurídica*, cit., pp. 118 y ss.

cuando se dice, por ejemplo, que el derecho positivo se debe encargar, con su propia metodología, de volver práctico (por sí) el derecho natural;

b) o la construcción de un castillo de naipes (en este caso sin triunfos) de la baraja iusnaturalista, muy complicado, lleno de principios y deducciones, reglas e inferencias, que la más ligera brisa crítica echará por tierra. Como con todos los castillos de naipes, basta que una premisa (o carta de la base) esté mal colocada, para que la torre de Babel se derrumbe, con su impar audacia.

Entre estas dos posiciones tal vez se pueda encontrar un equilibrio, procurando dialectizar, también aquí, las antinomias. Sin embargo, ambas tentaciones son muy cautivadoras. Su radicalidad seduce por su pureza.

La perfecta falta de sistema de la primera es un sistema perfecto. Nadie podrá negar el derecho natural si se dice que consiste en una aspiración imperecedera a la justicia (*constans et perpetua voluntas*), y que el derecho positivo y sus aplicadores deben transformar ese derecho, de potencia que apenas es, en acto.

Por otro lado, las teorías sistematizadoras sorprenden, también, y seducen por esa función de carta de triunfo permanente: el derecho positivo puede ser injusto; más independientemente de la justicia o de la corrupción de este derecho, el derecho natural es siempre puro. ¡Y cómo resplandecen las nuevas tablas de la ley! Un derecho natural deducido todo lógicamente de los primeros principios evidentes por sí mismos, abarcando más y más áreas de la vida, ¿no es un proyecto grandioso? Sobre todo, si estuviéramos de acuerdo en la lista de derechos y deberes. Qué tranquilizador es, ante la ignorancia del *profanum vulgus*, o ante la vacilación de la *ventosa plebis*, sacar el triunfo de la manga y decir, altisonantemente, por encima de todos los políticos: *es así, cierto o equivocado, porque es de derecho natural*.

3. Minimalismos iusnaturalistas

Algunas posturas más equilibradas, y siempre algo minimalistas, se han ensayado: ni vaga aspiración y remisión a las buenas intenciones de los respectivos agentes jurídicos, ni código-sombra, escrito en letras de oro en el mármol de un cielo de conceptos. Algunos principios mínimos, pues, para la posterior concreción por el derecho positivo.

Así, por ejemplo, a principios de siglo, Victor Cathrein, redujo el derecho natural a los *tria praecepta iuris* romanos: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*²⁸.

²⁸ VICTOR CATHREIN, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed. esp., Reus, Madrid, 1926.

Mucho más próximo a nosotros, Javier Hervada, plenamente consciente de la trampa normativista de una «lista cerrada de derechos naturales obtenidos por deducción de la naturaleza humana»²⁹, considera, muy acertadamente, que tal idea supone la incompreensión de la verdadera naturaleza del derecho natural, «propia del iusnaturalismo moderno y, en parte, de la neoescolástica desviada»³⁰. No se trata, pues, de una lista de derechos (nos acordamos de las extensas declaraciones liberales de derechos), sino de darse cuenta de que, en cada situación (por tanto, en mutabilidad, aunque con elementos de permanencia³¹) surge una red de derechos adecuada a los fines naturales del hombre. Y de ahí que se pueda hablar de algo irreductible y permanente. Así, se describiría el único derecho fundamental: *el derecho de la persona a su ser, a su libertad y al desarrollo de su personalidad*³².

Recordemos otras teorías prudentes y lacónicas:

Para Capitant, el derecho natural apenas es un principio director, o ideal de justicia³³. Navegando en aguas semejantes, aceptando con facilidad la variabilidad institucional, que se compatibiliza con un derecho natural de principios rectores, nos encontramos con los nombres de Louis Le Fur, Renard y Dabin³⁴.

La síntesis y prudencia de estas posiciones son, por lo menos, notables.

Podríamos, también, acudir a las fuentes romanas y afirmar que los derechos naturales son, esencialmente, los referidos al *ius naturale* en el Digesto³⁵,

²⁹ JAVIER HERVADA, *Lecciones propedeúicas de filosofía del derecho*, cit., p. 523.

³⁰ JAVIER HERVADA, *Lecciones propedeúicas de filosofía del derecho*, cit., p. 524.

³¹ Cfr. MICHEL VILLEY, «Mobilité, diversité et richesse du Droit Naturel chez Aristote et Saint Thomas», *Archives de Philosophie du Droit*, XXIX, 1984, pp. 190 y ss.

³² JAVIER HERVADA, *Lecciones propedeúicas de filosofía del derecho*, cit., p. 524.

³³ CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 35, cit. por JACQUES LECLERCQ, *Leçons de droit naturel*, apud XAVIER DIJON, *Droit naturel*, I. *Les Questions du droit*, PUF, París, 1998, p. 40.

