



EL DERECHO NATURAL Y SUS IMPLICACIONES PRÁCTICAS

REMIGIUSZ SOBAŃSKI

*Academia de Teología de Varsovia
Universidad de Katowice*

INTRODUCCIÓN

El derecho natural constituye un tema importante en la obra científica de Javier Hervada¹. Esta parece una razón suficiente para que la reflexión sobre el derecho natural sea objeto de nuestra contribución en el homenaje rendido al Científico. En estas reflexiones no se trata de sumarse al debate acerca del derecho natural que se está desarrollando desde hace 2500 años. Tienen más bien un carácter práctico con el trasfondo constituido por la transformación del régimen de gobierno y por los procesos de transformación de la ley que se están realizando en los países europeos del antiguo bloque comunista. El rumbo de dichos procesos está marcado por unos determinantes que —por lo menos verbalmente— son indudables, a saber: el Estado democrático de derecho, los derechos del hombre según los modelos admitidos en la civilización occidental, la economía social de mercado, el respeto a las leyes y, como un fin último, la adecuación de las leyes a las normas vigentes en la Comunidad Europea. Sin embargo, todos estos nombres no representan un valor inmutable, sino algo que permanentemente se está creando, que se confronta con la realidad y se somete a una interpretación contextualmente condicionada. No se trata sólo del cambio del derecho, sino también de la manera de pensar sobre él, contaminada por su percepción —y esto durante muchos años— como un instrumento en manos de la clase dominante. La filosofía del derecho, después de casi medio siglo de ausencia, vuelve al programa de los estudios de derecho. Consecuentemente renace también el debate sobre el derecho natural, no pocas veces aprovechado como lema en las disputas políticas. Este es el contexto que ha sugerido las consideraciones que siguen.

1. P. ej. *El derecho natural en el ordenamiento canonico*, «Persona y Derecho» 20 (1989) 133-153.

1. EL PROBLEMA DEL DERECHO NATURAL COMO UN PROBLEMA DEL DERECHO

El problema del derecho natural es un problema del derecho como tal. Hay que añadir que es un problema del derecho justo. Viene siempre en el contexto de la pregunta —esencial en la cultura jurídica de Europa—: ¿qué es un derecho justo? y ¿cómo es posible conocerlo y hacerlo? Esta pregunta apareció cuando se empezó a servirse del derecho como un regulador de la vida social distinto de los otros. No hacía falta hacer esta pregunta cuando el derecho correspondía a la costumbre². Pero con la complejidad creciente de la vida social, que rompía poco a poco la unidad de la costumbre y originaba la competencia entre costumbres antiguas y nuevas, autóctonas y ajenas, apareció el derecho establecido, con sus propias regulaciones que no siempre provenían de la costumbre, sino que eran dictadas por la razón práctica. Entre la costumbre y el derecho existía un enlace: la costumbre justificaba el respeto a las reglas humanas útiles y razonables; el derecho complementaba ciertas deficiencias de la costumbre, su poca adaptación a las exigencias de la vida, p.ej. al tráfico de mercancías. El derecho corregía unas costumbres antiguas y pesadas, las hacía más humanas. Una vez que el derecho había dejado de reflejar la costumbre, era necesario encontrar unos criterios de «buen derecho». Ya Heráclito de Efeso (576-480 a.C.), al buscar esos criterios se refirió a la naturaleza humana y distinguió entre la justicia natural (*dikaion physei*) y la justicia de la institución humana (*dikaion nomos*). Se tomó la naturaleza humana como medida del derecho positivo. Aquí hay que ver los comienzos de un debate entre iusnaturalismo y positivismo. Este debate se mantiene entre las opiniones que acentúan, por un lado, la importancia y el papel objetivos de la naturaleza humana ante el derecho establecido y, por otro lado, el papel propio y objetivo del derecho establecido, dirigido no por la naturaleza humana, sino por la razón práctica.

El hecho de referirse al derecho natural tuvo que aducir un argumento que justificaría la existencia y la aplicación del derecho positivo. Y efectivamente, la justificaba como un punto inmutable que no se sometía a intervención del hombre. Al mismo tiempo el derecho natural se consideraba como una ley superior que imponía al derecho positivo unos límites y condiciones inalterables de justicia: lo que era un instrumento de emancipación del derecho positivo llegó a ser su medida crítica. Expresándolo en el lenguaje actual se puede decir que lo que antes era el instrumento del progreso en la rotura de la costumbre estancada, se hizo un instrumento de consolidación del orden existente considerado conforme al, siempre actual, derecho natural³. Ese potencial contraste entre el derecho natural y el derecho positivo ya fue notado por Aristóteles y dio un empuje a su doctrina sobre la justicia.

