

## PRÓLOGO

Publiqué hace años, en la UNAM, una historia del derecho natural. Estaba algo abrumado por la complejidad del tema, y zanjé el problema exponiendo explicaciones históricas sobre algunos problemas importantes del derecho natural, según un orden cronológico. Tampoco ahora pretendo ofrecer al lector una exposición acabada sobre la ley natural, porque me he ceñido al segundo milenio, y prácticamente detengo mis explicaciones en el final de la Edad Moderna.

¿La razón? Un libro ha de tener una extensión razonable, y si hubiera querido atacar el tema en nuestros momentos debiera añadir toda una monografía sobre los restos aún operativos de las filosofías empiristas, y explicar a Habermas, Buchanan, Nozick y Rawls. Esto ya lo he intentado en otros momentos, aunque limitándome a las bases filosóficas más generales.<sup>1</sup> Además, el momento crítico de estos autores debería ser completado con el más positivo, y quien los estudie ha de exponer las explicaciones de los filósofos que considero hoy más relevantes, como son MacIntyre, Finnis y George. Pero acometer esta empresa conllevaría el desvelamiento de los supuestos antropológicos de estos autores, y tendría que exponer las bases aristotélicas desde las que parten,<sup>2</sup> y si la exposición de la crítica me ha llevado quizá demasiadas páginas,<sup>3</sup> traer a colación este último tema llevaría a redactar esa monografía excesivamente extensa. Por esto, el lector de esta obra ha de contenerse con una leve alusión a estos otros autores contemporáneos.

<sup>1</sup> “Los constructos racionales en la reflexión sobre la justicia”, *Dikaioyne*, primera parte, 23 (2009), pp. 25-65; segunda parte, 24 (2010), pp. 59-87. Disponibles en versión electrónica en [saber.ula.ve](http://saber.ula.ve). Este mismo estudio más ampliado en *Los constructos racionales en las teorías sobre la justicia*, Saarbrücken, Editorial Académica Española, Lap Lambert Academic Publishing, 2011; “Métodos científicos y método del derecho: una historia superada”, *Persona y Derecho* 62 (2010-2011), pp. 20-58.

<sup>2</sup> He acometido esta empresa, muy tenuemente, en “Dos nociones históricas de libertad”, *Philosophica* (Valparaíso) 27 (2004), pp. 67-108; “*Facultas, proprietas y dominium*: tres antropologías en la base de la justicia”, *Persona y Derecho* 52 (2005), pp. 143-188; “La ‘adaequatio hermenéutica’, en Tomás de Aquino”, *Philosophica* 35 (2009), pp. 95-120. Un estudio más extenso es “Los principios de la justicia en Tomás de Aquino”, *Ars Juris*, México, núm. 29, 2003, pp. 13-117.

<sup>3</sup> Véase mi estudio *La crisis del Estado en la Edad Posmoderna*, Cizur Menor, 2012, pp. 1-190.

¿Cómo procedo? Pues no es posible, en una monografía que pretende tener un solo volumen, exponer el jusnaturalismo romanista, el de Tomás de Aquino y el de la escuela de Scoto y sus discípulos, la escolástica tardía española y las derivaciones escolásticas posteriores, las distintas orientaciones del *jus naturale et gentium* de la Modernidad además de la doctrina actual. Siempre permanece la tentación de tomar un solo nervio de estas obras y desarrollarlo coherentemente a lo largo de la exposición histórica, como hizo Welzel. Pero este deseo no pasa de ser, efectivamente, una tentación, porque al proceder así el autor tiene cierta patente de corso para tomar datos de aquí y de allá, y los va embutiendo en su pretendida línea argumental, de modo que al final de la exposición resulta más un ensayo personal que no un tratado sobre las formas como hemos entendido la ley natural; las muchas arbitrariedades de Welzel muestran que no exagero. He procurado vivir la acribia, que es el arte de la sencillez en la exposición científica, y mostrar las conexiones más importantes entre los distintos ensayos históricos. Porque los hombres rara vez ofrecemos algo nuevo, y el estilo literario usual de estudiar los autores uno a uno, como si ellos fueran cumbres en una llanura, lleva demasiado a lo artificioso: si existen picos altos en Los Andes, es porque ya existe esa cordillera.

