

PANORÁMICA INTRODUCTORIA AL DERECHO NATURAL HISPÁNICO

Juan Bms. Vallet de Goytisolo

Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Al iniciarse estas Segundas Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, después de expresar la gratitud de la Fundación Francisco Elías de Tejada y la mía propia a las excelentísimas autoridades que constituyen el Comité de Honor, en especial a las presentes en este acto; a CajaSur, mecenas que ha hecho económicamente posibles estas Jornadas, a la Universidad de Córdoba, al Comité ejecutivo y a cuantos colaboran, Profesores venidos de allende los mares, desde los Estados Unidos al Cono Sur, de Alemania, de Francia, Italia, Inglaterra, Portugal y de diversas Universidades españolas, debo rendir homenaje a la memoria del profesor Francisco Elías de Tejada, organizador y alma de las Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho Natural, que tuvieron lugar, hace veintiseis años, en Madrid en septiembre de 1972, y fundador, con su viuda Gabriela Pèrcopo, de la Fundación Francisco Elías de Tejada y Erasmo Pèrcopo.

En aquellas I^{as} Jornadas él pronunció el brillantísimo discurso de apertura en el cual definió descriptivamente el derecho natural.

El mismo Elías de Tejada, me confirió entonces el honor de pronunciar el discurso de clausura, en el que distinguió: derecho natural, ciencia del derecho natural y arte del derecho natural.

Ahora, en esta apertura, voy a profundizar el examen de esa misma tridistinción, para encuadrar, a través de su perspectiva, lo que el derecho natural hispánico ha aportado en el decurso histórico anterior al siglo XIX.

Previamente, debo aclarar cual es, en esta tridistinción, el sentido de la palabra «arte» referida al derecho.

En las fuentes literarias latinas, el uso de la palabra *ars* abarca desde las artes mecánicas, abandonadas a los esclavos según Cicerón, hasta las artes de la paz, incluyendo el mismo Cicerón entre éstas a la jurisprudencia. Incluso comprendía la práctica del bien, en palabras de Salustio, «in optimis artibus aetatem agere», «pasar su vida practicando el bien». Es evidente que, en estos casos el

empleo de la palabra arte se refiere, no a un *facere* o fabricar sino a un *agere*, a un hacer, a una *praxis* referida por el Estagirita (*Ética* 6, 4, 1139 a) y el Aquinense (*S. th.*, 1^a, 79, 12) al obrar bien.

El derecho natural como arte, es una *praxis*, guiada por la *phronesis*, y no, como la *teckné*, por la *poiesis*. Es un arte prudencial.

Efectuada esta aclaración, veamos qué es derecho natural, cuál su teoría y cuál su praxis.

- El derecho natural, como ente, observado en su mismo ser, fue definido por Aristóteles, *to dikaion phisikon* (*Ética*, 5, 7, 1134 b); por Paulo (*Dig.* 1, 1, 11, vers. *Uno modo*): «quod semper aequum et bonum est»; y, con más precisión, por Santo Tomás de Aquino (*S. th.*, 2^a-2^{ae}, 57, 2, resp.): «quod iustum est ex ipsa natura rei, et hoc vocatur ius naturale».
- Como ciencia lo definió Ulpiano (*Dig.* 1, 1, 10, 2), denominándole jurisprudencia –es decir, ciencia práctica o prudencial del derecho–: «Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitiae, iusti atque iniusti scientia».
- Y como praxis o arte prudencial lo definió Celso y, de él, repitió Ulpiano (*Dig.* 1, 1, 1, pr., inc. final): «ius est ars boni et aequi».

Cuestión primaria en el derecho natural es saber la génesis de su conocimiento, acerca del cual se enfrentan: el idealismo, sea platónico o bien cartesiano; el realismo aristotélico-romano-tomista, y negativamente el nominalismo.

a) Para el idealismo el derecho natural deriva del *logos*, de la razón divina, inscrita en el alma, según Platón (*Las leyes*, X, 886 y 890 a), e infundida por Dios a la mente humana, a juicio de Gregorio de Rimini, Francisco Suárez, Hugo Grocio.

b) Para el realismo, Dios, en su obra creadora, ha insito este orden en la naturaleza de las cosas –«ius naturale a rerum ipsarum naturae oritur» escribió el jesuita Luis de Molina (*De iustitia et iure*, 1, 3, 3)–, en el orden de la naturaleza general –con sus causas materiales, eficientes, formales y finales, y con su axiología–, en la que el hombre se halla integrado como objeto y como sujeto, pasivo y activo, causa segunda en el orden dinámico de la causa primera, actuante con su inteligencia, su razón y su libertad, pero también padeciendo su propia ignorancia, sus errores y sus pasiones.

Santo Tomás de Aquino (*S. th.*, 1^a, 103) observó en ese gobierno de las cosas algo estable (*stabile*) y algo dinámico (*ad motum pertinens*). En el Nápoles hispánico, Giambattista Vico buscó en la historia civil o de las naciones el reflejo de este orden de la providencia, en virtud del cual se producen el surgimiento, progreso, apogeo, decadencia y ocaso de los pueblos y las civiliza-

ciones, dependientes de cuál sea la conducta, ajustada o desajustada de los pueblos.

Precisamente con esa perspectiva, el derecho natural fue definido compendiosamente, por F. Elías de Tejada en su discurso inaugural de las I^{as} Jornadas, como «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 ultra terrena en su acción de decidir, dentro de unos límites propuestos, por la razón que capta el orden universal por Dios querido».

c) El nominalismo no admite la posibilidad de derecho alguno basado en un orden natural puesto que niega que exista. Este rechazo le lleva a basar todo el derecho en la voluntad, sea la divina o bien la humana. El nominalismo medieval originario de Ockham, buscó la voluntad de Dios en la Revelación divina y, por lo tanto, produjo una teologización del derecho. Pero, como la voluntad divina mostrada en la Revelación no cubre todo el espacio de la vida humana que necesita ser regido por el derecho, entendió que ese espacio no cubierto por la Revelación debe regularse, ya sea por la voluntad humana expresada en leyes, dictadas por quien o quienes ostenten el poder político, o por lo determinado convencionalmente por acuerdo de voluntades; sin excluir que también por sí sólo pueda hallar lo que es derecho la razón humana, según entendería su discípulo Gregorio de Rimini.

