



Antonio Hernández Gil

SUMARIO: I. *El siglo XIX y el derecho natural*: 1. Consideración general. 2. Los antagonismos y los contactos del historicismo y el positivismo con el derecho natural. 3. El debilitamiento del iusnaturalismo por Kant. 4. El iusnaturalismo principalmente combatido. 5. El iusnaturalismo subsistente. II. *Particular referencia a la situación en España y su peculiaridad*: 1. La moderada tensión entre el iusnaturalismo y el positivismo. 2. Los neoescolásticos españoles del siglo XIX. 3. El krausismo y su posición respecto del derecho natural. 4. El positivismo español en su grado máximo. III. *La presencia del derecho natural en la contemporaneidad. Modelos explicativos*: 1. Los puntos de resistencia. 2. Los modelos explicativos del resurgimiento. IV. *Renacimiento del derecho natural*: 1. Significado del "renacimiento". 2. La idea del derecho natural en juristas de relieve no consagrados exclusivamente a su estudio. 3. El neotomismo tradicional como manifestación del renacimiento y, en general, el iusnaturalismo de fondo cristiano. 4. Tendencias dominantes en la doctrina iusnaturalista española. 5. El iusnaturalismo neoescolástico pleno. 6. Un iusnaturalismo menos pleno y de varias procedencias. V. *Nuevas concepciones del derecho natural*: 1. Su significado específico. 2. El iusnaturalismo historicista. 3. ¿El iusnaturalismo de base existencialista?. 4. El iusnaturalismo axiológico. 5. La doctrina de "la naturaleza de las cosas". VI. *Reinterpretaciones de doctrinas del derecho natural*: 1. La reinterpretación por Villey de la tesis aristotélico-tomista. 2. Puntos de coincidencia entre Villey y Vallet de Goytisolo. 3. La reinterpretación o nueva lectura de Vallet de Goytisolo.—VII. *La continuidad del derecho natural*. VIII. *El problema y el valor del derecho natural*.

En el acto inaugural del curso anterior me ocupé del derecho positivo y su exaltación por el positivismo. En la misma solemnidad correspondiente al año que empieza voy a referirme al derecho natural. El iusnaturalismo y el positivismo expresan el grado máximo de la tensión dialéctica en el mundo del pensamiento jurídico. Mi actitud ha sido siempre la de no ahondar la tensión y menos aún traducirla en un enfrentamiento sin paliativos. En el discurso anterior empecé por ocuparme del positivismo en su siglo de esplendor, que es el XIX, para ver sus ulteriores desenvolvimientos y las correcciones que ha experimentado. Ahora tomo el derecho natural en su período de crisis o debilitamiento, que es el mismo siglo, para ver luego cómo reaparece.

(\*) Discurso leído el día 14 de noviembre de 1983, en la sesión inaugural del curso 1983-84 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.



## I. EL SIGLO XIX Y EL DERECHO NATURAL

### 1. *Consideración general*

El siglo XIX —en contraste con los precedentes— es un período de crisis del derecho natural. Esto no quiere decir sin embargo que desapareciera por completo, aunque algunos juristas se lo propusieran. Hay, ciertamente, una atenuación o un eclipse. Dejó de ostentar el protagonismo que había tenido durante tanto tiempo en el pensamiento jurídico. Alf Ross, ocupándose de este período, dice que en él hay un “derecho natural encubierto”, porque aunque subsistiera una preocupación por la justicia, fue encarnada por corrientes filosóficas alejadas del iusnaturalismo (1). Sin desconocer cierto grafismo y algún fondo de certeza a la expresión “derecho natural encubierto” no parece suficiente para convertirla en descripción total del panorama, que es más complejo.

Durante el siglo XIX, ya dentro de él o ya desbordándole al comienzo o al final, ocurren diversos fenómenos en el mundo de la cultura y en particular en el mundo del derecho que pueden considerarse como de crisis y de transformación. Es muy difícil señalar el punto neurálgico del cambio. En el plano teórico tal vez sea éste: el pensamiento filosófico, que con Kant y Hegel se había planteado el problema de su propia rectificación a base de prescindir de la metafísica y unir la razón y la historia, terminó por ceder el paso al conocimiento científico dotado de una capacidad resolutive de problemas de la que carece la filosofía. En el plano de la práctica política es un hecho evidente que el Estado se apodera del derecho mediante la ley que va a cumplir la doble función de legitimarle y de proyectar la acción del Estado en la sociedad. Evidentemente, ninguno de estos dos puntos neurálgicos, tal y como se desarrollaron, resultaban favorables para la mentalidad iusnaturalista, por más que ella, a su modo, había tratado de penetrar en la ciencia y se había acercado al Estado mucho más que en los tiempos de la escolástica en sus distintas manifestaciones.

### 2. *Los antagonismos y los contactos del historicismo y el positivismo con el derecho natural.*

En el siglo XIX toma pleno auge el historicismo y se produce el positivismo, ambos contrarios al derecho natural, en tanto el subje-

(1) Cfr. Alf Ross, *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, trad. de Genaro R. Carrió, 1974, pág. 244.



tivismo de la moral kantiana ejerció sobre él una función debilitante.

El historicismo, que es una corriente general del pensamiento emanada de Herder, tiene en el derecho la bien reconocida paternidad de Savigny, por más que le precediera Hugo. El dato y el método histórico combinados con el conocimiento sistemático generan una renovación revolucionaria en el saber jurídico. A la “escuela filosófica”, en donde queda el derecho natural, se opone la “escuela histórica”, que ve en el derecho un producto de la cultura, con tantas variaciones como las determinadas por los distintos pueblos y las épocas.

Mientras con base en el derecho natural del racionalismo se emprendió y realizó la empresa codificadora, con base en el derecho emanado de la historia y necesitado de un tratamiento científico, Savigny se resistió a la Codificación, por no considerarla idónea para la Alemania de su tiempo, en donde efectivamente se retrasó, como también se retrasó en España, con influjo muy específico en nuestro caso de las realidades históricas diferenciadas que representan los derechos forales. En España ocurrió curiosamente que muchos juristas filosóficamente adscritos al iusnaturalismo no tuvieron inconveniente en servirse de Savigny en cuanto facilitaba argumentos para oponerse a la Codificación y a la consiguiente uniformidad legislativa, lo cual demuestra que el fin práctico perseguido se sobreponía al doctrinarismo ideológico.

Por una parte, el historicismo, primero por sí solo y luego en alianza con el positivismo, consagrado principalmente al estudio del derecho romano, fundó el nuevo tipo de saber jurídico que es la dogmática. Por otra parte, el racionalismo impulsó la Codificación y las creaciones de ésta, los Códigos, pasaron a ser los exponentes del orden jurídico. Luego no se trata sólo de que, desde posiciones contrarias al derecho natural —como la escuela histórica— se le combatiera. Ocurrió también que el derecho natural, al pasar de la razón a los Códigos, *se convirtió en enemigo de sí mismo*. Como dice Welzel, “desde un principio, el derecho natural había vivido de la tensión entre idea y realidad y, por eso, al convertirse en realidad, cegó la puerta de la que hasta entonces había extraído su fuerza” (2). Luego el derecho natural racionalista contribuyó a su propia caída.

Claro es que también tuvo enemigos exteriores. El más radical de todos había de ser —y sigue siendo— el positivismo. Se ha pensado que no es así, sino que el más fuerte rechazo procede del historicis-

(2) Hans Welzel, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de González Vicen, Aguilar, Madrid 1974, pág. 170.





mo o del positivismo en cuanto historicista (3). A nuestro juicio, el derecho natural si no se atiene al puro racionalismo —como ocurre con no pocas de sus tendencias— es más conciliable con la fluencia histórica del derecho, que no se manifiesta siempre en normas formalizadas, sino en la costumbre y en las aspiraciones sociales, que con la norma positiva excluyente de cualquier otra manifestación de lo jurídico. El empeño positivista por el ordenamiento formulado como tal, cerrado y completo, es lo más contrario al derecho natural, como lo prueba que cuando él mismo tomó estos caracteres, generó su propia crisis.

La paternidad más significativa del positivismo corresponde a Comte, cuyo pensamiento puede resumirse así: negación de la metafísica y afirmación de la experiencia como punto de partida y elemento de constatación del conocimiento científico. Para Comte el derecho natural sólo podría ser algo así como un fantasma metafísico intolerable.

El positivismo comtiano tardó en penetrar en el derecho. No accedió por la vía de la ciencia jurídica dogmática, sino por la sociología, muy posterior en el tiempo. El combate contra el iusnaturalismo fue librado por el positivismo elaborado por los propios juristas que, con algunas influencias de las ciencias de la naturaleza, llegan a un conocimiento del derecho en el que, ateniéndose al dato positivo, le interpretan y llevan a cabo la operación de construirlo conceptualmente hasta lograr la armonía del sistema. Unos, como es el caso muy singular de Bergbohm, le combaten con animadversión al erigir en dogma fundamental que “sólo el derecho positivo es derecho y todo derecho positivo es derecho”. Otros no se sitúan tan enfrente y si bien circunscriben el conocimiento científico y técnico al derecho positivo, aceptan que el derecho natural pueda actuar en el plano de la filosofía o de la ideología, desempeñando una función crítica respecto del orden jurídico establecido.

De todas maneras, la historia del derecho natural en el siglo XIX no es sólo la historia de una derrota por el positivismo. Es algo más complejo. La doctrina del derecho natural participa en el movimiento de constitución de la nueva ciencia jurídica. Wieacker dice que “el legado iusnaturalista” fue “la espina dorsal de la renovada ciencia pandectística” (4). Por eso se habla de un “criptoiusnaturalismo”, identificable en la propia escuela histórica y en la dogmática que

(3) Cfr. Emilio Serrano Villafañe, *Concepciones iusnaturalistas actuales*, Editora Nacional, Madrid 1967, pág. 125 y ss.

(4) Wieacker, ob. cit., pág. 343. Y no es una opinión personal, sino compartida (cfr. Walter Wilhelm, *Metodología jurídica nel secolo XIX*, trad. italiana de P.L. Lucchini, Giuffrè, Milán 1974, pág. 64).





aceptaron la axiomática, el sistema y el método del racionalismo teórico. Pero, aparte de esta presencia del iusnaturalismo en los orígenes de la ciencia positiva del derecho, también ésta, al final, parece salirle al encuentro por el alto grado de racionalización que utilizó en el discurso sobre el derecho positivo, creando categorías generales y conceptualizaciones reputadas como necesarias, en donde se ha visto de nuevo la sombra del iusnaturalismo.

Por tanto, la contraposición entre la doctrina iusnaturalista y la positivista se da principalmente en lo que cada una reputa *qué es derecho*, y mucho menos en el tratamiento a que le someten. El positivismo aportará la inducción, que si no estuvo siempre ausente en el racionalismo, su papel era secundario en el reinado de la deducción a partir de unos principios universales colocados al frente del sistema. Ahora bien, el positivismo, obtenidos inductivamente a partir de los datos positivos unos conceptos generales que cumplen la función de dogmas, también utiliza en abundancia la operatividad deductiva.

Cuando el saber jurídico tomó contacto con la sociología, ésta aportaba un conocimiento positivista de espectro mucho más amplio: el de los hechos, mientras el positivismo jurídico quedaba circunscrito a las normas. Sin embargo, el positivismo jurídico y el sociológico no formaron un frente común contra el derecho natural. El positivismo sociológico, en algunos aspectos, era todavía más intolerante con el positivismo de las normas.

### 3. *El debilitamiento del iusnaturalismo por Kant.*

Kant cumplió una doble misión respecto del derecho natural. Figura entre los impulsores de la idea; pero dentro del conjunto de su construcción filosófica. Por eso, paralelamente, contribuyó también al debilitamiento y a la caída del iusnaturalismo.

Radbruch sostiene esto último en un texto muy expresivo: “El golpe definitivo contra el derecho natural se dio por la teoría del conocimiento y no por la historia del derecho y el derecho comparado, por la filosofía crítica y no por la escuela histórica, por Kant y no por Savigny. *La Crítica de la Razón Pura* de Kant ha revelado que la razón no es un arsenal de conocimientos teóricos acabados, de normas éticas y estéticas maduras ya para su aplicación, sino la facultad de alcanzar tales conocimientos y normas; que no es un conjunto de soluciones, sino de problemas, de puntos de vista con que aproximarse a los datos, de formas que sólo por la recepción de una materia dada de categorías que sólo por su aplicación a un material dado, son capaces de ofrecernos juicios de un contenido determinado. Semejantes conocimientos y valoraciones no son nunca el producto de la razón *pura*, sino de su aplicación a datos determinados; por eso



su validez nunca es general, sino sólo siempre para estos datos. Según esto, ante el problema de la validez general del derecho justo, natural, cabe conceder validez a todas sus soluciones, pero sólo para un estado social concreto, para un determinado pueblo, y para una época determinada. Únicamente tiene validez general la categoría del derecho justo, mas no ninguna de sus aplicaciones” (5).

En efecto, la filosofía crítica de Kant hizo desaparecer la metafísica y la ética capaces de expresar con validez general los contenidos, a la vez universales y materiales, del derecho natural. Aunque conseguirlo ya había sido un problema para los racionalistas, Kant definitivamente alteró el planteamiento, siguió otra vía y ésta le llevó a considerar como justo cada derecho positivo.

Pero el debilitamiento que provoca Kant en la doctrina del derecho natural procede también del peculiar subjetivismo con que entiende la moral. En todo el derecho natural racionalista hay un proceso de subjetivización que consiste en colocar el orden jurídico, como el orden moral, en dependencia de la naturaleza humana que, por obra de la razón natural, obtiene principios objetivamente válidos por su contenido intrínseco que es el mismo para todos. El subjetivismo kantiano tiene un calado más profundo, en virtud del imperativo categórico. Consiste en que la moral queda entregada a la conciencia individual; la norma que, según cada uno pueda servir de ley universal para todos, es la norma moral por excelencia.

Luego sí, por una parte, el derecho queda reducido a lo que, dentro de cada pueblo o Estado se establezca como tal, por otra parte, la moral es eminentemente personal y autónoma; autónoma en el doble sentido de emanar de nosotros mismos y de estar separada del derecho.

#### 4. *El iusnaturalismo principalmente combatido.*

Hay un hecho completamente seguro: la crítica y la negación del derecho natural quedaron centradas en el de estirpe racionalista. Cierzo que la concepción iusnaturalista, globalmente considerada, era puesta en cuestión. Pero el pecado contra la historia y contra la variabilidad de los órdenes jurídicos en el tiempo y en el espacio, lo habían cometido Grocio y sus seguidores, y no Suárez y la escolástica. En primer término el pecado o, sencillamente, el error procedían de absolutizar la razón por sí misma como creadora de principios y normas derivadas; pero, sin darse cuenta quizá que a esa absolutización

(5) G. Radbruch, *Filosofía del derecho*, trad. de José Medina Echevarría, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid 1933, pág. 24-25.



había contribuido la propia historia, ya que la teoría del derecho natural racionalista incorporó a su sistema nociones y categorías procedentes del derecho romano, que es un derecho históricamente formulado.

Lejos de estos excesos quedaban las teorizaciones elaboradas por los teólogos y los juristas de la escuela española. Por lo tanto, también desde este punto de vista, sin necesidad de acudir al positivismo, podía ser puesto en cuestión el derecho natural de los racionalistas. El más acervo impugnador, Bergbohm (6), al menos en parte, lo reconocería así.

Las diferencias que separan a ambas concepciones son bien concluyentes. Frente a un derecho natural omnímodo, capaz de apoderarse de la totalidad del orden jurídico por la vía de la deducción sin límites, lo sustentado por la escuela o las escuelas españolas fue la existencia de un conjunto de principios y normas superiores que sirven de fundamento al orden jurídico y le marcan unas directrices, pero sin ser suficientes para regir todas las relaciones humanas. Por eso se requiere el concurso, como exigencia de la propia razón natural, de otras normas de derecho positivo. Con arreglo a esta tesis no sólo es posible, sino necesaria la coexistencia. El derecho natural cumple una función orientadora, crítica y resolutive, mas en ningún caso tiene pretensiones de exclusividad. A esto ha de unirse la doctrina, sobre todo suareziana, de la variación por el cambio en la materia. Todo ello dio en su día a la concepción no rigurosamente racionalista una puerta de escape, la posibilidad de no considerarse de lleno en la censura efectuada por la concepción positivista.

