

4.—LO PERMANENTE Y LO HISTORICO EN EL DERECHO NATURAL

por

Emilio SERRANO VILLAFANÉ

1. UN ANTIGUO PROBLEMA.

Se equivoca el positivismo al reclamar que el derecho natural y su afirmación es fruto de la especulación y preocupación teológicas, pues que su origen e invención se pierde en la antigüedad de los tiempos.

Podemos decir que desde la voz de Antígona ⁽¹⁾, que tan amplia resonancia había de tener a través de los siglos, oponiendo en trágico diálogo con Creón las leyes divinas no escritas a los decretos de los mortales que no podían prevalecer sobre aquéllas y desde la especulación sofista en torno al "nomos" y la "physis", pretendiendo llegar a un concepto del derecho y de la justicia que lo fuesen "por naturale-

(1) "Heroína del derecho natural" la llamó J. MARITAIN.

za", nació la problemática del derecho natural, cuya primera denominación y formulación exacta se debe al genio sistematizador de ARISTÓTELES con su distinción entre lo "justo natural" y lo "justo legal".

Roma, por medio de sus jurisconsultos, acepta la tradición iusnaturalista griega, encuadrándola para siempre en su inmortal jurisprudencia, siendo CICE-RÓN y el jurista GAYO quienes recogen la idea aristotélica del derecho natural, colocándole en el mismo plano objetivo que su *ius civile*, y plasmándole en clásicas definiciones, a veces confundido, no obstante, con el clásico *ius gentium*.

A partir de la epístola de San PABLO a los Romanos, cuyos versículos 14-15 del capítulo 2 han sido felizmente considerados como la "carta magna del iusnaturalismo cristiano", la filosofía y la teología católicas, por obra de sus máximos e ingentes artífices, San AGUSTÍN y Santo TOMÁS, recoge la herencia iusnaturalista grecorromana, construyendo sobre la concepción agustiniana del orden el edificio del concepto cristiano y teocéntrico del derecho, con las nociones de *ley eterna, natural* y *positiva*, cuya doctrina se repite y proclama por teólogos, canonistas y juristas de la edad media informando sus concepciones jurídicas y sociales.

Y nunca mejor ocasión que la feliz celebración de estas "Jornadas Hispánicas de Derecho Natural" para permitirme afirmar que la verdadera filosofía del derecho natural y de gentes fue obra, principalmente, de los teólogos y juristas españoles. Y estimamos que esto es así, porque si bien en Grecia existió una filosofía pujante y vigorosa, capaz de afrontar con éxito la investigación de cualquier clase de problemas;

y si en Roma se estructuró con magistral perfección el sabio derecho romano y adquiere su jurisprudencia un magnífico desarrollo y brillante esplendor, faltó, sin embargo, en Grecia una importante temática jurídica; y careció Roma de una sólida filosofía para afrontar "more philosophico" la investigación sobre sus problemas jurídicos, perdiendo con ello la oportunidad de estructurar una sólida filosofía del derecho. En el período medieval la situación se asemeja en parte a la imperante durante la cultura filosófica griega, pero tampoco los problemas jurídicos y sociales despertaron la suficiente inquietud e interés filosófico.

Pero en los siglos XVI y XVII de apogeo de la escolástica española se dan por primera vez reunidas la existencia de una filosofía pujante y vigorosa y la presencia de problemas jurídicos, que la importancia política de España hacían necesarios para la estructuración política y ordenación jurídica de la metrópoli y de las ricas y vastas posesiones recién descubiertas, problemas cuya solución tanto importaba a los españoles. Por eso surgen aquí las figuras de VITORIA, SOTO, BAÑEZ, CANO, MOLINA, VÁZQUEZ, SEPÚLVEDA, LUGO, SALÓN, MEDINA y tantos otros cuyos nombres llenarían páginas enteras; pero, sobre todo, ese coloso de la filosofía española y mundial que se llamó el "doctor eximio" FRANCISCO SUÁREZ, cuyo genial tratado *De legibus* hace ya tres siglos y medio que está esperando el advenimiento de un filósofo del derecho que le supere.

Y registramos con orgullo patrio que en nuestros días de "renacimiento" del derecho natural se vuelvan los ojos a los "magni hispani" cuyas doctrinas

Los naturalistas aún conservan, al cabo de los siglos, el vigor y lozanía que las inspiraron, y sus principios son fuente de permanente aplicación dentro de la natural mutabilidad de las circunstancias, y son los valores que el pensamiento tradicional español brinda como solución a los problemas del mundo actual.