Al irse imponiendo el laicismo en la Modernidad se tratará de «construir» el derecho, tanto el natural como el positivo, basándolo en un imaginario pacto, necesario por causa de una hipotética situación originaria del hombre en esta tierra.

La perspectiva que se tiene del derecho natural, como objeto, varía también según se le considere desde el punto de vista de su *theoria* o de su *praxis*.

El punto de mira de la *praxis* ha sido y es la realización de lo bueno y equitativo, conforme la naturaleza de las cosas (*rerum natura*) y de cada cosa (*natura rei*), observadas prudencialmente por el hombre, con sentido natural y razón práctica.

En el derecho romano clásico así como en las elaboraciones de los comentaristas, se vió una relación patente y rica en consecuencias entre: *rerum natura* y *sensum naturale* –que capta el orden insito en esa naturaleza de las cosas–, *naturalis ratio* –que somete lo así captado a un juicio racional, observándolo prudencialmente, a través de la experiencia, en las consecuencias dimanantes, para conocer más a fondo esa naturaleza de las cosas– y *aequitas naturalis*, que viene a determinar lo que es justo en concreto observándolo en las cosas mismas.

Las tres operaciones son indispensables para tratar de concretar la justicia correspondiente a cada cosa o hecho. Así, advertiría Paulo (*Dig.* 50, 12, 2): «Quoties aequitatem desiderit naturalis ratio..., iustis decretis res temperanda sibi».

En estas palabras introductorias, trataré de enfocar, con la enunciada triple perspectiva, el panorama histórico, anterior al siglo XIX, que ofrece el derecho natural hispánico.

I. EL DERECHO NATURAL EN SÍ

San Isidoro de Sevilla, en sus *Etimologías*, es el primer autor importante y genuinamente hispano que define, a principios del siglo VII, el derecho natural. Después de decir –al modo genuinamente romano– que «ius est dictum, quia iustum» (*Etim.* V, 3, 1), añade que el derecho natural, es «commune omnium natione et quod ubique instinctu naturale non constitutione aliqua habetur».

Si bien ahí centra el derecho natural en el instinto natural, en cambio, antes, al tratar del estado de las causas (I, 5, 2-5-9) en la retórica y la dialéctica, diferencia la racional, la negocial y la legal. En la causa racional del derecho, la retórica y la dialéctica buscan «in qua aequi et recti natura»; en la negocial se «trata de establecer un criterio jurídico atendiendo a la costumbre y equidad civiles»; y en la legal se atiende a las leyes. Con lo que se anticipa, más de seis siglos y medio, a la distinción que hará Santo Tomás de Aquino entre derecho o justo natural y positivo (*S. th.*, 2^a-2^{ae} 57, 1, resp.).

En el siglo XIII, San Raimundo de Penyafort –consultor del papa Gregorio Magno y del rey Jaime el Conquistador– en su *Summa iuris*, conocida por *Summa Raymundis*, dice qué es derecho natural:

- 1º «Vis insita rebus ex similibus similia producens», común a los hombres, a los animales brutos y a los árboles y plantas.
- 2º «quiddem stimulus sive instinctus naturae».
- 3º «instinctus nature proveniens ex ratione, et hoc dicitur aequitas naturalis».
- 4º «omne ius divinum, et specialis quod consistit in praeceptis et prohibitionem».

Y que es «ius gentium, eo quod ratio naturalis inter omnes homine illud constituit».

De estas acepciones considera la tercera como la estricta o propiamente dicha, pues sólo a ella sigue refiriéndose. Así:

Al tratar (I-IV) *De origine iuris*, dice: «Ius naturale capit ab exordio naturalis creatura».

Y al tratar de la diferencia entre el derecho natural y los otros derechos (I-IX) señala cuatro: «tempore, dignitate, amplitudine et sententiae rigore», que lo caracterizan:

- En el tiempo, porque tiene la misma antigüedad que la criatura humana.
- En la dignidad, porque los otros ceden en dignidad al derecho natural.
- En amplitud, en cuanto es común para todos los hombres; pues en él no caben privilegios y todos pueden conocerlo.
- En el rigor, porque lo prohibido en él no puede dispensarse.

En el siglo siguiente, en las *Partidas* del Rey Alfonso el Sabio redactadas bajo la dirección del Maestro Jacobo el de las Leyes, se define (1, 1, 2): «“Ius naturale” en latín tanto quiere decir en romance como derecho natural que han en sí los homes naturalmente e aun las otras animalias que han sentido». Este texto –basado en el de Ulpiano (*Dig.* 1, 1, 1, 3) que lo definía como «quod natura omnia animalia docuit»– fue glosado dos siglos después por Gregorio López, advirtiendo –como Santo Tomás de Aquino (*S. th.*, 1^a-2^{ae}, 94, 3)– que, conforme la naturaleza racional que tiene el hombre, el derecho natural «est quaedam naturalis ratio, humani insita creaturae, ad faciendum bonum, coven- dunque contrarium». Es decir: el hombre aprehende naturalmente con su razón práctica lo que es el bien y el mal para él que debe hacer o evitar (primer precepto de la ley natural).

Un siglo antes que Gregorio López, el gerundense Tomás Mieres, en su *Apparatus super constitutionibus Curiarum generalium Cathaloniae*, comenta (II, VIII, I, 3 y ss.) «ius est ars boni et aequi, ergo ius summitur a bono et aequo, sed nihil aliud est quam iustitia». Siguiendo a Santo Tomás (*S. th.*, 2^a-2^{ae}, 57, 1, ad 1) rechaza que la ley sea el derecho sino sólo *aliqualis ratio iuris* (Ap. II, IX, X, 20) explicando: «quaedam ratio in mente artificis praexistit, quae dicitur regula artis, etiam illius opera iusti, quod ratio determinat, praexistit in menti, quasi quaedam regula prudentiae: et hoc si in scriptis redigatur, vocatur lex: est enim lex constitutio scripta: et ideo lex non est ipsum ius proprie loquendo sed aliqualis ratio iuris».

Retornando al siglo XVI, en el reino de Castilla hallamos los *magni hispani*, teólogos-juristas de la denominada segunda escolástica.

