

## 18.—EL DERECHO NATURAL COMO ARTE JURIDICO

por

Juan VALLET DE GOYTISOLO

### 1. BALANCE DE LAS "JORNADAS".

Las primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural han terminado. Pero esperamos que continúen dando fruto por el impulso que sinceramente creemos ha sido logrado. Con esta perspectiva por añadidura, no podemos sino sentirnos muy satisfechos y, en nombre de la comisión organizadora, expresamos nuestra gratitud a todos los que han participado: a los presidentes de sesión, profesores PUIGDOLLERS, PUY, GAMBRA, SÁNCHEZ DE LA TORRE, MACIÁ MANSO, y muy especialmente al decano de la facultad de derecho de la Universidad de Coimbra, Dr. António CASTANHEIRA NEVES; y a los conferenciantes, ponentes y participantes, venidos de aquende y allende nuestras fronteras. Todos han concurrido en ese éxito.

Hemos seguido con atención y aprovechamiento los informes que acerca del derecho natural en el siglo XX, en los mundos germánico, anglosajón, lusitano, hispanoamericano, francés y español nos han brindado los profesores VON DER HEYDTE, WILHEMSEN, GALVAO DE SOUSA, IBÁÑEZ, AUGÉ y PÉREZ LUÑO. Y, tras la palabra magistral del profesor ELÍAS DE TEJADA, los profesores LAMSDORFF-GALAGANE, FERNÁNDEZ DE ESCALANTE y SERRANO VILLAFANÉ, respectivamente, nos han mostrado cuál es la ontología y la criteriología del derecho natural, las dificultades de la tensión en que éste se halla entre la ética y la política, y lo que en sí mismo tiene de permanente y de histórico. Reciban todos el agradecimiento y el aplauso que se merecen.

## 2. TEORÍA Y ARTE DEL DERECHO.

Sin duda extrañará a muchos, como a mí mismo, que sea un artesano del derecho quien, en presencia de los ilustres profesores que aquí se reúnen, tome la palabra en esta sesión de clausura. Todos habéis escuchado al profesor LAMSDORFF referir la distinción, formulada por su joven maestro, Dr. Francisco PUY, entre la *Naturrechtslehre* y el *Naturrecht*, objeto éste contemplado por aquella ciencia. Pues bien, quien ahora os habla, realmente se mueve como práctico del derecho, cree que el derecho natural es un arte y, por lo tanto, se siente inmerso en la realización del objeto examinado por los maestros de la ciencia del derecho natural. Sin embargo, pienso que precisamente por esto mismo he sido honrado con esta

misión que trato de cumplir, y que me ha sido confiada para dar a estas Jornadas una prolongación práctica.

La ciencia del derecho natural contempla, como realidad viva, la naturaleza ontológica y criteriológicamente, para deducir en cada caso el orden que ésta lleva ínsito. Pero el derecho, como la medicina, no se contempla sólo por el prurito de conocerlo, ni para recrearse en él, sino para iluminar su realización práctica y para elevar a mayor perfección el arte de lo justo, en que esta práctica consiste —que no es sino la realización del derecho—, así como en el arte de sanar y conservar la salud consiste el ejercicio y realización de la medicina.

### 3. EL DERECHO NATURAL Y LA NATURALEZA.

El profesor ELÍAS DE TEJADA, en su admirable discurso inaugural, ha señalado que la finalidad fundamental de estas Jornadas era el empeño de aclarar los límites del derecho natural, tal como nosotros lo concebimos, que es el mismo derecho natural de los clásicos juristas hispánicos. Añadamos además, que verdaderamente *es el único derecho natural*, en el pleno sentido de ambas palabras. Porque los dos términos que lo integran —naturaleza y derecho— son tomados por él en la plenitud del concepto que respectivamente expresan. No mutilan la naturaleza de su base y raíz, ni de sus circunstancias y accidentes históricos. Por el contrario la contemplan, no sólo en su plenitud, ontológicamente, sino también criteriológicamente; la proyectan prudencialmente a la

realidad política bajo la luz de la ética; y observan en la naturaleza, tanto lo que es permanente, como lo que es histórico, es decir, su estática y su dinámica.

Si de esta concepción del derecho natural decimos que es la única que merece plenamente esta dominación, es porque *sólo con ella no se mutila ni disecciona la naturaleza*, pues:

a) Ni se circunscribe a una pretérita edad feliz, que nunca existió, ni a un hipotético mundo salvaje en lucha, apaciguada por un pacto imaginario.

b) Ni a un futuro y soñado mundo fraternal, como el de la utopía marxista de la sociedad sin Estado ni derecho; o la visión del punto omega, en el que imaginariamente desemboca la "noosfera" de la fantasmagoría cosmológica de TRILHARD DE CHARDIN; o aquella parusía que, según el progresismo católico, ha de engendrarse en la comunión de los hijos de Dios (condición de la que sólo ellos creen participar verdaderamente) y los hijos de los hombres (representados por los marxistas).

c) Ni se disecciona ella en el hombre abstracto, circunscrito a ser una *res cogitans*, por cuyas intuiciones, aspiraciones o dignidad preestablecidas deba hallarse su naturaleza, o de cuya conciencia haya de deducirse silogísticamente lo bueno y lo malo; por lo cual, ante la anarquía de tantas conciencias que pretenden ser su espejo fiel, se propone como decisoria la *conciencia universal*, es decir, la opinión pública artificialmente manipulable halagando apetencias y pasiones a través de los *mass media*.