2. Tampoco cuando el derecho vigente en una nación era un derecho religioso, revelado —como en Israel—. Por eso la tradición israelita no conoce la noción de derecho natural.

3. W. KORFF, *Normen als Gestaltungsträger menschlichen Daseins*, en *Handbuch der christlichen Ethik*, Freiburg-Basel-Wien² 1979, I, 117-120.

La unidad de derecho fue un rasgo que caracterizaba a Europa, hasta los tiempos modernos⁴, y en el marco de esa unidad se resolvían las tensiones entre el derecho positivo y natural. No se ponía en duda que uno y otro eran un tipo de derecho («species unius generis, nempe iuris»). El cambio llegó con el fin de la unidad europea sellado por la Reforma y con el desarrollo de las ciencias que fijó la época moderna. La primera causa de cambios consistía en que la doctrina de los reformadores sobre la naturaleza degenerada eliminaba la posibilidad de referirse al derecho natural. En el segundo factor estimulador de esos cambios se trataba de que —después de Galileo y Newton— las ciencias naturales renunciaron a la búsqueda de la «esencia interior» de la cosa; se limitaron a la descripción de los fenómenos exteriores expresándolos en fórmulas matemáticas para que fueran «calculables»; en una palabra: «la naturaleza» sufrió una radical objetivación. Este proceso afectó también al hombre. Así pues «la naturaleza» perdió el carácter normativo: «ocurre lo que ocurre», lo que significa que toda actividad es natural, simplemente hay que liberar la naturaleza⁵, o —admitiéndola como un hipotético estado inicial—, liberarse de ella.

A lo antedicho se refiere también el cambio de percepción de la ciencia. El hombre se dedica a la ciencia no por curiosidad de saber⁶, sino por ansia de dominar la naturaleza⁷. Esto significa la limitación de la ciencia a lo que se puede someter a la razón analítica que trabaja solamente sobre lo que percibe empíricamente. Por lo tanto el hombre pudo ser objeto de conocimiento según su naturaleza empírica (no metafísica), es decir, tal como es en realidad. De este empirismo del hombre se deducían sus derechos y deberes «naturales» (la escuela racionalista de derecho natural con dos representantes: Grocio, y Pufendorf). En esta corriente hay que ver las grandes «codificaciones del derecho natural» de los siglos XVIII y XIX, comenzando por el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756) y, sobre todo, el *Código Civil* de Napoleón (1804). Los dos tenían un supuesto común, según el cual, a partir de unos principios generales se podían deducir racionalmente todas las normas de derecho. (Sin embargo, hay que recordar que al éxito de esa codificación contribuyó la recepción del derecho romano)⁸. Al codificar el derecho natural, prácticamente se le dio muerte, porque si se codificó «todo» el derecho natural, desde entonces existe sólo el derecho positivo. De allí procede la ofensiva del positivismo en el siglo XIX.

En la caracterización del problema no podemos prescindir de la influencia de Kant. Su observación, según la cual los juicios sintéticos *a priori* son posibles sólo en las matemáticas y en las ciencias que se desarrollan *modo mathematico*, llegó a ser la base de la afirmación de que no se pueden deducir los dictados de derecho

4. Cfr. E. CORECCO, *Theologie des Kirchenrechts, Methodologische Ansätze*, Trier 1980, 10-44.

5. La opinión en consecuencia bien pensada por el marqués de Sade.

6. TOMÁS AQUINO, *De veritate*, q. 2.

7. «Knowledge is power», F. BACON. Cfr. A. KAUFMANN, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, en (A. Kaufmann-W. Hassemer), *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 1985, 47.

8. A. KAUFMANN, *ibidem*.

natural sólo de reglas formales y apriorísticas sin contar con el experimento, lo que significa que no se puede hablar de derecho natural común, vigente siempre y en todas partes, que obliga a todo el mundo y que se conoce por medio de la razón. Esta afirmación de Kant no tiene vuelta de hoja⁹. Kant demostró que todos los contenidos materiales que se encuentran en las doctrinas de derecho natural vienen de la experiencia, es decir, conservan su conformidad con la situación —limitada por el tiempo y el lugar— en la que se ha encontrado una persona que estaba actuando¹⁰. Esta afirmación abrió el camino al problema de la historicidad del derecho, o sea, su formulación se hace siempre en las circunstancias históricas (sociales y culturales), en los «paradigmas del tiempo» y en las formas de pensar y pronunciarse. Esto concierne también a los dictados de derecho natural.