El primero de ellos Francisco de Arcaya y Compludo, conocido por Francisco de Vitoria, fue discípulo en París de Pierre de Crockaert o Pedro de Bruselas, a quien siguió en su retorno desde el nominalismo al realismo, pero le quedaron resabios de aquél. Comentó varios títulos de la *Secunda-secundae* del Aquinatense. En estos comentarios, al tratar la cuestión 57, 2, sigue a Santo Tomás al decir (n.1) que «iustum ex natura rei vocatur ius naturale», pero se

aparta de él, al admitir como otras acepciones de *ius*: «pro lege ipsa» (nº 7), y la de «potestas» o «facultas», que añade al comentar la cuestión 62, 1 (nº 5). No obstante, discrepa de los nominalistas al exigir que ley y potestad o facultad sean justas, estimando esa justicia de modo realista conforme la naturaleza de las cosas. Pero también se aparta de Santo Tomás, al considerar la ley *causa iusti* y no únicamente como *aliqualis ratio iuris*.

Domingo de Soto considera el derecho natural derivado de la ley eterna, que rige la *natura rerum*, cognoscible en parte a través de sus efectos. Sin embargo, como Vitoria, admite las definiciones analogadas de *ius* referidas a la ley y a las facultades subjetivas siempre que éstas sean justas. Es de notar que, en su tratado *De iustitia et iure*, no sólo comenta los títulos *De iure*, *De iustitia*, *De iniustitia*, *De iudicio*, de la 2ª-2ª, sino también los tratados *De legibus*, de la 2ª-2ª; y de modo rotundo considera que la ley es *causa iuris* y no solamente *aliqualis ratio iuris*, entre otras concurrentes.

El jesuita Luis de Orejón García, conocido por Luis de Molina, entendió el derecho natural de modo claramente realista: «Ius naturale, a rerum natura oritur» (*De iustitia et iure* 1, 1; 2). Siendo de advertir que, aun cuando recoge como acepciones de *ius*: «pro lege ipsa» y «pro potestate potestative» acerca de lo que es *iure suo*, dice que el nombre *ius* «aequivocum esse» y no idéntico ni *ad similitudine*. Y, más adelante (2, 3, 5), respecto de esa tercera acepción, aclara que «decimos correctamente *recte*— que Pedro porque es dueño de su casa tiene plena facultad de disponer de ella; y, por el contrario, no decimos correctamente que por ser capaz de reír es hombre», mostrando así que la facultad de plena disposición es efecto del dominio, en el sentido de que la facultad es un efecto consecuente del dominio, y no al revés.

Fernando Vázquez de Menchaca (*De successione creatione* 1, 1 y 2; *De successione progressu*, praefatio, 1 y 2; *Controversiarum illustrium*, 10, 18, y 29, 19) diferenció el derecho natural en sentido estricto y el derecho de gentes primario *primaevum*— que incluye en el concepto de derecho natural en su sentido amplio. Define aquél —como Ulpiano— «quod natura omnia animalis docuit», nacido del *instinctus naturae*; y del segundo dice que «tuvo su origen con el mismo género humano, que en cuanto respecta a los hombres no es otra cosa que la naturaleza humana o un cierto instinto innato, y la razón natural que inclina a lo honesto y aparta de lo contrario»: «aut instinctus quaedam nativus, ratioque naturalis, suadens honesta, disuadens contraria».

El jesuita granadino Francisco Suárez hizo de *lex* la acepción principal de *ius*, e identificó el derecho natural con la ley natural, que consiste (*De legibus* 2, 5, 9) en cierta virtud que la naturaleza racional del hombre tiene para discernir, entre las acciones humanas las que son o no conformes a la naturaleza, por

lo cual, la naturaleza humana «es la misma ley natural que manda o prohíbe a la voluntad humana lo que debe hacer por derecho natural».

Aclara (*ibid.* 14): «No dudo que la ley natural consiste con toda propiedad en un juicio actual de la mente»; pero «también la luz natural del entendimiento, pronto de suyo para determinar sobre lo que va a hacer, puede llamarse ley natural, pues, aunque todos los hombres nada piensen ni juzguen actualmente, conservan la ley natural en sus corazones». En Dios legislador, la ley natural «no es otra que la ley eterna», y en los súbditos, «no es sólo el juicio actual, sino también la luz misma, la cual, como contiene permanentemente escrita esta ley, puede siempre actuarla de nuevo». De ese modo, aquella luz conservada en nuestros corazones se transforma en un mandato escrito en nuestra mente donde es preciso discernirlo.

En el entrecruce de los siglos XVII y XVIII, el oscense grociano Diego Vincencio de Vidanía, que fue Rector de la Universidad de Nápoles y polemizó con Vico acerca del derecho romano antiguo, en su manuscrito inédito, *El derecho natural innato en la mente de los hombres a sus efectos (Escríbelo para su uso)*, identifica también derecho natural y ley natural: «La ley natural es la que Dios, como autor de la naturaleza, fijó en los corazones de todos los mortales para discernir lo honesto y lo torpe, mandando aquéllo y prohibiendo esto». Esta ley «es la impresión o inscripción de ella en el alma del hombre hecha por el mismo Dios en la mente de la criatura racional»; «no se escribe sino que nace con nosotros; no se manda con lectura, sino que fecunda a todos con el perenne manantial de la naturaleza». «La Providencia divina con interior favor concedió y gravó a Adán en su mente con silenciosa y milagrosa impresión, y continuó en toda la naturaleza racional, para discernir lo honesto y lo torpe» (cap. II, pp. 24-42).

En pleno siglo XVIII el jesuita y gran romanista, profesor de la Universidad de Cervera, Joseph Finestres y de Monsalvo (en sus *Exercitationes academicae in Digesti «de Iust. et Iure» et l. 2 Digest, «de statu hominum»*, II, 2 y 3) divide el derecho de gentes en *primarium, sive absolutum* y *secundarium, sive hypotheticum*. El primario –dice– «es insito e ingénito en la mente del hombre, no escogitado por el hombre». En cambio, el secundario, es aquél que –dice– «se constituyeron los hombres por dictamen de su razón natural, ponderando lo favorable y lo desfavorable atendiendo a lo que les reporta alguna utilidad», que –dice– es mudable según las circunstancias.