³⁴ Cfr. *Ibidem*.

³⁵ *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius ist quod non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra qua in mari nascuntur, avium quoque commune est hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras atiam istius peritia censerí. Subrayemos tres palabras que son la clave de esta definición: *coniunctio/matrimonium, procreatio, educatio*. No es preciso siquiera conocer el modo definitorio greco-romano del *genus proximum* y de la *differentia specifica* en tres términos (siendo el último el *quid specificum*), ya presente (a pesar de todas las polémicas y *cum grano salis*) en los célebres *tria praecepta iuris*, para, al menos, sospechar que los dos primeros momentos tienden al último, que, consecuentemente, es el punto focal de todo el derecho natural. La educación de una sociedad es la base de toda la trabazón comunitaria y de la normatividad natural en ella existente.*

o alargarlos, como hicieron Isidoro de Sevilla³⁶ o nuestro Tomás António Gonzaga³⁷, a los del *ius gentium*³⁸. El abanico de los que figuran en las *Etimologías* ya sería razonable...Y, en todo caso, tendríamos a nuestro favor la fuerza de la tradición.

En cualquiera de los casos, tenemos siempre una lista: de un derecho o de mil, pero siempre una enunciación que inevitablemente tenderá a ser considerada como dogmática.

4. Del minimalismo a la idea de la mutabilidad del derecho natural

Más radicales, aún, parecerán las ideas de un derecho natural de contenido variable (como es el caso de las teorías de Stammler). Sin embargo, esas no son las únicas dialécticas. Hay, evidentemente, cosas que no cambian y ni siquiera se pueden discutir. Incluso dialécticamente, Aristóteles considera que los discutidores de ciertos puntos de partida (principios) deben ser reprendidos³⁹. También ocurre así en la naturaleza y en la naturaleza normativa. Pero la naturaleza tampoco es única. Por lo que es posible sospechar que no lo sea la naturaleza normativa-jurídica, el derecho natural. Para los científicos naturales, que aún veneramos tanto, esa mutabilidad (e incluso inestabilidad) de la naturaleza ya es un auténtico *principium sapientiae*. Como dice un reciente premio nobel de química: «La realidad del devenir es la condición *sine qua non* de nuestro diálogo con la naturaleza»⁴⁰.

³⁶ SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etymologiae*, V, IV, 1. Cfr. nuestro «Do Direito Clássico ao Direito Medieval. O papel de S. Isidoro de Sevilla na supervivência do Direito Romano e na criação do Direito Ibérico», en *Para uma História Constitucional do Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 93 y ss.

³⁷ TOMÁS ANTÓNIO GANZAGA, *Tratado de Direito Natural. Carta sobre a usura. Minutas. Correspondência. Documentos*, ed. crítica de M. Rodrigues Lapa, Instituto Nacional do Livro, Rio de Janeiro, 1957, p. 121.

³⁸ El *ius gentium*, tal como aparece en el Digesto, era lo natural humano, común a todos los hombres, es decir, una especie de «derecho natural humano» (pues el *ius naturale* era humano-animal, zoológico): «*Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur, quo a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnius animalius, hoc sliis hominibus inter se commune sit*».

³⁹ ARISTÓTELES, *Topicos*, cit., p. 30: «Quien proponga la cuestión de saber, por ejemplo, si es necesario o no, adorar a los dioses y amar a su país, no merece más que una buena corrección, y quien pregunta si la nieve es o no blanca, sólo tiene que abrir los ojos. La controversia nunca se debe dar, ni en asuntos cuya demostración es inmediata, ni en asuntos cuya demostración es remota. En el primer caso, no hay ninguna dificultad; y en el segundo, las aporías son muy grandes para un simple ejercicio de controversia» (I, 11, 105a).

⁴⁰ ILYA PRIGOGINE, *La fin des certitudes*, Odile Jacob, París, 1996, p. 177.

Evidentemente, nadie ignora la polisemia del término naturaleza (como tampoco la del término derecho), clásicamente desarrolladas por Eric Wolff⁴¹.

Evidentemente, hemos llegado a una encrucijada, porque la inmutabilidad y, en cierto modo la normatividad, se han establecido como características esenciales del derecho natural. Entonces, ¿qué derecho natural es ese que no pretende ser o al menos no pretende presentarse como un conjunto de preceptos, y que, además de un núcleo esencial (que sin una enunciación preceptiva permanece oscuro, incluso misterioso), admite, también, elementos mudables, accidentales?

Por lo menos se preguntará que es lo que se encuentra en ese reducto mínimo inmutable y cómo debe operar; es decir, de nuevo, cuál es su metodología.