Así pues llegamos al problema principal de la percepción de derecho natural. Su conocimiento no es un monopolio de unas personas iniciadas e ilustres, tiene que ser racional, bien argumentado y comunicativo. Y si es así, se somete al debate y a la crítica. Ya que el derecho a la crítica lo tienen todos, el derecho natural depende de a quiénes se refiere (pues ellos pronuncian los dictados de «derecho natural»). Esto negaría el sentido del derecho natural: implicado en el debate dependería de un juicio subjetivo y sería «instrumentalizado».

De este dilema se pretende salir por dos vías: poniendo los dictados de derecho natural (comúnmente aceptados como tales) por encima de toda discusión, o sea, dogmatizándolos; o relativizándolos totalmente. Cada una de estas posturas depende de los supuestos filosóficos admitidos. Las dos niegan también la posibilidad de argumentar con el derecho natural: la segunda porque lo pone en duda, y la primera porque, poniéndolo por encima de toda discusión, solamente permite la argumentación tética, no comunicativa para los que no admiten las suposiciones iniciales. Estas, en ambos casos tienen un carácter filosófico. Por eso, desde el punto de vista del derecho, es decir, práctico, no hay otra salida sino dejar a los filósofos sus discusiones, independizarse de ellos e intentar sacar provecho práctico.

2. EL CONSENSO PRÁCTICO

Ya Grocio justificaba el derecho natural de manera racional (por medio del conocimiento de la naturaleza humana y del análisis histórico de los comportamientos humanos), pero daba mucha importancia a la *opinio communis*¹¹. La opinión común no da la certeza —ésta la puede dar sólo un proceso correcto del conocimiento (el «conocimiento solitario») —, pero el consenso conseguido asegura en la certeza y verifica la verdad. Sin embargo, aquí hay que darse cuenta de que, refiriéndose al derecho natural (y al derecho en general), no se puede hablar de la

9. A. KAUFMANN, *op. cit.*, 57.

10. R.A. TOKARCZYK, *Filozofia prawa w perspektywie prawa natury*, Białystok 1996, 108.

11. G. ELLScheid, *Das Naturrechtsproblem*, en (A. Kaufmann-W. Hassemer), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg 1985, 141.

verdad en el mismo sentido que en las ciencias naturales. También aquí, la verdad es resultado de un cierto proceso de conocimiento, pero contiene asimismo los esfuerzos de evaluación, interpretación y de búsqueda del sentido. Por eso, para averiguar esa verdad, el consenso tiene un papel cooperativo¹². Para el derecho natural, más concretamente para su significado práctico, el consenso es un asunto vital, o sea, fundamental¹³, ya que, según la postura cognoscitivista, el valor (lo bueno) es una cualidad objetiva, es decir, un estado de las cosas (rasgo característico) cognoscible —por la percepción o por la intuición—; lo que no convence a los noncognoscitivistas, es decir, a los que niegan a los valores sus cualidades materiales, y tratan todas las declaraciones sobre los valores como una expresión de aprobación o desaprobación. Así pues, sólo queda referirse a la buena voluntad y a la consideración clara de que con el noncognoscitismo no se puede hacer derecho, porque no da ninguna razón para un comportamiento determinado; cada comportamiento puede ser considerado por unos como bueno, y por otros como malo. Desde el punto de vista de la práctica del derecho, importa no tanto el consenso filosófico referido al derecho natural (más concretamente, referido a una concepción de derecho natural determinada), como el consenso referido al mayor número posible de problemas de derecho.

El consenso crea una base de entendimiento, pero hay que recordar que no abarca todo el pensamiento del hombre, en este caso, todos los fenómenos relacionados con la noción del derecho. El alcance del consenso, normalmente, no tiene límites bien marcados; siempre quedan unos contenidos (unos postulados que van dirigidos al derecho) que tienen su órbita fuera del área del consenso. No se ve el fin de la discusión entre el iusnaturalismo y el positivismo; y, si bien es difícil esperar un consenso en el plano filosófico, no así en el plano del derecho, donde se puede hablar de un área considerable —aunque no muy bien delimitada— de consenso. Para indicar en qué consiste el consenso y qué alcance tiene, hay que aclarar en qué consiste el debate jurídico entre positivismo y iusnaturalismo. Esto es imprescindible en razón de la imprecisión de las nociones, y también, porque no siempre se distingue bien entre las doctrinas filosóficas, teológicas, éticas y jurídicas de derecho natural. Así pues —a pesar de la convicción común¹⁴— la opinión de que derecho siempre significa derecho positivo no constituye un axioma fundamental del positivismo. El axioma del positivismo es una tesis, según la cual *sólo* el derecho positivo es derecho, y *todo* el derecho positivo es derecho¹⁵. A este axioma se oponen las doctrinas de derecho natural afirmando que el derecho no pue-

12. K. DEMMER, *Katholische Rechtstheologie-eine Anfrage an die Moralthologie*, «Gregorianum» 73 (1992) 269-289.

13. G. ELLScheid, *op. cit.*, 138.

14. Así también H. Kelsen, *Was ist Juristischer Positivismus*, en (H. Klecatsky, R. Marcič, H. Schambeck), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Wien 1968, I, 941.