Sin embargo, por más que el positivismo fuese en primer lugar el rechazo de la concepción iusnaturalista del racionalismo, se oponía en bloque a toda especulación filosófica. De ahí la crisis de la filosofía jurídica en sus distintas manifestaciones. Por eso, si bien de manera refleja, alcanzaron también el iusnaturalismo tomista, al escolástico y a la filosofía del derecho, aunque ésta no fuese tributaria del iusnaturalismo.

##### 5. *El iusnaturalismo subsistente.*

Aparte de que la impugnación del positivismo no recaía de lleno sobre la doctrina escolástica española de los siglos XVI y XVII, es también un hecho *cierto* que, durante el siglo XIX, se mantuvo con vida propia el derecho natural cristiano y específicamente católico, de base teológica.

(6) *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, I, pág. 223.





En Francia, la fundación de una teoría de este signo se debe a De Maistre que, resistiéndose a las ideologías propagadas por la revolución francesa, propugnó un retorno al derecho natural de base teológica conforme a la tradición cristiana.

En la orientación neoescolástica alemana destacan los nombres de los juristas Theodor Meyer y V. Cathrein.

En Italia son figuras de relieve Taparelli, Rosmini y Prisco.

## II. PARTICULAR REFERENCIA A LA SITUACION EN ESPAÑA Y SU PECULIARIDAD

### 1. *La moderada tensión entre el iusnaturalismo y el positivismo*

Durante la ascensión positivista del siglo XIX y, en general, antes que se produjeran, ya adentrado el siglo XX, los movimientos de renovación o renacimiento del iusnaturalismo, la situación en España ofrece características peculiares. La razón es la siguiente: *que la dialéctica iusnaturalismo/positivismo no alcanzó en ningún momento el alto grado de tensión que tuvo en otros países.*

En España tardó mucho tiempo en recibirse el modelo de la ciencia jurídica dogmática. Para encontrarlo de una manera plena en el ámbito del derecho civil, que siempre ha desempeñado una función directiva, hay que esperar a José Castán Tobeñas. Claro es que mucho antes se llevan a cabo exposiciones del derecho positivo. Sin embargo, falta en nuestros autores, generalmente, una profesión de fe positivista. No se erigen en entusiastas adeptos de la ideología, aunque utilicen algunos recursos del método.

Por su parte, el derecho natural ha estado siempre entre nosotros muy lejos de ser un derrotado. La profesión de fe iusnaturalista ha sido la dominante, si bien no ha ejercido mucho influjo en el tratamiento del derecho. Si del positivismo hemos dicho que no ha llegado a ser ideología, aunque sí método, del iusnaturalismo, podemos decir que ha sido ideología, filosofía y teoría del derecho, mas no tanto método.

### 2. *Los neoescolásticos españoles del siglo XIX.*

Si la escolástica en sentido propio y específico es la filosofía medieval de fondo aristotélico y cristiano, la renovación de la escolástica llevada a cabo por el pensamiento español en los siglos XVI y XVII, viene a ser ya una neoescolástica. No obstante, la denominación de neoescolástica se reserva para el movimiento de retorno y re-



surgimiento de la escolástica que se produce en el siglo XIX (7).

En el campo de la doctrina del derecho natural, la neoescolástica española del siglo XIX es más bien directamente tomista. Los contactos con la anterior escolástica española son menores.

En esta directriz se sitúan los nombres de Ceferino González, Ortí y Lara, Mendive, Rodríguez de Cepeda y el Marqués de Vadillo. La obra fundamental del P. Ceferino González no está proyectada sobre el derecho, al que se consagraron principalmente los demás expositores citados.

En conjunto, se les ha tachado de falta de rigor en la utilización de las fuentes y de escasa originalidad, por haberse limitado a seguir en muchos casos a Taparelli y Prisco.

He aquí un juicio expuesto por Recasens Siches, después de referirse a Italia: "También en España, entre los primeros ensayos de neotomismo, hay que registrar algunos testimonios de indigencia mental y de tremendo desconocimiento de las fuentes clásicas; por ejemplo, la desventurada obra del que fue catedrático de la Universidad de Valencia, Rafael Rodríguez de Cepeda; los escritos bastante ramplones de Juan Manuel Ortí y Lara (1826-1890); los angostos manuales de José Mendive, etc." (8).

Antonio Enrique Pérez Luño rescata de la crítica adversa al P. Ceferino González (no incluido expresamente por Recasens), como conocedor directo del tomismo, según acreditan sus *Estudios sobre la filosofía de Santo Tomás* (1864), así como también acreditó la atención prestada a la escuela española en su trabajo *Sobre una biblioteca de teólogos españoles* (1873). Además, Pérez Luño, en defensa de la inspiración italiana que recibieron todos, observa que el neotomismo italiano del siglo XIX, a su vez, recibió las enseñanzas de los jesuitas que fueron profesores de la Universidad de Cervera y que, tras la expulsión, ejercieron función docente en Italia, "con lo que, a la postre, se trataba de una inspiración doctrinal en nada ajena al iusnaturalismo hispánico".

En 1890 se publicó la primera edición de la obra de Luis Mendi-zábal Martín, *Elementos de derecho natural*, continuada luego en su *Tratado*, que, a través de muchas ediciones, influyó mucho en la enseñanza universitaria de la disciplina (9).

(7) Cfr. Ferrater Mora, en las entradas "Escolástica" y "Neoescolástica", del *Diccionario de filosofía*.

(8) Luis Recasens Siches, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, I, ed. Porrúa, S.A., México 1963, pág. 23.

(9) Pérez Luño, *El derecho natural en la España del siglo XX*, en "El derecho natural hispánico", Escelicer, Madrid 1973, págs. 134-135.



### 3. *El krausismo y su posición respecto del derecho natural.*

El filósofo alemán Krause, que desarrolló su labor intelectual en el primer tercio del siglo XIX (nació en 1781 y murió en 1832), tuvo una modesta acogida en su país, mientras su doctrina fue bien recibida en Bélgica, Holanda y sobre todo, en España.

Aun cuando elaboró teorizantes filosóficas de alcance general, partiendo de Kant, del que ofreció interpretaciones que suponían una corrección del pensamiento de éste, prestó especial atención a los temas de la ética y la filosofía jurídica. Por lo que se refiere a esta última, se considera que Krause enlaza con una tradición anterior a la crítica kantiana de la razón, siendo sus principales fuentes de inspiración Santo Tomás, Spinoza y Leibniz. Krause distinguió entre el derecho *posible*, objeto de la *filosofía jurídica*, que se ocupa de los ideales y arquetipos de las instituciones, y el derecho *real*, que es objeto de la ciencia referida a los distintos ordenamientos. La relación entre ambos y la elaboración de modelos incumbe a la *política jurídica*, que es donde desemboca su especulación iusnaturalista (10). Si bien Krause admite estos distintos modos de manifestarse el derecho, propugna una *idea* del derecho de la que son notas esenciales: el eterno fundamento de Dios, la autoconciencia del hombre y la solidaridad entre los hombres. Como subraya Landau, “el orden iusnaturalista de Krause será un orden de *solidaridad*” (11). El derecho es, por tanto, indivisiblemente, realización de las propias exigencias y deber respecto de los demás.

La circunstancia de que Julián Sanz del Río fuese comisionado por el Gobierno español en 1844 para estudiar filosofía en Alemania dio lugar a que, por consejo de Ahrens, se dedicase al estudio del sistema de Krause, siguiendo las lecciones de sus discípulos en la Universidad de Heidelberg. Tal fue, sin duda, la causa de la penetración del krausismo en España. Su arraigo y difusión hay que atribuirlos al idealismo del perfeccionamiento de la humanidad profesado por Sanz del Río, que encontró amplio eco en numerosos discípulos. El krausismo fue más que una doctrina filosófica; fue un movimiento cultural, una actitud, un modo, en fin, de conducirse en el uso de la inteligencia y en la vida social. El krausismo llegó a consolidarse con la creación, en 1876, de la Institución Libre de Enseñanza.

Entre los principales propulsores de este movimiento cultural, dentro del siglo XIX figuran, además de Sanz del Río, Vicente Rome-

(10) Cfr. Peter Landau, *La filosofía del derecho de Karl Christian Friedrich Krause*, en la obra colectiva “Reivindicaciones de Krause”, Madrid 1982, pág. 78.

(11) Loc. cit., pág. 85.





mero Girón, José M. Meranges y Clemente Fernández Elías. Sin embargo, el nombre especialmente significativo, posterior en el tiempo, es el de Francisco Giner de los Ríos (que falleció en 1915), y luego, Gumersindo de Azcárate, Joaquín Costa, Leopoldo Alas, Adolfo G. Posada y Fernando de los Ríos.

La aportación de Francisco Giner de los Ríos, pese al carácter fragmentario y disperso de su obra, es la más importante.

Giner de los Ríos, inspirándose en Krause, introdujo en él algunas rectificaciones. Por eso, en lugar de distinguir entre la filosofía y la ciencia, para considerar como objeto de la primera el derecho racional, sostuvo la unidad perfecta entre una y otra, considerando que nada hay en el derecho extraño a la filosofía. Acercó, pues, la filosofía a la historia; si no a sus concretos datos, sí a su esencia. Rechazó el carácter estático —o inmutable— del iusnaturalismo racionalista e introdujo un dinamismo en la teoría del ideal jurídico, llegando a decir que cada época de la historia tiene su derecho natural propio y peculiar (12). Este modo de pensar llevó a Giner de los Ríos al acercamiento del derecho natural al positivo. Tuvo que hacer verdaderos esfuerzos para dotar de alguna significación propia al derecho natural. Y así sostuvo que todo derecho positivo es siempre, en el fondo, natural o justo, pero sólo en el fondo, porque sobre esa base se desarrollan otros elementos que impiden considerar al derecho positivo como natural por sí mismo. Resulta, en consecuencia, que el derecho natural se identifica con el positivo, y cuando no ocurre esto es porque se produce una desviación. Con arreglo a la tesis de Giner, el derecho natural es, alternativamente, el enunciado de lo *justo positivo* y lo *injusto positivo*. Un derecho natural, autónomo, no identificado con el positivo, se percibe más claramente en el caso de lo *injusto positivo*, al no coincidir con lo *justo natural*. Sólo entonces aparece la escisión, la diferencia.

Desde el punto de vista del iusnaturalismo actual, se formula reparos a la tesis de Giner de los Ríos, así como a las de Joaquín Costa y Posada. Pérez Luño cree ver en ellas un formalismo de corte stammleriano o un derecho natural inmanentista que termina por hacerlo innecesario o, a lo sumo, lo convierte en un postulado formal, “cuya corrección se halla sujeta a los vaivenes de la legislación positiva” (13).

De todas las maneras, a Krause mismo —ni a su directa influencia— no le es atribuible, en materia de derecho natural, formalismo normativista. En el siglo dominado por el pensamiento positivista, la

(12) Cfr. Recasens Siches, ob. cit., pág. 14.

(13) Pérez Luño, loc. cit., pág. 130.



pervivencia del derecho natural en España tiene como causas determinantes, aparte del poco fervor positivista, el neoescolasticismo tomista y el krausismo. El influjo de estas dos directrices fue mayor porque la docencia universitaria se ejerció bajo sus postulados. Ciertamente, entre sí, se encuentran en situación de pugna, pero a las doctrinas de inspiración krausista llega por otras vías el iusnaturalismo.

También debe mencionarse especialmente la influencia que ejerció el krausismo a través de Ahrens. Además de haber estimulado el conocimiento que tuvo Sanz del Río del sistema de Krause, en 1873 se publicó en España la traducción de la obra de Ahrens titulada *Curso de derecho natural o filosofía del derecho*, cuya primera edición había aparecido en Bélgica en 1837.

Ahrens ofrece en esta obra una visión panorámica de la historia del pensamiento filosófico-jurídico. Considera como doctrinas con vigencia todavía en su época, la del estado de naturaleza, que funda todo el orden social en la voluntad humana manifestada en el contrato, la doctrina de Kant, la escuela histórica, el iusnaturalismo teológico del siglo XIX y el utilitarismo de Bentham. Respecto de ellas adopta una posición crítica, por entender que, en su mayor parte, desconocen el aspecto objetivo del derecho fundado en la naturaleza de las cosas y de sus relaciones, para hacerlo derivar de una fuente subjetiva, como es la voluntad, ya sea expresada en una *convención* (como sucede con el pactismo), ya consista en una *voluntad irreflexiva* (como es el espíritu del pueblo para la escuela histórica), ya se trate, en fin, de la *voluntad divina*, tal y como se expresa en la revelación.

Para Ahrens, aunque el derecho actúe siempre por un acto de voluntad, no tiene en ésta su origen, porque designa una regla permanente de comportamiento a la que debe ajustarse la voluntad.

He aquí un texto significativo:

“*La naturaleza del hombre* es el primer fundamento en el derecho relativo a la vida humana. De la naturaleza del hombre debe deducirse la noción de *bien*, que es la regla y el fin del *derecho*. Porque el derecho, como principio de acción, no puede ser más que un modo especial de realización del principio general del bien, fin de todas las acciones y que domina también todas las materias del derecho privado y público, y la voluntad no es más que la facultad por la que se realiza el bien de una manera justa, es decir, conforme a todas las relaciones y a todas las circunstancias en que el hombre se encuentra colocado. Vemos, pues, que la filosofía del derecho, para no ser una ciencia abstracta, debe tomar su punto de partida en el bien y precisar luego de una manera rigurosa la relación especial en que el dere-



cho se encuentra con él” (14).

Se suscita la duda de si en la noción tan amplia que formula Ahrens del derecho, como regla dirigida al bien, queda comprendido todo el orden jurídico o sólo el natural. Ahrens sitúa el derecho natural en un plano que podríamos llamar epistemológico. Le identifica con la filosofía —en el propio título de la obra a que nos referimos aparece así— y la filosofía es “una rama de la ciencia una y universal del derecho, que abarca también la historia del derecho, el derecho positivo y la política” (15). Luego el derecho natural no es un modo de ser el derecho, un orden, sino un modo de inquirir la idea. La filosofía y, por tanto, el derecho natural, es una reflexión sobre el total orden jurídico, comprendiendo también la historia, el derecho positivo y la política. El objeto de la filosofía es concebir el “primer principio de todo el derecho”, su idea general, que no puede obtenerse de las numerosas leyes existentes porque carecen de unidad y universalidad. Ese primer principio o idea general es “un criterio conforme al cual puede apreciarse la bondad y la perfección de las leyes establecidas” (16). Consiguientemente, el derecho natural así entendido desempeña una función cognoscitiva, interpretativa y crítica que tiene por objeto determinar cómo se realiza —y si se realiza— en el derecho positivo la idea general del derecho.

#### 4. *El positivismo español en su grado máximo.*

Sin duda alguna, está representado por el penalista Pedro Dorado Montero, que se opuso totalmente al derecho natural por considerarlo como mera expresión del ideal jurídico de cada uno, carente de dimensión social y no susceptible de ser impuesto coactivamente. Aun cuando Dorado Montero proclamó abiertamente este convencimiento, su positivismo específicamente jurídico fue un modo de oponerse al positivismo antropológico y al sociológico, así como también pudo estar inspirado por el principio de legalidad que, en el derecho penal, tiene un significado propio.

(14) Ob. cit., trad. de Pedro Rodríguez Hortelano y Mariano Ricardo de Asensi, Ed. Bailly-Baillière, Madrid 1873, pág. 85.

(15) Ob. cit., pág. 3.

(16) Ob. cit., pág. 79.