Justamente por haberse negado a este derecho natural con fundamentación metafísica y teológica —que es el defendido por la tradición católica y el iusnaturalismo español—, su entronque con el orden moral, siguieron las más lamentables desviaciones, con un derecho natural “demasiado natural” con GROCIO, PUFENDORF, o THOMASIIUS, o “demasiado racional” con KANT, FICHTE, SCHELLING o HEGEL, llegando por subsiguiente reacción a desaparecer durante siglos de la ciencia jurídica.

Pero lo que la escuela histórica, el positivismo de ayer y el neopositivismo de hoy atacan, de hecho, es a *un* derecho natural individualista y racionalista, a la “caricatura” que de aquél había hecho el siglo XVIII, englobando en esta crítica a todo *el* derecho natural, sin tener la obligada honradez científica de distinguir *una* concepción del derecho natural, a la que justamente combatían, *del* derecho natural de la tradición clásica. ¡Cuántos errores se hubiesen evitado con ello! Entre otros —acaso el principal—, el que va a ser desmentido en esta ponencia: la acusación de ahistoricidad o antihistoricidad del derecho natural. La bimilenaria doctrina del derecho natural, como idea coetánea e ínsita en la humana naturaleza, no está ciertamente muerta, aun cuando eso hayan declarado en tiempos no lejanos los fautores de la fi-

lososofía positivista y, aun hoy, muchos juristas parecen ignorarlo o le combaten de varios modos.

Prescindiendo de los "sucedáneos" con que la ciencia moderna ha pretendido suplantarle, y de los nombres con que cautelosamente se le ha "camuflado" —"derecho potencial", "idealidad social, justa, moral" (ARDIGÒ), "derecho objetivo" (DUGUIT), "derecho intuitivo", "justicia", "hecho normativo" (GURVITCH), "derecho libre", "derecho justo", "derecho latente", "derecho espontáneo", "cultura jurídica", "derecho natural moral" (RIPERT, DABIN), "moral social", "derecho racional" (RADBRUCH)... y hasta la *Grundnorm*, de KELSEN, para quienes quieren ver en ésta un sustitutivo del derecho natural (lo cual es desmentido por el propio KELSEN)—..., lo cierto es que, como dice DEL VECCHIO, el derecho natural existe y vale porque existe y vale el ser humano, del cual es atributo inseparable; y sus determinaciones se derivan de la misma naturaleza humana que la razón descubre y puede comprender. Y cuando ha querido intentarse la superación de un positivismo que durante siglo y medio ha dominado por completo el campo de la ciencia jurídica y de la política, se "retorna" a un derecho natural como derecho "superior" o "supralegal", que reclaman de consuno la ciencia, la filosofía, la política y la práctica jurídicas.

Sin embargo, junto a este innegable renacimiento del derecho natural, y superadas en gran parte muchas de las angustiosas causas que le motivaron en la última posguerra, se observa hoy también un renacimiento del iuspositivismo, un radical neopositivismo que arremete contra todo cuanto pueda suponer metafísica, trascendencia, valores y hasta filosofía. Y en

este ambiente es donde precisamente, con visos de novedad, se lanzan de nuevo acusaciones contra el derecho natural, entre las que destaca una que no es ciertamente nueva, pero que se renueva con pretensiones de ser definitiva: la acusación de "ahistoricidad" o "antihistoricidad" del derecho natural. Se plantea así el viejo problema de la inmutabilidad e historicidad del derecho natural —que es, en definitiva, el problema de la naturaleza e historia del ser humano—. Esto es, lo "*permanente*" y lo "*histórico*" en el derecho natural, como reza el tema de la ponencia que me ha sido señalada.

Podemos decir que el problema es tan antiguo como la filosofía misma. En efecto, el conflicto naturaleza-razón, razón-historia, es uno de los *Leit-motive* capitales de la filosofía del derecho. Es el problema de las relaciones entre lo inmutable y los datos contingentes y mudadizos en la elaboración del ideal de justicia. Desde HERÁCLITO y PLATÓN a HEGEL, de ARISTÓTELES y VICO a la escuela histórica y al empirismo de nuestros días, se prolongará este pleito agudo a lo largo de las especulaciones de todos los tiempos, las cuales han intentado resolverlo pronunciándose parcialmente por soluciones que, por unilaterales, no han hecho sino alargar la cuestión.