15. J. LLOMPART, *Die geschichtliche und übergeschichtliche Unbeliebigkeit im Naturrechtsdenken der Gegenwart*, en (A. Mayer-Maly, P.M. Simons), *Das Naturrechtsdenken heute und morgen*, Gedächtnisschrift f. R. Marcič, Berlin 1983, 100.

de ser arbitrario, sino que tiene que ser justo. Esta afirmación, en consecuencia, lleva a otra, a saber, el derecho formalmente establecido puede padecer una falta de cualidades materiales de derecho, o sea puede ser ilegal.

Para los iusnaturalistas fue muy fácil apoyar esta opinión por medio de la experiencia histórica. Ésta demostró la impotencia del positivismo ante el derecho injusto y descubrió un supuesto tácito del positivismo jurídico (propio del clima político de finales del siglo XIX), según el cual, el legislador no establecería derecho evidentemente injusto. Este supuesto resultó erróneo. De allí viene el «renacimiento del derecho natural». Sin embargo, la experiencia histórica no acabó con la discusión (aunque sólo sea porque los autores del derecho depravado, muchas veces, se referían al derecho natural, p. ej. las leyes racistas).

No obstante, el positivismo del siglo XIX, tenía una trampa programada. Ésta se escondía bajo sus dos supuestos «dogmáticos»: 1.º que el juez tiene que aplicar solamente el derecho establecido; y 2.º que no puede negarse al servicio jurídico. Estas dos frases, utilizadas al mismo tiempo, suponían que el derecho era un sistema cerrado y sin lagunas. Esto resultó irreal. El juez, no pudiendo negarse al servicio jurídico, en el caso de encontrar una laguna jurídica, tenía que decidir según criterios que están fuera de las leyes¹⁶. Precisamente esta situación es la que quería remediar el positivismo, sobre todo, después de las experiencias históricas de aplicación del derecho penal arbitrariamente, lo que causó la aplicación de las «penas extraordinarias». Se reconocía que el derecho establecido podía ser malo, pero el derecho malo —se creía— era siempre mejor que la arbitrariedad del juez, o sea, la ley siempre garantiza la seguridad. Pero también era insoportable la conciencia de que el derecho positivo —variable, distinto según los países, dependiente sólo de la voluntad del legislador, muchas veces causal, que despertaba desánimo, que no se llevaba bien ni con el sentido de la justicia, ni con el sentido del derecho— pudiera ser la última instancia. Este «sentido del derecho» tampoco es infalible, pero sin él como una suposición básica de derecho, no hay fundamento para reconocer el derecho como algo distinto de la mera voluntad de quien tiene poder. M. Weber notó que el derecho puede presentarse con la voluntad —arbitraria del legislador o divina—, o con su propia calidad interior¹⁷.

Así que en el horizonte aparecieron de nuevo dos nociones: la justicia y la equidad. Los teóricos del derecho empezaron a hablar de una «tercera vía»; tanto los teóricos como los prácticos estaban de acuerdo: «el derecho tiene que ser justo». Lo que es equivalente con la afirmación del derecho «objetiva» y «materialmente» justo.

La equidad como rasgo característico, o incluso, sinónimo del derecho, se subraya ya desde los tiempos de Aristóteles y tiene un lugar crucial en todas las doctrinas de derecho natural. Del hecho de la subsistencia y de la aceptación común de la idea de derecho justo no se puede pasar a cantar la victoria del iusnaturalis-

16. A. KAUFMANN, *op.cit.*, 76.

17. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen⁵ 1980, 497.