d) Ni se circunscribe a la *res extensa*, es decir, a la naturaleza puramente material; ni a la *Natur der Sache* —esa "naturaleza de las cosas" que tan

agudamente ha analizado el profesor ELÍAS DE TEJADA—, que, al estar desgajada de su Creador y del orden de la creación, tiene que recurrir a aquella conciencia dominante para poder jerarquizar sus valores.

e) Ni, menos aún, se reduce a un devenir de la materia en continua mutación, en un materialismo histórico en el cual la evolución devora todo embrión de ser, en una contradicción dialéctica cuyas síntesis engendran sin cesar nuevas antítesis predeterminadas por los cambios ocurridos en la infraestructura económica, con un determinismo que inevitablemente arrastra al hombre, el cual queda así privado de libertad histórica.

f) Ni tampoco se encierra en una estructura esencial o tipo, deducida del análisis de las diversas estructuras históricas en las que el hombre aparece totalmente invariable, como si no jugaran para él las diversas circunstancias históricas que envolvieron la vigencia de aquellas estructuras; por lo cual la visión resultará ahistórica, aunque esté referida a prototipos históricos, más o menos despojados de su misma historicidad.

Todas estas perspectivas son parciales e incompletas. Por eso no abarcan toda la naturaleza, ni la ven en todos sus aspectos. Padecen de lo que el profesor SCIACCA ha calificado de *stupidità* (estolidez), que consiste, en los mejores casos, en la visión lúcida de una sola parte, pero considerándola como si fuese el todo o, al menos, haciendo abstracción de todo lo demás.

La naturaleza contemplada por el derecho natural clásico en su versión tomista y conforme la vieron

los juristas teólogos hispánicos —como nos ha explicado el maestro ELÍAS DE TEJADA— es resultado de la conjugación del poderío divino del Creador con la libertad de las criaturas racionales en la tensión dramática de un destino trascendente entendido por conquista de la naturaleza, que razona, que decide y que asume responsabilidad personal ultraterrena en su acción de decidir dentro de los límites propuestos por la razón, que capta el orden universal por Dios querido. El hombre no aparece aislado, ni puede ser contemplado en abstracto, sino en sus relaciones de origen y de fin con su Creador; en su sociabilidad, en relación con su prójimo, integrado en cuerpos sociales —familia, parroquia, oficio, profesión, municipio, comarca, región, Estado, etc.—; en un medio geográfico, económico, político e histórico dado; con todas sus circunstancias concretas; portador de una historia, con el legado de una tradición, y moviéndose, actuando, realizando y transmitiendo sus conocimientos y logros.

Esta naturaleza, en la que puede y debe leerse el derecho natural, no es una naturaleza puramente material, ni una naturaleza muerta ni inmóvil. En su dinámica intervienen causas materiales, eficientes, formales y finales. Es racional en cuanto obra del Creador y supremo ordenador. Pero en ella incide la inteligencia, voluntad y acción del hombre con su libertad, por cuyo mal uso puede introducirse el desorden, contra el cual ella misma, pronto o tarde pero siempre, reacciona, con el castigo que en sí misma lleva implícito. Su examen nos muestra las comunidades a las que da lugar el mismo instinto de la sociabilidad humana y las sociedades que libre-

mente constituye el hombre para la mejor consecución de sus fines. Unas y otras pueden perfeccionarse, deteriorarse o corromperse. Cabe así deslindar rigurosamente lo que es orden y lo que es desorden; y cabe decir que ese mismo orden, en cuanto tal, lleva insitos unos valores.

Por eso es la ciencia del derecho natural —como nos ha explicado el profesor LAMSDORFF— simultáneamente *ontología* y *criteriología* jurídicas. Ese arte de leer en ella ambos aspectos y de —gracias a su aportación— hallar soluciones justas, no es, pues, arbitrario. La solución no depende del punto de partida tomado, ni del punto de vista elegido, ni del valor subjetivamente preferido, ni de la estructura escogida libremente, ni del interés predominante, ni de la ideología social o política instalada en el poder.

La omisión, consciente o inconsciente, de la percepción criteriológica, lleva necesariamente a un maquiavelismo, sea del tipo que sea, que —como nos ha explicado brillantemente el profesor FERNÁNDEZ DE ESCALANTE— se ciñe a la *verità effettuale*. Está por *los hechos*, en cuanto a los medios se refiere; pero termina por orientarlos a otro fin subjetivamente elegido: la unidad italiana, en el florentino, pero más frecuentemente la mera conservación del poder. Es decir, lo somete todo a una finalidad impuesta desde fuera y siempre parcial. Pero, lo que aun es peor —como también nos ha explicado el mismo ponente—, es que se concluye por poner la ética al servicio de la política. El príncipe no se considera sujeto a ella ni al derecho natural, pero le conviene exigir e imponer su cumplimiento al pueblo.

#### 4. CRÍTICAS A LA TEORÍA IUSNATURALISTA.

Las soluciones del derecho natural no se pueden encerrar en un código que aspire a ser modelo de todos los derechos positivos, como acontecía con los ordenamientos ideales que pretendieron elaborar los juristas de la llamada escuela moderna del derecho natural. El mismo profesor FERNÁNDEZ DE ESCALANTE nos ha recordado que Hugo GROCIO abrió el camino a minuciosas regulaciones de un derecho de propiedad, de crédito, de familia y de sucesiones precisados hasta los más mínimos detalles conforme a un pretendido derecho natural. Por eso, tanto las críticas formuladas por BERGBOHM a finales del siglo pasado, como las recientes de BOBBIO, no dan justamente en el blanco de la concepción clásica del derecho natural.