### III. LA PRESENCIA DEL DERECHO NATURAL EN LA CONTEMPORANEIDAD. MODELOS EXPLICATIVOS.

#### 1. *Los puntos de resistencia.*

Durante el fervor positivista del siglo XIX y sus inmediaciones, el derecho natural, negado por muchos, mantuvo sin embargo algunos puntos de resistencia. Transcurrido aquel período, el panorama cambió sensiblemente. Desde principios del siglo XX —con intermitencias, pero también con perseverancia— se acusa de nuevo la presencia del iusnaturalismo.

Con ello no se quiere decir que el cientificismo positivista haya entrado en vía muerta ni siquiera que haya cedido el paso a la otra corriente. Lo cierto es que ha disminuido la tensión entre el positivismo y el iusnaturalismo, que hay posibles compatibilidades y quizá mutuas renunciaciones.

El territorio estrictamente positivista es el de la ciencia, a la que se ofrece, no en su conjunto, sino articulada en disciplinas particulares, un derecho dado que constantemente crece y se renueva por obra de la ley. Sin embargo, fuera del territorio de la ciencia, hay otros dominios de la realidad y del saber en los que la preocupación del pensamiento no queda estrictamente circunscrita a unos determinados datos normativos. Así ocurre en la filosofía, en la moral social, en la política, en la legislación y en la aplicación del derecho, donde es indispensable la mirada más allá del ordenamiento jurídico dado, en busca de sus fundamentos, de sus quiebras y de sus posibles correcciones.

La multiplicidad heterogénea de las leyes y de las normas de toda clase exige, para llevar a cabo una labor científica, preguntarse por la estructuras básicas que subyacen a tanta movilidad histórica e inquirir unos principios esenciales.

Sin abdicar del positivismo de base, muchos cultivadores de la ciencia dogmática han comprendido que es indispensable realizar una función valorativa, si no en el sentido de que el jurista formule a su arbitrio juicios de valor, sí en el de que las normas responden a unos valores sobre los que ha de versar el conocimiento. Toda actitud axiológica no es, por supuesto, iusnaturalismo, pero apunta hacia él.

Por su parte, el derecho natural ha despertado de los sueños de grandeza en que lo sumió el racionalismo. Hace tiempo que abandonó la pretensión de hacerse dueño absoluto del orden jurídico o men-



tor exclusivo del mismo. Reivindicando sus posibilidades de cooperación, ha reconocido también sus limitaciones. En un mundo, como el de nuestros días, en que el hombre ha pasado a tener conciencia planetaria de la existencia, muchos utopismos de la razón se han flexibilizado. La racionalización y la historicación se han aproximado. La variabilidad ha dejado de ser la necesaria negación de lo universal.

En suma, asistimos desde hace tiempo a la reconstitución o el surgimiento de un pensamiento iusnaturalista, con cierta inclinación al eclecticismo, sin que en modo alguno se hayan construido sistemas totales ni se pretendan hacer Códigos a su dictado.

Para enunciar sintéticamente el significado de la renovada presencia del derecho natural se han utilizado diversas expresiones, quizá con preferencia las de “renacimiento” y “retorno”.

En 1910 Charmont, publicó en Montpellier un libro titulado *Renaissance du droit naturel*. La expresión se generalizó. Nosotros titulamos un trabajo *Renovado renacimiento del derecho natural* (17), con el propósito de significar su insistencia en el renacer, un ulterior renacer o nuevas pruebas del mismo. En 1950, Elías de Tejada (18) eligió los términos “eterno retorno”, tomados del título de la obra de Heinrich Rommen *Die ewige Wiederkehr des Naturrecht*, publicada en Leipzig en 1936.

Las expresiones no son inequívocas. Tanto “renacimiento” como “retorno” —la primera de viejo cuño en la historia de la cultura— ponen de relieve la vuelta al derecho natural. Específicamente, “renacimiento” significaría la vuelta al canon clásico. ¿Pero vuelta o retorno a qué concepción del derecho natural? ¿Dónde estaría el modelo? ¿En Aristóteles y en tantas derivaciones como ha tenido? ¿En Grocio, en Suárez? Algo que parece claro, escapa lógicamente a cualquiera de los términos, y es que ni el renacimiento ni el retorno suponen una vuelta plena y determinada. Es más bien el resurgimiento de la idea. Además, si hoy hablamos de “renacimiento” es distinto su alcance al que tuviera hace setenta años antes, cuando se empezó a percibir este fenómeno. Por otra parte, falta la continuidad. Uno de los países y momentos en que más claramente se produce el renacimiento es la Alemania inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial, pero luego hizo crisis y de nuevo ha habido algún otro resurgimiento.

España queda fuera propiamente de la tesis del renacimiento, porque éste supone que haya habido una previa ruptura o un profun-

(17) “Revista de Derecho Privado”, 1943.

(18) Tomo I de la nueva edición de la “Enciclopedia Jurídica Seix”.



do declive, y la verdad es que en nosotros se mantiene la línea de continuidad.

## 2. *Los modelos explicativos del resurgimiento.*

Todo esto obliga a puntualizar, introduciendo algunos criterios matizadores del fenómeno muy generalizado, que es el resurgimiento del iusnaturalismo producido tras la exaltación representada por la doctrina racionalista y luego de la crisis subsiguiente. A tal fin pueden introducirse diversos modelos explicativos de las distintas versiones con que se ha presentado esa acusada presencia del iusnaturalismo en nuestra contemporaneidad. Como siempre ocurre en estos casos, hay un grado considerable de convencionalismo en la formulación de los modelos que sólo aspiran a ser indicativos de una realidad esencial, pero no uniforme. Esta realidad hace posibles las siguientes distinciones:

- “*Renacimiento del derecho natural.*”
- “*Nuevas concepciones del derecho natural.*”
- “*Reinterpretaciones de doctrinas del derecho natural.*”
- “*Continuidad del derecho natural.*”

## IV. RENACIMIENTO DEL DERECHO NATURAL

### 1. *Significado del “renacimiento”.*

Esta es la expresión más frecuentemente utilizada para designar el resurgimiento del iusnaturalismo, aunque por sí sola no sea suficientemente descriptiva del total fenómeno.

Conviene advertir que, a estos fines, el término “renacimiento” no se emplea en su sentido filosófico-cultural, que significa —y significó en su día— la vuelta a la antigüedad clásica, porque entonces comprendería el retorno al iusnaturalismo de Aristóteles, mas no el retorno a Santo Tomás. Flexiblemente entendido, como “renacimiento” puede considerarse lo que un filósofo ha llamado la “rearsunción” de una doctrina anterior, el restablecimiento de una línea de pensamiento después de haberse producido la ruptura.

Las formas más claras del renacimiento, aplicado al derecho natural, se dan cuando el retorno se produce respecto de una doctrina determinada, como ocurre, por ejemplo, con el neotomismo o el neokantismo. Pero también hay que comprender en él la vuelta genérica a la idea o a la tesis, siempre que no estemos dentro de los modelos explicativos designados como “nuevas concepciones”, “reinterpreta-





ción” o “continuidad”.

Es tal el número de nombres y variantes, que se imponen criterios de selectividad y reagrupación. Cualquier fórmula clasificatoria resulta convencional y en buena medida arbitraria. Las posibilidades de que un mismo autor pueda figurar en más de un grupo, son muchas. Como también son notorias las conexiones que existen entre los distintos grupos. Sin otro propósito que el de evitar en lo posible lo proteico y amorfo, para no incurrir en lo puramente individual y disperso, ensayaremos una catalogación, aunque sólo pueda ser orientadora e indicativa.

## 2. *La idea del derecho natural en juristas de relieve no consagrados exclusivamente a su estudio.*

Un grupo puede formarse con algunos juristas que, sin consagrarse exclusivamente al derecho natural ni a la filosofía, han sido propulsores de la idea, a cuya difusión han contribuido con su fuerte personalidad y su importante obra jurídica.

### a) *Geny.*

El primer lugar cabe reservarlo para Geny, aunque sólo sea por el tiempo que ya nos separa de él.

Geny abordó la crítica del método de la escuela de la exégesis y la reconstrucción de la ciencia jurídica sobre el fondo de una filosofía tradicional, de raíz católica, que le llevó a la distinción fundamental entre lo dado (*donné*) y lo construido (*construit*). En lo dado encuentra los presupuestos reales, históricos, racionales e ideales del derecho, que el jurista ha de considerar sin que sean fruto de su construcción. Y como dato racional figura el derecho natural que Geny reputa irreductible. La expresión “el irreductible derecho natural” figura al frente de su obra *Science et technique en droit privé positif* (1915). Aun cuando Geny se inspira en Cathrein, al que cita reiteradamente, no puede considerársele como un estricto seguidor del neotomismo de éste. El derecho natural irreductible es el esfuerzo por captar la justicia como idea y vivencia.

### b) *Radbruch.*

Radbruch es otro jurista que aun cuando no se atuvo siempre al derecho natural, terminó por descubrirlo tras contemplar en la realidad histórica el fracaso del positivismo de la ley. Se considera el pensamiento de Radbruch dividido en dos períodos. El primero domina



do por el relativismo tal y como aparece en la tercera edición de su *Rechtsphilosophie* (1932, trad. esp. de Medina Echevarría, Ed. Revista de Derecho Privado, 1933) y el segundo caracterizado por el pleno reconocimiento de un derecho supralegal, racional o natural, tal y como lo expuso en los diversos trabajos publicados después de la segunda guerra mundial (19).

Sin embargo, la escisión entre ambos períodos no es tan acentuada como, a veces, se sostiene.

En el Radbruch del primer período se aprecia una falta de acomodación entre cómo formula el concepto y cómo resuelve el problema de su validez y vigencia. Radbruch se aparta abiertamente del positivismo al sostener que la inducción basada en la experiencia no puede ser nunca el camino que desemboque en un concepto del derecho si el concepto ha de ser universal y necesario. Su culturalismo le lleva a considerar como único camino posible el de poner en contacto una realidad con unos valores. El concepto del derecho ha de servir, por tanto, al valor que es la idea del derecho. Y para Radbruch la idea del derecho no es otra que la justicia no medida por el derecho positivo, sino como patrón de ese mismo derecho. Sin acudir al derecho natural, concibe el derecho en función de la justicia.

Ahora bien, afirmado esto en el terreno de los principios, en el ámbito ideal de las formas *a priori*, Radbruch inicia luego un vertiginoso descenso hacia el relativismo. No llega a ser este una "piedra sillar", como él mismo le llama, porque la piedra no desempeña ese cometido básico en la construcción. Sin embargo, el relativismo le sitúa en la pugna de los partidos políticos, de las ideologías y de las concepciones filosóficas en la definición de lo justo y, como la dificultad es insuperable, piensa que "si nadie es capaz de fijar qué es lo justo, alguien tiene que establecer qué es el derecho". En el propio acto de su establecimiento encuentra los valores de la paz, el orden y la seguridad jurídica; los coloca en primer término y deja a la justicia en una segunda posición, con lo que la idea misma del derecho, lo justo, no encuentra el modo de realizarse, produciéndose lo que podríamos llamar una frustración. El relativismo, en suma, termina por apoderarse del trascendentalismo inicial. Radbruch no es por completo inconsecuente, porque si bien afronta un planteamiento no relativista, sucede que, luego, en su desarrollo, tropieza con dificultades insalvables que hacen fracasar su intento.

En el segundo período. Radbruch, con el concurso de un iusnatu-

(19) Un resumen de estos trabajos puede verse en Serrano Villafañe, *Concepciones iusnaturalistas actuales*, Editora Nacional, 1967, págs. 48 y ss., y un examen sobre su significado, en Recasens, *Panorama*, cit., págs. 240-241.



ralismo axiológico —es decir, no sólo, como antes, con el valor de la justicia que se relativiza— llega a donde en el primer período no le había sido posible. Censura de un modo acerbo el positivismo. Alude, a veces, en términos asertóricos, a un derecho natural de estirpe divina por el que la injusticia no deja de serlo, aunque aparezca moldeada por la ley. Acude a “la naturaleza de la cosa como un primer principio de la doctrina jurídica”. Y en ella encuentra un fondo objetivo y un punto de equilibrio que sobrepone al relativismo de las ideologías.

d) *Verdross*.

El internacionalista Verdross es otro ejemplo digno de ser resalta-  
do como prueba del renacimiento del derecho natural en quien se  
inició atenido al espíritu del positivismo. Como subraya su gran co-  
nocedor y traductor Antonio Truyol, el positivismo figura en los co-  
mienzos de Verdross que luego proseguiría acogiendo la tesis kelsia-  
na de la norma fundamental, para atenerse después a un monismo  
con primacía del derecho internacional en el que consideraría sustraída  
a la voluntad del Estado la regla *pacta sunt servanda*, dotada de  
significación ética y, por tanto, valorativa, deducida del principio  
*suum quique*. Esto colocó a Verdross a un paso del derecho natural  
en el que terminó por adentrarse, viendo en él un “conjunto de prin-  
cípios que resultan necesariamente de la idea o naturaleza de los gru-  
pos humanos”, principios que se reflejan asimismo “en la conciencia  
y en el sentimiento jurídico de los miembros de los grupos” (20).

En las últimas ediciones de su *Derecho internacional público*,  
Verdross justifica la necesidad de buscar el fundamento más allá de la  
norma fundamental formalmente considerada. Así, escribe: “Si,  
pues, ha de formularse la norma fundamental del d.i.p. tiene que  
decir que los sujetos del d.i.p. deben comportarse según lo prescriben  
los principios generales del derecho que dimanen de la naturaleza  
social de las colectividades humanas y las normas de derecho conven-  
cional y consuetudinario que sobre la base de aquéllos se establezcan.  
En realidad, esta formulación no hace sino expresar de manera  
compendiada que el d.i. positivo depende de determinados princi-  
pios, a los que *ya presupone*. De ahí que sea más exacto hablar, no  
propiamente de *una* norma fundamental, sino de una trama de  
normas fundamentales” (21). Esa trama tiene, a su vez, una raíz

(20) Cfr. Antonio Truyol Serra, *Fundamentos de derecho internacional público*, Tec-  
nos, Madrid 1977, págs. 73-74.

(21) Ob. cit., trad. esp. de la 5ª edición alemana por Truyol Serra con la colabora-  
ción de Medina Ortega, Aguilar, Madrid 1976, pág. 26.





unitaria en la conciencia normativa que es, para Verdross, la base cognoscitiva del derecho natural, al que es necesario acudir como acervo común de la humanidad, ya que, por otra parte, es imposible fundamentar convencionalmente una obligación inequívoca, si no hay detrás de las palabras determinados valores comunes a las partes (22).

Por ello se comprende que Verdross admire la obra de la escuela española del derecho de gentes “que no sólo desenvuelve el concepto del moderno derecho internacional..., sino que lo trasciende al perfilar más de cerca la idea de la *comunidad internacional universal* y del DI universal que en ella se apoya” (23).

Detrás del derecho natural de Verdross no está, ciertamente, la *lex aeterna*, siempre invocada por la doctrina española, como razón última. Tampoco figuraba ya en Grocio. Esto no ha impedido sin embargo que Verdross reconozca a los españoles como los fundadores del derecho internacional, de los que reputa sólo continuador a Grocio que recibió “la magna herencia de la teología moral española”.

En el iusnaturalismo de Verdross hay esa esencialidad de los primeros principios de rango universal tan insistentemente resaltados por Vitoria y Suárez. También se advierte la presencia en Verdross de la idea de la *socialidad* de Pufendorf, sobre todo cuando se refiere a la naturaleza social de las colectividades y no sólo a la naturaleza humana de sus miembros.

e) *Castán Tobeñas*.

Castán Tobeñas es el jurista español de nuestro siglo que se ha entregado de manera más plena a las distintas manifestaciones del saber y la preocupación por el derecho. Centrado en el tratamiento científico del derecho civil como lo demuestra su lograda obra al mismo tiempo clásica y moderna, se consagró también a la reflexión filosófica y metodológica, así como sintió inquietudes por la sociología, a la vez que se entregó a la aplicación de las normas como magistrado y a la preparación y revisión de los cuerpos legales en su condición de presidente de la Comisión General de Codificación. Ninguna faceta del derecho, como ideal, como experiencia y como razonamiento tuvo para él secretos, porque en todas se adentró guiado del propósito de la integración y la armonía y dando pruebas, a través de una erudición inusual, del cabal conocimiento del estado de las cuestiones tratadas.