mo. Aunque el debate demostró que el derecho no se hace «verdadero», es decir justo, solamente gracias al cumplimiento de los requisitos formales, demostró también que no se puede llegar al derecho justo solamente por la deducción de las normas generales —lo sostenían los iusnaturalistas—. El derecho tiene que ser justo, pero el camino para alcanzarlo es difícil, así se puede describir el «estado de ánimo» del pensamiento jurídico contemporáneo. Mas todos están de acuerdo en que en este camino hay unos indicadores que dan por lo menos una orientación general en el terreno, y a los que no se puede despreciar: son los criterios de derecho justo¹⁸. Entre éstos se enumeran factores materiales e ideológicos. Entre los primeros ocupa el lugar principal la subjetividad del hombre. El derecho del hombre a la autorrealización es un punto incuestionable al que se refiere todo el derecho. Junto a este determinante antropológico fundamental no se pueden omitir las típicas estructuras de los procesos sociales (el comportamiento del hombre en la comunidad, sus costumbres y hábitos, las maneras de organizarse, de «arreglar asuntos»; las actitudes morales y las jerarquías de valores reconocidas que dan al derecho el fundamento ideológico).

El factor que influye en la justicia del derecho es el tomar en cuenta la «naturalidad de la cosa», su sentido, estructura, relaciones objetivas y lógicas, conforme al estado de la ciencia. No se pueden olvidar las realidades de la vida: la situación económica o las posibilidades técnicas.

A los factores objetivos mencionados más arriba hay que añadir los supuestos ideológicos que guían al derecho: justicia, finalidad y legalidad.

La admisión de estos criterios antropológicos, objetivos e ideológicos permite hablar de derecho justo (o injusto) independientemente de que se use o no la categoría de derecho natural.

Estos criterios se pueden considerar como incuestionables, lo que no significa que al tomarlos en cuenta para establecer el derecho éste también será incuestionable. Pues al derecho justo no se llega por la deducción lineal de nociones o modelos de la realidad, sino a consecuencia de la evaluación, o sea, del razonamiento valorativo. Así p. ej., es indiscutible la prohibición de matar que en un enfoque positivo se formula —según las fórmulas de los derechos fundamentales del hombre— como el derecho inviolable a la vida. Sin embargo, si observamos el funcionamiento histórico de esta prohibición, notamos que en la práctica, está rodeada por distintas restricciones discutidas e históricamente diferenciadas: a no ser en legítima defensa, durante la guerra, como pena por el asesinato; uno mismo renuncia a su vida, reivindicando el derecho a la muerte (el problema de la eutanasia). O considerando que su vida ya (todavía ?) no es una vida «verdadera»¹⁹. El estado actual de nuestra civilización nos obliga a limitar estas restricciones (supresión de la pena de muerte, prohibición de la eutanasia y del aborto), pero se sabe que esa tendencia no tiene aceptación general (p. ej. las discusiones sobre el aborto, la euta-

18. H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München 1977², 521.

19. G. ELLScheid, *op. cit.*, 150.

nasia o la pena de muerte), y se toma por un éxito el alejamiento de otras restricciones, p. ej., «con tal de que sea un espía, contrarrevolucionario, persona que daña a la sociedad, raro». Independientemente del «catálogo» histórico concreto de estas restricciones es difícil de imaginar que, después de Abel, podría renunciarse al derecho a la legítima defensa, que en casos extremos permite actuar en contra del «no matarás».

Precisamente esta restricción que permite la infracción de la norma «no matarás» en caso de la legítima defensa, demuestra en qué consiste la tensión entre la norma de derecho natural (comúnmente aceptada), y un caso concreto considerado en las restricciones. Esta norma no deja de estar en vigor, pero queda infringida, y eso en razón de otra norma, sea equivalente (como el caso de la legítima defensa), o sea considerada como una norma superior. La colisión de normas puede ocurrir también entre las normas indiscutibles. Esta es consecuencia de unas situaciones conflictivas fácticas (la falta de armonía en el mundo de los supuestos de hecho no se puede cubrir con una armonía de normas)²⁰. Las normas indiscutibles en el plano de los valores y desde el punto de vista de los valores generalmente aceptados se aplican en el «mundo de los conflictos» y, en él, tienen que existir. Esto significa que exigen una concreción histórica. Sólo con el derecho natural no se puede formar un orden jurídico. El derecho es siempre derecho positivo y no se puede poner en duda esta tesis.

Por eso en la práctica jurídica no aparece el problema del derecho natural («como tal»), sino el problema del derecho, más concretamente: el problema de hacer un derecho de tal modo que corresponda a los criterios del derecho justo. El derecho establecido que constituye una base de la práctica jurídica ya es resultado de las discusiones políticas, ideológicas y filosóficas; y es resultado de una elección hecha entre distintos, muchas veces contradictorios, criterios de derecho. En el estado actual de la cultura jurídica, parece que no tiene mucha influencia sobre el derecho el hecho de que los legisladores sean «iusnaturalistas» o «positivistas»²¹. En la crítica del derecho establecido, por supuesto, se puede alegar el derecho natural, pero la crítica será más efectiva cuando consiga un consenso más amplio. Tampoco se puede olvidar que la contradicción con el derecho natural (concretamente: la inmoralidad del derecho) hay que demostrarla, ya que el derecho legalmente establecido goza de la presunción de justicia.