II. LAS TEORÍAS IDEALISTAS DEL DERECHO NATURAL

Creo que, a lo largo del periodo que contemplamos, son especialmente significativas dos de las teorías que tratan con perspectiva idealista el derecho

natural considerado como ciencia teórica de ese tipo: la idealista y voluntarista de Francisco Suárez, en el siglo XVI, y la idealista racionalista, al modo grociano, del oscense Diego Vincencio de Vidanía, a principios del siglo XVIII.

Ninguno de los dos admite la mediación de las cosas y ambos parten de las ideas insitas por Dios e innatas en la mente de los hombres. Vamos a ver las características de cada una de estas teorías.

A) Respecto del sistema de derecho natural de Francisco Suárez, ha escrito muy certeramente el profesor Michel Bastit (*Naissance de la loi moderne*, París, PUF, 1990, cap. XI, p. 308), que, como Ockham, tanto en metafísica como en derecho, Suárez parte de la imposibilidad de la mediación de las cosas en el conocimiento humano. De ahí que le «resulte necesario recurrir a la voluntad que sustituye a la realidad»; y, por eso mismo, «realiza esta sustitución precisamente por una legislación sistemática, que finalmente es constitutiva de la realidad, o, por lo menos, es la única capaz de conseguir vincular átomos en bruto».

La ley eterna reside en la mente y en la voluntad de Dios, y es impuesta por él a sus súbditos, los hombres: «la voluntad divina –escribe Suárez (*De legibus*, 2, 4, 1)– es la razón principal de la ley divina tal cual está en Dios desde la eternidad»; «el efecto próximo y como intrínseco de la ley, es obligar a los súbditos». Es preceptiva para los hombres, pero no lo es para las criaturas inferiores, pues a ellas –dice– «es cosa clara que no impone obligación propiamente dicha, sino instinto, inclinación o ímpetu que de una manera natural determina algo, y este efecto no pertenece a la ley propiamente dicha...».

Esta restricción es una clara consecuencia de basar las leyes naturales en la voluntad imperativa y no en la «ordenación racional» de todas las cosas, como Santo Tomás entendía.

Por otra parte, estima que la ley eterna no es directamente cognoscible por los hombres, ni siquiera en parte y progresivamente por mediación de su reflejo en el orden de las cosas, donde Aristóteles, los romanos y Santo Tomás la buscaron. Sólo puede conocerse imperfectamente –dice Suárez (*ibid.* 2, 4, 9)– por mediación de otras leyes, a saber: de la ley natural, la ley divina revelada, o de algunas leyes humanas justas.

De ese modo, según el Doctor Eximio, el conocimiento del derecho natural resulta generalmente circunscrito a lo que dice la ley natural, escrita –explica (2, 7, 5)– no en tablas o en papel sino «en las mentes» y «no con las mismas palabras generales e indeterminadas con que nosotros nos explicamos de palabra o por escrito».

¿Cómo podemos, pues, leer lo así escrito? Suárez (2, 7, 5) distingue –como Santo Tomás– tres grupos de normas de la ley natural: los primeros principios, «de suyo evidentes», los principios «más determinados y particulares, pero evidentes

por sus propios términos»; y «las conclusiones que no se deducen de los primeros principios naturales por deducción evidente, y que no pueden deducirse sino por raciocinio» con facilidad mayor o menor. Parecería, pues, que lo escrito en nuestras mentes son sólo principios. Pero, más adelante (*ibid.* 2, 16, 6), indica que a la ley natural «no puede aplicársele la epiqueya propiamente dicha, puesto que la aplicación de precepto alguno de la ley natural puede excluirse por el hombre y ni siquiera por Dios»; y ocurre que si, «según el cambio de la materia», cambia «la obligación derivada de la ley»; pero, «no por ser de epiqueya», sino porque, en ese caso, el dictamen de la recta razón «no se refiere a lo universal en tanto falible, sino en cuanto rodeado de las circunstancias con las que nunca falla».

Así, el sistema de la ley natural de Francisco Suárez viene a ser un haz de infinitas leyes escritas en nuestra mente, como mandatos específicos para todos los casos, en relación a las más variadas circunstancias, que toda recta razón debe hallar en la mente mediante raciocinios más o menos profundos.

La ley natural es condición *sine qua non* de la ley positiva sólo si ésta falla de una manera contraria; es decir, «si ordena cosas injustas», y, entonces, «no es ley porque no tiene fuerza ni valor para obligar» (*ibid.* 1, 9, 4). Pero, para eso, «no basta que la razón de la ley falle negativamente sino que es necesario que falle de una manera contraria», pues en otro caso «queda alguna razón más universal [que se presume] por la cual conviene que aun entonces se observe la ley». Es decir, no es condición *per quas* para la intelección de la ley positiva, si ésta falla negativamente pero no de manera contraria. Esta distinción es muy importante en la interpretación; pues, en el segundo caso, no entra en juego la *ratio iuris* ni siquiera la *ratio legis* si no está expresada en la misma o en otra ley; y la equidad, sólo resulta aplicable si la ley en un caso concreto falla de una manera contraria o si, en él, resulta «demasiado gravosa y difícil» (*ibid.* 6, 7, 9).

B) Diego Vincencio Vidanía, en su inédito *Derecho natural innato en la mente de los hombres*, toma, como Hugo Grocio, por primer principio la ley de sociabilidad, «que nos concede la facultad de conservarnos pacíficamente con otros...».

De su método «de delineación del hábito cognoscitivo», dice (cap. I, pp. 10 y ss.) que «no será sintético (eso es procediendo de los principios a los efectos) ni analítico (esto es de los efectos a los principios)», sino que tratará de las tres partes de la jurisprudencia natural (piedad natural, justicia natural y bondad natural) empleando las más sólidas razones que encuentra. «Si faltan éstas *a priori*, pondremos en su lugar —dice— las probables o dialécticas que *a posteriori* nos ocurrieran».

Ante la pregunta de «cómo puede conocerse si alguna cosa pertenece o no es de este derecho natural» (cap. II, pp. 32 y ss.), responde que de dos modos:

«El primero se colige de la conveniencia, o disconveniencia, con la naturaleza racional y social. A este modo llama Hugo Grocio *a priori*»... «El segundo modo de prueba es el que denomina *a posteriori*, diciendo que así lo practican universalmente las gentes, especialmente aquellas que se celebran por las mejores costumbres, y no son tenidas por bárbaras...». Hasta aquí, su método es el mismo de Hugo Grocio.