No hay mucho que decir: no hay sobre todo grandes principios, pero puede haber un método. Y ese método es el de los creadores del Derecho: los romanos. Se puede decir que, en muchos casos, no ocurre como se teoriza, podemos incluso admitir que será un tipo-ideal. No, ¿ni eso? Pronto será un mito. Pero un mito fecundísimo.

IV. TESIS

1. Objetividad del derecho natural y metodología socio-axiológica investigadora

El derecho natural está en las cosas, en la realidad, en la naturaleza, en las relaciones sociales concretas: no está en la razón pura, ni en los sentimientos más o menos sensibleros de los hombres⁴².

El primer método es el de la investigación del derecho. Es un método socio-axiológico, de extracción de la normatividad (deber ser) a partir del ser. No, desde luego, por generalización, por sondeos, o por refrendo, sino atendiendo a la determinación (dialéctica, haciendo dialogar a los hechos, a las prácticas...) de lo razonable, equilibrado, de lo proporcional, de lo adecuado, de lo justo en las relaciones sociales concretas, en especial las de cada *hic et nunc*⁴³.

⁴¹ ERIC WOLFF, *Das problem der Naturrechtslehre*, trad. esp. de Manuel Entenza, Ariel, Barcelona, 1960.

⁴² Cfr. MICHEL VILLEY, «Abrégé de droit naturel classique», en *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1962, p. 133 (también 122 y ss.); IDEM, *Le droit dans les choses*, cit.

⁴³ «Pour chercher l'ordre naturel, nous partons du monde visible. Et nous voyons l'homme social, comme les abeilles et les mouettes, engagé dans les liens sociaux de la famille, de la profession ou de la cité; ce sont les sociétés elles-mêmes, données présentes dans la nature, qui seront l'objet de notre étude», MICHEL VILLEY, «Abrégé de droit naturel classique», p. 137.

2. Insondabilidad de la *natura hominis* profunda y mutabilidad de la superficial

El derecho natural puede estar (sin duda lo está) en el núcleo irreductible de la naturaleza humana. Pero el problema es que nuestras fuerzas teóricas son escasas para determinarlo sin prejuicios. Corremos el riesgo de idear una naturaleza humana excesivamente a imagen y semejanza de nuestros prejuicios o intereses, personales, de grupo, o ideológicos, y todos muy marcados por nuestro tiempo. *Natura hominis est mutabilis*: Villey anotó quince veces esta tesis en Santo Tomás⁴⁴, lo que me parece de una autoridad aplastante. Ni siquiera nos atrevemos a recorrer las *sumas* para ver si la encontramos en más ocasiones.

Así, el objetivo no consistirá en determinar *a priori*, una naturaleza humana abstracta, siempre discutible, y partir de axiomas sobre lo que es el Hombre para darle leyes. Como mucho, el descubrimiento de la naturaleza humana podría ser un fin (un fin desconocido, meta fugaz ante nosotros), pero un fin no jurídico, sino filosófico (y dudamos francamente que la filosofía pueda hacer progresos, sobre todo en esta materia). «Puisque notre nature c'est notre fin, nous ignorons notre nature»⁴⁵, afirma, quizá un poco provocativamente, Michel Villey. Lo que importa es no presuponer un hombre y legislar partiendo de tal base.

Un derecho natural que pretenda ser rígido e inmutable cae en una clamorosa contradicción, la que llamamos paradoja del derecho natural: si pudiese ser perfecto y acabado, podría servir para todo tiempo y lugar, y, si fuera así, prescindiría perfectamente del derecho positivo, aplicándose directamente en la vida diaria. El derecho positivo no es el derecho reglamentario de una ley natural innovadora: es verdadero derecho. Sobre todo, porque, en muchos casos, el derecho natural se limita a remitirle la normación concreta en un cuadro general, por supuesto, pero permitiendo un sin número de soluciones contradictorias. Tal ocurre con la propiedad privada, que Santo Tomás afirma que es de derecho positivo. Pero el derecho natural no es contrario a la propiedad. Tan sólo le indica fines y medios ordenadores⁴⁶.

⁴⁴ MICHEL VILLEY, «Abrégé de droit naturel classique», p. 139.

⁴⁵ MICHEL VILLEY, «Abrégé de droit naturel classique», p. 137.

⁴⁶ Cfr. FRANÇOIS VALLANÇON, *Domaine et Propriété (Glose sur Saint Thomas D'Aquin, Somme Theologique I^a-II^{ae}, q. 66, art. 1 et 2)*, Université de Droit et Economie et de Sciences Sociales de Paris (Paris II), París, 1985, 3 vols. (ined.).