20. G. ELLScheid, *op. cit.*, 151.

21. Lo describe muy bien la discusión acerca de la constitución de Polonia en los años 1996-97. Una de las críticas más importantes decía que el proyecto no mencionaba al derecho natural. Pero detrás de esta crítica no iba ninguna crítica de las normas constitucionales como contradictorias con el derecho natural. Los que criticaban la constitución no propusieron normas «mejores», es más, reconocían que, en algunas normas concretas, la constitución «acepta el derecho natural», y la crítica se refería a los presupuestos filosóficos metajurídicos. Cfr. p. ej. J. KRUKOWSKI, *Krytyczne uwagi do «Projektu Konstytucji, RP»*, en «Kościół i prawo», t. 13, Lublin 1998, p. 72. Este autor critica en el proyecto la «aceptación del presupuesto fundamental del positivismo jurídico», pero no demuestra en qué se refleja ese positivismo.

Esto no significa que el derecho positivo (hablamos aquí del derecho de un Estado democrático de derecho) no fuera criticado razonablemente con los argumentos del derecho natural²². La crítica es eficaz cuando consigue un consenso social adecuadamente amplio. Pero incluso cuando esta crítica es como «una voz que clama en el desierto», es capaz de mover las conciencias; orientada hacia el cambio de derecho puede influir sobre él solamente de manera indirecta, influyendo en las convicciones predominantes. Para el derecho es importante que no haya demasiada divergencia entre él y las convicciones éticas predominantes. El derecho no es una simple grabación de las convicciones éticas, influye en ellas y se acopla a ellas.

Así pues, en la práctica jurídica, también para el partidario del derecho natural, el punto de partida para llegar al derecho justo (sentencia, decisión) lo constituye el derecho establecido. Es más, el respeto al derecho es una supuesto metajurídico del derecho, es decir, es un precepto de derecho natural. Otro postulado sería la profesionalidad. Esto no significa solamente recordar algo que es evidente, porque tras los trabajos de Gadamer²³ y J. Habermas²⁴, sabemos que allí donde se trata no sólo de explicar, sino de entender (de eso se trata en la aplicación del derecho), el sujeto con su conocimiento «inicial» queda implicado en un proceso cognoscitivo. El jurista convencido de que toma los criterios sólo de la ley cae en una ilusión, ya que también depende «de sí mismo». Sólo aquel juez que se da cuenta de que en la sentencia transmite algo de sí mismo, puede ser realmente independiente²⁵. «La bouche de la loi», este tópico es una ilusión, aunque sea porque el juez o fiscal llega a consecuencias por medio del razonamiento de juicio, él aplica el silogismo pero antes tiene que construir premisas. El juez aplica el derecho pero lo hace de manera creativa. Gracias a su rutina no se da cuenta de su propio papel creativo. El derecho surge no por medio de un procedimiento, sino durante un procedimiento²⁶. El derecho justo se crea siempre *in concreto*, a consecuencia de una elección y aplicación de distintos criterios de argumentación racional y sin prejuicios. En la literatura se habla entonces del «discurso ideal» (J. Habermas), del «auditorio universal» (Ch. Perelman), o del «foro de la razón» (J. Tammelo)²⁷. En su resultado no se llega a una verdad matemática, sino a una conclusión motivada y convincente.

3. IDEA DE DERECHO-IDEA DEL HOMBRE

En este «discurso» no se trata de algo arbitrario e indefinido, sino de derecho justo. Entre todos los criterios de justicia, esos puntos de referencia según los cua-

22. Esto especialmente se refiere a la cuestión de la protección de la vida. Cfr. las encíclicas de Juan Pablo II.

23. *Wahrheit und Methode, Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen² 1965.

24. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt a. M. 1981.

25. A. KAUFMANN, *op. cit.*, 115.

26. A. KAUFMANN, *op. cit.*, 117.

27. A. KAUFMANN, *ibidem*.

les se evalúa el derecho, el más importante, «ontológico», indisponible e inalterable es el hombre: la persona humana, más concretamente: las relaciones entre las personas. «Hominum causa omne ius constitutum est». El derecho se justifica por el hecho de que sirve para dar a cada uno lo suyo.