Partidarios de la razón son en la filosofía moderna los llamados "clásicos" del derecho natural —llamado por eso racionalista— GROCIO, PUFENDORF, THOMASIIUS y otros, con desprecio del elemento vital e histórico, para incurrir en la paradoja de fundar el derecho natural en consideraciones empíricas (el *appetitus societatis* en GROCIO, la *imbecillitas* o sentimiento de debilidad en PUFENDORF, el *afán de dicha* en THOMA-

sius), es decir, un fenómeno real que es absolutizado hasta convertirlo en base de un sistema normativo. Un bandazo contrario, sacrificando la razón a la realidad, la idea a la historia, es la que representa la escuela histórica del derecho, en la que no cabe hablar de derecho natural porque el único derecho es el histórico y en los productos concretos "fraguados" en la conciencia jurídica de un pueblo se agota el objeto de la ciencia y de la filosofía del derecho. Esta posición ha sido llevada a los mayores extremos por el materialismo histórico, para el que lo único sustancial es la materia, y todo cuanto hay en el mundo externo e interno se reduce a manifestaciones de la misma. HEGEL, al identificar lo real con lo racional, no sacrifica la historia a la razón o la razón a la historia, porque en el monismo dialéctico y panlogismo hegeliano, razón y realidad, idea e historia, pensar y ser son una misma cosa.

Pero antes de seguir con la filosofía contemporánea, es preciso retrotraernos hasta Santo TOMÁS y SUÁREZ, dejando para luego el análisis de las corrientes últimas a partir de la especulación formalista de STAMMLER, que presenta un cierto parecido con la de nuestro insigne doctor eximio, pero sin llegar el formalismo neokantiano del germano a la riqueza de contenido de la doctrina del ilustre granadino.

2. LA DOCTRINA DE SANTO TOMÁS.

En Santo TOMÁS se encuentran ya perfectamente delimitadas las ideas fundamentales que, a este respecto, había de consagrar Francisco SUÁREZ y que

han dado a éste una de las famas más justas y merecidas. Los autores iusnaturalistas contemporáneos, aun con destacados matices personalistas, culturalistas e histórico-sociológicos, que defendieron al derecho natural de la ligera y maliciosa acusación de antihistoricidad o ahistoricidad, se basarán fundamentalmente en la doctrina tomista y suareciana de la mutabilidad e inmutabilidad del derecho natural.

La variabilidad por lo que se refiere a las leyes positivas está justificada y no plantea problemas. Pero respecto de la ley natural, ¿cabe también variabilidad? ¿Cómo se explica que la ley natural, expresión de principios racionales no posea un alcance universal? Este es el problema capital que surge de la consideración metafísica y teológica de la ley natural. Y Santo TOMÁS no sólo tiene conciencia clara del problema, sino que, además, brinda una solución muy interesante, que SUÁREZ llevará después a un grado superlativo de madurez y precisión.

Los conocidos casos bíblicos que parecen comprometer la universalidad e inmutabilidad del derecho natural; la dispensa de algunos preceptos secundarios; y la idea aristotélica de que también en lo natural al hombre se puede dar alguna variación, serán las explicaciones con las que el doctor angélico resuelva el problema.

Ya en los *Comentarios a las Sentencias* distingue dentro de las leyes morales, las que tienen una validez absoluta y universal, que no toleran excepción alguna; y otras, en cambio, que no presentan tal universalidad a consecuencia de circunstancias accidentales, que dejan en suspenso su contenido concreto cual fue formulado para otras situaciones. Los pri-

meros principios morales —dice— son absolutos y universales. Pero en cambio las conclusiones pueden perder universalidad, a tenor de la mutabilidad y variedad de las circunstancias que regulan. Las conclusiones perderán universalidad mientras más se alejen de los primeros principios por la concurrencia de circunstancias individuales, que hace que la razón dé a sus reglas la flexibilidad necesaria para adaptarse a las contingencias de los casos concretos.

No haber tenido esto en cuenta fue el error del iusnaturalismo racionalista que procedía deductivamente, *more geométrico*. Y si es cierto que el valor normativo de una regla de geometría es independiente de los casos concretos en que se realiza, una regla moral, por el contrario, sólo tiene valor en cuanto considera y recoge las circunstancias y exigencias de los casos particulares concretos. Por eso dice Santo TOMÁS, que atribuir valor universal a las reglas que dicen que “debe devolverse el depósito”, o “no matarás”, sería falsear el sentido de las mismas y destruir su verdad. Porque estos preceptos están subordinados al principio “obra en todos los casos conforme a la razón”; y es la razón, en algunos casos concretos, la que prescribe que no deben —en tales casos— observarse *tales* preceptos.