3. Excelencia del método empírico, de la experiencia y de la sabiduría de la historia y de la tradición. Paralelismo con el arte y la educación artística

Prescindiremos, pues, de determinar axiomáticamente la naturaleza o la naturaleza humana, tema que ha dado pasto a frecuentes discusiones no siempre fecundas, para fijarnos en el método casuístico. Tanto el de las investigaciones constitucionales de Aristóteles y posteriormente de Bodino, como el de los pretores romanos y de sus ficciones, como la inventiva de los jueces ingleses, e incluso de toda la didáctica del *case method*, también desde los romanos. Importa ver claramente como son las cosas, tal como son en la realidad.

¿Cómo se aprende a hacer leyes? Observando la realidad y observando la historia y las buenas leyes del pasado (justas para aquellas situaciones).

¿Cómo se aprende a juzgar bien? Conociendo la realidad social (para esta cuestión saber sociología es intrascendente, y, a veces, contraproducente) en la que se inserta la relación litigiosa y estudiando los casos y las sentencias pasadas que puedan servir de ejemplo. La historia (y la memoria, la tradición) es aquí, como para Cicerón⁴⁷, maestra de la vida (*magistra vitae*).

El método es, pues, muy semejante al de quien se va imbuyendo del gusto artístico hasta convertirse en un conocedor o en un especialista⁴⁸. Lo que no se consigue por la repetición de reglas estéticas que nuevos movimientos volverán obsoletas, sino mediante el cultivo de la sensibilidad estética, que se perfecciona frecuentando lo bello. En nuestro caso, en el caso del arte jurídico, se trata de la convivencia con lo que es justo y con sus categorías y sus caminos.

Así *sobrepasamos en ciencia* a los positivistas. Estos aún aferrados a la razón; nosotros consiguiendo resultados por medio de la experiencia. Sólo que una experiencia que es mucho más el depósito de sabiduría que permanece en la gente después de sucesivas vivencias implicadas y no «experimentales», que cualquier experimentación aséptica de laboratorio, en la que el observador está mucho menos implicado, o no lo está en absoluto.

⁴⁷ CICERÓN, *De Oratore*, II, 9.

⁴⁸ Cfr., v. gr., ALAIN, *Propos sur l'esthétique*, PUF, 6ª ed., París, 1991, en especial, pp. 44 y ss. También, el precioso libro de JACQUELINE DE ROMILLY, *Le trésor des savoirs oubliés*, Fallois, París, 1998. El estudiante principiante encontrará buenos motivos de reflexión propedeútica sobre cuestiones estéticas preliminares en ERIC COBAST, *Leçons particulières de culture générale*, PUF, 4ª ed., París, 1998, en especial pp. 207 y ss; IDEM, *Anthologie de culture générale*, PUF, París, 1998, pp. 189 y ss.

4. *Phronesis*, diálogo de las generaciones y decantación histórica de las teorías del derecho natural

La prudencia del derecho natural no es la prudencia burguesa hecha de cálculo egoísta, sino una virtud moldeada por la experiencia acumulada de siglos. Se habla entre nosotros de *jurisprudencia de cautelas*. El derecho natural no resulta de la segregación pura y simple de una razón pura, sino de la decantación de las impurezas de la práctica, sucesiva y constante, a lo largo del tiempo. No lo concebimos como un producto de especulación filosófica, sino de sedimentación histórica de ideas.

En cierto sentido, las diversas teorizaciones (incluso las más subjetivistas) sobre el derecho natural, a lo largo del tiempo, acaban por funcionar como hechos (esos hechos que constituyen el objeto de la sociología del derecho natural según Truyol y Serra⁴⁹). Y del diálogo entre esas opiniones-hechos también se podrá extraer algo valioso, aunque siempre a beneficio de inventario.

Esto significa que si se pudiera establecer alguna lista de principios de derecho natural, no será otra que el intento de encontrar una concordancia en la discordancia entre los diversos autores iusnaturalistas a lo largo del tiempo: tarea penosa, pero mucho más útil que ciertos temas actuales de disertación universitaria. Aún no he encontrado un alumno que quisiera emprender tamaña empresa.

Con todo, continúa siendo esencial, y creo que cada vez lo será más, valorar lo que es inmutable o permanente y aquello que es tan sólo accidental.

5. Ilusión de los catálogos de derechos y realidad de la justicia

Hoy ya es posible decir que el relativo desánimo y escasez de soluciones a que, *prima facie*, lleva este método de tanteo, casuístico, es compensado con largueza por la seriedad minimalista de sus promesas: sólo anuncia la intransigencia en la incesante búsqueda de la justicia, atendiendo a la realidad circundante, teniendo en cuenta la experiencia del conocimiento de los buenos ejemplos del pasado.