Recordemos que BOBBIO ha objetado: a) Que la expresión natural no hace referencia al contenido del derecho natural, sino ya sea a su fuente, ya sea a su fundamento; b) Que las distintas teorías iusnaturalistas le han asignado los contenidos materiales más variables; por lo cual estima BOBBIO que es imposible determinar qué tendencias son naturales y que, aun en el caso de conseguirse esto, se crearía una tautología para calificar cuáles son buenas y cuáles malas; c) Y que una misma moral es susceptible de recibir y ha recibido históricamente fundamentaciones iusnaturalistas y no iusnaturalistas.

El profesor LAMSDORFF nos ha mostrado agudamente que este ataque dirigido a la ciencia del derecho natural, ni siquiera roza al objeto de ésta, al derecho

natural en sí mismo, respecto del cual BOBBIO duda simplemente de su inteligibilidad. Esta resulta ciertamente imposible, tanto en caso de ponerse en el mismo plano cualquier pretendida manifestación de cuanto nos es ofrecido con la etiqueta del derecho natural, como si se excluye toda posibilidad de análisis objetivo ontológico y criteriológico de la propia realidad. Pero la misma realidad nos muestra que ésta es posible. Y el verdadero iusnaturalismo rechaza, aunque lleven su misma etiqueta, los subproductos puramente idealistas.

##### 5. CRÍTICAS A LOS PRINCIPIOS JURÍDICO-NATURALES.

Hace cerca de un siglo había formulado BERGBOHM otras tres objeciones: a) No hay principios fundamentales atemporales de naturaleza moral, sino sólo juicios socialmente condicionados o historizados, por una parte, y opiniones personales y subjetivas sobre cuestiones morales, por otra; b) Todo derecho está ligado a la situación: vale para una determinada situación histórica y resuelve conflictos específicos e históricos, por lo que no puede existir un derecho universal y de vigencia absoluta; y c) Derecho natural y derecho positivo no pueden estar vigentes simultáneamente.

La materia objeto de la ponencia del profesor SERRANO VILLAFañÉ se ha situado en el terreno dentro del cual se mueven las dos primeras objeciones de BERGBOHM. Si la naturaleza comprende al hombre en sus relaciones con su medio moral físico y económico, variable e histórico, y si las conclusiones logradas

dependen también de la fidelidad de la lectura del derecho natural que se haga, tenemos que aceptar también la diversidad, condicionalidad y correlatividad histórica de la mayor parte de las soluciones concretas que pueden ser deducidas por el derecho natural.

SERRANO VILLAFANÉ ha mostrado de un modo transparente aquello que es permanente y aquello que es histórico en el derecho natural. Nos ha recordado que Santo TOMÁS DE AQUINO, en sus *Comentarios a las Sentencias*, distinguió: a) Aquellas leyes morales que tienen una validez absoluta y universal, que no toleran excepción alguna, si bien las conclusiones que de ellas se deducen pueden perder universalidad, a tenor de la mutabilidad y variabilidad de las circunstancias que deben regular las variaciones de las conclusiones deducidas, las que serán tanto más corrientes cuanto más se alejen de los primeros principios y mayor sea la concurrencia de las circunstancias individuales y de las contingencias de los casos concretos a los cuales deben acomodarse dichas conclusiones. b) Y otras leyes morales que ya *inicialmente* no presentan universalidad, a consecuencia de las circunstancias accidentales a que circunscriben su contenido concreto, referido sólo a determinadas soluciones. Con él hemos visto, cómo el propio Aquinate distingue (en *S. th.*, 1-2, q. 90 ss.) los primeros principios absolutamente inmutables, y los principios secundarios que pueden admitir variación por la defectibilidad de la naturaleza humana; una ley natural para seres indefectibles, sería inmutable como sus mismos sujetos, porque lo natural a una naturaleza inmutable no puede sino tener también este mismo

carácter, pero lo que es natural a una naturaleza defectible, participa también de esta defectibilidad.

Y nos ha recordado que esa doctrina fue precisada, más elaborada, por Francisco SUÁREZ, quien, manteniendo con mayor rigor la inmutabilidad de los preceptos de la ley natural, primeros o segundos en su respectivo ámbito, estimaba en cambio que pueden experimentar modificaciones en su contenido, no por variar en sí mismos, sino porque al transformarse la *materia social* a la que se aplican, deben cambiar las consecuencias mediatas de la ley natural. Esta no cambia: varía la conclusión, porque es otra la materia a la que en concreto se aplica. No ha cambiado el precepto, sino que al ser distinto el caso, éste requiere otro precepto más concreto.

Con este contexto es como el profesor FERNÁNDEZ DE ESCALANTE ha situado al derecho natural entre la "exigencia" ética y el "razonamiento" político. Ha recordado la definición del derecho como *norma política de contenido ético* de su maestro el profesor ELÍAS DE TEJADA. Frente a la escisión realizada por MAQUIAVELO entre política y ética, el derecho natural clásico ordena la relación entre ambas al *bonum commune* que el derecho debe proteger *in concreto*. El juicio jurídico es un *juicio prudencial*, en el sentido noble de la virtud de la prudencia, no con el tinte timorato o acomodaticio que hoy suele darse a esta palabra.