Pero es en la *Summa theologica* donde profundiza más este problema que formula con precisión en el “tratado de la ley” (2). La ley natural, dice Santo TOMÁS, es en sí absolutamente inmutable en sus primeros principios; pero los principios secundarios pueden admitir variación: la razón de este cambio

(2) Santo TOMÁS, *S. th.*, 1-2, q. 90 y siguientes.

radica en 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 ese carácter. Pero lo que es natural a una naturaleza defectible, participa también de esta defectibilidad. Y la naturaleza humana posee este carácter en muchos de sus aspectos.

Ahora bien, la ley o derecho natural puede variar de dos formas: *por adición y por sustracción*. Por la *adición* sus preceptos pueden ser completados y perfeccionados a lo largo del tiempo, en cuanto cabe añadir algo a su contenido. En este sentido dice SUÁREZ que la mudanza por adición no es propiamente tal, sino más bien una "perfección extensiva que se refiere a la utilidad humana". Más que cambio, en efecto, consiste en una ampliación del ámbito de la ley natural. Es lo que permite a RENARD hablar de un derecho natural "de contenido progresivo", gnoeológico o por incorporación de nuevas aplicaciones, que no es propiamente cambio, porque la adición no niega los preceptos, sino que los afirma y los extiende al añadirle otros nuevos. La mudanza por *sustracción* ocurre en cuanto algo que ha sido de ley natural pudiera dejar de serlo; en que un precepto deje de ser válido en determinado momento o circunstancia. Bajo este aspecto, la inmutabilidad acompaña siempre, absolutamente, a la ley natural por lo que se refiere a los primeros principios. Pero respecto de los preceptos secundarios, más concretos y derivados de los primeros a modo de conclusiones más inmediatas, en la mayor parte de los casos (*ut in pluribus*) son también universalmente válidos e in-

mutables; pero en casos excepcionales (*ut in paucioribus*) cabe mutación de algún precepto concreto por el carácter eminentemente contingente y variable de la "materia" o por oponerse algunas causas impeditivas de la observación de tales preceptos, y por la ponderación de una serie de factores empíricos con vistas a un determinado fin.

¿Se puede decir, con honradez científica, que este derecho natural es *omnino inmutabilis*, ahistórico o antihistórico? Entendemos que no. Y si nos hemos detenido en esta exposición de la doctrina tomista, es porque ella marca las ideas fundamentales a este respecto. Y también porque queremos reiterar aquí y en esta ocasión lo que hemos dicho en otro lugar: que si la doctrina de Santo TOMÁS *no está* de actualidad, esto no quiere decir que *no sea* de actualidad. Esta *es* permanente y siempre actual, como y porque es permanente y siempre actual *la* filosofía.

3. LA DOCTRINA DE FRANCISCO SUÁREZ.

EN SUÁREZ, esta doctrina de la mutabilidad e inmutabilidad del derecho natural encontrará la elaboración más precisa y la solución más coherente y sugestiva, que constituye uno de los más luminosos monumentos de la filosofía jurídica. Por la agudeza y rigor mental con que lo trata y resuelve, la doctrina de SUÁREZ debe figurar como uno de los estudios más profundos a este respecto, y la solución que da constituye una de las más felices de todos los tiempos entre las que el pensamiento ha producido con respecto al conflicto entre razón pura e historia.

A propósito de las controversias teológicas sobre las dispensas de la ley natural, por parte de Dios —en los casos bíblicos—, por el Romano Pontífice —en algunas leyes consideradas como naturales—, y hasta por las leyes humanas o derecho positivo —admitiendo excepciones a principios naturales como el de “no matarás” o la “devolución de los depósitos”—, SUÁREZ va a abordar el problema de la amplitud del derecho natural, de su rigidez o flexibilidad, y la relación que guarda con los contenidos empíricos de la historia.