Importa destacar un aspecto que ahora es mucho más evidente que antes: parece que hoy no se duda que las proclamaciones de derechos, que las largas listas de derechos, como las de las constituciones más modernas (como la espa-

⁴⁹ ANTONIO TRUYOL Y SERRA, «Esbozo de una Sociología del Derecho Natural», *Revista de Estudios Políticos*, vol. XXIV, 1949, pp. 15 y ss.

ñola, la brasileña o la portuguesa), etc., suponen escaso avance (si es que no son perjudiciales, como, por ejemplo, aseguran Pereira Menaut o Martínez Estay⁵⁰) para conseguir un orden concreto más justo.

Del derecho positivo podemos sacar una lección para el derecho natural (¡también ocurre!): no es con tablas de la ley como se establece la justicia en el mundo; de eso supo Moisés que partió las suyas⁵¹. Lo que importa, de verdad, no son listas de derechos, sino redes de derechos⁵²; o mejor aun: una situación compleja de relaciones de justicia. Pobre de quien, por la Constitución, tiene tantos derechos, e incluso más por derecho natural (o por lo menos mejores), y, todavía...no tiene, prácticamente, derecho a nada. Es muy distinto tener derecho a un Ferrari Testarossa y poseer un Ferrari Testarossa, como escuché un día a un eminente colega español⁵³. Cada uno de nosotros cambiará el Testarossa por lo que mejor le parezca, claro está.

Evidentemente no confundimos los derechos subjetivos o del género de los derechos subjetivos con los derechos naturales. Pero, pese a todo, la analogía es posible.

6. La trampa de la pirámide normativa «tomista»⁵⁴

Así, las cosas se vuelven aún más complicadas.

Admitimos que la moral pueda ser objeto de otra metodología diferente. Y, naturalmente, porque se trata de moral, así será con la ley natural. Pero no con el derecho natural. Diríamos, incluso, que si la ley natural es nomotética, el derecho natural es zetético. Recordemos a Santo Tomás: si existe una ley natural, la verdad es que es incognoscible. Es, precisamente, en la ley natural de

⁵⁰ ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, *Lecciones de Teoría Constitucional*, Colex, 3ª ed., Madrid, 1997, pp. 381 y ss., en especial p. 396. (Capítulo de colaboración de JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ ESTAY, «Los derechos sociales», en *Lecciones de Derechos Humanos*, de JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO, JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ y MANUEL ANTONIO NÚÑEZ, EDEVAL, Valparaíso, 1997, pp. 275 y ss., especialmente pp. 290-291); J. I. MARTÍNEZ ESTAY, *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales*, Cedecs, Barcelona, 1997.

⁵¹ Cfr. el interesantísimo e inspirador estudio de SIGMUND FREUD, *Moisés e o monoteísmo*, trad. por. de Isabel de Almeida e Sousa, s/l, 1990.

⁵² JAVIER HERVADA, *Lecciones propedeúicas de filosofía del derecho*, p. 524.

⁵³ ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, *Lecciones de Teoría Constitucional*, p. 373. Deseo aclarar que no se lo que es un Ferrari, ¿qué será Testarossa?. Pero mantengo el ejemplo consciente de que mis alumnos tienen conocimiento y experiencia de eso.

⁵⁴ Quizá pensando en esta trampa recomendaba Villey la utilización del antídoto tomista ante un iusnaturalismo exagerado con mucha precaución y bajo vigilancia clínica. Cfr. MICHEL VILLEY, «Jusnaturalisme. Essai de définition», *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, n. 17, 1986.

Santo Tomás en la que caben principios como el célebre «hacer el bien y evitar el mal», o este otro, que, según Paulo Coelho, debemos al rabí Hillel como la más breve constitución del mundo: «no hagas a tu prójimo lo que detestarías que hiciesen contigo»⁵⁵.

No creemos que el derecho natural pueda contradecir de ningún modo a la insondable ley eterna, aunque sobre tal cuestión no debemos pronunciarnos, pero también consideramos difícil que el derecho natural concreto de aquí o de allí, de hoy o de mañana, pueda contradecir los principios (generalísimos) de la ley natural. Nos referimos a sus primeros principios, como los dos enunciados, no a la panoplia deductiva que, a veces, les siguen.

Habría que pensar que en la pirámide normativa iusnatural habría que considerar un principio inmanente de no contradicción o de congruencia entre cada nivel y respecto a todos los anteriores, pero más directamente con el inmediato anterior. Es decir, la solución concreta no podría contradecir el derecho natural, éste no podría vulnerar la ley moral y ésta no podría contradecir la ley eterna (aunque el conocimiento de esta nos sobrepase). Será, tal vez, aceptable para el que le gusten los esquemas kelsenianos. No estará realmente equivocado, pero las incógnitas son excesivas. Y siempre habría que entender esta congruencia en términos hábiles, porque, en todo caso, no podrá, razonablemente, imponerse al derecho (ni al natural, dirían los más positivistas) que preste su coactividad a prescripciones simplemente morales, especialmente las que no tengan una dimensión social evidente, e, incluso, porque *non omne quod licet honestum est*. Y así debe continuar.