## 6. EL DERECHO NATURAL Y LA NATURALEZA HUMANA.

Pero no sólo es el contorno geográfico, político, social y económico del hombre lo que cambia, sino que

el propio hombre, a pesar de su libertad personal, sufre en mayor o menor grado las consecuencias de esas variaciones y de su reacción ante ellas. Como hemos oído al profesor SERRANO VILLAFANÉ, no es exacta la afirmación de ORTEGA de que el hombre no tiene naturaleza, sino historia, porque si el hombre se hace y se perfecciona, es realizando su esencia, su naturaleza entendida como principio dinámico de las operaciones que le son propias. Por eso nos ha aclarado que la naturaleza del hombre es una a la que, además de sus rasgos esenciales constitutivos, le conviene, también esencialmente, el carácter de histórica, porque no es una naturaleza completa y cerrada en sus determinaciones esenciales, sino abierta y susceptible de sucesivos enriquecimientos al contacto con la realidad histórica y cambiante. Porque la antropología tradicional que arranca de ARISTÓTELES entiende a la naturaleza como la esencia en cuanto principio de movimiento, según nos ha recordado el profesor LAMSDORFF, y esa naturaleza la integran *potencias* cuya actualización depende de las condiciones históricas más variadas. Es decir —como concluye SERRANO VILLAFANÉ—: el hombre es un ser histórico al que corresponde esencialmente el cambiar a través del tiempo, pero tiene una naturaleza o esencia que permanece a lo largo de la historia y que es el fundamento mismo que facilita dicho cambio.

Aquí tenemos explicado el porqué, la razón misma de lo permanente y lo variable e histórico del derecho natural; por qué éste debe ser repensado sin cesar en contacto con los hechos sociales, según una frase de Helmut COING que nos ha sido recordada a propósito de otro sistema de derecho natural.

Y aquí volvemos a enlazar con la precisión de estudiar la naturaleza, para extraer de ella en cada momento y en cada caso en concreto las soluciones adecuadas; viéndola no sólo en su aspecto *ontológico*, sino también en el *criteriológico* que lleva insito. No ha sido por pura proclamación ideológica que el maestro ELÍAS DE TEJADA ha afirmado que el verdadero derecho natural es resultado de la conjugación del poderío divino del Creador con la libertad de las criaturas racionales en una tensión dramática. Porque el derecho natural: a) No es un mero producto histórico, no es dado de un modo determinista al hombre, como, siguiendo la filosofía de SCHELLING llegó a entender la escuela histórica alemana, salvando la figura de SAVIGNY. b) No es la realización de la *idea* hegeliana, en la cual razón y realidad, idea e historia son la misma cosa. c) Ni puede concebir al hombre, como pretende el marxismo, inevitablemente inmerso en el devenir de la dialéctica del materialismo histórico que le domina, pero a la cual puede ayudar para acelerar el proceso revolucionario si colabora en la destrucción del orden existente.

El hombre con todas sus limitaciones, y por lo menos en parte, puede juzgar moral, ética y jurídicamente el acontecer histórico y dirigirlo, aunque no pueda torcer sus leyes. De ahí la inseparabilidad del conocimiento, a la vez ontológico y criteriológico, de la naturaleza. Si se introduce el desorden, deberán sufrirse sus consecuencias mientras no sea corregido. Según lo que sembramos, recogeremos. Lo que construyamos y destruyamos repercutirá necesariamente en el acontecer sucesivo, mientras nuestra libertad no derribe o reconstruya lo que sea preciso a fin de co-

rregir las secuencias del desorden previamente originado. Y desorden produce el maquiavelismo, que si bien a la corta concede muchas bazas al príncipe, termina por corromperlo todo. Este desorden es fruto del olvido —subrayado por el profesor FERNÁNDEZ DE ESCALANTE— de la jerarquía de valores del derecho natural, que fue afirmada en el medievo cristiano: y en primer término, del olvido de que el destino individual transtemporal es superior al destino colectivo temporal. Y ese desorden termina por pagarse con guerras y revoluciones.

#### 7. LA ACUSACIÓN DE INMOVILISMO.

Siempre chocamos con dos objeciones de signo contrario opuestas al derecho natural —a las que ha aludido el profesor LAMSDORFF—: la acusación de constituir un elemento de *incertidumbre*, y la acusación de *fixismo*, de *inmovilismo*. El análisis de ambas objeciones merece, a mi parecer, especial atención. Comenzaremos por la segunda: la de *fixismo*, de *inmovilismo*, de *conservadurismo* a ultranza.

Sería cierta, y sin duda justa, aplicada al derecho natural de la escuela moderna de los siglos XVII y XVIII, que pretendió establecer el derecho natural con validez universal para todos los tiempos y países. Pero no faltan tampoco quienes sostienen la misma acusación contra el derecho natural clásico. Así, es una acusación que hoy es proclamada abierta y violentamente por el progresismo social católico. Este es, en primer término, un fruto del modernismo, que ha llevado a ese sector a concluir que el derecho na-

tural viene determinado por la conciencia colectiva de cada época, que no se halla sometida a ley exterior alguna para estimar de modo inmanente lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto. Así, pueden tener cabida en esta conciencia colectiva toda clase de aspiraciones, sin que sea posible someterlas a juicio objetivo y trascendente alguno. Las utopías queridas se convierten en fuente de derecho o, más exactamente, de destrucción del derecho.