(22) Verdross, ob. cit., pág. 14.

(23) Ob. cit., pág. 18.



Como antes hemos dicho, de Castán procede el modelo de la ciencia dogmática más logrado en España. Cultivó, pues, un método si no nacido del positivismo, sí aliado con él. Son embargo, no profesó una teoría positivista del orden jurídico, ya que para el entendimiento de éste consideró indispensable la pieza básica del derecho natural.

En el año 1940 dedicó al tema un estudio titulado *En torno al derecho natural* (publicado en la revista "Universidad" de Zaragoza y separadamente). Hace un recorrido por las distintas etapas y escuelas del derecho natural, con especial referencia a la que llama "concepción iusnaturalista hispánica", para llegar, entre otras, a la siguiente conclusión:

"La pujanza de la idea iusnaturalista se manifiesta en la apreciación del problema de la obligatoriedad o *validez* del derecho positivo que, en la doctrina patria, no ha sabido ser resuelto nunca con independencia del criterio de la justicia. No concebimos los españoles que la validez del derecho positivo pueda dejar de estar fundada en la justicia y el derecho natural. En la afirmación de que el derecho injusto no es derecho, han coincidido, entre nosotros, los juristas de casi todas las escuelas" (pág. 51).

En la 10.<sup>a</sup> edición de la obra *Derecho civil español, común y foral*, que es de 1962 y la última debida exclusivamente a su pluma (24), la posición que adopta Castán es la siguiente:

1.º Inspirándose en la concepción escolástica del derecho natural, considera a éste derivado de la ley moral que es emanación de la eterna y formado por unos principios básicos que, lejos de excluir al derecho positivo, le hacen necesario.

2.º El derecho natural en sentido amplio es un ideal de justicia, que dota de legitimidad y validez al derecho positivo, por lo que constituye el fundamento del orden jurídico, sirviéndole de control y límite.

3.º El derecho natural en el sentido más tradicional y específico de la expresión es un orden real y objetivo constituido por un conjunto de principios universales dictados por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, que sirve de complemento al derecho positivo y actúa como fuente cuando falta una solución configurada por las normas.

Si se examina el dualismo derecho ideal/derecho real se aprecia que es terminológico y no de fondo. Equivale a dos modos de designar el derecho natural según la función que cumple, mas no equivale

(24) Tomo I, págs. 57 y ss. y 369 y ss.



a dos modos de ser. En efecto, el derecho natural que sirve de fundamento al positivo aparece incorporado a éste, mientras el que viene a complementarle (o a contradecirle) queda lógicamente fuera de él, existe de suyo o por sí solo; pero no es un derecho natural distinto. Como no figura incorporado al positivo, difiere de éste, por tanto, en cuanto a su localización. Ahora bien, ni por su origen ni por el sentido de los principios ordenadores se trata de *otro* derecho natural. El que llama Castán *ideal* es el realizado a través del derecho positivo; el que llama *real* es el que se realiza sin esa colaboración, desde su propia sustantividad.

3. *El neotomismo tradicional como manifestación del renacimiento y, en general, el iusnaturalismo de fondo cristiano.*

Dentro del neoescolasticismo como forma de pervivencia del derecho natural, que también se había mantenido en el siglo XIX, hay que resaltar y colocar en sitio aparte, dentro de nuestra contemporaneidad, a un específico neotomismo, que puede denominarse tradicional, para diferenciarlo de las reinterpretaciones tomistas que también se han elaborado.

En Francia aparecen en esta línea de pensamiento nombres como los de Maritain, Le Fur y Renard.

El denominador que permite la agrupación de los tres es su tomismo militante, filosófico y confesional, movido por el convencimiento de que en Santo Tomás hay una doctrina vigorosa y llena de actualidad, en la que, entre otras aportaciones fundamentales, se encuentra el "bien común", como idea rectora del orden social, político y jurídico. Estos autores no ofrecen, sin embargo, nuevas lecturas del pensamiento jurídico de Santo Tomás, cometido que afrontará después Villey.

Para el internacionalista Le Fur, el bien común es el reflejo de un orden natural preexistente inspirado en el sentido de lo justo que se manifiesta en estos tres principios normativos: cumplir los pactos libremente concertados; reparar el perjuicio causado injustamente, y respetar la autoridad pública (25).

Georges Renard es mucho más conocido por sus obras, *La théorie de l' institution* (1930) y *La philosophie de l' institution* (1939), que por *Le Droit, La justice et la volonté* (1924), *Le Droit, La logique et le bon sens* (1925) y *La valeur de la Loi* (1928), en donde nos ofrece una visión del orden jurídico que, orientado hacia el bien común, es-

(25) Cfr. Le Fur, *Les grandes problèmes du droit*, Paris 1937, y el resumen que hace Brimo, ob. cit., págs. 78-79.





tá presidido por Dios, la justicia y el derecho natural. Frente al nihilismo ético de Durkheim (“nada más fácil de probar que las ideas morales son absurdas, aunque nos debamos rendir y someter a ellas con respeto”), y frente al inmanentismo social de Duguit, Renard concibe el derecho positivo como un perpetuo devenir que tiende a la perfección. Esta perfección es definida por el derecho natural y la justicia. A uno y otra se refiere Renard indistintamente. La justicia es idea y sentimiento; el derecho natural, un orden justo.

Notas muy características de la doctrina de Renard son estas dos: i) incorporar el derecho natural al positivo y, como consecuencia, ii) atribuirle un “contenido progresivo”, dependiente de las realizaciones históricas que alcanza como germen o principio de existencia.

El siguiente pasaje, muy literario, refleja el pensamiento y el estilo de Renard: “El derecho es un cuerpo múltiple, animado de un fuego único: la idea de lo justo. Lo justo es una idea, es decir, una forma constante impresa en una materia variable. El resto no es más que la fuerza” (26).

La tesis de Renard confiere al derecho natural un vitalismo acomodado a las circunstancias que exige la variación e impide la inmovilidad.

Bélgica, reducto o foco importante del tomismo, también ha hecho aportaciones estimables al iusnaturalismo.

Leclercq es posiblemente la figura de mayor relieve. Al mismo tiempo que un expositor escolástico de la materia en sus *Leçons de droit naturel* (1937), es un filósofo del orden social, al que ha preocupado especialmente configurar la noción del bien común y dotar de eficacia al derecho natural. Hay cierto contraste entre su concepción personalista del bien común, que lo reduce a la suma del bien de cada uno, y el del derecho natural y la sociología, tema de su obra *Du droit naturel à la sociologie* (1960). Leclercq piensa que no hay una “ciencia” del derecho natural, aunque existe la “conciencia” de unos primeros principios rectores de la conducta. El problema radica en dotarlos de eficacia práctica y, a tal fin, estima insuficiente la ley (habla de “cementerios de leyes muertas”) para destacar el cometido del jurista siempre que no se limite al estudio de las normas, sino que penetre profundamente en todos los problemas de la vida social.

Odon Lottin es un filósofo y un teólogo que sólo por razones de conexión o derivación llega a los primeros planos del pensamiento jurídico.

(26) *La valeur de la Loi*, págs. 8-9.



A Dabin se le suele incluir en esta misma línea de pensamiento. Es ciertamente un jurista católico, en el que la principal presencia tomista consiste en hacer del bien común el centro de gravedad del orden jurídico, pero el conjunto de su obra no puede considerarse como una versión de la doctrina de Santo Tomás. La mayor originalidad de su planteamiento radica en entender que en derecho nada hay propiamente dado (argumento dudoso para el iusnaturalismo), sino que todo es construido por el jurista que participa en la formación de la regla del derecho, cuyos valores son la justicia, la seguridad y el progreso. En este sincretismo concurren la doctrina del derecho natural, el positivismo y el sociologismo (27).

En Italia, el más riguroso neotomismo de base se encuentra en Olgiati. Es un expositor de la doctrina, y a partir de ella aborda los problemas de la ciencia jurídica (*Il concetto de giuridicità nella scienza moderna del diritto*, 1943), aparte de haber consagrado diversos estudios al fenómeno del renacimiento iusnaturalista. Ha sometido a crítica al formalismo para propugnar un realismo no puramente científico, sino filosófico, del que considera como versión más acabada el concepto de derecho natural de Santo Tomás.

En una directriz sustancialmente similar se sitúa Di Carlo.

Pero en Italia, a diferencia de lo que ocurre en Francia y Bélgica, el neotomismo no constituye la tónica dominante, que está representada por una más libre interpretación de la espiritualidad cristiana.

El neokantismo de Del Vecchio, que tan largo magisterio ha ejercido en Italia, generalizó el siguiente esquema: sólo la forma, en donde están la justicia y el derecho natural, es universal; el contenido, por el contrario, en donde se aloja el derecho positivo, es contingente. Con ello incidía en un iusnaturalismo filosófico y especialmente gnoseológico, carente sin embargo de resultados prácticos y de efectividad histórica. De esta posición se apartó el propio Del Vecchio, que terminó por acercarse al iusnaturalismo católico “a través de la atribución de un significado cada vez menos formal y más de contenido al concepto de persona” (28).

Recasens Siches dice de la teoría iusnaturalista de Del Vecchio que “implica una concepción sincrética de elementos kantianos, fichteanos, hegelianos, y aun a veces asoman sugerencias debidas probablemente a Schelling. Y después de la segunda guerra mundial, en los nuevos trabajos de Del Vecchio, se ha hecho presente una mayor influencia de la directriz tomista” (29).

(27) Cfr. Jean G. Renauld, *Réflexions sur l'oeuvre du professeur Dabin*, en “Mélanges en l'honneur de Jean Dabin”, Editions Sirey, Paris 1963, I, págs. 231 y ss.

(28) Fassò, ob. cit., III, pág. 198.

(29) Recasens, *Panorama*, cit., I, pág. 80.



Battaglia, con influencias de diverso signo, es uno de los más acerbos impugnadores del formalismo legitimador de cualquier contenido, para sostener la definición de lo jurídico con base en un principio ontológico definidor de lo jurídico.

Perticone se muestra especialmente preocupado por dotar de dimensión práctica al derecho natural a través de la legislación y la jurisdicción.

En Alemania y en Austria siempre se han mantenido las dos versiones del cristianismo constituidas por el catolicismo y el protestantismo.

Representantes del iusnaturalismo católico son, entre otros, Messner, Von Hippel, Küchenhof y Von Der Heydte.

En el iusnaturalismo protestante destaca Erik Wolf, cuya obra *El problema del derecho natural* (30) mantiene estas tres tesis: 1<sup>a</sup>. El concepto del derecho natural es múltívoco, lo que no ha de ser entendido sólo negativamente, pues responde a una necesidad dialéctica. 2<sup>a</sup>. Pese a la multiplicidad y a las contradicciones del concepto, la función del pensamiento iusnaturalista es unívoca, pues aparece planteada irrenunciablemente unida con la existencia del hombre, por lo que el derecho natural es una realidad, que, ya sea concebida teóricamente como axioma, como “existencial”, como *telos* o como idea, fundamenta y limita todo el derecho práctico y éticamente. 3<sup>a</sup>. Las diversas doctrinas iusnaturalistas pueden ser ordenadas o articuladas porque las diversas cuestiones fundamentales conciernen a la *ontología* —el d.n. como ente real o elemento básico de la existencia jurídica—, a la *ética* —el derecho natural como algo debido que desemboca en la teoría de los principios fundamentales del derecho a los que ha de ajustarse todo el ordenamiento jurídico—, a la *lógica* —el d.n. como pensamiento necesario anterior a la experiencia jurídica— y a la *metafísica* —el d.n. como un orden no emanado del hombre, pero dirigido a él como parte del orden cósmico o como parte del orden divino.

#### 4. *Tendencias dominantes en la doctrina iusnaturalista española.*

A lo largo del tiempo no ha habido marcada conexión entre la filosofía general y la filosofía del derecho. Esta ha formado su propio reducto. Sin embargo, se aprecia cierto paralelismo en sus respectivas tendencias.

Con especial referencia al período comprendido entre 1939 y 1975 pueden considerarse como principales las dos tendencias si-

(30) Trad. esp. de Manuel Entenza, Ariel, Barcelona 1960.





guientes: el raciovitalismo de Ortega, de fondo historicista e inspiración alemana, cuyos continuadores desarrollaron su labor intelectual predominantemente en el exilio; y el neoescolasticismo con distintos matices (agustinianos, tomistas, suarezianos), que se desarrolló en el interior y vino a ostentar cierto oficialismo y clara hegemonía en la docencia.

Junto a estas tendencias, José Luis Abellán observa la presencia de otro grupo que denomina "el espiritualismo cristiano", así como aprecia la inclinación de las nuevas generaciones por las ciencias sociales y por la utilización, dentro o fuera de ellas, de métodos analíticos y dialécticos (31).

En los dominios del derecho hay un importante sector adscrito al neoescolasticismo. El neoescolasticismo jurídico no es tampoco, como le ocurre al neoescolasticismo general, específicamente tomista. En esto se observa una señalada diferencia con el pensamiento francés. La guerra civil y el exilio, que contribuyeron mucho a la afirmación de la escolástica en España, también ejercieron influjo en el neoescolasticismo jurídico, pero procedía de tiempos anteriores en los que se había mantenido, por lo que hubo más bien una consolidación y acentuación.

Con carácter menos dominante, está igualmente presente en los dominios del derecho el raciovitalismo de Ortega, pero sin que sus mantenedores lo profesen de un modo exclusivo.

El pensamiento escolástico exige el derecho natural, hasta tal punto que en muchos casos es éste el que conduce a aquél. El raciovitalismo lo permite.

Luego, dentro de estos módulos filosóficos dominantes, se ha hecho derecho natural, aunque los presupuestos y los grados de intensidad sean distintos.

##### 5. *El iusnaturalismo neoescolástico pleno.*

En él se encuentra Luño Peña, Sancho Izquierdo, González Oliveros y Puigdollers, entre otros.

Más recientemente, aunque sin llegar a las nuevas generaciones, pueden resaltarse los nombres de Corts Grau, Elías de Tejada, Galán Gutiérrez y Ruiz-Giménez.

Con posterioridad aparecen Francisco Puy, Antonio Fernández Galiano, Emilio Serrano Villafañe, Agustín de Asís Garrote, Manuel Fernández Escalante, Antonio Enrique Pérez Luño, Vladimiro Lamsdorf Galagane, Juan José Gil Cremades, etc.

(31) Cfr. José Luis Abellán, *Filosofía española actual*, Espasa-Calpe, Madrid 1978.



6. *Un iusnaturalismo menos pleno y de varias procedencias.*

Los filósofos del derecho de mayor rango, por su personalidad y su obra, son Luis Recasens Siches y Luis Legaz Lacambra.

Ambos tienen de común, además, lo siguiente:

- Considerarse inspirados en su formación y en sus orientaciones por el raciovitalismo de Ortega.
- Haber partido de Kelsen, del que se fueron apartando, sin haber renunciado por completo a Kelsen.
- Y haber evolucionado su pensamiento en el sentido de una mayor aproximación al derecho natural.

Los componentes de la teoría filosófico-jurídica de Recasens Siches son, como él mismo revela, de procedencias heterogéneas, lo que hace su construcción sincrética y compleja.

Como expresamente dice (en la autoexposición que hace de su pensamiento, en *Panorama*, cit., I, páginas 488 y siguientes), pronto se dio cuenta de que el neokantismo era una dirección superada, por lo que la abandonó. Al proceder así dejó de circunscribirse a una actitud puramente gnoseológica como modo de situarse ante el derecho, al que colocó, ontológicamente considerado, en ese lugar tan espacioso que es la realidad de la vida humana. Al mismo tiempo evitaba el formalismo, pero para lograrlo de un modo más completo dio entrada también a la fenomenología de los valores.