Descartada la mutación por “adición” como verdadera mudanza de la ley, la única que merece tal nombre es la que tiene lugar por “sustracción”; y ésta puede tener lugar en la propia ley o en su obligación. En cuanto a la mutación intrínseca de la ley, esto es, la posibilidad de que determinados preceptos de la ley natural puedan dejar de ser válidos en determinados momentos y circunstancias, SUÁREZ mantiene la doctrina de que los preceptos de la ley natural son totalmente inmutables, tanto los primeros y más generales, como los segundos más concretos derivados de éstos, y las conclusiones más remotas, siempre que sigan siendo ley natural, o sea, que manden o prohíban lo que es bueno o malo según la naturaleza racional. Esta posición, que parece aun más rígida que la de Santo TOMÁS, no impide que un sector de los preceptos naturales puedan experimentar modificaciones *en su contenido*, pero no porque los principios racionales varíen, sino porque transformándose la *materia social* (subrayamos nosotros) a la que se aplican, cambia también el precepto, lo cual está previsto ya en el sentido del mis-

mo. La ley natural, en sus primeros y más generales principios es absolutamente perenne e inmutable; y lo es también en cuantos preceptos derivan de aquéllos por ilación lógica; pero éstos pueden referirse a la *naturaleza humana* como tal, o a *materia mudable* y contingente. En el primer caso, el contenido de los preceptos naturales no sufrirá jamás la menor mudanza; en el segundo, son capaces de ella, pero no porque la razón varíe, sino porque cambiando la materia contingente y relativa —que es *mutabilis et difformis*— sobre que se aplican, cambian las consecuencias mediatas de la ley natural.

En otros términos, que la mudanza en la ley natural no es posible, se desprende de la inmutabilidad de la naturaleza humana como tal. “La ley natural —dice— no puede cesar por sí misma o mudarse, ni universalmente, ni en particular, permaneciendo la naturaleza racional con uso de razón y de libertad”. En la ley natural, sólo cabe mudanza por la *mudanza de la materia*: de suerte que la acción es sustraída a la obligación de la ley natural, no porque sea abolida o disminuida la ley natural, pues siempre obliga y obligó, sino porque se muda la materia de la ley ⁽³⁾. Así, el hecho de que en el ejemplo del depósito no se deba devolver el objeto (si se trata de un arma o explosivo que su dueño, loco o demente, emplearía contra los demás o contra la patria), no implica que haya cambiado el precepto natural de la devolución, “pues desde un principio no fue puesto para aquel caso, sino para otros que dicta la recta razón”. Lo mismo puede decirse del “no matarás”. Lo que

(3) F. SUÁREZ, *De legibus*, 2, 13, 3.

ocurre es que a veces nos parece que cambia la ley porque la identificamos con su formulación genérica y absoluta. Así, cuando se dice "no matarás", no quiere expresarse que en ningún caso sea lícita la muerte de un prójimo. Este precepto natural, aclara SUÁREZ, "encierra muchas condiciones, a saber: no matarás por propia autoridad y acometiendo"; y así, "es lícito matar en defensa propia".

Lo cierto es —y terminamos ya esta exposición de la doctrina de SUÁREZ— que la ley natural, como toda ley, implica una relación, uno de cuyos términos lo constituyen las acciones humanas y éstas se realizan de modos diversos y en circunstancias cambiantes. Si en algún caso dado tales circunstancias y condiciones se transforman de hecho, hasta cambiar el sentido moral de la acción, el precepto de que se trata dejará de ser aplicable. No ha cambiado el precepto, que sigue siempre siendo válido: ha cambiado el caso, la materia a que el precepto se refería, que al ser distinta requerirá otro precepto. De este modo, la ley natural, permaneciendo inmutable en sí misma, se adapta flexiblemente a su materia, las acciones humanas individuales y sociales, materia que es, por diversas causas, mudable y cambiante.

4. EL REPLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

Muy análoga es la forma —sólo la forma— en que STAMMLER soluciona el problema, pero con profundas diferencias respecto a SUÁREZ. Este, partiendo de supuestos metafísicos clásicos, insiste y perfecciona la sistematización y exposición del aquinatense sobre

la mutabilidad de la ley natural y la *consideratio diversarum circumstantiarum*. Por el contrario, el neokantiano Rudolf STAMMLER, partiendo de la teoría kantiana del conocimiento y de la distinción entre la "materia" y la "forma", no hace sino construir unos conceptos apriorísticos, puramente formales, desprovistos del verdadero contenido positivo que tenían en SUÁREZ. Lo que no hizo SUÁREZ, como tampoco Santo TOMÁS, porque uno y otro confiaban esto al, por ello necesario, derecho positivo, fue elaborar un código completo de principios y preceptos que, según la razón, habían de valer en todos los pueblos y para todos los tiempos. Este fue el error del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII, que en su concepción *maximalista* del contenido del derecho natural, elaboró *more geometrico*, deductivamente y de modo exhaustivo, un código ideal universalmente válido del género humano, al que tenían que ajustarse todas las legislaciones particulares.