¿Y qué es lo suyo? Para el jurista la respuesta es fácil: ¡lo suyo es el derecho!²⁸. La gente se dirige a los órganos que aplican el derecho exigiendo el derecho, o sea, exigiendo una satisfacción de su «tengo derecho». ¿Por qué razón tiene derecho? Todo jurista conoce la distinción entre los derechos innatos y adquiridos. Los primeros se relacionan con la persona humana; los segundos proceden de un acto jurídico consumado. El hombre tiene derecho por ser hombre —sobre esto todos están de acuerdo—. La comunidad de las naciones de la «civilización occidental» aprobó cartas y catálogos de esos derechos innatos fundamentales. Por lo que se refiere a ellos, por ahora dura el consenso, por lo que en la práctica se relativiza el hecho de que en una sociedad plural difieran las opiniones sobre lo esencial del origen definitivo (Dios Creador, la naturaleza del hombre, el convenio social...). Lo que importa es que se los considera como unos derechos reales, lo que está probado por la existencia de los tribunales que velan por su cumplimiento. Estas cartas de derechos fundamentales constituyen unos determinantes básicos de las leyes constitucionales de los Estados de derecho y del sistema —jerárquicamente ordenado— de las fuentes del derecho que armoniza con ellas. Esta armonía (cohesión, o por lo menos no contradicción) no es perfecta, queda siempre como un postulado, pero los Estados de derecho han desarrollado unos mecanismos de corrección que se ponen en marcha cuando dicha armonía no alcanza un grado suficiente.

Con esa construcción del sistema de derecho —vertical y jerárquica— aquello de «tengo derecho» significa primero el derecho a lo que las normas jurídicas conceden. Es decir, el derecho a aplicar al hombre el derecho conforme con su letra, y ya que el derecho establecido es una obra social y cultural, lo de «conforme con su letra» significa a su vez «conforme con su sentido». Esto, en la práctica, significa el derecho a la motivación —clara y fácil de comprender— de la decisión o sentencia recibida. La norma alegada no es una coartada para el fiscal o para el juez, tampoco sirve para justificarse ante los superiores, sino que es una prueba racional de la justicia. La mera alegación de la norma jurídica no basta, sino que hay que motivar por qué ha sido aplicada. En otras palabras, la motivación de la decisión no se hace exclusivamente por medio de la deducción de las normas de derecho, ni tampoco por medio de la inducción del estado fáctico, sino por medio de la determinación de la relación entre las normas y el estado fáctico. Esta determinación implica la comprensión del sentido de las normas en relación con el estado fáctico y la comprensión del estado fáctico en relación con las normas (se comprende como un caso jurídico), y eso «directa e inmediatamente» en relación con las normas, y «total y definitivamente» en relación con «todo» el derecho, el dere-

28. Santo Tomás de Aquino identifica el derecho con la justicia, *Summa theol.* II-II, q. 57, a. 1.

cho como «idea». Por eso los metodólogos creen que el problema jurídico que surge de un caso concreto se resuelve cuando se logra demostrar que la solución corresponde a las normas jurídicas y a la idea de derecho²⁹. Tanto iusnaturalistas como positivistas hoy día están de acuerdo en lo referente al horizonte común: el hombre. La idea de derecho en definitiva es una idea del hombre. Y ésta no es sólo una afirmación —hoy día generalmente aceptada— teórica, sino que tiene unas consecuencias prácticas muy importantes. Y eso porque cada caso se estudia con una imagen del hombre general y formada. Esta imagen oscila entre la percepción del hombre como un ser que por su naturaleza tiende a convivir armoniosamente con otros (Grocio), y como un ser totalmente depravado («el hombre es el lobo para el hombre» de Hobbes); o un ser, víctima de las condiciones desfavorables de su ambiente. Esta diferencia de opiniones aparece claramente en el debate sobre el derecho penal. No vamos a profundizar en los problemas —todavía abiertos— de antropología, más bien, importa que se tenga en cuenta que los hay y que se evite la parcialidad y el doctrinarismo antropológico. Hay que apelar a una simple afirmación de que ni el optimismo ni el pesimismo cuentan, sino el realismo. Esto significa que: 1.º al delincuente se llega por su delito (percibido también en el marco del daño hecho); 2.º el delincuente no es «sólo» un delincuente sin más, sino un ser humano.