El lector tendrá que decidir a su propia costa si he conseguido vivir esa acribia que prometo. En caso de que el ánimo no falte, en otro momento intentaré exponer lo que el siglo XX ha aportado a la cultura del derecho natural. Pero soy consciente de que para emprender esta otra aventura he de estar allanando el camino de la comprensión histórica, porque si no es así, los muchos prejuicios que permanecen entre nosotros harán que el texto nuevo aparezca descontextualizado. Porque este sí es un viaje para el que hacen falta alforjas, y ahora, precisamente, trato de poner esos cimientos de la comprensión histórica que hará necesarias exposiciones ulteriores sobre los fundamentos de la justicia, es decir, de la humanidad del hombre: en el ser humano viven, a veces de forma montaraz, facetas lógicas que aplican a sus conocimientos, conceptos históricos que ya no tienen sentido una vez que ha pasado su momento, leyendas sobre lo que él ha sido, y muchas cosas más; y se trata de mostrar las facetas propiamente humanas de la vida humana.

#### UNA OBSERVACIÓN PERTINENTE

El que se acerca al estudio de una posible ley natural se encuentra desconcertado porque intuye que está agrupando bajo un mismo título varias

realidades distintas. Más concretamente, parece que tropieza, al menos, con cuatro fuentes de información que no son reductibles unas a otras.

La primera de ellas la expuso Tomás de Aquino cuando explicó que el orden de los preceptos de la ley natural sigue el orden de las tendencias naturales del hombre. La primera de estas tendencias es la que el hombre tiene en común con todos los seres, como es conservarse en el ser; el segundo orden de inclinaciones está compuesto por las tendencias que tiene en común con los animales, como es la unión del macho con la hembra; el tercero es el propio de su naturaleza racional, como es el deseo de conocimiento.<sup>4</sup> No estamos ante derechos concretos, sino ante tendencias que originan derechos.

Sin embargo, nos llega otro tipo de información, que no se compone de inclinaciones naturales, no al menos enteramente. Me refiero a las realidades morales muy elementales, que, por exigencias insuprimibles de la índole humana, han de llegar al plano jurídico; no todas ellas acceden al plano del derecho, pero sí bastantes. Consideremos que nunca ha sido ni será lícito condenar a un inocente. Los escolásticos llamaron a estas reglas primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica. Son indemostrables porque no disponen de elementos más elementales en los que se puedan dividir para estudiarlos con más profundidad. Son comunes porque deben conocerlos todos los hombres. ¿Y las personas que los niegan? Stephen Toulmin propone el ejemplo del daltónico: una persona con este defecto en la vista no ve los colores, y es inútil que tratemos de razonarle. Tomás de Aquino estableció que los seres humanos conocemos estos primeros principios por una *participatio* nuestra en la razón de Dios. Explicó que había elegido cuidadosamente esta palabra, la de participación, para indicar que lo que conocemos a través de ella es de poca calidad; él siempre alude al versículo del libro de los Proverbios: “Son poca cosa los pensamientos de los hombres, e inciertas nuestras previsiones”.<sup>5</sup>

Pasemos al tercer momento en el que reconocemos datos que no pueden ser reconducidos simplemente al derecho positivo ya existente. En una

<sup>4</sup> *Suma teológica*, I-II, q. 94, art. 2.

<sup>5</sup> Efectivamente, una participación introduce una derivación, y las deducciones derivadas desde los principios primeros componen argumentos de poca calidad. Indica Beuchot, tratando de la doctrina tomista, que “Así, la ley natural tiene principios o preceptos primarios y secundarios. Ahora bien, ¿cómo se relacionan éstos con aquellos? Santo Tomás dice que tienen una relación de derivación (*derivatio*); pero atenúa la semejanza con la derivación lógica, ya que la derivación lógica de cualquier precepto a partir del principio formal ‘Hay que hacer el bien y evitar el mal’ requiere de otras premisas suplementarias, las cuales resultan discutibles, como son discutibles la mayoría de las tesis morales”. *Derechos humanos. Juspositivismo y jusnaturalismo*, México, UNAM, 1995, p. 81.

obra que publiqué hace años (*Derecho y ontología jurídica*, Madrid, Actas, 1993) distinguía tres tipos de reglas jurídicas: las A, B y C. Las reglas tipo C son las que componen la ciencia del derecho o *jurisprudencia*, y no consisten propiamente en normas o reglas, sino en una actividad inteligente. Reproduzco un caso real: una fábrica de vigas para la construcción de edificios ha vendido una partida de ellas a una empresa constructora. Las vigas le son entregadas a la empresa, y el encargado de la obra que están realizando —un edificio de varios pisos— las hace colocar en todo lo alto, sin ninguna sujeción y dentro del radio de alcance de la grúa. Sucedió lo previsible: la grúa golpeó a las vigas, éstas cayeron hasta el suelo, y al caer mataron a un trabajador. Los abogados de la empresa demandaron al fabricante de la grúa, al de las vigas, y a otras empresas. El juez archivó estas denuncias y declaró que la única instancia responsable por lo sucedido había sido el director de la construcción.