La reacción no se hizo esperar y a partir de la escuela histórica y del iuspositivismo sociológico, que considerando el derecho como algo evolutivo y cambiante, propio de cada pueblo, tenía que poner ahora como problemática la posibilidad misma de un derecho natural universal e inmutable. Y, si admitido éste, sus principios son tan universales y sus productos tan completos que regulan hasta los más mínimos detalles todos los aspectos de la vida jurídica, este derecho natural hace innecesario el derecho positivo. Uno de los dos sobra. Y como el positivismo no puede suprimir el derecho positivo, negará la existencia del derecho natural. A un exagerado racionalismo ha sucedido un no menos exagerado his-

toricismo. A la razón prescindiendo de la historia y de la naturaleza, la naturaleza y la historia prescindiendo de la razón. Si el primero se pierde en las abstracciones, el segundo se pierde en los hechos.

Por eso, en el innegable renacimiento postpositivista del derecho natural, ninguna de las muchas tendencias y concepciones iusnaturalistas propugnan la vuelta al derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII, que es, como venimos diciendo, al único al que se puede criticar, con razón, de ser ahistórico.

Una prudente y moderada posición media, aunque con marcados matices historicistas, representan algunos iusnaturalistas contemporáneos y quienes en la actualidad siguen la doctrina tradicional de la *philosophia perennis*, como dicen ROMMEN, DEL VECCHIO y Arthur KAUFMANN, y hablan de un derecho natural como sistema de principios inmutables, no olvidando —si quieren ser fieles intérpretes de los grandes maestros de esa tradición bimilenaria—, que si es cierto que ARISTÓTELES y CICERÓN, Santo TOMÁS y SUÁREZ hablaron de principios inmutables, hablaron también de principios fundamentales del ordenamiento jurídico adecuados a las situaciones históricas y a los datos empíricos. Y esto, por el concepto que tenían del *hombre* y de su *naturaleza*, de los elementos permanentes e inmutables de ésta, y de lo variable de su condición histórica.

Porque, frente a la afirmación de ORTEGA de que el hombre “no tiene naturaleza, sino historia” —lo cual está desmentido por la antropología—, nosotros aquí lataríamos diciendo que, ciertamente, el hombre debe hacerse, perfeccionarse; pero que se perfecciona realizando su esencia, su *naturaleza*, entendida ésta como

“principio dinámico de las operaciones que le son propias”. El hombre *tiene* naturaleza y es realizando esa naturaleza, su esencia, como el hombre *crea* y produce historia. Precisamente en el problema de la *esencia* y la *existencia* —en su raíz metafísica y su distinción real, de tanta importancia para el problema de la inmutabilidad del derecho natural—, en esa afirmación de la esencia o naturaleza humana y de su condición empírico-histórica, esto es, de la naturaleza humana tal y como es, basamos nosotros la distinción entre lo *permanente* y lo *variable* en el derecho natural.

Ahora bien, no se trata de presentar dos naturalezas —como dice la crítica que hace KELSEN (4)—: la “sustancialista”, cerrada y completa en sus determinaciones esenciales; y la “historicista”, para la que el hombre es su historia, y su ser y esencia no son sino un momento de su devenir existente. Por el contrario. Estimamos que es la esencia constitutiva lo que hace posible y cualifica el devenir, y no al revés. No. *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. En otros términos, el hombre es un ser histórico al que corresponde esencialmente el cambiar a través del tiempo. Pero existe una naturaleza o esencia del hombre que permanece a lo largo de la historia y que

(4) Cfr. el vol. colectivo *Le droit naturel*. PUF, Paris, 1959.

es el fundamento mismo que facilita dicho cambio. Por eso el contenido del derecho natural, si no está determinado de una vez para siempre, cualquiera que sean las circunstancias, sino que hay que hacerlo en la sociedad y en la coyuntura existencial histórica, según agudamente señaló SUÁREZ y subrayan en nuestros días los iusnaturalistas sociólogos Jacques LECLERCQ y Johannes MESSNER, tampoco es algo que pueda dejarse a la absoluta libertad arbitraria del hombre, sino, que, en su determinación, éste se ha de atener y someterse a límites impuestos por las exigencias de la propia naturaleza humana, individual y social.

Se afirma así "*lo permanente*" del derecho natural.