Ahora bien, Recasens Siches quiso hacer compatibles con Kelsen el realismo y el eticismo axiológico. El mismo lo dice;

“Recasens Siches acepta la tesis kelseniana de que el orden jurídico vigente es la voluntad del Estado. La balumba multiforme y dispar de preceptos jurídicos (leyes, reglamentos, sentencias, contratos, estatutos de corporaciones, etc.) debe constituir una totalidad organizada, pues de lo contrario no sería posible el orden jurídico positivo, porque nos encontraríamos con una multitud de normas de diverso origen, de distinto rango y aun de contenido dispar, sin saber cómo articularlas. El principio de conexión entre todos los preceptos jurídicos de un ordenamiento consiste en que todos ellos valen, rigen, en tanto y porque son voluntad del Estado”.

Parece, según el texto transcrito y ateniéndonos al conjunto de la doctrina de Recasens Siches, que la aceptación de Kelsen va referida al sentido unitario que atribuye al orden jurídico, en el que queda comprendido desde la Constitución hasta el contrato, y no en el total sentido de la teoría pura, que es incompatible con lo sustentado por Recasens acerca del derecho como expresión de la vida y modo de realizar los valores.

Asimismo, Recasens Siches proclama algo tan contrario al forma-



lismo kelseniano como decir que su doctrina (la de Recasens) “ha ido derivando hacia una revigorización de la tesis iusnaturalista, depurada y refinada, que admite una experiencia ontológica de la finalidad, a través de la revalorización de algunos temas aristotélicos y neoescotísticos” (32).

Con tales influencias, enfoques y propósitos de síntesis, ¿dónde queda el derecho natural?

A nuestro juicio, el iusnaturalismo no aparece en Recasens Siches como el fundamento de la validez del orden jurídico ni como el contenido esencial de éste. Es sólo una dimensión del derecho que aparece a través del ordenamiento positivo.

Por un lado, el iusnaturalismo está en lo que Recasens Siches llama con preferencia “estimativa jurídica”, en donde sitúa, tanto el conocimiento del derecho como sus ideales, sus valores (la justicia ante todo) y sus principios, entre los cuales incluye la dignidad individual, los derechos fundamentales del hombre y el bienestar general.

Por otro lado, Recasens Siches, al explicar el “origen real del contenido de las normas jurídicas” (noción distinta de la de sus fuentes e instancias productoras), menciona la “naturaleza de las cosas” y el “llamado derecho natural”, al que atribuye el origen de “un sinnúmero de instituciones y normas jurídicas positivas”.

Parece que hay cierto contraste entre el gran montaje especulativo de que se sirve Recasens Siches y la explicación, muy elemental, que ofrece del derecho natural.

En la posición de Luis Legaz Lacambra respecto del derecho natural se observa una evolución que va desde el distanciamiento inicial hasta su entrega completa en su etapa de madurez. Pese a esa diferencia, hay cierta armonía de fondo.

En uno de sus primeros estudios figura el siguiente texto:

“En mis modestos trabajos he defendido el método de la teoría pura del derecho, bien que limitándolo al campo inmanente de la ciencia jurídica, concebida como gnoseología del derecho positivo; pero sobre este sector del conocimiento jurídico se alza la filosofía del derecho, cuyos temas fundamentales son de naturaleza axiológica y ontológica. El concepto del derecho es necesariamente formal; la ‘idea’ del mismo plantea el problema de la justicia, que es el valor a realizar por el derecho; por esa razón no puede ser la justicia (como idea del derecho) el clásico ‘*sum cuique tribuere*’, pues precisamente es lo suyo lo que se trata de demostrar de un modo apriorístico, y como determinar este *a priori* en todos sus detalles sería una recaída en el derecho natural, oriento la teoría de la justicia hacia la cuestión

(32) Cfr., ob. cit., pág. 490.





del personalismo y el transpersonalismo, decidiéndome por una posición 'personalista' combinada con un 'universalismo sociológico', quedando así fijada la orientación suprema para la determinación de lo 'suyo': el valor supremo de la persona, su calidad de fin frente a toda entidad transpersonal —el Estado, Iglesia, Cultura— dará la orientación a las legislaciones para atribuir como suyos bienes jurídicos a las personas, quedando esta determinación en concreto a las posibilidades culturales en que se desenvuelve cada derecho" (33).

Entonces (año 1933), Legaz Lacambra acepta el método de la teoría pura de Kelsen, pero con una limitación: circunscrito a la ciencia jurídica. Dejaba fuera de la teoría pura la filosofía, con sus temas ontológicos y axiológicos, y dentro de la filosofía, el problema del concepto del derecho que, a su juicio, debía ser necesariamente formal. Con este pie forzado pasa a preguntarse por la "idea": la idea del derecho es realizar el valor de la justicia, pero si ha de ser fijada *a priori* y dentro de un concepto formal, no cabe nutrir lo justo de un contenido material detallado, porque esto significaría una "recaída" en el derecho natural. Para evitar esa recaída se conformó con una orientación: colocar el derecho en dependencia de la justicia y ver en la justicia el valor supremo de la persona.

Con esta fórmula, Legaz Lacambra evita el derecho natural, mas no formaliza totalmente la justicia porque la reconoce como valor dotado de un contenido en el que aparece la protección de la persona. No hay entonces en él iusnaturalismo. Hay, sí, axiología o, para decirlo con la expresión de Recasens Siches, "estimativa jurídica". No penetra en el derecho natural; ahora bien, se queda a sus puertas.

Así fue el Legaz Lacambra incipiente. El Legaz definitivo es distinto, tal y como se muestra en su obra fundamental, que es *La filosofía del derecho* (34).

Legaz Lacambra admitió que el derecho natural no podía ser enjuiciado de un modo unitario. Captó la esencial diferencia que existe entre el rígido derecho natural del racionalismo y el de "cuño católico-escolástico", muy flexible y susceptible de historificarse sin incurrir en el relativismo, lo que le llevó, como tantos otros, a comprender que los ataques de la ciencia jurídica moderna dejan intacto a este derecho natural flexible.

Veamos algunos textos que reflejan lo que es para Legaz el derecho natural.

Dice uno de ellos:

(33) *Las tendencias dominantes en España, en la filosofía jurídica, política y social*, en la trad. de W. Sauer, *Filosofía jurídica y social*, Ed. Labor, Barcelona 1933, p. 106.

(34) 3<sup>a</sup>. ed., Bosch, Barcelona 1972.



“No es que, por de pronto, exista un ‘sistema’ normativo de derecho natural por encima, al lado o enfrente del sistema de las normas jurídicas, sino que hay *un* derecho que, en parte, se integra con el sistema de las normas positivas y, en parte, conserva su dimensión prenormativa y prepositiva que es susceptible de formulación intelectual en una normativa concreta iusnaturalista” (35).

Existe un derecho natural, si bien tiene dos modos de manifestarse. O se integra en el derecho positivo, con lo cual pasa a tener una expresión normativa y la consiguiente vigencia. O bien, no se integra en el derecho positivo, y en este caso es prenormativo, aunque sea susceptible de una formulación normativa. Luego, según este texto, para Legaz Lacambra, el derecho natural opera a través del derecho positivo en una hipótesis, identificándose con él, y en otra hipótesis, le complementa. No llega a sostener que sea el fundamento de la validez del orden jurídico.

Otro texto de interés para darse cuenta del pensamiento de Legaz Lacambra es éste: “El derecho natural pertenece a la realidad jurídica, pues no sólo radica en un *suum* cuya existencia y realización es un *iustum*, sino que posee constitutivamente la posibilidad de existir como una estructura de la vida social. Y sólo en este ámbito existe el derecho. El derecho natural consiste en la posibilidad que tiene el hombre, por ser persona, de actuar externamente, con pretensión de eficacia social, aquella libertad suya de afirmar o de exigir aquello sin lo que no puede ser pensado como persona ni subsistir frente a los otros como tal *persona*”.

Aquel personalismo a que acude Legaz en uno de los primeros estudios como modo de evitar la “recaída” en el derecho natural, está presente también después de la “recaída”. El núcleo del derecho natural radica en la persona.

Situado Legaz Lacambra en el seno del iusnaturalismo, vuelve a plantearse el problema de su significado al tratar el tema de la justicia. ¿Es un pleonismo la expresión “derecho justo” y una *contradictio in adiecto* la expresión “derecho injusto”? Legaz señala una posible —y difícil— vía media. La encuentra en una distinción de planos: el ontológico y el valorativo. He aquí su opinión: “Todo derecho *es* una cierta justicia, pero para ser derecho no necesita ser *la* justicia y porque no lo es, ni puede serlo, todo derecho *puede ser* una cierta injusticia” (36).

(35) *Filosofía del derecho*, cit., pág. 329.

(36) Ob. cit., pág. 355.



Si este criterio se aplica también al derecho natural, su noción resulta debilitada. Legaz Lacambra, sin embargo, lo deja a salvo. Todo el derecho —dice— es un *iustum imperfectum*. No es que haya un derecho cuyo constitutivo ontológico deje de ser la justicia, sino que ésta no encuentra en él una realización adecuada. Y esta es la salvedad: “Sólo en la idea, en la idea del derecho natural, puede darse esa perfecta congruencia y si es en ese nivel donde se le define el derecho es justo o no es derecho. Pero el problema del derecho injusto no se plantea en ese nivel, sino en el de las realizaciones históricas del derecho, respecto de las cuales tiene sentido considerarlas jurídicas en cuanto son susceptibles de ser referidas positiva o negativamente a la justicia, como tiene sentido hablar de “obra de arte” por referencia, incluso, negativa, a la belleza. Ciertamente, en el derecho no cabe que esa referencia sea *totalmente* negativa..., porque el derecho no es una pirueta intelectual, sino regulación de conductas y orden de convivencia; pero por lo mismo es siempre posible mostrar la imperfección de la realización y emitir un juicio de valor en el sentido de su injusticia” (página 360).

En suma, en la construcción llevada a cabo por Legaz, el derecho natural es un aliado inseparable de la justicia con la que se identifica. El derecho natural por sí mismo se salva, pero éste no es su destino; su destino es el de realizarse, y la realización de lo justo queda entregada a las interpretaciones de los derechos positivos.

## V. NUEVAS CONCEPCIONES DEL DERECHO NATURAL

### 1. *Su significado específico.*

Utilizamos la expresión “nuevas concepciones”, aplicada al general fenómeno del resurgimiento del derecho natural, en un sentido a la vez relativo y específico.

Relativo, porque no hay ninguna concepción nueva o actual que pueda equipararse, en rango histórico-cultural y en fuerza discursiva, a los dos grandes bloques que forman la doctrina escolástica y la racionalista. Además, es muy difícil aislar concepciones actuales que carezcan de toda conexión con las tradicionales.

Pero atribuimos a la expresión también un sentido específico para poner de manifiesto que el fenómeno del resurgimiento del derecho natural no se manifiesta sólo por los cauces del renacimiento o del retorno. Existen doctrinas que son nuevas o actuales no sólo porque han surgido después de las tradicionales y pertenecen a nuestro tiempo, sino que tienen pretensiones de originalidad, bien intrínseca-





mente o bien —y esto es lo que principalmente ocurre— porque tienen como punto de apoyo concepciones filosóficas generales posteriores en el tiempo.

## 2. *El iusnaturalismo historicista.*

Al poner en contacto la teoría del derecho natural con el historicismo pueden suceder dos cosas: o que la teoría del derecho natural se disuelva o que se transforme.

La disolución depende de la intensidad del historicismo y también de cómo se configure el derecho natural.

Si el historicismo se lleva a su grado máximo, como le sucede al relativismo, que todo lo convierte en circunstancial o en puramente subjetivo, entonces no hay espacio posible para una universalidad primaria que al menos deje a salvo la idea del derecho y la justicia.

El otro modo de ser incompatibles el historicismo y el iusnaturalismo procede de este último cuando hace condición de sí mismo la ahistoricidad. Esto le ocurre a la concepción racionalista. Ahí tiene su origen el primer enfrentamiento entre el derecho natural y la historia, que no procedió de la historia, sino del modo de formularse la teoría iusnaturalista. En la medida en que no procedió así la concepción escolástica, fue posible la compatibilidad.

Ahora bien, la concepción historicista en sentido propio, o sea, como una nueva concepción, no es la escolástica, ni el neoescolasticismo posterior, sino la tendencia hacia la historificación surgida como expresión del resurgimiento iusnaturalista.

Así han surgido las tesis del derecho natural “variable”, “progresivo”, “concreto”, “dinámico”, “histórico”, etc.

Prácticamente, todos los juristas de nuestro tiempo que se han ocupado del tema han hecho concesiones a la historificación. Parece que es el precio a satisfacer por el iusnaturalismo para poder desenvolverse en nuestro tiempo. Dentro de la generalizada tendencia, son distintas las versiones; pero es muy difícil hacer un catálogo de nombres.

Una de las posiciones de mayor ponderación es la sustentada por Lumia cuando, oponiéndose a la total historicidad propugnada por algunos, que no deja en pie ningún principio, la afirma “en el sentido de que los principios..., en sí dotados de validez absoluta, se determinan históricamente, asumiendo formas diversas en las cambiantes situaciones históricas” (37).

(37) Lumia, *Su alcune recenti concezioni del diritto naturale*, en “Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto”, 1959, pág. 441.



El historicismo moderno no lleva el cambio a los grandes postulados, como son la justicia, el bien común, la persona y su libertad, sino a las interpretaciones y aplicaciones que reciben en el seno de una experiencia cambiante.

También se aduce en demostración del historicismo los distintos modos de configurar el derecho natural en el curso del tiempo. Es evidente que están presentes en él la antigüedad clásica, el cristianismo, la filosofía medieval, el renacimiento, la ilustración, la ideología revolucionaria, las declaraciones de derechos, etc. Luego también estará presente la sociedad industrial de nuestros días y la era de la ciencia.

### 3. *¿El iusnaturalismo de base existencialista?*

El ámbito acotado por el iusnaturalismo de base existencialista depende del significado que atribuyamos a la filosofía de la existencia.

Con frecuencia, en el mundo del pensamiento jurídico, se habla del existencialismo para referirse a toda actitud filosófica que suponga un llamamiento a la realidad, a la vida o a los hechos. Este uso genérico del término es equivalente al de vitalismo o realismo. Y podríamos decir lo que ya hemos dicho del historicismo: la mayor parte de las teorizaciones actuales sobre el derecho natural discurren por estos derroteros.

Pero por existencialismo en el sentido estricto de la expresión hay que entender la corriente filosófica que, partiendo de Kierkegaard es desenvuelta sobre todo por Heidegger y Jaspers. Siendo distintas las formulaciones de cada uno de ellos y más aún la de Sartre, puede considerarse como compartida la sustitución de la esencia por la existencia, viendo en ella el estar en el mundo, la temporalidad o finitud, la situación, la contingencia y el compromiso. Todo ello visto en el hombre y por el hombre, que no es un animal racional o sociable, ni sustancia, sino un existente que se autoconstituye y se comprende en la situación en que se encuentra. Las categorías ontológicas fundamentales del existencialismo son la "autenticidad" y la "inautenticidad"; la primera supone una exaltación de lo individual y concreto; la segunda, rechaza lo colectivo y, sobre todo, lo masivo.

El existencialismo riguroso es más bien una negación del derecho que una distinta concepción. En cuanto eminentemente general y social, pertenece a la zona de lo inauténtico. Como observa Legaz Lacambra, en Heidegger son pocas las referencias al derecho y en Jaspers hay condenas explícitas. La fijeza, la previsión y la seguridad de las normas jurídicas apartan al hombre de la existencia, porque el



hombre no llega a la plenitud de ésta más que a través de situaciones límite, como el dolor, la culpa, la expiación o la muerte (38).

En verdad, no puede decirse que haya un derecho natural derivado del existencialismo.