7. Derecho natural, estrella de la justicia

Independientemente de una mejor y más afinada descripción (materia de un futuro estudio), una comprensión previa del derecho natural, en una perspectiva teleológica (no una definición ni un dogma) nos lleva a considerar a la naturaleza como una especie de brújula para nuestra orientación rumbo a la justicia. Ahora bien, esa estrella Polar o esa Cruz del Sur están en el cielo, y sólo algunos consiguen desvelarlas y usarlas en la navegación nocturna, que es la nuestra, a oscuras como estamos.

Pues bien, no es la estrella el norte, pero lo indica. Del mismo modo, no es el derecho natural la misma justicia, sino (con las refracciones del norte magnético, hasta en esto la naturaleza es sabia en las metáforas que nos proporciona) una señal que nos permite encaminarnos hacia ella. Y siendo lo justo lo debido,

⁵⁵ PAULO COELHO, *Maktub*, Pergaminho, 1ª reimp., Lisboa, 1996, p. 179.

el *suum*, la justicia sería, idealmente, la atribución de lo suyo a su dueño (en concreto), la virtud, cualidad o hábito de hacerlo; el orden social (utopista pero no utópico⁵⁶) resultado de múltiples e individuales atribuciones justas; y otros sentidos, que analógicamente, claro está, tendría.

Pues bien, del mismo modo que la justicia es especialmente visible y comprensible por su negación (cuando no se atribuye a cada uno lo suyo, entonces, el contraste es más nítido; y de la patología se puede reconstruir mejor la fisiología, ya que la normalidad no es propensa a suscitar la reflexión), nos parece que el derecho natural, lucero indicador de la justicia, se ve mejor cuando está eclipsado. Naturalmente, no cuando se produce una ausencia absoluta, sino, tan sólo, momentánea. Mirar al cielo y estar perdido en alta mar un día encapotado, después de haber visto el firmamento cuajado de estrellas, refuerza la idea de que el norte existe y de que las estrellas nos guían.

8. Derecho con líneas torcidas

También a través de la negación (por la antítesis, por la ausencia) se puede decir algo más del derecho natural.

Podemos no estar de acuerdo en cuanto a las fórmulas, incluso las más generales, del derecho natural. Pero si nos encontramos, hoy, con una ley positiva que no castigue el homicidio, o que permita o, incluso imponga, la esclavitud, o que imponga penas degradantes, por ejemplo, estaremos de acuerdo en que tal ley es contraria al derecho natural. La prueba de que vamos evolucionando en el conocimiento del derecho natural es que no fue siempre así. ¿Pero no dijimos que el derecho natural era mudable?

En esta perspectiva histórica se encierra una hipótesis, tal vez no infecunda, sobre el núcleo inmutable del derecho natural. Tal vez ese núcleo no sea realmente inmutable, sino más bien, sucesiva y progresivamente consolidable, según categorías de descubrimientos históricos de nuevas percepciones del derecho natural (aquí nos aproximamos a la perspectiva de un Renard con su «derecho natural de contenido progresivo»). Hoy, la proscripción de la esclavitud o de la tortura nos parecen tan esenciales como los derechos naturales zoológicos de supervivencia de que habla el Digesto. Así, el derecho natural va ganando nuevas categorías, nuevos estratos: desde luego, el *ius gentium* del Digesto parece ser, desde hace mucho, derecho natural, pero derecho natural humano. Y a él se van añadiendo nuevas sensibilidades en relación a lo justo.

⁵⁶ El utopismo es liberador, lo utópico claustrofóbico. Cfr., en general, nuestro «Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas», *Studia Iuridica*, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

Es cierto que este procedimiento también supone muchos peligros, el más evidente de los cuales es pensar que el derecho natural es una especie de agujero negro tragón, atrayendo hacia él y haciendo perder toda energía a los derechos que encuentra a lo largo de su trayectoria histórica. Pero la idea de un derecho natural discreto, indicador, estelar, de contenido históricamente progresivo e irreversible (si no fuera así, habría habido error en la inclusión de la falsa adquisición *iusnatural*), nos parece la forma más razonable de concebirlo.

Digamos, pues, que la posición de excelentes juristas, cultos, bien formados, independientes, ajenos personalmente al problema *sub iudice*, y despreciando presiones y prejuicios, concededores de su arte, imbuídos de la voluntad de dar a cada uno lo suyo (o sea, de hacer justicia), después de una discusión documentada y serena, sobre la justicia o no de una ley, de un acto administrativo, de un acto jurídico..., atendiendo a la situación y al tiempo, tienen grandes probabilidades de no errar demasiado si unánimemente o por gran mayoría consideran, de forma documentada y pública, que esa norma o esas acciones configuran una situación de injusticia. Recordemos lo que decía Aristóteles sobre ese juicio probabilístico.