El derecho natural lo divide (cap. III, pp. 53-68) en reglas o leyes, «comunes nociones fijadas en nuestra mente por Dios o, como vulgarmente decimos, por la naturaleza», que «en parte ilumina nuestra mente o entendimiento, dirigiéndola» –preceptos directivos– y «en parte, lo ejecuta, obligándonos con preceptivos o prohibitivos mandamientos» –preceptos coactivos–.

Los efectos del derecho natural son –dice (cap. V, pp. 141-173)–: «Uno iluminar nuestro entendimiento; y otro, obligar a las conciencias». En lo que se refiere a sus efectos jurídicos los circunscribe sólo a los supletorios o complementarios (derecho de retención, posibilidad de novación, irrepetibilidad de lo voluntariamente cumplido) que el derecho civil tiende a recoger y hacer suyos.

Su método se halla, pues, muy próximo al de Hugo Grocio, con algunas precisiones que recoge del hermano menor de éste, Guillermo Grocio, y de su comentador Jacobo Mullero.

III. TEORÍA REALISTA DEL DERECHO NATURAL

Las diferencias principales respecto de las teorías idealistas, que se observan en la teoría realista del derecho natural, atañen, de una parte, al método –que ésta basa en la mediación de las cosas y en el orden natural insito en ellas, o sea en la *natura rerum*–, y, de otra, a la relación entre el derecho natural y el derecho humano positivizado.

Las teorías idealistas, como hemos visto, desarrollan un derecho natural paralelo al derecho positivo, que sitúan en planos diferentes, aunque entiendan que el legislador humano debe inspirarse en aquél y darle forma, e incluso, según Suárez, puede originar efectos invalidantes. En cambio, las teorías realistas del derecho natural lo consideran entreligado al derecho humano positivizado; y, de ese modo religados, el derecho natural ayuda a interpretar las conclusiones formalizadas en el texto de la ley positiva, y es decisivo para la aplicación de la equidad.

Por esa misma razón, la teoría realista del derecho natural y la práctica de éste –aunque mentalmente distinguibles– resultan inseparables. Tanto es así que a los autores que exponen esa concepción realista del derecho natural, a los que nos referimos en este epígrafe, podríamos incluirlos también en el siguiente entre los

cultivadores de la *praxis* o arte práctico del derecho natural. Por eso, para situarlos atendemos, tan sólo, a si prestan más atención a su teoría o a su práctica.

a) En la primera mitad del siglo XIV, el rosellonés Guiu Terrè o Guido Terrena, que fue superior de los Carmelitas y obispo de Elna, conocido por Guido de Perpinyà o Doctor Brevilquo, llevó más allá que Santo Tomás el realismo de Aristóteles –de quien comentó su *Política*–. Consideró que reciben su rigor del derecho natural no sólo las conclusiones sino también las determinaciones efectuadas por el derecho positivo. Por eso, las conclusiones y determinaciones ulteriores de la razón práctica –dice– se resuelven, según aquél, como en su principio y causa: «Unde dicitur ius positivum, quis ponitur a recte iudicio rationis, prout congruit et utile reperitur ab intellectu practico hominis statuendis et ponendis illud ad ius aut legem». Por tanto, es función del legislador «captar y señalar aquello que, en cada circunstancia, la naturaleza postula para bien de la comunidad». Ha comentado Bertomeu F.M. Xiberta (*Guiu Terrena, carmelita de Perpinyà*, Barcelona, Estudis Universitaris Catalans, 1932, cap. V, § 5, pp. 218 y ss.) que son ilimitadas las consecuencias jurídicas de esta tesis de Terrè; yo, a las que él indica, me permito añadir las referentes a la interpretación jurídica conforme la naturaleza de la cosa.

b) Francisco de Vitoria –a pesar de las objeciones antes apuntadas y las que le opondrá Michel Villey (*Bible et philosophie greco-romaine de Saint Thomas au droit moderne*, IV, pp. 46 y ss.)– tiene una visión metodológica realista del derecho natural. Así, al comentar la cuestión 57, art. 1^a de la 2^a-2^{ae} del Aquinatense, y explicar el concepto genuino de *ius* como «quod iustum est», dice: «Si verdaderamente no es conocido el objeto tampoco la virtud puede conocerse, como el ciego no puede conocer la potencia visual porque no conoce el objeto. Mal, por lo tanto, juzga el ciego de los colores y el sordo del sonido, puesto que no conocen los colores, que son objeto de la vista, y el sonido, que es objeto del oído».

Esa misma visión realista la muestra en las consideraciones prácticas que hace de las cuestiones generales más vivas en su tiempo, como: el dominio, el poder político, la distinción entre poder político y eclesiástico, la ocupación de América y las relaciones de los españoles con los indios, y de la guerra y la paz en las relaciones internacionales entre todas las gentes, que trata en sus *Relectiones*.

c) El discípulo de Vitoria y dominico como él, Domingo de Soto, a pesar de su eclecticismo, que hemos comprobado en sus definiciones de *ius*, acentúa la perspectiva metódicamente realista del derecho natural. En efecto:

- De la *lex aeterna* –que considera básica–, dice que se nos da a conocer «solamente por sus efectos» (*De iustitia et iure* 1, 3,2, *Ad primum igitur*).
- Estima que la ley divina positiva sólo se refiere a nuestro fin sobrenatural (*ibid* 1, 3, 1).
- Que el hombre debe establecer la ley humana cuando lo juzgue necesario, no sólo «en conformidad con la ley natural», sino además, «según la condición de los tiempos, lugares y negocios», dando en ella un claro predominio de la razón sobre la voluntad del legislador (*ibid*).
- Sigue a Santo Tomás al decir (1, 3, 3, *Probatio conclusionem*) que una cosa puede ser *ius naturale* de dos modos: «secundum absolutam rerum considerationem» o «in ordinem ad certum finem et per certas circumstantias considerationem».
- Al hablar del juicio, advierte que lo justo natural (3, 4, 5, *Ratio prima conclusionem*) no recibe su fuerza de la ley, sino de la misma manera de ser de las cosas: «sed ex rebus ipsis totum suum habet robur».
- Dice (1. 5, 2) que «lo justo y lo recto de las cosas humanas ha de medirse por la regla de la razón, y la regla de la razón es [...] la naturaleza de las cosas, la cual, como pauta que es, debe ser tenida en cuenta en todos los actos».
- Que la ley positiva, si preceptúa algo que explícita o implícitamente esté dispuesto por ley divina o natural, o se deriva de ellas como conclusión o determinación, o se encamina a ellas: «*iustum in rebus constituit*» (1, 3, 1, vers. *Que propter lex ipsa*).