Efectivamente, a lo largo del año pasan por un juzgado bastantes problemas que solamente tienen una solución posible, de modo que si el juez diera otra solución a esos problemas, cometería objetivamente una injusticia. Es posible que estas soluciones que se imponen imperiosamente puedan ser reconducidas a principios del derecho; pero, además de los principios, hay en ellas normalmente un juego de ‘índices’ por los que el llamado a juzgar ha de discriminar los principios aplicables a cada caso. Si utilizo una expresión clásica, diría que este tema “*Non cadit sub discursu neque aliqua narratione*”, esto es, no es explicable según géneros y especies, o analizándolo. Pero esto no quita ni un ápice de valor a la ciencia del derecho: quien entienda que los argumentos que hemos de dar a un ladrón corriente, a un profesor que no prepara sus clases, o a un marido que comete adulterio, son argumentos *necesariamente* distintos, se situará en condiciones de entender mejor el momento necesariamente jurisprudencial de la creación y aplicación del derecho.

Queda nuestra última realidad normativa, que es la cualidad personal del hombre. Gracias a esta cualidad cada ser humano es más que un simple individuo de una especie biológica. Aunque de acuerdo con un sector de la mentalidad dominante hoy, el carácter personal es lo primero que aparece en las consideraciones sobre otras personas, lo cierto es que la realidad de la persona es bastante ambivalente en el estudio y la aplicación del derecho. Desde luego, el derecho penal protege directamente a las personas, a los que ellas son y a lo que ellas tienen; otras ramas del derecho tienen en cuenta a veces la buena fe de las partes. Pero por lo general, si alguien puede utilizar un automóvil es porque es suyo, por ejemplo porque lo ha comprado. Nadie puede utilizar un automóvil porque es persona: en tal caso habría que ad-

mitir que todos pueden usar todos los automóviles que encuentren. La personalidad humana es el título último de absolutamente todos los derechos. Pero en la vida cotidiana es necesario alegar causas jurídicas más concretas para entrar en una casa.<sup>6</sup>

Además del derecho penal y de sus apariciones ocasionales en las otras ramas del derecho, la naturaleza personal del hombre da lugar a lo que podemos llamar ‘bienes constantes’, es decir, a bienes de los cada persona es titular, y que únicamente se recortan (automáticamente) según las circunstancias. Pues todos nosotros exigimos limpieza en el trabajo, pero la limpieza que puede exigir un profesor de universidad es distinta de la que puede exigir un mecánico; todos exigimos libertad, pero la libertad en lo concreto que puede exigir un abogado es distinta de la que puede requerir un militar.

¿No bastan los derechos humanos para regular los problemas que contemplan estas cuatro instancias? Los derechos humanos pueden ser muy útiles según las circunstancias, porque si el órgano decisorio dictamina que también las personas de color pueden estudiar en la Universidad de Alabama, la precisión de este dictamen resulta de utilidad; y será aún más útil establecer el derecho de todos a estudiar en todas las universidades con independencia del color de su piel. Pero los derechos humanos, precisamente por su búsqueda de la precisión, tienen mucho de estático. No resulta siempre agradable ver cómo un tribunal constitucional ha de razonar extensa y alambicadamente para mostrar que ‘en realidad’ ese problema ha de ser resuelto a la luz de la igualdad individual que establece tal artículo de la Constitución. Por otra parte, lo estático acaba siendo cerrado y tiende a clausurar el discurso del derecho. Cabe que un alto tribunal vaya actualizando los derechos en el día a día, pero, aparte de la artificiosidad que he mencionado, tiene algo de absurdo el atenerse a una breve declaración constitucional que engendra continuadamente cientos de páginas.

Estamos ante varios momentos suprapositivos, si es que queremos llamarlos así. Muchas de sus aplicaciones están recogidas por las leyes y las sentencias, pero así como una regla moral no deja de ser tal porque esté recogida por el derecho, las realidades que podemos llamar de ley natural no dejan de ser suprapositivas aunque estén recogidas por el derecho positivo.

<sup>6</sup> Escribe Javier Hervada que “Esta distinción es especialmente importante en aquellos derechos que se fundan de manera próxima en la naturaleza humana, porque fácilmente se puede confundir el título con el fundamento. En el segundo caso, ni se tiene derecho si no hay título, ni puede decirse que la cosa se posea a título de naturaleza humana. Por ejemplo, el derecho de propiedad: la propiedad se funda en la naturaleza humana, pero todo derecho de propiedad concreto tiene un título positivo (herencia, compraventa, trabajo, ocupación, donación, etc.), de modo que ninguna cosa se posee a título de naturaleza”, *Introducción crítica al derecho natural*, 4a. ed., Pamplona, Eunsa, 1986, p. 50.