Pero existe una "materia" social en la que el sentido trascendente y universal de lo jurídico puede concretarse de modo directo en verdadero derecho. Porque el derecho natural se da y se pone en la historia al ser el hombre un ser histórico; es decir, también en el conjunto de preceptos del derecho natural se da un proceso y despliegue histórico al aparecer y manifestarse en cada caso dentro del orden jurídico de cada comunidad histórica. En este sentido dice el jurista y iusfilósofo italiano Giuseppe LUMIA que puede hablarse de una *historicidad* del derecho natural; no en el sentido, querido por los historicistas, de variabilidad de sus principios en función de las situaciones históricas; sino en el sentido de que los principios del derecho natural, en sí dotados de validez absoluta, si no reciben de la historia su validez, que reposa en exigencias *a priori* de la razón y de la naturaleza, encuentran sin embargo en el terreno histórico la materia para su

determinación concreta y en cada caso asumen un contenido y se determinan históricamente en formas diversas según las cambiantes situaciones históricas. Y también puede hablarse —según este mismo autor— de la *relatividad* del derecho natural, pero no para poner en duda la validez permanente y universal del valor jurídico, sino para subrayar la desigualdad y desproporción de la naturaleza humana frente a la absoluteza de este valor.

Se afirma así "*lo variable e histórico*" del derecho natural.

Y en la concreción y manifestación histórica de los principios universales y supratemporales válidos, se conjuga "*lo permanente*" y "*lo histórico*" del derecho natural.

5. FORMULACIONES ACTUALES.

Ampliamente exponemos en nuestro libro *Concepciones iusnaturalistas actuales* (5) las direcciones iusnaturalistas contemporáneas en las que, por su acentuado carácter histórico-sociológico, se da entrada a elementos "fácticos" y sociológicos que el más entusiasta positivista suscribiría.

El derecho natural no es antihistórico —dice el profesor PIZZORNI (6)— sino de una dinámica constante aun reconociéndole una intrínseca inmutabilidad, considerado objetiva y ontológicamente. Debe-

(5) Editora Nacional, Madrid, 1967.

(6) Cfr. R. M. PIZZORNI, *Il diritto naturale, norma dinamica del diritto*, "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 1962. (39/1-3) p. 143 ss.

mos reconocerle un perfeccionamiento y progreso, considerándole en cuanto a su conocimiento, en cuanto a sus aplicaciones a las mudables circunstancias y vicisitudes históricas, y en cuanto a su eficacia permanente e histórica. Porque "aun cuando el derecho natural tiene un fundamento eterno e inmutable, vive en la concreción histórica". Esto es, fijeza de principios, sí, pero también evolución de acuerdo con la racionalidad y con las concretas exigencias de un pueblo, con los factores sociales, económicos, culturales y políticos, que dice FECHNER. Los principios del derecho natural —afirma VON HIPPEL— son inmutables y absolutos aun cuando son múltiples las situaciones y variados los medios y la posibilidad de realizarlos. El derecho natural —dirá nuestro admirado maestro VON DER HEYDTE— es el "principio de conformación" (*Gestaltungsprinzip*) del derecho positivo. El derecho natural consiste, para LECLERCO, en una serie de principios susceptibles de aplicaciones variadas, y estos principios tienen un alcance tan extenso como la propia naturaleza humana, siendo por lo tanto susceptibles de ser adaptados a las circunstancias tanto como la misma naturaleza del hombre, sin que ello suponga que tengan un contenido variable; lo tendría —dice— si se aplicaran de la misma manera a condiciones diferentes. Exactamente lo contrario —subraya LECLERCO— de lo que creen quienes se desorientan ante la estabilidad radical del derecho natural con posibilidad de aplicaciones diversas. En la naturaleza social del hombre y en la vida y exigencias de éste en la sociedad es donde hay que buscar esos principios y su contenido.

Por eso dice LECLERCO que la sociología es “la ciencia auxiliar por excelencia del derecho natural”.