También trata Soto de numerosas cuestiones prácticas: el dominio, la moneda, la política de precios, y el mercado, la libertad y la servidumbre, la propia vida y la reputación, el poder doméstico, el poder político, las relaciones entre el poder temporal y el poder espiritual, el título imperial y el dominio sobre el orbe, el poder temporal del papa, la conquista de América. Todas las resuelve con visión de teólogo-moralista y actitud «abierta y un poco ecléctica», según Guillermo Fraile (*Historia de la Filosofía*, B.A.C., vol III, cap. XII, p. 417).

IV. LA PRAXIS REALISTA O ARTE PRÁCTICO O DEL DERECHO NATURAL

Este arte se caracteriza por la búsqueda, concreción y realización de lo justo, ya sea mediante la configuración negocial de una *res iusta* o la determinación de *quod iustum et aequum est* en caso de conflicto, efectuándose con la pauta mediadora de *rerum natura* y la *natura rei*, estimadas por el *sensum naturalis*, la *naturalis ratio*, y mediante la utilización instrumental de toda clase de

normas, consuetudinarias, legales y doctrinales. Es decir, conjuga el derecho positivo –*propium y commune*– con la pauta de la naturaleza de las cosas. Este método fue denominado *mos italicus*.

A) Empleo de la pauta del sentido natural y de la buena razón por los juristas catalanes y aragoneses.

Para los juristas y tribunales aragoneses y catalanes, el *sensum naturalis* –*sesos naturales* en Aragón, *seny natural* en Cataluña– sería la pauta para delimitar la validez de los pactos y para decidir, en juicio, a falta de costumbre, estatuto, ley, y, además, en Cataluña a falta también de norma de derecho romano o canónico adecuadas al caso.

a) En Aragón, para la primera función, la observancia 16, *De fide instrumentorum*, lo puso como límite del principio *standum est chartae*. Y el obispo Vidal de Canyelles, al explicar el fuero *De homagis* VII, 27, distinguió la promesa hecha sin razón y el paramiento o prometimiento «feito por cosa razonable et honesta», poniendo así por criterio directivo la buena razón, equivalente a la *naturalis ratio*.

b) De la segunda función tenemos testimonios tanto en Cataluña como en Aragón.

1º En Cataluña, el *usatge iudicia curiae*, a falta de usaje aplicable al caso enjuiciado, se remitía al arbitrio del príncipe. Pero, como otro *usatge*, el *Alium namque*, exigía al príncipe que tuviera justicia y juzgara por derecho, estimó Jaime de Montjuich (glosa al us. 87) que el príncipe debía juzgar por las leyes romanas en cuanto fueran «*aequae et iustae*». Opinión que siguieron Guillem de Vallseca y Jaime Callis. Este entendió que esa exigencia al príncipe era extensiva también al caso de que decidiera sin aplicar las leyes romanas.

2º Jaime el Conquistador, en el cap. III de una constitución dada en las cortes de Barcelona de 1251, sustituyó el arbitrio del príncipe por el *seny natural*.

3º Y en el capítulo aprobado por Martín el Humano, a propuesta de las Cortes de Barcelona de 1408, en su lugar se hizo remisión a *dret comú, aequitat y bona rahó*.

Notemos que, según los juristas catalanes, la equidad y la buena razón no sólo entraban en juego a falta de normas aplicables, sino que –como dijeron rotundamente Marquilles y Mieres– implicaban la invalidez o inaplicabilidad de las leyes, estatutos y costumbres que carecieran de ellas; y, según explicó Mieres, el derecho romano solo era aplicable como *dret comú* cuando se hallara dotado de equidad y buena razón.

En Aragón, a falta de norma adecuada, se recurría directamente a los *sesos naturales* y a la equidad, según opinión común de los juristas y práctica de la Audiencia de Aragón.

B) Tomás Mieres, si bien dedica su *Apparatus* a comentar las constituciones generales catalanas, al hacerlo siembra enseñanzas acerca de las fuentes del derecho, la equidad, la interpretación, materias de las que viene a ser sintetizador del *mos italicus*, pues recoge y subsume la doctrina metódica de glosadores, canonistas, específicamente de Santo Tomás y de los comentaristas.

Al explicar que *ius* (*App.* I, VI, I, *Sacr. Vicariorum* 5) «*nihil alium sit quod ipsa iustitia*», añade que, «cuando la forma (la justicia) determina la cosa (*forma dat esse rei*) se conserva ésta en aquélla»; y también —citando a Aristóteles y Ulpiano— dice que «*ius prout est ars descendit a iustitia*», siendo materia del derecho «separare bonum a malo, et licitum ab illicitum, et aequum et iustum cognoscere et scire ministrare; hic est finis, huius scientia prout est ars» (*ibid.* 8).

Según Mieres, *ius* y *ratio* se relacionan, no sólo porque ésta es acto de discernimiento y convicción de lo que es justo sino porque el derecho se extiende a cuanto alcanza su razón —*ius tantum extendit quantum ratio*—, por lo cual «*debemus iudicare secundum ius et rationem quod intellige*» (*App.* I, II, I, 34). Siendo la razón «*mentis motus in iis que dicuntur discernere vel convincere volens*» (*Ibid.* 35).

De la razón, dice que puede ser tomada *pro ratione legis, pro ratione naturalis, pro ratione iuris gentium, pro ratione positiva* o como *ratio sensus corporis* (*App.* II, VII, II, 48). Correlativamente, considera —como Santo Tomás— la justicia inseparable de la verdad: «*Sed iustitiam facit quando sequitur veritatem, quia non est iustitia ubi non est veritas*» (*Ibid.*, II, XI, IV, 17). Y no olvidemos que para uno y otro, conforme su realismo, la verdad es *adequatio rei et intellectus*.

Al definir cual es el modo de determinar la justicia natural y la civil, indica que la justicia civil debe también atender a la justicia natural: «*scilicet naturali quae ius suum quique tribuitur scriptum est in lege Dei: "Facite iudicium, et iustitiam"*» (*Ibid.*, II, XI, IV, 17). Así no estima válidas leyes ni costumbres si no son justas y razonables, pues de no serlo, no son leyes ni costumbres (*ibid.*, II, X, XXXV, 8).