Los juristas inspirados por el existencialismo se han preocupado especialmente de construir una ontología jurídica dedicada a ponderar el papel del hombre y su situación, desbordando el orden establecido.

Maihofer, frecuentemente citado como iusnaturalista, se inspira en Heidegger, si bien corrige la duda heideggeriana sobre la autenticidad del “ser con otro” por sumergirse en el “se” personal, para sostener que la socialidad originaria concierne a la autenticidad misma de la existencia humana. Se es con o para otro en el seno de una situación en donde se dan relaciones (como acreedor/deudor, médico/paciente, padre/hijo, etc.) que no reflejan una “esencia” o una “naturaleza humana”, sino la realidad ontológica compuesta de actividades existenciales (39). El único derecho natural posible para Maihofer ha de ser existencial, concreto y abierto por cuanto ha de tener por base esas situaciones en donde se manifiesta la vida de relación. Ahora bien, en el derecho natural existencial ve sobre todo una esperanza, un proyecto y una exigencia. Por eso le considera como “una aproximación constante de las relaciones entre los hombres hacia la imagen directriz de un orden *digno del hombre* concebido como el orden de *la más grande libertad posible y de la más grande seguridad posible* de todos y, simultáneamente, como un orden digno de ser vivido, comprendiendo, por tanto, al Este y al Oeste —aunque de modo diferente—, como el orden de *la más grande satisfacción posible de las necesidades humanas* y del *más grande desarrollo de las facultades humanas* (40).

También la preocupación de Welzel es predominantemente ontológica. Contrapone al derecho natural “ideal” el “existencial”. Aquél tiende a determinar la naturaleza del hombre desde la razón, considerándole como un ser racional y social. En cambio, para el derecho existencial el hombre no es primariamente un ser racional, sino que se encuentra determinado por actos volitivos o impulsos de carácter prerracional. Según la doctrina idealista (e idealista es para Welzel toda doctrina que no proceda del existencialismo) hay un orden eternamente válido y cognoscible por la razón. Diversamente, para la tesis existencialista, el derecho natural se basa en decisiones condicionadas

(38) Cfr. Legaz, ob. cit., pág. 175.

(39) Cfr. A.H.G. *Metodología*, II, págs. 45-48.

(40) Maihofer, *Le droit naturel comme dépassement du droit positif*, en “Archives de Philosophie du Droit”, 8 (1963), pág. 194.





por la situación concreta dada o en la afirmación vital de la existencia (41).

Ahora bien, Welzel, para sacar a flote un nuevo derecho natural no menosprecia el pensamiento jurídico del pasado. Gran conocedor de la historia del derecho natural, hay en él, como dice Garzón Valdés, influencias de Hobbes y de Duns Scoto. De Hobbes, en cuanto propugnó la fundamentación iusnaturalista del orden positivo, al señalar como nota esencial del derecho el poder conformador de la realidad. Y de Duns Scoto por su oposición al apriorismo y al razonamiento deductivo. También reconoce Welzel las aportaciones realizadas por el positivismo. Pero, en la situación actual, considera que el jurista ha de ir más allá del mundo conceptual del positivismo con el fin de buscar ideas trascendentes que confieran seguridad y universalidad a sus afirmaciones. La positividad es, para Welzel, un momento decisivo del derecho, mas no suficiente. De ahí el necesario concurso del derecho natural, a través del cual desborda una explicación meramente positivista.

Dentro de la reflexión iusnaturalista sitúa Welzel la estructura ontológica y el contenido axiológico.

La estructura ontológica se manifiesta en las estructuras lógico-objetivas que obligan, desde el centro mismo del derecho, al respeto de principios cuya violación puede hacer contradictorio y falso un orden jurídico. Con estas estructuras designa Welzel algo similar a la *naturaleza de las cosas*. Sin embargo, ellas no resuelven todos los problemas de la ordenación justa. Las estructuras determinan el campo de las posibles valoraciones, mas no suministran los contenidos del deber ser. A este fin, Welzel recurre a un principio reputado como universalmente válido y permanente: la *autonomía ética* del ser humano. Welzel no cree en la existencia de valores abstractos, pero sí en bienes concretos. Y este carácter confiere a la *autonomía ética*, en razón de la cual el hombre se mantiene como sujeto idéntico en todas las transformaciones históricas (42).

Por la vía del existencialismo Welzel lleva al derecho natural a ese mismo destino a que otros le han llevado por vías diferentes: a la protección del ser humano que es el postulado originario de toda ordenación jurídica y la nota axiológica fundamental que evita la alianza del derecho sólo con la fuerza.

(41) Cfr. Ernesto Garzón Valdés, *Caracterización de conjunto de la personalidad y la filosofía jurídica de Hans Welzel*, en Recasens, *Panorama*, cit., II, págs. 922 y ss.

(42) Cfr. Garzón Valdés, loc. cit.



También Fechner (43) ha hecho el esfuerzo de ofrecer una visión existencialista del derecho natural, en la que éste aparece caracterizado por los siguientes rasgos: un derecho flexible, diversamente obligatorio, más o menos determinable según los estratos de fenómenos a que se refiera; derecho cambiante, puesto que la mayor parte de los fenómenos que lo constituyen (en lo económico y sobre todo en lo político) están en transformación constante; derecho continuamente abierto, pues el orden al cual tendemos tiene que ser descubierto e investigado partiendo de una situación de ignorancia y de riesgo.

Si Maihofer, Welzel y Fechner han podido sustentar una tesis iusnaturalista, desplazándola de los dominios de la razón y el idealismo a los dominios de la existencia, es porque aun inspirándose en algunos postulados del existencialismo, no le han seguido sin embargo en sus posiciones extremas dedicadas a exaltar como existencia auténtica la singularidad individual, la libertad absoluta y la nada, que son formas de negación de la vida social. Un buen conocedor del tema, como es Bobbio, dice que con tales planteamientos no es posible una filosofía del derecho existencialista (44). Únicamente en cuanto se han apartado de tales radicalismos han conseguido una versión del derecho natural en la que hay filosofía de la existencia, mas no existencialismo pleno.

Algunos iusnaturalistas españoles han sido catalogados dentro de la filosofía de la existencia. Así, por ejemplo, Pérez Luño escribe: "En el terreno ontológico, el iusnaturalismo español de la posguerra procuró asentar sus premisas en la filosofía de la existencia. Esta es la actitud que adoptaron, si bien desde diversas perspectivas, Recasens Siches, Legaz Lacambra y Elías de Tejada" (45).

Estos tres profesores (desgraciadamente desaparecidos) se apartan del racionalismo en sus respectivas concepciones iusnaturalistas; pero ninguno de ellos se integra en el existencialismo estricto de Heidegger, de Jaspers o de Sartre, ni siquiera en el existencialismo cristiano de Marcel. Tampoco su actitud consiste en que, como Maihofer, Welzel y Fechner, rectifiquen el radicalismo de la filosofía existencial para hacer posible un derecho natural. Sólo de manera muy genérica y vaga, que es preferible evitar, pueden ser interpretados como existencialistas.

Legaz Lacambra ha salido al paso de esta catalogación, aunque reconoce haber dado algunos motivos para determinarla. Y por eso aclara: "La dependencia de Recasens Siches y mía es más bien del

(43) Sobre todo en su obra *Naturrecht und Existenzphilosophie*, 1955.

(44) Cfr. *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Turín 1948, pág. 104.

(45) Cfr. el citado trabajo *El derecho natural en la España del siglo XX*, pág. 156.



pensamiento de Ortega y Gasset” (46).

Tampoco Elías de Tejada —al que nos referimos *infra*— es existencialista. Ni Joaquín Ruiz-Jiménez, si bien hay en él un propósito de acomodar la dimensión eterna del derecho, de base teológica y no subjetivista, con la realidades concretas de la vida.

#### 4. *El iusnaturalismo axiológico.*

Posiblemente de todas las direcciones que toma el resurgimiento del iusnaturalismo la más difundida es la que tiende a poner de manifiesto la dimensión axiológica del derecho.

El campo de acción posible de la reflexión axiológica no queda circunscrito a la doctrina del derecho natural. Si el positivismo es una actitud ciega o indiferente ante los valores, no es iusnaturalista el simple reconocimiento de la dimensión ética o valorativa del derecho.

La función valorativa, que supone adoptar una actitud axiológica puede actuar sólo como uno de los criterios metodológicos en el conocimiento jurídico, ya sea filosófico o científico, y en la aplicación técnica del derecho. Esto es lo que sucede con la llamada jurisprudencia valorativa, que al realizarse como tal reemplaza los “conceptos” por los “principios” y el pensamiento sistemático por el problemático, lo cual supone desviar el análisis jurídico de las normas formalmente consideradas, para llevar a cabo una estimación de las normas y de su proyección en la experiencia.

Un mayor fondo axiológico tiene la filosofía de los valores que, aparte de la novedad de su planteamiento, consistente en considerar el derecho referido a sus paradigmas de la conducta que le dotan de sentido, ha supuesto una nueva toma de contacto del derecho con la moral y la justicia.

La teoría tridimensional del derecho, que considera a éste fruto de la concurrencia del hecho, la norma y el valor, también significa el reconocimiento de una importante faceta axiológica. Sin duda entre las aportaciones de mayor relieve al tridimensionalismo se encuentran las doctrinas de los iusfilósofos latinoamericanos Miguel Reale y Carlos Cossio.

El tridimensionalismo en su acepción genérica supone una distribución de campos de conocimiento y de posiciones epistemológicas: la sociología tiene por objeto el estudio del derecho como hecho y, en consecuencia, le preocupa su efectividad; la ciencia dogmática lo estudia como norma y le preocupa su vigencia; la filosofía se

(46) Ob. cit., pág. 180.





polariza en el derecho como valor y le preocupa su fundamento.

El tridimensionalismo en su acepción específica va más allá. En primer término no se trata de un mero perspectivismo que se resuelve en una posición adoptada para llevar a cabo el análisis; el derecho tiene una composición triádica, que se da en la experiencia. Por eso cualquier investigación acerca del derecho, tanto la sociológica como la dogmática y la filosófica, ha de tomar en consideración esos tres factores, sus correlaciones e implicaciones, sin que sea lícito aislar uno de los factores a los fines de su estudio. (Prototipo muy elaborado de este tridimensionalismo es el de Miguel Reale) (47).

La concepción tridimensional así configurada no se limita a remitirse a la axiología como valoración, sino que dota a ésta de un soporte ontológico; de la realidad que es el derecho forma parte la realización de unos valores.

¿Cabe un derecho natural radicado exclusivamente en la axiología?

Las concepciones de derecho natural que podemos llamar tradicionales reconocen en éste un momento axiológico, pero el momento axiológico no está representado por un conjunto o sistema de valores, sino exclusivamente por la justicia que no se limita a comportarse como un valor, pues tiene o es una realidad asentada en la naturaleza y en especial en la naturaleza humana. Una doctrina plena del derecho natural es necesariamente ontológica y generalmente metafísica. La justicia es el punto de partida y el contenido de determinados principios o reglas; no se trata de una mera tendencia u orientación hacia ella. Es el modo de ser el derecho. Consiguientemente, el hecho de reconocer al derecho (positivo) una dimensión axiológica no implica afirmar el derecho natural; nos deja a medio camino, cerca de él, pero sin alcanzarle del todo.

José María Rodríguez Paniagua en sus libros *Hacia una concepción amplia del derecho natural* (1970), *La ética de los valores como ética jurídica* (1972) y, sobre todo, en *¿Derecho natural o axiología jurídica?* (1981) se ha planteado el problema de las posibles conexiones e implicaciones. La respuesta o solución que ofrece peca de cuantitativa por cuanto considera posible una axiología en sentido amplio como expresión del derecho natural también en sentido amplio. En la construcción de su tesis hay argumentos dirigidos a facilitar la conexión. Y así escribe al final de la última obra citada: "Los valores

(47) Cfr. su libro *Teoría tridimensional del derecho. Preliminares históricos y sistemáticos*, trad. de Juan Antonio Sardina-Páramo, Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho, Santiago de Compostela, 1973.



están ‘llamados’ a incorporarse a la realidad, el derecho no es sólo valores, sino realidad valiosa, y así como esa realidad no es comprensible sin valores, tampoco éstos pueden ser comprendidos sin la comprensión de la realidad con la que están relacionados” (48).

Una posición en parte contrapuesta y en parte parecida es la que había adoptado antes Recasens Siches. Según él mismo explica, durante muchos años evitó el empleo de la “etiqueta” *derecho natural* por considerarla lastrada por los muchos equívocos que se originaron por la variedad de las doctrinas. En razón de ello, Recasens Siches utilizó la expresión menos comprometida de “axiología o estimativa jurídica”. Sin embargo, después de “tres lustros de recelos”, como expresamente dice, al producirse el “segundo renacimiento del derecho natural”, encontró en las distintas formulaciones un rigor que le llevó a cambiar de parecer. He aquí sus palabras:

“Contemplando este presente paisaje doctrinal de nuevos iusnaturalismos, depurados de los lastres y equívocos del pretérito, Recasens Siches ya no objeta contra la reintroducción del término *derecho natural* en el área de la estimativa jurídica” (49).

A Recasens Siches, para dar este paso, no le preocupa, a diferencia de lo que le ocurre a Rodríguez Paniagua, que los valores pertenezcan al mundo del deber ser. Le interesa precisamente marcar la divisoria entre este mundo y el del ser. Así escribe:

“El derecho natural sería un conjunto de principios normativos y no de enunciados de realidades; expresaría no un ser, antes bien, un deber ser. La palabra ‘natural’ en este contexto no debe ser interpretada como presentación de hechos, de realidades, de seres, sino que debe ser concebida como señalamiento de criterios estimativos... El derecho natural no es natural en el sentido en que lo son las leyes naturales de la física, la química o la biología. Los principios del derecho natural no expresan modos de la realidad, antes bien exigencias *ideales* y normativas” (50).

A Recasens Siches no le importa reconducir por entero el derecho natural a la axiología. Sin embargo, también hace concesiones a la realidad, de la que dice:

“Pero la específica realidad de la vida humana condiciona, limita e inspira los valores o principios que constituyen el derecho natural. Y esto no debe decirse sólo de la vida humana en términos genéricos, de nuestra existencia concebida de modo abstracto, sino que debe decirse también de cada una de las situaciones particulares de la vida

(48) Pág. 209.

(49) Auto-exposición, en *Panorama*, cit. I, pág. 523.

(50) Ob. cit., págs. 523 y 525.



humana, de cada una de las realidades concretas de ésta; y, por lo que aquí interesa, de cada una de las constelaciones sociales que cada situación histórica presenta” (51).

Luego la axiología y el derecho natural inserto en ella no son una realidad, sino un deber ser expresado en los valores; pero los valores, en su realización, en la interpretación y hasta en la elección que ha de hacerse de ellos, están condicionados por la realidad que se manifiesta a través de la historia.

El iusnaturalismo axiológico es esencialmente una reconducción del derecho a la ética. La moral y el derecho son dos sistemas de valores entre los que hay diferencias y coincidencias. Ahora bien, como sostiene Virally, hay un punto de conexión que permite pasar de la moral al derecho: éste es el derecho natural (52). Así concebido predomina en él la ética sobre la técnica. Figura —como dice Virally— entre las representaciones intelectuales y no entre los hechos sociales. Cuando pierde esta condición y llega a imponerse se transforma en derecho positivo. En su realización queda sometido a éste. Sin embargo, paradójicamente, al derecho natural le incumbe el cometido de juzgar al positivo. Por eso Virally precisa que la determinación del contenido del derecho natural es tarea propia del filósofo, el teólogo, del pensador político o del moralista antes que del científico.

También Coing, que se desenvuelve en el seno de un iusnaturalismo axiológico, ha reconducido el derecho natural hacia la ética. A su juicio, el pensamiento de la Ilustración dio lugar a un sistema jurídico basado principalmente en la libertad y en la igualdad. Estos valores subsisten, pero no actúan por sí solos, como tampoco es la justicia el valor dominante. Ha tendido a colocarse en un primer plano la dignidad de la persona.