Y eso, pues, es una implicación práctica y básica de derecho natural, reconocida también por los que se distancian de esta noción. No se puede privar a ningún delincuente de su dignidad humana, ni siquiera el peor criminal puede renunciar a ella. No se le puede reducir a un objeto de investigación, y él —acusado y declarado culpable— es siempre (se supone) un participante en el procedimiento, también cuando éste tiende a la imposición de una pena que el delincuente merece. Los procedimientos formados en la civilización occidental tienen en cuenta este hecho. Han nacido dentro de la corriente de derecho natural. Recordemos que el precursor fáctico del positivismo, Paul Feuerbach, reformador del derecho penal, que postulaba la aplicación exacta del derecho, lo exigía, precisamente, en nombre del respeto a los derechos del hombre inviolables³⁰.

Los derechos fundamentales del hombre requieren, sin embargo, una concreción y están sometidos a la interpretación. Precisamente aquí destacan en consecuencias prácticas las diferencias entre las opiniones de iusnaturalistas y positivistas. En la práctica jurídica esas diferencias pueden generar conflictos causados por la contradicción entre las convicciones —consideradas como procedentes del derecho natural— y el derecho positivo.

La persona afectada por la norma resuelve entonces el asunto en conciencia, asume la responsabilidad por esta solución, y también utiliza los medios de apelación como la demanda al Tribunal Constitucional o a los tribunales internacionales. El que aplica el derecho no puede sobreponer sus propias convicciones al de-

29. A. KAUFMANN, *op. cit.*, 71.

30. A. KAUFMANN, *op. cit.*, 71.

recho positivo, ni siquiera cuando considera que encuentra para ellas una justificación en el derecho natural. Un juez o un fiscal no pueden comportarse como si aplicaran dos sistemas jurídicos paralelos. Él aplica un solo derecho, el derecho positivo vigente. No obstante, lo que importa es que sea consciente de que el conflicto entre el derecho positivo y el derecho natural es posible. Se puede discutir el nombre, pero sin una suposición antepositiva de que hay que observar el derecho, éste perdería el sentido: la orden positiva de respetar el derecho llevaría al círculo vicioso. Al identificarse con el derecho positivo (esta identificación constituye una condición para desempeñar la profesión de jurista), el jurista debe saber que el derecho establecido no es la última palabra de sabiduría. Pienso que, sabiéndolo, el jurista encontrará en los instrumentos elaborados por la metodología del derecho modos de aplicar los preceptos de derecho, para estar de acuerdo con los principios fundamentales de los preceptos del derecho, es decir, con el derecho natural: comenzando por la lógica jurídica, los distintos pasos o grados de interpretación, la suplencia de las lagunas (siguiendo las necesidades del tráfico jurídico, de la «naturalidad de las cosas», de las reglas de convivencia y de las reglas de ética), hasta consultar las reglas generales de derecho. Es importante que no se limite «artesanalmente» a un solo método. Aquí se fijan —creo que no sólo en los países en transformación del sistema político— unas tareas muy importantes para lo que el derecho natural significa hasta inculcar el respeto al derecho. Ya que la apelación a la ley natural tiene que servir al mejoramiento del derecho y no a su desprecio. La «palabra de sabiduría» definitiva se pronuncia después de la concreción de la norma, pero también «lo definitivo» es relativo porque la «palabra definitiva» del fiscal o del abogado está dicha desde un aspecto determinado, tiene que ayudar a aclarar la verdad y eso para que la verdad judicial corresponda a la verdad objetiva. El acusador y el defensor plantean diferentes aspectos del asunto, tratan de probar las tesis contradictorias, pero el «ethos» de la profesión impone al uno y al otro una actuación conforme con la convicción basada en la letra y en el espíritu del derecho. La última palabra basada en el análisis de todos los elementos determinados de un caso y de las normas, que concretan la idea del derecho en un caso concreto es la sentencia del juez —*ius dicit*— justa, verdadera y segura (segura con una seguridad no matemática, sino moral). Se dice «moral» para subrayar que no se trata de una seguridad física, propia de las ciencias naturales. Seguridad moral significa también que detrás de ella hay argumentos razonables, y que en contra de ella no se pueden plantear argumentos razonables. Según la razón —«*secundum rationem vivendum est*»— ésta es una fórmula de derecho natural, así lo consideraron: Aristóteles, los estoicos, Agustín, Tomás de Aquino y Grocio. La razón ocupa en las doctrinas de derecho natural un lugar fundamental: según Santo Tomás, la razón humana es un reflejo de la razón divina; el resultado del conocimiento racional, si es honesto y lógico, obliga en conciencia. Las decisiones tomadas con esa seguridad moral son «morales» también éticamente. Expresan el cumplimiento del precepto de derecho natural que impone observar el derecho.