¿Puede decirse que este derecho natural, cuyo contenido se irá descubriendo por observación, es el “petrificado”, cerrado e inmutable, el “ídolo que no debemos adorar” como dicen CARNELUTTI y Guido FASSÒ del derecho tomista, aún del renacido en nuestros días? Por el contrario, es un derecho natural “flexible” y “adaptable” en sus aplicaciones históricas. Y es un derecho natural “social” porque en la vida social y en la sociedad se encuentra su contenido, y en la sociedad y con la ayuda de la sociología averiguará el derecho natural las instituciones fundadas *en* y exigidas *por* la naturaleza humana. En este mismo sentido el profesor BRÈTHE DE LA GRESSAYE dice que es preciso comprender la inmutabilidad del derecho natural, contra la que los positivistas oponen la diversidad de doctrinas e instituciones, y la evolución del derecho. Pero no son incompatibles. En realidad, los principios no podrán cambiar, porque la naturaleza humana no cambia en lo que tiene de estable y permanente. Son las aplicaciones las que varían según las situaciones. ¡Qué gran parecido tienen estas afirmaciones con las de SUÁREZ de hace casi cuatro siglos! El derecho natural “debe ser repensado sin cesar —dirá Helmut COING— al contacto con los hechos sociales”. Un derecho natural “variable” y “cambiante” como las circunstancias y vicisitudes que ha de regular; un derecho natural “flexible” y “abierto”, o “*se faisant*” —como dice Henri BATTIFOL del de FECHNER— que tenga en cuenta el elemento “social”; un derecho natural “históricamente elástico” como dice SPRAN-

GER; o *sub ratione historiae*, como el de STADTMUELLER; un derecho natural "dinámico-existencial", cual el propugnado por WUERTENBERGER; o "relativo-existencial" como dicen QUADRI y RIPOLLÉS; o un derecho natural derivado exclusivamente de la experiencia y praxis concreta de cada tiempo y caso como el derecho natural pragmático o "práctico" de contenido variable, único que admite el realismo norteamericano de POUND.

Todas éstas —y otras muchas podríamos mencionar— son expresiones más o menos significativas del matiz historicista y sociológico que se atribuye por los iusnaturalistas contemporáneos al derecho natural renacido de nuestros días. Y aun cuando algunas de estas concepciones no puedan convencernos, ni podamos aceptar el abandono de la inmutabilidad de los principios del derecho natural que late en alguno de estos autores, ni un exagerado historicismo que caería en males mayores de los que pretende evitar, sí nos revelan al menos, y no es poco, que el renacido derecho natural no es ni podía ser el abstracto y racionalista de los siglos XVII y XVIII. Y que las críticas que hacen hoy positivistas y neopositivistas, muchas de ellas obedecen al desconocimiento del derecho natural clásico, como de Kelsen dice Michel VILLEY; o a pretender —y éste es el empeño, entre otros, de Guido FASSÒ—, que siendo irreconciliable la antinomia entre la naturaleza (o mejor, la metafísica) y la historia, el derecho natural no ha sido ni puede ser sino el "absolutamente eterno e inmutable" (*tutto dato*), sin consideración alguna a la naturaleza y a la historia, "l'idolo che non dobbiamo adorare". Y ante el hecho innegable de la acen-

tuación más o menos expresa del elemento contingente e histórico en el derecho, afirmada por los iusnaturalistas neoescolásticos de nuestros días (7), el profesor Guido FASSÒ se limita a decir que estos autores no son iusnaturalistas. Esto es: si iusnaturalistas, antihistoricistas; si historicistas (en el sentido de conciliar el derecho con la historia y la sociología), antiiusnaturalistas. El autor no les concede cuartel. Llenos de prejuicios están, asimismo, los pretendidos "argumentos" críticos contra el derecho natural hechos por KELSEN y BOBBIO en su libro conjunto *El derecho natural* (8), o por el positivismo de COSSIO. A todos estos y muchos otros detractores actuales del derecho natural podría serles de aplicación la afirmación de M. VILLEY: "que le conozcan primero, que después tal vez no le criticasen".

6. CONCLUSIÓN.

Lo cierto es que la bimilenaria doctrina del derecho natural clásico, "repensado" en nuestros días en función de las circunstancias históricas y concretas en que el hombre, ser histórico, vive, puede terciar con ventaja en la vieja controversia naturaleza y razón, razón e historia, porque ha sabido conjugar "lo permanente" de sus principios con "lo variable e histórico" de sus aplicaciones.

Y armonizar los inmutables principios del derecho

(7) Tales como LECLERCQ, MESSNER, RENARD, STADTMUELLER, GRANERIS, KAUFMANN, VILLEY, etc.

(8) Vide supra nota 4. Cfr. F. PUY, *Lecciones de derecho natural*, 2.^a ed., Porto, Santiago, 1970, todo el cap. 6, pp. 529 ss., donde se critican pormenorizadamente estas críticas.

natural con el movimiento dinámico de la historia y con las mudables aplicaciones, a través del derecho positivo, es progreso y armonía que corresponde a la ley de Dios y a todos los intereses de la humanidad para el verdadero triunfo del derecho por la acción de la justicia en una visión cristiana del mundo.