El derecho natural realista es, sin duda, un estorbo para los sueños de los progresistas. Estos, al *prendre la main tendue* por el marxismo, creen que, para poder engendrar con él el reino mesiánico, habrá de destruirse previamente todo lo "establecido", sin distinguir lo que en eso haya de orden y de desorden; pues para ellos, como para los marxistas, es desorden cuanto no corresponde a una sociedad sin clases, en la que se halle abolida la propiedad privada de los medios de producción. Por eso, todo cuanto contradiga su utopía y dificulte la destrucción a que la nueva teología de la violencia cree necesario llegar para alcanzar aquel sueño: o bien es negado apasionadamente *a priori*; o bien es declarado contrario al mensaje evangélico —pero tal como ellos lo entienden, en contra de la tradición católica—. Los mismos progresistas decretan que todo ello es incompatible con la nueva visión mesiánica de la Encarnación, la cual creen que se realizará con la dialéctica del materialismo histórico. Así les parece bueno todo lo que destruye el orden establecido sin distinción, y malo cuanto lo dificulta o cuanto trata de reconstruirlo de modo distinto a su utopía. Esta, filosóficamente, prescinde de la naturaleza del hombre, al que juzga

oprimido por las instituciones actuales; y, teológicamente, prescinde del dogma del pecado original, pues lo trasplanta al pecado social de las instituciones, que deben ser destruidas (con el fin de que luego se realicen sus sueños por sí solos).

El análisis riguroso de lo concreto y, en general, de lo ontológico, no pueden soportarlo aquellos a quienes tal análisis ofende a su imaginación, a la que han incorporado toda su voluntad. El juicio moral, el examen criteriológico, queda sustituido por prejuicios futuristas. Así es como estimó bueno TEILHARD todo ensayo que impulse, todo dinamismo, y malo limitar la fuerza (a no ser que sea para obtener mayor fuerza aún). Para el progresismo, es bueno cuanto lleva al triunfo de la revolución, y cuanto contribuye a destruir las actuales estructuras o ayuda o facilita la construcción de las futuras; y malo, todo cuanto se oponga a ello y mantenga en cualquier caso lo que hoy se estima orden.

Así se consagra un nuevo tipo de maquiavelismo social, para el cual la finalidad de alumbrar el mundo feliz del futuro justifica los medios empleados para destruir más de prisa el actual. Este maquiavelismo presenta algunas diferencias respecto a la doctrina del florentino. Mientras MAQUIAVELO asienta su doctrina en la *necessità* del príncipe de "mantenerse" y de engrandecer y fortalecer sus Estados, el actual progresismo pone la necesidad en la precisión de derribar el poder y destruir las estructuras existentes. Y mientras MAQUIAVELO proclamaba que hacía abstracción de los deberes religiosos, pues el príncipe se hallaba en el trance de optar entre el cumplimiento de esos deberes o el logro de su grandeza —tal como

el profesor FERNÁNDEZ DE ESCALANTE ha puesto en claro—, en cambio, hoy el actual progresismo basa precisamente en su fe religiosa, tal como él mismo la entiende, la legitimidad de la revolución marxista, con toda la destrucción consiguiente, que declara necesaria. Así, mientras MAQUIAVELO disociaba la política de la moral y del derecho, el progresismo hace de la revolución el precedente necesario de su pretendida realización de la justicia en la humanidad futura, que así convierte en buenos todos los actos de subversión que a ella conduzcan.

#### 8. LA ACUSACIÓN DE INCERTIDUMBRE.

Para concluir esta crítica de las críticas al derecho natural, vamos a recoger ahora la otra acusación: la que le achaca el ser contrario a la *certeza que requiere la realización del derecho*. Su contenido confluye, en cierto modo, con el de la citada tercera objeción de BERGBOHM, que afirmó la imposibilidad de que pueda darse la vigencia simultánea del derecho natural y del positivo.

Verdaderamente, si consideramos dentro del derecho natural cualquier aspiración ideológica, es decir, si aceptáramos que en todo momento los jueces pudieran recogerlas, la certeza jurídica quedaría continuamente amenazada y, con toda probabilidad, perturbada. El futuro del derecho sufre, hoy precisamente, la continua amenaza de que el derecho positivo recoja en nuevas leyes esas aspiraciones ideológicas utópicas, amparadas o no en alguna concepción iusnaturalista de tipo idealista. Tal posibilidad

produce inquietud, inseguridad y desconfianza por el riesgo inherente a las múltiples perturbaciones y daños sociales que podría originar.

Ahora bien —como nos ha dicho el profesor ELÍAS DE TEJADA—, mientras que el derecho natural es disconformidad y renovación en aliento de mejora, el derecho positivo es un bloque sin vida, que únicamente puede vivificarse cuando lo sacude la pasión de justicia que es el derecho natural. Por eso, el derecho positivo es barrera y el derecho natural es asalto de ofensiva. Por eso, el derecho positivo puede ser encerrado en la técnica de las sentencias conformes, al paso que el derecho natural, a fuer de voz de Dios, excede a las técnicas de los técnicos jurídicos. Pero advirtamos también que éste se mueve dentro del más riguroso realismo y de las conclusiones más prudentiales. Por eso es también acertada la matización —hecha por el profesor LAMSDORFF— de que el iusnaturalismo admite que el orden y la seguridad jurídica son también, en sí, valores y que, por tanto, es siempre preferible procurar la reforma de las leyes por los medios pacíficos que las naciones civilizadoras suelen poner a disposición de los súbditos; por lo cual la desobediencia sólo cabe en casos muy extremos, en los que peligran valores muy fundamentales. Todo lo cual incita, aún más, a precisar la relación que debería existir entre el derecho natural y el positivo.