Para inteligir las leyes debe atenderse —dice— a las cosas y a la razón; pues la ley «*non est imposita verbis sed rebus*» (*App.* II, VI, XXXVII, 38); y «*ratio idem est quod lex*» (*App.* II, VII, II, 31); «*mens et ratio est ipsa lex*» (*App.* II, IX, IX, 47 y XVIII, 3). Por lo cual, «*quando intellectus legis repugnat rationi*

naturali, repellendus est» y «ubi ratio vincit legem, possumus facere contra legem, rationi adherendo (App. II, VIII, 1, 25 y 26).

Donde mejor se aprecia el realismo metódico en la *praxis* iusnaturalista de Mieres es cuando recoge toda la doctrina del *ius commune* acerca de la equidad, y define: «Est aequitas quod naturalis ratio suadet»; «rectitudo naturalem sequens rationem» (App. II, VIII, I, 23); «Est convenientia rebus que cuncta coequiperat in paribus causis paria iura vel iudicia desiderat» (*ibid.*, 30). Sintetizando y explicitando a Trifonino (Dig. 16, 3, 31) advierte: «Aequitas debet attendi non pura naturalis, sed mixta ex traditionibus iuris positivi, et non restringenda ad solas personas inter quas agitur» (App. II, VIII, I, 23).

Las funciones de la equidad son —dice—: la de determinar la aplicabilidad de las normas, la supletoria (II, VIII, II, 21); la de orientar la analogía, atendiendo a la *rerum convenientia* (*ibid.*, 39); la de inculcar un trato igual (II, X, XXVII, 5); y la de interpretar, pues la equidad es «fundamentum interpretandi legis et iura, et pactis» (VI, VIII, II, 32).

C) En la práctica del derecho natural por los civilistas que en el siglo XVI trataron del derecho de Castilla, éstos como en Aragón, Navarra, Cataluña y Valencia, también, en su inmensa mayoría, combinan el derecho propio con el común, atendiendo a la justicia del caso, a tenor de lo naturalmente justo, o sea de conformidad al juicio de la naturaleza de las cosas por el sentido natural y la buena razón. Practican así el derecho natural y algunos lo explican. Como muestra, voy a limitar, aquí, mis referencias a algunos autores castellanos.

Es de advertir que la ley 1ª de Toro dispuso un orden de prelación de las leyes, en el que no citó las normas de derecho común, ni a la razón natural; y reservó al rey la facultad de interpretar las leyes reales, ordenando que, en caso de duda, el juez acudiera al rey para que las interpretara. Los juristas que comentaron esa ley, como Palacios Ruvios, la pusieron en relación con la *Inter aequitatem* y con el párrafo *Quam igitur* de la *Si imperialis maiestas* del Código de Justiniano (1, 14, 1 y 12, 1), y todos limitaron el indicado recurso al rey a los casos extremos, después de haberse tratado de resolver el caso enjuiciado, *de similibus ad similia*, por la razón natural, fuente de la equidad, y de haber utilizado el derecho romano en cuanto la contuviera. Lo he visto así en Palacios Ruvios, Diego Castillo, Gregorio López, Marcos Solón de Paz o Burgos de Paz, Antonio Gómez. Nótese que todos, y tal como, específicamente, lo explicaron Gregorio López y Antonio Gómez, también interpretaban la ley poniendo su *ratio legis* en relación con la *ratio iuris*. De este criterio discrepó expresamente Francisco Suárez, que no admitía invocación a razón alguna no expresada en la misma o en otra ley, si aquella no resultare contraria a la ley natural.

El jesuita Luis de Molina, además de ser teólogo, mostró en sus siete libros *De iustitia et iure*, ser un consumado jurista práctico, *mos italicus*. Muestra muy claramente su realismo metódico en su referida definición del derecho natural, y resulta patente cuando el conocimiento del derecho natural, posible para el hombre, lo contempla compendiosamente a través del doble camino de la ley natural –por la que «bona a malo discernimus [quae ex re et natura sua], ipse mentibus nostris impresevit [Deo], vel experientia ipsae constat»– y de lo impreso en la misma naturaleza de las cosas –«sit in mentibus nostris inditum, naturisque ipsis rerum impressum» (*Disp.* 3, 3); lo que explica mejor al decir: «quoque dedit igniculos ed cognoscendis ex natura aerumdem rerum veritates practicas, non solum principiorum, sed etiam conclusionum quae ex eis deductuntur inde oritur» (*Disp.* 4, 3).

Postula no sólo la integración e interrelación del derecho civil y el natural, sino que entiende, además, que el derecho civil no solo está constituido por lo establecido para el propio reino o ciudad sino también por el derecho natural y el de gentes: «ut ius civile hoc modo sumptum, ius naturale et ius gentium complectur» (*Disp.* 3, 6).

El pinciano –es decir, vallisoletano– Fernando Vázquez de Menchaca, también magno hispano, que como teólogo asistió al concilio de Trento, designado por Felipe II, también fue un gran civilista, demostrándolo en su monumental *De successionum creatione, progressu, effectuque et resolutione tractatus*, cada una de cuyas tres partes se halla dividida, a su vez, en tres libros. Muestra en él su dominio de la práctica y su método *mos italicus*, aunque también dominara la literatura clásica como cualquier seguidor del *mos gallicus*.

Su método queda reflejado en la *Controversia* 29, nº 22, al explicar que la ley positiva o los mandatos de los príncipes:

- O bien declaran lo dimanante de los derechos divino y natural.
- O bien disponen lo que por esos derechos, divino y natural, no estaba dispuesto ni implícita, ni explícitamente.
- O bien, interpretan lo que en tales derechos estaba ya implícitamente ordenado;
- O, en fin, a la vez que interpretan, contribuyen a su ejecución, añadiendo tal vez alguna pena, o de otros modos.

Y dice:

- En el primer caso, «dicha ley no tanto ha de considerarse una ley civil, cuanto una manifestación o repetición de una ley divina o natural»; «porque quien sólo declara una cosa, nada de nuevo produce, sino que únicamente repite y manifiesta lo que ya antes existía».