La cuestión siempre pendiente en el derecho natural es conseguir dotarle de contenido, efectividad práctica. Coing, como otros valorativistas, sostiene que en el reino de los valores corresponde la primacía a la protección de la persona humana y al reconocimiento de los derechos del hombre.

##### 5. *La doctrina de “la naturaleza de las cosas”.*

La doctrina de “la naturaleza de las cosas” se ha incorporado al proceso de resurgimiento del derecho natural como una de sus manifestaciones. Como punto más señalado de irrupción suele fijarse la

(51) Ob. cit., pág. 525.

(52) Virally, *La pensée juridique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1960, pág. 80.





publicación por Radbruch en 1941 de un trabajo sobre *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero* (53). Después se ha generalizado su utilización, tanto por los partidarios de un iusnaturalismo existencialista (Welzel y Maihofer), como por los fenomenólogos (Gardies), como, en fin, por los positivistas, entre los que destaca Bobbio.

Es muy curioso el distinto modo de reaccionar ante este tema que se observa en dos iusnaturalistas católicos muy significados, como son Elías de Tejada y Villey.

Elías de Tejada, en el discurso de apertura de las “Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural” (1972) reputó la “Natur der Sache” como “un intento fallido de retornar al derecho natural”. La razón de que Radbruch acudiera a esta noción la vio en la necesidad en que se encontró de abandonar su relativismo filosófico inspirado en la democracia y en el pensamiento socialista-liberal, pero, a juicio de Elías de Tejada, si “la naturaleza de las cosas” puede ser un modo de volver al derecho natural inspirado en la teología luterana que trajo consigo la secularización del concepto, no es un modo de volver al derecho natural católico y, en particular, al de Santo Tomás, “cimentado en sólidos pilares teológicos”. La naturaleza de las cosas, como el estructuralismo, son, para Elías de Tejada, “imitaciones bastardas”, meras pretensiones de objetividad (54).

Muy distinta es la actitud de Villey, que con la pasión que le caracteriza —muy similar a la de Elías de Tejada— rescata para el derecho natural clásico, el aristotélico-tomista, la naturaleza de las cosas. En contraste con la modernidad que suele atribuírsele, se complace en poder de relieve su remoto origen y la larga tradición. La naturaleza de las cosas es una concepción contrapuesta al derecho natural del racionalismo, alentado a partir del Renacimiento y con precedentes en los estoicos y en Cicerón, pero no ocurre lo mismo si se la compara con la concepción de origen aristotélico. He aquí, literalmente, la opinión de Villey: “La doctrina del derecho natural antiguo clásico, auténtico, es que el derecho debe ser extraído de la observación de *toda la naturaleza* y diría que precisamente de la naturaleza de las *cosas*. Y exactamente en el sentido en que los teóricos modernos entienden la naturaleza de las cosas: las cosas del universo social, las instituciones sociales —las formas de estados o de ciudades (...), los grupos sociales existentes, las relaciones de negocios, sociedades, contratos, acciones—. *Las cosas en su diversidad*:

(53) Inserto en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, pág. 156.

(54) Cfr. Las “Actas de las jornadas”, edición cuidada por Francisco Puy, Escelicer, Madrid 1973, págs. 25 y ss.



Aristóteles sabe perfectamente, antes que Montesquieu, que el mismo régimen no conviene a Grecia y los países orientales. *Las cosas en su movilidad*: Aristóteles sabe que son obra humana histórica, y que el hombre, en cuanto ser libre, no cesa de crear situaciones nuevas. Y Santo Tomás, tratando del derecho (en *De Justitia et Jure*), no deja de repetir que “la naturaleza del hombre es mudable”, concluyendo, como su maestro, que el conocimiento del derecho no puede ser objeto de una ciencia inmutable... No hay ninguna filosofía más favorable a la noción de naturaleza de las cosas y a su utilización en el derecho que el antiguo sistema clásico de derecho natural. Evita hacer del derecho la creación de una razón pura; sabe, como hoy lo sabe el marxismo, que antes de todos los conocimientos y como base de ellos, hay el *ser*, los actos de los hombres, y su producto, las cosas sociales, y que nosotros extraemos el derecho de la observación de las cosas. *La doctrina del derecho natural es exactamente una doctrina de la naturaleza de las cosas*” (55).

Un iusnaturalista católico repudia la doctrina de la naturaleza de las cosas. Otro, diversamente, la identifica con el significado del derecho natural clásico. Poutlanzas, tributario de Hegel, y dentro del marxismo, también encuentra motivos para patrocinarla. Bobbio, un positivista, ve en ella una concepción del derecho técnica de la convivencia social “más aceptable que cualquier otra”, por lo que la acepta, si bien con dos condiciones: que su noción sea precisada y utilizada con un significado riguroso y que reconozca sus propios límites sin pretender abrir todas las puertas (56).

¿Qué hay en la naturaleza de las cosas que hace opinar en términos contradictorios a los ideológicamente afines, mientras coinciden en su aceptación los ideológicamente opuestos?

La expresión “naturaleza de las cosas” es ambigua y susceptible de interpretaciones diversas. En términos generales, puede decirse que supone, en la explicación del derecho, un llamamiento a la realidad, a algo que es de suyo o *per se*, y, por tanto, corrige y modera el idealismo de la razón y el voluntarismo de la ley.

Bobbio, que reconoce la presencia en esta teoría de la concepción iusnaturalista, dice: “Representa la transformación que la doctrina del derecho natural sufre al pasar de manos de los filósofos a manos de los juristas. En otras palabras, es lo que queda de la teoría clásica del derecho natural en el paso de la filosofía racionalista de la socie-

(55) Michel Villey, *Historique de la nature des choses*, en “Archives de Philosophie du Droit”, X, 1965, págs. 276-277.

(56) Cfr. Bobbio, *La naturaleza de las cosas*, en “Contribución a la teoría del derecho”, ed. esp. a cargo de Ruiz Miguel, Fernando Torres-Editor, S.A., 1980, págs. 143 y ss.



dad a la sociología” (57).

Suscita alguna reflexión este juicio. Parece, ciertamente, que con “la naturaleza de las cosas” se trata de arrojar el lastre de la especulación, pero también es verdad que siendo palabras, “naturaleza” y “cosas”, de uso corriente y de aparentemente fácil asequibilidad, tienen su dimensión filosófica. Así ocurre incluso si ponemos el énfasis en la expresión “cosa”, que es uno de los conceptos trascendentales para la filosofía escolástica, el gran enigma, en cuanto “cosa en sí”, del criticismo kantiano, en el que la cosa desaparece del mundo de la realidad para existir sólo en el pensamiento, y el gran descubrimiento que hace luego la fenomenología al establecer como regla metodológica fundamental “hacia las cosas mismas”, lo cual supone la exclusión de lo teórico y lo subjetivo para situarse ante lo dado (58).

Sí parece seguro, en cambio, que la doctrina de “la naturaleza de las cosas”, sin implicar un indiferentismo filosófico, tiende a simplificar, a prescindir de la abstracción del ser (como sucede, muy acusadamente en el ser indeterminado hegeliano que es el vacío y la nada) para tomar contacto con las cosas que existen como tales dotadas de una realidad y de unas propiedades que se dan necesariamente.

Sin duda, el acercamiento de “la naturaleza” a “las cosas” produce una inversión del concepto de naturaleza por virtud de la cual ésta expresa algo que se adecúa a las cosas concretas y viene determinado por ellas mismas. No se trata ya de la naturaleza en sentido cósmico, como expresión de un orden comprensivo de todo el universo que se extiende también en el orden jurídico; no se refiere a lo natural en el sentido de lo espontáneo o primario; ni equivale a la naturaleza humana creadora de normas esenciales de conducta.

Con la expresión “naturaleza de las cosas” cambia el referente porque se designa algo que es, al mismo tiempo, objetivo y concreto. No se trata de una común naturaleza abarcadora de un orden regido por ella. Hay como una diversificación y acomodación de lo natural, según sea su punto de apoyo o de arranque. La contraposición entre el ser y el deber ser, que late siempre en el concepto del derecho según se acentúe su realidad o su normatividad, la raíz metafísico-ontológica o su significado moral, se resuelve en un *tener que ser* encarnado en las cosas mismas como una exigencia derivada de ellas, de su concurrencia y de sus relaciones. Pertenece, por ejemplo, a la naturaleza de las cosas que los padres son mayores que sus hijos, que el matrimonio generador de descendencia requiere la disparidad de

(57) Ob. cit., pág. 146.

(58) Cfr. sobre los caracteres de la fenomenología, Bochenski, *Los métodos actuales del pensamiento*, trad. de Raimundo Drudis, Rialp, Madrid 1962, págs. 18, 44 y ss.





séxos o que sobre un mismo objeto , iguales personas, al mismo tiempo, no pueden concertarse una prestación de actividad y una prestación de resultado.

La naturaleza de las cosas proporciona sus respuestas sobre bases tan seguras como son los datos biológicos insoslayables, la experiencia social acumulada y la lógica práctica. La repudiación que hizo de esta fórmula Windscheid por entender que el legislador todo lo puede, supone desconocer que el *freno* de la naturaleza de las cosas recae en primer término sobre el autor de la ley.

Por este camino no se alcanza, a nuestro juicio, un orden jurídico globalmente enunciado o enunciable. Ahora bien, dentro de todo orden jurídico se dan unos datos y unas situaciones, así como las consecuencias inherentes, que necesariamente se imponen y se reiteran en los distintos ordenamientos positivos.

Con la doctrina de la naturaleza de las cosas la teoría iusnaturalista no se limita a plegarse más a la realidad, sino que también abdica de criterios considerados, desde otro punto de vista, como esenciales. El fondo religioso se desvanece. El sentido trascendentalista que acompaña a tantas explicitaciones del derecho natural es reemplazado por un inmanentismo objetivado. Curiosamente, André Lalande, para explicar, en una primera acepción, el significado de lo *inmanente* acude a la justicia, y dice: “Es inmanente a un ser o a un conjunto de seres lo que está comprendido en ellos, y no resulta de una acción exterior. La ‘justicia inmanente’, las ‘sanciones inmanentes’ son las que resultan *del curso natural de las cosas* sin intervención de un agente que sería exterior a ellas” (59). También el concepto kantiano de lo inmanente, como el de los principios encerrados en la experiencia posible, tiene aquí explicación.

Dejando aparte la peculiar interpretación de Villey, que trae hacia el terreno de la naturaleza de las cosas el derecho natural aristotélico-tomista, los modos predominantes de entender esta doctrina, conducen más bien a una ontología fenomenológica de la experiencia jurídica. Ahora bien, ¿cuál es, dónde está o cómo se forma el criterio valorativo inspirador de las prescripciones o interpretaciones basadas en la naturaleza de las cosas? Esta se manifiesta en algo dado como tal e insuprimible. La ordenación tiene que atenerse a lo que es como es, ¿pero es sólo uno el sentido regulador posible o pueden ser varios? La doctrina de la naturaleza de las cosas contiene una explicitación fenomenológica de determinados datos jurídicos, pero difícil-

(59) Cfr. *Vocabulario técnico y crítico de filosofía*, 3ª. ed., en castellano, “El Ateíneo”, Buenos Aires 1966.



mente resuelve el problema axiológico del deber ser y de la fundamentación del ordenamiento positivo. Lo designado por la naturaleza de las cosas y derivado de ella, antes que un derecho supralegal que inspira y legitima el conjunto del derecho positivo, es más bien un derecho prelegal que condiciona el alcance ordenador de las normas positivas, sin llegar a determinarlo plenamente. Si nos situamos en la raíz primera de lo empíricamente natural, la distancia entre el ser y el deber ser se acorta para pasar éste a ser reflejo de aquél.

Así la dicotomía bienes inmuebles/bienes muebles tiene por base el distinto modo de ser, por naturaleza, de unos y otros, lo que justifica un estatuto jurídico adecuado a unos y otros. Sin embargo, esto, que fenomenológicamente parece una evidencia intuitiva, no se ha manifestado históricamente con ese simplicismo. El derecho romano, originariamente y durante largo tiempo, desconoció la dicotomía inmuebles/muebles, siendo distinción fundamental la de *res Mancipi* y *res nec Mancipi*, basada no en la naturaleza sino en la distinta estimación social y económica que merecían unos y otros bienes, y así, por merecerla en grado sumo los fundos situados en suelo itálico, los esclavos y los animales de tiro y carga, tenían la consideración de *res Mancipi* y recibían una tutela jurídica muy acentuada, sobre todo en el sistema de adquisición y transmisión, en tanto las demás cosas, entre las cuales figuraban los fundos provinciales, se hallaban sujetas a un régimen diferente. Tuvo que llegar la época justiniana para que se consolidara como categoría clasificatoria general la de los muebles e inmuebles. Acogida por muchos ordenamientos jurídicos, ha sufrido, sin embargo, desvíos y hasta posposiciones. El grupo de los bienes inmuebles se ha ampliado, introduciéndose en él los que son reputados como tales por razón de su destino o por analogía. No faltan quienes consideran que esta atribución debe ser reemplazada por la de los bienes registrales y no registrales, ya que lo importante es el modo de hacerse pública la atribución de los bienes.

El ejemplo invocado demuestra que un mismo dato procedente de la naturaleza puede recibir interpretaciones diversas. La realidad tiene muchas formas de manifestarse y de condicionar la regulación jurídica. La ficción y la apariencia han sido y siguen siendo recursos técnicos utilizados para atender los intereses prácticos de la vida social. La teoría de las personas jurídicas permite atribuir la condición de sujeto unitario de derecho a numerosas personas reales ligadas por vínculos asociativos, de tal manera que el importante efecto jurídico representado en esa unidad de significación y de actuación no se conseguiría si no hubiera otra solución que la de plegarse a las distintas personas físicas existentes. La abstracción de la causa en el plano del negocio jurídico y en el de la transmisión de la propiedad, es



un medio utilizado para hacer el tráfico jurídico más seguro y eficiente que si todo dependiera de la causa negocial. A veces, pues, cierto artificio imaginativo y especulativo presta un servicio a las exigencias de la realidad. Todo esto demuestra que el llamamiento a la naturaleza de las cosas es muy complejo y toma direcciones que, siendo contradictorias con determinados presupuestos reales, sirven no obstante a exigencias de la vida social y de la práctica.

Es comprensible que algunos positivistas se hayan declarado tolerantes con la doctrina de la naturaleza de las cosas. No pueden admitirla los encerrados en el normativismo porque, para ellos, lo que no está en las normas no está en el mundo, sin importarles para nada la procedencia. Sin embargo, el positivista de espectro más amplio que no excluye nada de lo dado por la experiencia, hace quizá menos abdicaciones que el iusnaturalista puro, pensando que hay un derecho mostrado en las cosas. La merma axiológica que necesariamente ha de encontrar el propugnador del derecho natural, no habrá de ser echada en falta por el positivista.

## VI. REINTERPRETACIONES DE DOCTRINAS DEL DERECHO NATURAL

### 1. *La reinterpretación por Villey de la tesis aristotélico-tomista.*

Como reinterpretaciones consideramos aquellas posiciones doctrinales adoptadas por autores que, teniendo en cuenta una concepción precedente, no se limitan a reproducirla y actualizarla, sino que introducen cambios o correctivos respecto de las formulaciones que la misma concepción ha solido recibir antes.

En esta línea hay que resaltar a Michel Villey y Juan Vallet de Goytisolo.

De ellos proceden unas versiones en gran medida distintas de las usuales y tópicas, sobre el derecho natural aristotélico, romano y tomista, que se presentan como fórmulas, al mismo tiempo, logradas y actuales por donde, a su juicio, debe canalizarse la labor del jurista.

Es común a ambos el catolicismo militante, la crítica del racionalismo y un realismo ontológico y ético inspirado en la filosofía perenne.