Como hemos visto, el verdadero derecho natural *no consiste en un código ideal*, contrapuesto al derecho positivo, al que tendería a sustituir. Tampoco es sólo pura *axiología*, que recoge un conjunto de principios fundamentales que actuaran "a modo de mar-

co", del cual no debiera salirse el derecho positivo sin correr el riesgo de resultar injusto. El derecho natural, como *arte jurídico*, es un sistema para la realización concreta de la justicia. Y en ese sentido, puede decirse, con el profesor Michel VILLEY —sobre cuya posición tan excelente informe hemos oído a su discípulo el profesor Guy AUGÉ—, que *es un método* para hallar soluciones justas. Sistema y método que reclaman la existencia complementaria del derecho positivo, precisamente para formular con alguna certeza sus conclusiones y para efectuar las determinaciones que la realización de la justicia exige.

Ya hemos dicho que el derecho natural debe ser repensado sin cesar conforme a los hechos sociales. Requiere, pues, una continua búsqueda, que puede resultar más o menos perfecta y fructífera, y que, por lo tanto, siempre puede ser mejorada, aunque también quepa que se vaya deteriorando y degradando. Lo que sea más adecuado a la situación o al caso contemplado debe ser objeto de una lectura que recoja las *conclusiones* resultantes de la incidencia en el mismo del orden natural. Otras veces, ese orden requiere unas *determinaciones* que, arbitrariamente dentro de ciertos límites, fijen lo que será justo: así, circular por la derecha y no por la izquierda, la edad de la mayoría, el plazo de tal supuesto de prescripción, la duración de una condena, etc. Y ese mismo orden que el derecho natural trata de captar y defender, a la vez, reclama que estas *determinaciones* y aquellas *conclusiones* sean efectuadas por aquellas personas a quienes compete.

Ahí tenemos el drama de la interpretación del derecho natural, que necesita personas investidas de

autoridad reconocida para hacerla. El profesor WILHEMSEN lo ha expuesto con toda la crudeza que actualmente tiene este problema. El orden natural es inteligible, pero la razón humana —que forma parte de su naturaleza enferma, pero no muerta por el pecado— no es capaz de alcanzarlo de una sola vez en su totalidad. Su lectura está dificultada por las pasiones, y son pocos los hombres debidamente formados para extraer, aunque sean incompletas e imperfectas, las conclusiones más adecuadas al supuesto que las reclama. Esa dificultad ha aconsejado que esas lecturas vayan escribiéndose, bien en costumbres recopiladas, bien en leyes o códigos como se estila hoy. Aun admitiendo que su letra escrita sólo puede ser una incompleta expresión de aquella lectura, y que, por lo tanto, siempre ha de estar sujeta a adaptaciones y a correcciones, el procedimiento es aceptable, pero insuficiente, porque siempre se requieren nuevas lecturas y que éstas se hagan competentemente. Para salvar la dificultad de determinar esta competencia, el mismo orden natural puede iluminarnos.

El profesor ELÍAS DE TEJADA nos ha dicho que el derecho natural es la armonía entre la causa primera, es decir, Dios, y las causas segundas. Responde, pues, a la armonía entre lo múltiple y lo uno, no a un dualismo de contrarios en lucha dialéctica. Correlativamente, se observa en la propia naturaleza una pluralidad de órdenes. La naturaleza no nos muestra a los hombres aislados, sino agrupados en comunidades sociales naturales: la familia, los denominados cuerpos sociales básicos o cuerpos intermedios y, hoy en la cima temporal, el Estado. Cada uno de dichos cuerpos sociales tiene su competencia respectiva y

todas están ordenadas por el *principio de subsidiariedad*: lo cual determina las autoridades a quienes primariamente corresponde realizar, en cada ámbito de competencia, las lecturas del orden de la naturaleza y, a partir de ellas, formular las *conclusiones* y las *determinaciones* precisas.

Notemos la total disparidad existente en este punto entre la perspectiva del derecho natural clásico y la de las concepciones racionalistas. Las llamadas "construcciones racionales" efectuadas por el racionalismo de ayer y por la actual tecnocracia se caracterizan por ser producto de unas pocas mentes que todo lo predeterminan, y que consideran muy improbable que pueda ser racional cuanto sea producido por todas las demás mentes que hayan actuado, cada una, en el ámbito más reducido de su propia competencia. En efecto, los actuales tecnócratas —es decir, quienes "entienden por decreto"— piensan que es racional lo que ellos planifican —monopolizando la razón y sustituyendo a todos los demás en el esfuerzo de pensar—, y nada más; y así deciden lo que conviene a todos los súbditos: lo que el productor debe producir; lo que el consumidor debe consumir; lo que el maestro debe enseñar; lo que los padres deben hacer con sus hijos..., pues estiman que lo que éstos decidieran acerca de dichos extremos conforme a su propio saber y entender no estaría debidamente "racionalizado".