Es mucho más fácil detectar la patología dolorosa de la injusticia, que ratificar la justicia, la cual puede consistir, tan sólo, en una salud aparente, y bajo ella, en cualquier momento, prepararse o eclosionar la enfermedad y aun la muerte.

Creemos que en la detección de las grandes injusticias que pueden existir o existen en el derecho positivo (y todas sus manifestaciones o modalidades) se gana mucho sobre el conocimiento del derecho natural, y, posteriormente, se acumula un caudal de ciencia que pueda orientar la proscripción de tan torcidos caminos.

V. CONCLUSIONES PROVISIONALES

1. Derecho natural como una metodología de la justicia (o: un método de determinación de lo justo).

La mayor revolución que hacer será romper con el paradigma normativista que, en gran parte, impregna la concepción *iusnaturalista* del derecho natural, que ora nos deja fatuamente hinchados con nuestro sagrado catálogo de derechos, ora nos vuelve descorazonados en el desamparo de un cielo sin estrellas.

En lugar de interrogarnos por la metodología del derecho natural, concibiéndolo a imagen del derecho positivo, como cuerpo de reglas que después se

interpretan y aplican (actividades supuestamente separadas y sucesivas que constituirían la metodología), que hace que nos perdamos en lo que puedan ser sus normas, y, después, en las formas de conocerlo y conducirlo, parece que se impone otra forma de ver las cosas.

¿No será el mismo derecho natural una metodología? ¿Una metodología de la justicia? ¿Un camino hacia lo justo? Fue eso lo que quisimos subrayar cuando lo comparamos con las constelaciones rectoras (que son dos, adviértase, una para cada hemisferio): casi sin serlo, el derecho natural es por sí mismo un método⁵⁷.

2. Metodología pluralista en el derecho natural: el concurso de múltiples métodos auxiliares

Un método muy poco metodologista y diversificado, el del derecho natural. En general, o siempre, dialéctico. Pero que integran múltiples aportaciones auxiliares: la sociología, la historia, la comparación. Donde parece evidente que es esencial el estudio de las respectivas ciencias con la perspectiva y en función de los intereses de los juristas, así como de las correspondientes ciencias jurídicas humanistas⁵⁸, para la correcta formación del jurista que quiera acceder a la comprensión de lo iusnatural. No es casualidad que afirme Michel Villey en sus *Carnets*, que eso del derecho natural es manjar para algunos paladares...o para algunos dientes:

«Je ne recommande pas à tous le droit naturel, mais à ceux-la qui peuvent comprendre»⁵⁹.

3. Papel de las humanidades y de las disciplinas jurídicas humanistas en la elaboración de las leyes

El haz científico humanista tal vez producirá más luz en el momento de elaborar las leyes, en el que es vital ponderar una inmensa mole de actos humanos, para legislar bien. Y hacerlo con ponderación, con prudencia. Es dialéctico el debate parlamentario clásicamente concebido, incluso por el li-

⁵⁷ MICHEL VILLEY, «Abrégé de droit naturel classique», p. 146.

⁵⁸ Cfr., por todos, FRANCISCO PUY, «Filosofía del Derecho y Ciencia del Derecho», *Boletim de Faculdade de Direito*, Universidad de Coimbra, vol. XLVIII, 1972, pp. 141-175; SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano*, I, Coimbra, 3ª ed., s/e, 1980, en especial pp. 609 y ss.; y nuestro *Amor Iuris. Filosofia Contemporânea do Direito e da Política*, Cosmos, Lisboa, 1995, pp. 73 y ss.

⁵⁹ MICHEL VILLEY, *Réflexions sur la Philosophie et le Droit. Les Carnets*, PUF, Paris, 1995, II, 37.

beralismo, como nos sugieren los excelentes y acertados estudios de un Leibholz⁶⁰ o de un Ehrhardt Soares⁶¹. El juez acaba por ser, en su caso, el voto final entre los diputados.

4. La misteriosa ponderación dialéctica en la conciencia del juez. Derecho natural, fuentes del derecho y hermenéutica jurídica

La ponderación dialéctica es, también, enormemente necesaria en la decisión del juez (prescindamos ahora de otras realidades más arcanas, como la del funcionario público, cuya mentalidad nos parece, todavía, muy poco permeable a la dialéctica). El juez, en ocasiones el tribunal, en otras ayudado por el jurado, ha de oír a las partes y decidir. Al hacerlo pondera los argumentos de la retórica de ambas, las declaraciones y otras pruebas además de la testifical, y pondera, también, otro tipo de tópicos o argumentos que constituyen las fuentes del derecho.