Villey lleva a cabo una reinterpretación de la doctrina jurídica de Aristóteles y Santo Tomás, con el apoyo también del derecho romano, para sostener:

1º que las nociones de ley y derecho son distintas, sin que éste pueda identificarse con un conjunto de normas;





- 2º. que el derecho tiene como fin la realización de la justicia, y
- 3º. que la expresión máxima del derecho y del arte jurídico es el derecho natural.

Ante Aristóteles, Villey empieza por destacar la distinción entre la justicia general y la particular. La primera significa la conformidad de la conducta del individuo con la ley moral, como cuando decimos que “un hombre es justo”, con lo que quiere decirse que es, a la vez, piadoso, modesto, prudente, honesto, etc.; y se caracteriza, por tanto, por su generalidad; es la suma de las virtudes. En el sistema de Aristóteles las leyes forman la osatura de la justicia general; pero, observa Villey, *no son el derecho*. En la historia se manifiesta la tendencia a confundir el derecho y la justicia general; pero, a juicio de Villey, no es así, porque el derecho no es un sistema de normas de conducta, sino la expresión de la justicia particular, que es la quintaesencia de la justicia y tiene un carácter exclusivamente social. Se contiene en la fórmula *suum cuique tribuere*, supone la adecuada distribución de los bienes y las cargas, y es discernida, en última instancia, por los jueces y los juristas. En tanto la justicia general, también llamada legal, tiene por objeto el cumplimiento de la ley moral, la justicia particular, que se da en las relaciones entre los hombres, tiene por objeto conseguir la igualdad, la proporcionalidad (60).

La consecuencia más importante de la interpretación de la doctrina jurídica de Aristóteles sustentada por Villey es la separación del derecho de la ley y de la moral. La razón es la misma en los dos casos, porque las leyes pertenecen al campo de la justicia general y de la moral, mientras el derecho, ligado a la justicia particular, es una cosa (*res iusta*), una relación de igualdad, un resultado. Cuando marca la diferencia entre ley y justicia se acerca mucho al positivismo e incluso a Kelsen. La lectura del epígrafe 40 de la *Philosophie du droit* de Villey causa esta impresión. No es cometido del derecho —dice Villey— que el individuo sea justo ni tampoco regular su conducta. Al jurista no le preocupa la honestidad del comportamiento. Las buenas intenciones respecto de los impuestos quedan al margen porque, desde el punto de vista jurídico, sólo importa que se paguen, así como desde el punto de vista del derecho penal no importa que se cometan o no delitos, sino que se apliquen las penas. Es curioso. Kelsen, para reducir el derecho a norma, se fijó sólo en sus efectos sancionadores. Villey, para apartarse de la norma, se fija también en esos efectos sancionadores. La diferencia está en que para Kelsen toda idea de la justicia es metajurídica, en tanto que para Aristóteles, interpretado por Villey, “la idea del derecho es hija de la idea de la justicia”, de la justicia particular, concreta, que es respuesta o discernimiento de lo justo, mas no norma.

(60) Cfr. Villey, *Philosophie du droit*, I. *Definitions et fins du droit*, Dalloz, París 1978, pp. 58 y ss. (ed. castellana, Eunsa, Pamplona 1979).



Villey, quizá todavía más explícitamente que ante Aristóteles, adopta la misma actitud ante Santo Tomás. Imputa a los neotomistas la tendencia a detenerse en el “Tratado de las leyes” para obtener el concepto tomista del derecho, cuando éste, por el contrario, específicamente entendido, se encuentra en el “Tratado de la justicia”. Las “leyes” son las reglas de las acciones humanas y forman en conjunto la moralidad; pero la moralidad no hay que confundirla con “*el derecho*” en su significado propio. La palabra *ius*, en el buen uso del lenguaje —aclara Villey, interpretando a Santo Tomás— no designa un sistema de leyes (aunque cierta especie de leyes puedan constituir una fuente del derecho); el *ius*, “objeto de la justicia”, es una “cosa”, una realidad, una realidad justa, y esta realidad es inherente al cuerpo político en el que ha de darse la justa relación de los bienes repartidos entre los ciudadanos (61).

Todo lo que Villey afirma respecto del derecho en general lo ve encarnado en el “derecho natural clásico”, que es el paradigma. El significado del derecho como realidad o relación —y no sustancia— y como proporción entre las cosas, aparece también, y de modo esencial, en el derecho natural. Lo que le caracteriza y diferencia es que está fuera de la razón humana y preexiste a la conciencia que tenemos de él. No depende de los juicios de los hombres. El derecho positivo procede del hombre; el natural le antecede. Por eso constituye una cosa, un “*étant*”, difícilmente definible (62).

El derecho natural, para Villey, ocupa un plano preferente como fuente del derecho y es, sobre todo, un método, un método experimental, que consiste en la actividad desplegada por los juristas, eminentemente dialéctica (63).

El “derecho natural clásico” tal y como lo configura Villey no es historia ni añoranza del pasado. Por una parte, refleja la experiencia jurídica tal y como se manifiesta en la realidad. Por otra parte, abre una vía de renovación epistemológica y metodológica. En nombre del derecho natural clásico, Villey:

- se opone al deductivismo tal y como aparece en el iusnaturalismo racionalista, que es culto a la razón, y en el positivismo, que es culto a la norma, y, en ambos casos, operatividad silogística desarrollada a partir de enunciados generales;
- extrae el derecho del saber especulativo de los filósofos para si-

(61) Ob. cit., pág. 127.

(62) Cfr. *Philosophie du droit*, I, cit., págs. 150-151.

(63) Cfr. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, Paris 1962, 109 y ss., donde se contiene su *Abrégé du droit naturel classique*, publicado antes en “Archives du philosophie du droit”, 1961, pág. 25.



tuarlo en la teoría y en la práctica de los juristas;

— entiende que el procedimiento seguido por éstos tiene por objeto el logro de una solución justa, y no es un procedimiento rigurosamente científico, sino un ejercicio dialéctico, que requiere como principal virtud la prudencia.

## 2. *Puntos de coincidencia entre Villey y Vallet de Goytisolo.*

En una línea similar a la de Villey se desenvuelve el pensamiento filosófico y metodológico de Juan Vallet de Goytisolo. No hay, propiamente, una influencia de Villey en Vallet. Existe, sin embargo, cierto paralelismo en las posiciones adoptadas por uno y otro.

Como puntos de coincidencia pueden señalarse los siguientes:

- el abandono por ambos del pensamiento jurídico de la modernidad, reputado subjetivista, abstracto e idealista, para introducirse en el pensamiento jurídico de la tradición, realista y concreto, al que atribuyen un valor perenne y actual;
- la consideración de todo el derecho y de su paradigma, el derecho natural, en lugar de como un conjunto de normas, como punto de partida y método para obtener soluciones justas;
- y la reconducción de la actividad del jurista hacia los dominios del arte.

Hay, sin embargo, notables diferencias. Entre ellas se aprecian las siguientes:

- si Villey elige como centro de sus ideaciones Aristóteles para llegar luego a Santo Tomás, Vallet de Goytisolo se sitúa más directamente en Santo Tomás;
- en tanto Villey realiza una interpretación de Aristóteles muy personal y en cierto modo libre, Vallet de Goytisolo se apega mucho a los textos tomistas de los que hace un análisis exhaustivo;
- mientras Villey prescinde de la ley en el horizonte del derecho natural para verla en el ámbito de la moralidad y del derecho positivo, Vallet de Goytisolo no la elimina por completo, ya que la ley natural es uno de los modos de manifestarse el derecho natural, aunque no el único.

## 3. *La reinterpretación o nueva lectura de Vallet de Goytisolo.*

Según Vallet de Goytisolo, el concepto de ley en Santo Tomás excede del campo jurídico e incluso del ámbito humano (64). Com-

(64) De los diversos estudios dedicados por Vallet a la concepción jurídica tomista es especialmente completo y preciso el titulado *Perfiles jurídicos del derecho natural en Santo Tomás de Aquino*, separata de la obra "Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro", 1976.





prende estos tres órdenes:

(i) las leyes relativas al gobierno del universo, la naturaleza en sentido lato, entre las que se encuentran las leyes matemáticas, físicas y biológicas;

(ii) las leyes que expresan la intervención del hombre en la naturaleza, que se refieren a las operaciones técnicas y artísticas, esto es, a la obra investigadora y realizadora;

(iii) y las leyes relativas a las actividades psicológicas y morales, como son la ley natural y la positiva divina, que muchas veces escapan a la actitud coercitiva de la autoridad social, y las concernientes a la actividad propiamente jurídica que, para alcanzar el *bonum commune*, requieren la aplicación del derecho positivo humano (65).

Ahora bien, pese a la amplitud de la ley, que todo lo abarca y lógicamente también abarca al derecho, éste no se manifiesta sólo en el plano de la ley, pues consiste en la efectiva realización de la justicia.

Lo sustentado respecto del derecho en su conjunto es así también para el derecho natural. Después de un detenido análisis, Vallet de Goytisoló formula la siguiente conclusión:

“Vemos, pues, que para Santo Tomás el derecho natural *no está constituido por la ley natural, sino por lo justo conforme a la naturaleza de las cosas*, para cuyo juicio el juez y, en general, el jurista, deben tener por norma de su arte jurídico: —la ley natural, así como su desarrollo en las leyes humanas como pautas *crieriológicas*;— y la ley eterna, y el orden de la naturaleza, así como su concreción en la cosa que se trate de juzgar, como bases en el aspecto *ontológico*” (66).

Con este enfoque, Vallet de Goytisoló armoniza la tradicional tesis de la ley natural como participación del hombre en la ley eterna con el discernimiento de lo justo como ser y fin específicos del derecho. Por eso, después de distinguir entre la razón especulativa, que versa sobre el descubrimiento de las leyes que rigen las cosas, y la razón práctica u operativa, que se ocupa de reglamentar la vida social, escribe: “Ello implica el conocimiento posible de la ley eterna que rige la *naturaleza*, en sentido amplio, y de la *ley natural*, por la cual nuestra razón participa del conocimiento de lo bueno de la conducta humana. Pero, en el ámbito del derecho, ese conocimiento previo *preciso* se enfoca para una finalidad concreta específica: el discernimiento de lo justo” (67).

Conforme a la interpretación de los textos tomistas hecha por Vallet de Goytisoló, el total orden jurídico está formado:

(65) Loc. cit., pág. 725.

(66) Loc. cit., pág. 723.

(67) Loc. cit., pág. 727.



- por el *derecho natural*, que lo integran “los principios universales de justicia de la ley natural y lo que es justo natural atendida la cosa en sí misma”;
- por el *derecho de gentes*, que lo forman “los principios generales secundarios, o conclusiones más inmediatas o próximas en materia de justicia, de la ley natural, y lo que es justo natural atendidas las consecuencias deducidas por la razón natural”;
- y por el *derecho civil*, en el que se contienen “los preceptos particulares de la ley natural o de tercer grado o conclusiones remotas o últimas, y lo justo natural que debe ser precisado para su adecuación más concreta en el derecho de cada ciudad o comunidad política” (68).

Luego según esta tesis, el derecho natural, que en su sentido propio forma el sector primario del orden jurídico, se extiende por derivación próxima al derecho de gentes y por derivación remota al derecho civil.

En la concepción tomista de Vallet de Goytisolo no hay, como en la doctrina del derecho natural clásico de Villey, una total deslegalización y cosificación del derecho natural. Este, según Vallet de Goytisolo, está formado por los principios universales de justicia enunciados como ley natural y por lo justo natural tal como lo muestran las cosas mismas. Consiguientemente, el derecho natural, si bien tiene en la ley uno de sus modos de manifestarse y de realizar la justicia, no se agota en la ley, sino que también se manifiesta en lo justo natural por sí mismo. Esta doble versión —legal y extralegal— del derecho natural está presente asimismo al proyectarse en el derecho de gentes y el civil. También en estos sectores del orden jurídico, además de leyes positivas derivadas próxima o remotamente del derecho natural, se plantea el problema de discernir lo justo natural.

## VII. LA CONTINUIDAD DEL DERECHO NATURAL

El derecho natural es una constante histórica en el ámbito de la cultura occidental. En ningún momento ha sido totalmente eliminado del horizonte jurídico. Han sido diversos los modos de entenderlo y ha conocido fases de esplendor y de crisis; pero un total desarraigo no ha llegado a producirse. Por tanto, el fenómeno del resurgimiento no significa que vuelva un derecho natural desaparecido, sino más bien que se reafirma con más fuerza lo que, de algún modo, al menos latente, siempre ha subsistido.

(68) Loc. cit., pág. 730-31.



La teoría del derecho natural es la que más plenamente afronta el problema de la justicia. Y como reconoce alguien tan poco sospechoso como Kelsen:

“Desde que el hombre reflexiona sobre sus relaciones recíprocas, desde que la ‘sociedad’ tal como se ha hecho problema —y este problema es más viejo que cualquier otro objeto de conocimiento, incluso que el denominado ‘naturaleza’— no ha cesado de preocupar la cuestión de un *ordenamiento justo* de las relaciones humanas ” (69).

Otra cosa es que la aspiración de un orden justo propiciado por el derecho natural sea alcanzable. Cuando el derecho natural llegó a construirse como un sistema de principios y normas, como ocurrió en los siglos XVII y XVIII, se le puso más en peligro que cuando se le combate o se reconoce su gran dificultad.

En España la nota de la continuidad del derecho natural está tan acusada que casi no cabe hablar de renacimiento.

### VIII. EL PROBLEMA Y EL VALOR DEL DERECHO NATURAL

Dentro de la uniformidad semántica de la expresión “derecho natural”, difiere sin embargo lo que designa. Con todas las grandes categorías de la cultura ocurre lo mismo. Sería un vano empeño, condicionar la verdad y la posibilidad del derecho natural a un *consensus* universal acerca de su significado. Equivaldría a sostener algo tan inverosímil como que la filosofía, a lo largo de la historia, hubiera de mantenerse dentro de un solo modelo o que la física se pusiera en cuestión cada vez que se produce una revolución copernicana o un cambio de paradigma.

Ni siquiera creo que se logra la unidad diciendo, como algunos pretenden, que uno es el derecho natural y otras las doctrinas acerca del mismo, para sostener que las diversidades proceden de las doctrinas, dentro de las cuales figura siempre un mismo objeto. La contraposición entre el objeto y el conocimiento no permite esa separación, pues si se atribuye al conocimiento una función constitutiva del objeto, como sucede si se adopta una posición idealista, el objeto no es algo previo y con propia existencia, mientras que existe de suyo si se adopta una posición realista. Por tanto, el idealismo y el realismo, que tienen sus correspondientes versiones jurídicas, respectivamente, en el iusnaturalismo racionalista y en el aristotélico-escolástico, no se

(69) Así comienza el famoso estudio de Kelsen titulado *La idea del derecho natural*, publicado en la “*Zeitschrift für Öffentliches Recht*”, vol. 7, 1927, y reproducido, en traducción de Francisco Ayala, en “*La idea del derecho natural y otros ensayos*”, Editorial Losada, Buenos Aires 1946.





limitan a formular dos interpretaciones de un mismo objeto, sino que el objeto difiere en cuanto tal.

Pese a las diferencias, hay un denominador común. Toda concepción del derecho natural tiende a sustraer del puro arbitrio individual o convencional los criterios básicos reguladores de las relaciones de convivencia entre los hombres, buscando la justicia como expresión ontológico-metafísica del ser, como expresión lógica de la razón o como expresión ética del bien.

El problema del derecho natural no es el meramente teórico de que los juristas y los filósofos no nos pongamos de acuerdo respecto de los modos de afirmarle, ni es tampoco su negación, sino el problema, profundamente antropológico y social, de que, habiendo un derecho preconfigurado por la naturaleza o encarnado en el hombre, su realización en la práctica es irremisiblemente una cuestión pendiente.

El pensamiento del derecho natural, con todas sus dificultades, encierra un valor que, a nuestro juicio, se manifiesta en estos tres puntos principales:

1º. La posibilidad de adoptar una posición crítica respecto de los derechos positivos.

2º. Mantener la esperanza abierta hacia un derecho justo.

3º. Y erigir en centro de la protección jurídica la persona.