En cambio, reconocida la existencia de una pluralidad de órdenes dentro del orden total de la creación, el mismo derecho natural fija la respectiva competencia para interpretar y traducir el orden de la rea-

lidad vivida a través de sus respectivos órganos naturales, es decir, de sus autoridades sociales. Y así:

a) La *libertad civil* constituye la zona en la cual la autonomía para deducir las conclusiones y dictar las determinaciones corresponde a los individuos y a la familia. Aquéllos, al contratar entre sí, convienen el precio, que será *justo* en cuanto convenido, a no ser que exceda de ciertos límites (v. gr., *laessio enormis* o *ultra dimidium*). Al testar dentro de los límites establecidos por el derecho, el padre de familia concluye determinando la sucesión de sus bienes, lo cual será jurídicamente justo en cuanto querido por él dentro de aquellos límites. Haciendo esto, aquéllos y éste deberán buscar lo moralmente justo, pero sólo ellos pueden juzgarlo mientras no se salgan de los límites dentro de los cuales es exclusivamente suya la competencia para deducirlo.

b) El pueblo, guiado por sus juristas, en forma de costumbres locales, comarcales o generales, hace también sus *lecturas*, formula *conclusiones* y efectúa *determinaciones*.

c) El príncipe, el parlamento, el legislador, en general, también deben efectuar cuando legislan la correspondiente *lectura* en la naturaleza: ley viene de *legere*, que "tanto quiere decir como leyendo", dijeron las *Partidas*; por eso no debe de ser sino formulación de *conclusiones* dimanantes del derecho natural o expresión de *determinaciones* por él exigidas.

d) Los *fueros* no son sino *conclusiones* y *determinaciones* realizadas y convenidas de común acuerdo entre el príncipe y sus súbditos de un determinado municipio, territorio o región.

e) El derecho romano en la edad media, después

de su recepción, había sido aplicado como *recta razón*, como *buena razón*; e igualmente era así reconocida la *común opinión de los autores*, cuyos dictámenes y controversias se confrontaban buscando entre ellos la solución más adecuada al supuesto planteado.

f) Los jueces y los tribunales de justicia también deben realizar sus *lecturas* de lo justo para administrar justicia en el caso contemplado, en concreto. Pero esto último merece especial examen.

## 9. EL DERECHO NATURAL Y LA FUNCIÓN JUDICIAL.

A dicho efecto, conviene que precisemos, ante todo, en qué consiste la labor del juez, tanto según el positivismo legalista, como según el sistema del derecho natural.

El profesor Michel VILLEY, en el último volumen, recién aparecido, de los "Archives de Philosophie du Droit", distingue cuidadosamente tres criterios interpretativos, que van desde el positivismo más extremo al criterio propugnado por el sistema iusnaturalista clásico: a) El de la escuela de la exégesis, que circunscribe la búsqueda del contenido de la solución al análisis del *texto literal* de la norma, efectuándolo por procedimientos silogísticos "casi mecánicos". b) El menos positivista y más abierto, que reconoce la imposibilidad de deducir literalmente de las normas escritas todo el derecho y entiende que toda norma de derecho no hace sino sugerir, de modo más o menos claro o confuso, una *orientación*, una pista del orden de preferencia que el ordenamiento positivo establece entre diversos intereses o valores, de cuya

prelación han de extraerse los criterios para interpretar el texto de las normas. Y c) el que concibe la regla de derecho, no tanto como el medio de dirigir una conducta, sino más bien como un intento de *buscar el derecho natural*, esto es, lo naturalmente justo; por lo cual las normas no pueden sino colocar jalones, aportar indicaciones fragmentarias que, entre otras, deberán ayudar a descubrir lo justo, puesto que lo escrito no puede abarcar todo lo justo natural, que, por esencia, es inexpresable en su plenitud.

Este último criterio lo podemos hallar claramente expuesto en las obras de los viejos juristas catalanes. Entre ellos, PEGUERA, con palabras que nos recuerdan las de ARISTÓTELES, escribió que las leyes suelen dictarse en términos de generalidad, y que como la vida se traduce en hechos completamente distintos entre sí, puede ocurrir que estos conceptos generales, al ser aplicados a casos concretos, produzcan una solución injusta, en cuyo caso "sería una iniquidad —*esset iniquum*, dice literalmente— aplicar el derecho constituido". Es, pues, preciso en estos casos rectificar la conclusión. Precisamente en esto consiste lo que ARISTÓTELES denominó *epiqueya* y los romanos tradujeron por *equidad*. Pero es preciso depurar esta última palabra de la penetración de otro concepto más lato de equidad, consistente en un trato benévolo, atendidas las circunstancias personales, que es fuente de inseguridad jurídica y concede, a la vez, excesiva libertad al juez, dejándole indefenso frente a las presiones, en especial las políticas.

Notemos, por otra parte, que la función del juez, y en especial de los más altos tribunales, ha sido considerada de diversos modos: a) Sea como defensa de

lo justo concreto, según acabamos de ver. b) Sea como guardadora del texto de las leyes positivas, cual la concibieron la revolución francesa y NAPOLEÓN I, de modo tal, que la casación ha sido construida como defensa contra la inaplicación o la aplicación indebida de las leyes o de la doctrina legal, para precisar en tales supuestos cuál es la correcta interpretación de la ley.