En un sistema utópico de plenitud efectiva del ordenamiento jurídico sin lagunas; en ese sueño positivista legalista, tal vez el juez amordazado pudiera ser la *viva vox legis, la bouche que prononce les paroles de la loi*. Pero si estudiamos la malla efectiva de las fuentes y la práctica judicial de todo tiempo y lugar hasta nuestros días, podremos verificar que, bien por lo exiguo del ordenamiento jurídico voluntario, bien por la pulverización y contrariedad de sedes normogénicas, bien por la afirmación, incluso *contra legem*, del poder judicial, la verdad es que, como dice Juarez Freitas, el juez sólo aplica la ley injusta...si quiere⁶². E incluso, fuera de ese caso extremo, y sin siquiera considerar la gran importancia de lo judicial en el sistema del *common law*, la verdad es que, siempre o casi siempre, las diferentes fuentes del derecho, en consonancia con los diversos elementos interpretativos de la metodología hermenéutica corriente del juez, han funcionado como tópicos, en que se conformará la sentencia, es decir, la decisión que pone fin a aquel debate dialéctico, al menos en aquella instancia.

Evidentemente que la inspiración de fondo del derecho natural no dejará de producir sus efectos en la cartografía de las fuentes del derecho y de los argumentos interpretativos que el juez ha de considerar. El lugar de la ley, por ejem-

⁶⁰ GERHARD LEIBHOLZ, *O pensamento democrático como principio estruturador na vida dos povos europeus*, trad. port., Atlântida, Coimbra, 1974.

⁶¹ ROGÉRIO EHRHARDT SOARES, «Sentido e Limites da Função legislativa no Estado Contemporâneo», en JORGE MIRANDA/MARCELO REBELO DE SOUSA (coord.), *A Feitura das Leis*, II, Instituto Nacional de Administração, Lisboa, 1986.

⁶² JUAREZ FREITAS, *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*, Petrópolis, RJ, Vozes; Porto Alegre, RS, EDIPUCRS, 1989.

plo, en esa hidrografía jurídica, no es el de una Castalia mágica, sino el de un afluente útil, siempre que sea navegable y no esté contaminado.

En gran medida es insensible, oculto, discreto, complejo, incluso íntimo, el trabajo del derecho natural unido a la percepción de las fuentes del derecho y de los argumentos interpretativos considerados por el juez. También aquí hay una considerable dosis de intuición y no de verborrea. ¿Cómo se va a pedir al artista que explique su «metodología», es decir, su técnica? ¿Han observado que hay excelentes artistas en sus artes respectivas (hasta excelentes escritores), que, entrevistados sobre su trabajo, dicen poco más que naderías? ¿Por qué será que muchos de ellos, tímidamente, nos están diciendo con los ojos (cuando los podemos ver en la televisión): por favor, déjenme trabajar, pero no me pregunten como lo hago?

5. De lo dicho, de lo no dicho, de lo que falta por decir...y hacer

Comprobamos que excelentes jueces y abogados dirían poco más que barbaridades sobre el derecho natural; derecho natural que, sin saberlo, o sabiéndolo vagamente (y no siempre dándole ese nombre, lo que, realmente importa poco) lo aplican todos los días; y lo hacen bien. Alguno un día nos indicó una peligrosa interpretación de esta hipotética falta de habilidad de los prácticos: «que, desde su altura, quieran imitar a los profesores de derecho», nos dijo.

¿Qué importa que los profesores de derecho natural, como el mismísimo Kant, hayan dicho tantas bobadas sobre el derecho...positivo o no?⁶³

Evidentemente, queda mucho por hacer; sobre todo, el estudio (también casi psicológico) de la presencia in-consciente del derecho natural en el uso de las fuentes y de los tópicos interpretativos por parte de los actores directos del proceso. Y de las formas (más pedagógico-didácticas) de hacer consciente esa presencia. ¿Será eso un bien? Para un ciencia, desde luego; tal vez no, para un arte que debe sacrificar a dioses desconocidos.

Mientras tanto, en esa última frontera del universo cultural, la nebulosa del derecho natural espera y, centelleantemente, sonríe.

Perdón: esta es una imagen fijista, normativista, antidialéctica. Corrijamos, pues: «El derecho natural, mientras tanto, actúa incesantemente, en la *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*. Mientras, eso sí, hay quien continúa maravillado dejando pasar las injusticias contemplando el cielo estrellado sobre sí, y la ley moral dentro de sí. Apenas».

⁶³ Cfr., por todos, MICHEL VILLEY, «Preface» a KANT, *Métaphysique des Moeurs. Première Partie. Doctrine du Droit*, 3ª ed. fran., trad. de A. Philonenko, pp. 7 y ss.