- En el segundo caso, «cuando ni implícita ni explícitamente dicho precepto estaba dispuesto por la ley divina o natural, apenas es posible que pueda ser una ley justa y, por tanto, no tendrá fuerza efectiva de ley» –invocando en esto a Soto, según quien todas las leyes humanas deben ser conclusiones o bien determinaciones de la naturaleza–, pero afirma que, sin embargo, «esa ley no deja de tener fuerza de tal, si bien, mientras no aparezca que reporte alguna utilidad debe diferirse su ejecución»; y «mientras la pública utilidad de esa ley no apareciere, debe dejársela aquietada, cesando sus efectos y ejecución»; aunque «no extinta en ese interín, viéndola viva pero adormecida»; ya que si, después, «cambiados los tiempos resultare útil a la república, surgiendo como de un sueño, los súbditos se hallarían sujetos al mismo derecho, no íntegro ni en todo, sino en lo que como nueva ley necesario sería».
- En el tercer caso tendría su fuerza no tanto en virtud suya, como ley positiva, cuanto por la ley divina o natural interpretada, que por lo tanto servirá para inteligirla.

V. SÍNTESIS CONCLUSIVA

Esbozado un análisis del pensamiento y la praxis del iusnaturalismo hispánico, procede su síntesis.

Es común a todos los autores que hemos sobrevolado la consideración de que el derecho natural es trascendente al derecho positivo, y que el hombre puede aproximarse a conocerlo con su razón.

Las divergencias vienen después. Aunque Francisco Suárez y Diego Vidanía hablan indistintamente de que el hombre tiene escrito el derecho natural en el alma, en la mente o en el corazón, no es lo mismo:

- Tenerlo escrito en el alma evoca el pensamiento de Platón de que nuestras almas traen las ideas de la caverna en la que se hallaban antes de encarnarse.
- Tenerlo escrito en la mente –sea en forma de leyes, de principios o de ideas– significa una perspectiva idealista, en la que actúa la intuición eidética como reacción intelectual y razonadora ante la visión de las cosas que tratan de ser acomodadas a las ideas intuitas.
- Tenerlo en el corazón –representativo del hombre entero– es conocerlo por la acción conjunta de los sentidos externos, que captan los fenómenos, de los internos, que conforman su imagen, la relacionan con las conservadas en el depósito de la memoria y las estiman, y con nuestra inteligencia y nuestra razón que enjuician y ponderan las ideas aprehendidas por sindéresis y por los diferentes grados de abstracción.

Mientras las dos primeras imágenes evocan una perspectiva metódica idealista, en cambio la tercera expresa una perspectiva realista. Diferencia claramente mostrada por Santo Tomás, en su *Suma teológica*, 1^a, 79, 4, vers. *Et ideo Aristóteles*. Según Platón nuestro entendimiento viene a ser como un sol de «formas separadas», y Aristóteles compara nuestro entendimiento agente a la luz «que es algo que recibimos por el aire». La cuestión es si nuestra mente va de la luz de las ideas a las cosas, o bien de las cosas, iluminadas con nuestra luz intelectual, a las ideas, en un enriquecedor interactivo ir y venir.

A esa segunda perspectiva responden las observaciones de Alfeno, en el párrafo *In cliuo* del fragmento *Si ex plagis* del título *Ad legem Aquilia* del *Digesto* 9, 2, 52, 2, y el comentario del mismo que hace Baldo: «Nota quod ius ex facto oritur, et quod ius est implicitum factu». Lo que no significa que los hechos impongan el derecho, sino que el jurista, con su *sensum naturalis* y su *naturalis ratio*, capta y conforma el orden justo de las cosas humanas, tal cómo, con el sentido de lo bello, el músico capta y obtiene la armonía de los sonidos, y el pintor la de los colores.

Esa labor no la realiza –ni puede realizarla– hombre alguno por sí sólo, *ex novo*, sino que es efectuada en colaboración y recibiendo la tradición de las generaciones anteriores. Así, operamos entre principios, reglas, leyes y conceptos –que personalmente no hemos elaborado aunque tratemos de mejorarlos– y hechos que se nos presentan en la vida. Y aquí surge el contraste entre lo general o abstracto y lo particular y concreto, entre los cuales no cabe una relación lógica formal, silogística, sino prudencial. Aristóteles (*Ética*, 5, 10, 1138 a) lo observó así en las leyes, que hablan en universal pero atienden sólo a lo que ordinariamente sucede, por lo cual es preciso acudir a la *epikeia*. Paulo (*Dig.* 50, 17, 1) advertiría «non ex regula ius summantur, sed ex iure quod est regula fiat». Y Callistrato (*Dig.* h.t. 202) advertiría «omnis definitio in iure civile periculosa est».

Esta dialéctica, entre lo general abstracto y lo singular concreto, visto a la luz de la justicia del caso, se refleja en la aplicación de las leyes humanas. Además, en ellas, se produce otra contraposición dialéctica entre la voluntad del legislador y la razón de la ley y la del derecho, que es la justicia. Esta contraposición no la resuelven de igual modo todos los iusnaturalistas hispanos. Francisco Suárez se enfrenta a todos los civilistas de su siglo, al dar prevalencia a la *voluntas legislatoris* sobre la razón de la ley no expresada en ella ni en otra ley, e incluso aunque la ley falle negativamente respecto la *ratio iuris* si no falla de manera contraria a la ley natural. Todos los iusnaturalistas prácticos, desde Tomás Mieres, Gregorio López, Antonio Gómez y Burgos de Paz –a estos tres últimos, en disconformidad, los cita Suárez– hasta Saavedra Fajardo, dan prevalencia a la razón en la interpretación de la ley.

Este último, ya en el siglo XVII, en su *Idea de un príncipe cristiano*, empresa 21, explicó que la ley no puede comprender todas las cosas que se presentan a los jueces en las cuales deben realizar el «juicio de justicia», con «decisiones hijas de la razón y de la prudencia». Por lo cual, no vaciló en decir que las leyes «no pueden darse a entender por sí mismas y son cuerpos que reciben el alma y el entendimiento de los jueces, por cuya boca hablan y por cuya pluma se declaran y aplican a los casos».

No cabe aplicación mecánica, sino concreción. Las leyes humanas no son el derecho, ni su causa única, sino *aliqualis ratio iuris*, cierta razón —entre otras— del derecho.