En cualquiera de ambos casos, los fallos anteriores parece que no pueden tener otra fuerza que aquella que les confiere el peso de sus razones decisorias: aparte del interés práctico que pudieran tener, como previsión de lo que más verosímilmente se fallará en casos análogos. Pero si se trata de hacer justicia concreta, debe advertirse contra el riesgo de dar excesivo valor a esas sentencias anteriores. Así lo entendió la antigua doctrina catalana. Incluso se cita al respecto una frase de un antiguo fiscal general de la audiencia de Cataluña, en tiempos de CARLOS II, que previno para que no se imitase a aquellas aves que "estúpidamente vuelan en una dirección determinada, sólo porque hacia ella vuela otra delante". Se entendió así, que la doctrina de una sentencia era tan estricta, que no se podía extender de un caso a otro (fuera de que se probase que el contenido de tal sentencia se hubiese transformado en costumbre). Por eso dijo FONTANELLA que no se extienden las sentencias "*ultra quam importat sonus*", pues "*minima mutatio facti, mutat totum ius*".

Y cuando las sentencias, como en nuestra casación, deben velar por la correcta aplicación de las leyes y de la doctrina legal, resultará que, si consideramos que la reiteración de la misma doctrina en varias

sentencias constituye fuente de derecho, nos hallaremos inevitablemente ante el siguiente dilema: a) O el tribunal supremo estará sometido en sus interpretaciones, no sólo a la ley, a la costumbre y a los principios generales del derecho, sino también a sus fallos anteriorermente reiterados: por cuya causa se producirá un anquilosamiento en sus resoluciones, y sus ponentes estarán sometidos a los ponentes anteriores. b) O bien estarán sometidos a esta fuente jurídica judicial solamente los jueces y tribunales inferiores, mientras que el propio tribunal supremo podrá variar de criterio si lo estima conveniente: pero en tal caso, las nuevas normas que emita con esas rectificaciones, resultarán retroactivas, pues se aplicarán a casos ocurridos con anterioridad y fallados también con anterioridad por los tribunales inferiores cuando aún estaban sometidos a su anterior doctrina. Este dilema parece insoslayable.

Por otra parte, es evidente que el tribunal supremo ha sido criticado muchas veces injustamente, acusándole de contradecirse, sin comprender que había razonado forzando más o menos determinadas interpretaciones, sólo con la sana preocupación de hacer justicia en el caso concreto contemplado. Este es el principal defecto dimanante del sistema de la casación, en el cual la justicia del caso ha de ir conjugada con alguna infracción legal que permita casar el fallo estimado injusto, abriendo el paso a que se pueda dictar sentencia justa. Este trámite da lugar a que muchas veces se fuerza la interpretación hasta torcer la doctrina, cosa que no sería preciso con otro sistema de apelación, que no fuera el de casación. Incluso ha ocurrido que, para evitar contradecirse y lograr

a la vez hacer justicia concreta, el propio tribunal supremo se ha perdido, a veces, en una *techné* no siempre fácil de entender. En un reciente estudio aún inédito, hemos visto cómo ante supuestos de donaciones encubiertas en compraventas simuladas, después de haber dictado diversos fallos contradictorios, trató de conjugarlos sin rectificar su última doctrina, pero tratando de soslayarla en ciertos casos en que comprendía que podía llevarle a una solución injusta, y utilizó para ello, como una tercera solución, la de negar la acción en tales supuestos. Pero así cerró el paso a la impugnación, no sólo en los supuestos en los cuales la interpretación hecha por las últimas sentencias resultaba inadecuada para fallar justamente, sino también en otros casos, que igualmente quedaban incluidos en esa negación de acción, pero en los cuales la impugnación se encontraba totalmente justificada.

Nos hallamos ante el problema —denunciado por los profesores DE CASTRO BRAVO y ELÍAS DE TEJADA— que resulta, en primer lugar, de confundir la sentencia con la norma más general de derecho que el juzgador se creyó obligado a aplicar; y, en inmediato término, de querer dar a la propia sentencia la generalidad que correspondería a aquella norma que, si bien se estimó aplicable, lo fue para adaptarla justamente a la singularidad del caso, deformando su enunciación genérica con el fin de aplicarla correctamente al supuesto singular, olvidando que esa operación no hubiese sido precisa de no necesitarse dar por violada una disposición legal, para casar la sentencia recurrida que iba referida a un caso no circunscrito totalmente al supuesto general de aquélla.

## 10. ORDEN NATURAL Y DERECHO.

Pero volvemos a encontrar aquí el drama que el profesor WILHEMSEN nos ha mostrado que es cada vez más grave. Gira en torno a esa necesaria *lectura* del orden natural mediante la que debe hallarse la determinación del derecho. Ella requiere indispensablemente que, tanto el legislador, como el juez y los juristas y el pueblo sientan su deber de buscar, cada uno en la órbita de su respectiva responsabilidad, el derecho aplicable para traducir ese orden al supuesto general o concreto planteado. Es preciso que unos y otros estén convencidos de que la realización de la justicia no consiste sólo en ser obedientes al voluntarismo arbitrario de quienes ostentan el poder, ni en servir las apetencias de una oligarquía, ni tampoco en seguir la conciencia errónea de una mayoría tal vez deformada por la influencia de los órganos de opinión pública: todos ellos sujetos incapaces de hacer una lectura correcta de lo justo natural adecuada al supuesto general o específico contemplado. Es preciso que todos, gobernantes y gobernados, sintamos la responsabilidad que nos compete en la conservación, mejora, restauración o reposición del orden natural querido por el Creador. Es preciso que sintamos la gravedad de que por culpa de nuestras pasiones, de nuestra ignorancia o de nuestra desidia sea aquel orden degradado o destruido. Es decir, es preciso que sintamos este deber de justicia para con nuestros hermanos, tanto los de hoy como los de sucesivas generaciones que han de venir, y que sintamos tal deber ante Dios, creador y ordenador de todas las cosas.