

PANORAMA DEL DERECHO NATURAL EN ESPAÑA

Estanislao Cantero Núñez

Fundación Speiro

I. INTRODUCCIÓN

He de decir, en primer lugar, que no soy profesor y con ello he de añadir el gran honor que los organizadores me han hecho al encomendarme una ponencia en estas jornadas ante un plantel tan escogido de maestros de todo el mundo. Invitación que no tiene más fundamento que la benevolencia de los organizadores. Para ello no encuentro otra explicación que un reconocimiento en mi humilde persona a la labor desarrollada por la editorial Speiro y la revista *Verbo* —de la que puede decirse que ha sostenido sin claudicaciones la bandera del iusnaturalismo hispano a lo largo de casi cuarenta años—, a la que desde hace una treintena de años vengo dedicando, a la vera de Juan Vallet y de otros amigos como Miguel Ayuso y Luis María Sandoval, buena parte de mi vida. Junto a ello, he de añadir, también, que soy consciente de la grave responsabilidad contraída al aceptar el encargo, que deseo que no resulte una osadía. Espero de la condescendencia de todos ustedes que no sean demasiado rigurosos conmigo por el atrevimiento de abordar una materia que no es la propia de mi profesión. Aunque la visión desde fuera quizá pueda aportar, no ya puntos de vista diferentes, sino cuestiones distintas a las que se suscitarían desde una indagación desde el interior.

II. EL DERECHO NATURAL CATÓLICO

Se celebran estas jornadas como continuación de las primeras, cuyas actas se publicaron hace ahora veinticinco años.

Lo primero que quiero indicar, en relación a la conferencia que allí hizo Elías de Tejada, es que entiendo por derecho natural hispánico el derecho natural católico, denominación utilizada por el egregio extremeño en aquella conferencia hasta en dieciseis ocasiones¹. Porque entiendo que el derecho natural católico es el que mejor expresa lo que es el derecho natural auténtico.

Lo segundo que quiero señalar es que la exposición pretenderá centrarse, fundamentalmente, en los veinticinco años transcurridos desde que el año 1972 se celebraron aquellas primeras jornadas, aunque considero necesario, hacer algunas consideraciones previas. En aquellas jornadas, el profesor Pérez-Luño² realizó una exposición del derecho natural en España en los setenta primeros años de este siglo, la cual me servirá de punto de arranque respecto a estos últimos veinticinco años.

A pesar de que considero que esa ha sido la intención de los organizadores al encomendarme este tema —el tratar de los últimos veinticinco años—, no obstante, me parece que es preciso —pues servirá de contraste a estos últimos cinco lustros— trazar un panorama sintético de esa realidad del iusnaturalismo español hasta la llamada transición española y la Constitución de 1978, que casi coincide en el tiempo —cinco años más tarde— con donde dejó su exposición el profesor Pérez Luño. Este planteamiento exige, a mi juicio, preguntarse si cabe hablar de una tradición jurídica secular iusnaturalista, aunque anticipo desde este momento mi respuesta afirmativa. Tras ello, me fijaré en algunas cuestiones que considero más trascendentales en relación al iusnaturalismo de estos últimos veinticinco años.

En tercer lugar, quiero indicar por adelantado, que pido excusas a cuantos, con méritos más que suficientes para ello, no aparezcan citados en esta exposición, pero resulta imposible que aparezcan todos, debido a una doble dificultad: la primera tiene su causa en mis propias limitaciones sobre el conocimiento de este periodo, unido a la dificultad real que supone el estudio a fondo de centenares de profesores, debido a la masificación universitaria, con prolifera-

¹ FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, «La cuestión de la vigencia del derecho natural», en *El derecho natural hispánico*, Escelicer, Madrid, 1973, (pp. 17-42), pp. 18, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 33, 35, 40, 41 y 42.

² ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, «El derecho natural en la España del siglo XX», en *El derecho natural hispánico*, cit., pp. 123-183.

³ JUAN VALLET DE GOYTISOLO, «El derecho natural como arte jurídico», en *El derecho natural hispánico*, cit., (pp. 465-492), pp.467-469.

ción en decenas de las Facultades de Derecho; la segunda consiste en los veinticinco minutos concedidos para desarrollar la ponencia, si bien esta última dificultad, confiando en la amabilidad de los organizadores, se verá parcialmente corregida cuando se publiquen las actas de estas jornadas. También he de excusarme si los mencionados no se reconocen en mi explicación, aunque ello no me preocupa demasiado, si, en cambio, les reconocen los otros.

El derecho natural hispánico, el derecho natural católico, es uno entre los diversos iusnaturalismos, pero, al igual que Elías de Tejada y como, en aquellas mismas jornadas destacó Juan Vallet, es el que, con más propiedad, puede considerarse el más genuino y auténtico derecho natural³, heredero del derecho natural clásico, perfeccionado y depurado por la doctrina cristiana, que sin destruir la naturaleza y asentándose en ella, supo ver en la ley de la gracia la confirmación de lo que la naturaleza mostraba, elevando la naturaleza humana hasta la filiación divina; y con el auxilio de las luces sobrenaturales hizo posible salir del error en que la filosofía pagana se hallaba inmersa respecto a cuestión tan trascendental como la de la persona humana. No se trata, en absoluto, de un derecho revelado, sino natural, y por tanto descubierto por la razón y no por la fe. Por ello común a todos los hombres y a todos los pueblos. Pero ello no es obstáculo para que podamos calificarlo de católico, puesto que fue en los autores católicos donde encontró su mayor y mejor explicación, plasmación y operatividad.

Así, aunque las definiciones muchas veces no captan toda la riqueza de lo que con ellas se quiere expresar, sin embargo creo que fue bastante lograda la que dio el organizador de aquellas jornadas. Así, el derecho natural al que nos estamos refiriendo consiste, como expresó Elías de Tejada en «el mismo derecho natural de los clásicos juristas hispánicos, concebido a tenor de la idea católica del hombre, un derecho natural 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 unos límites propuestos por la razón que capta el orden universal por Dios querido»⁴. Definición en la que se puede percibir tanto *los primeros principios* –captados por la razón en el orden universal y que limitan la libertad del hombre–, como *lo justo concreto* –en la armonía de lo ordenado por Dios y lo realizado por el hombre razonablemente conforme a su naturaleza–, e incluso, *lo histórico* –si esa armonía no se separa de una correcta concepción antropológica, como era la de Elías de Tejada–, y, aunque no esté dicho con estas palabras, hasta *un método* para el hallazgo del derecho, incluido

⁴ F. ELÍAS DE TEJADA, «La cuestión de la vigencia del derecho natural», cit., pp. 18-19.

el natural, constituido por la actividad humana concorde con lo descrito en la definición.

En España la tradición jurídica no sólo más valiosa, sino al mismo tiempo más extensa, casi única, se vincula a esa concepción del derecho natural. En aquellas primeras jornadas el profesor Pérez Luño indicaba que, salvo escasas y poco consistentes apariciones —que ligaba sobre todo a la impugnación de la herencia del krausismo, ejemplificándolo en Dorado Montero y Quintiliano Saldaña⁵—, el positivismo era extraño a nuestras concepciones jurídicas. Y ello era así, tanto en el pensamiento jurídico —cuestión en la que la doctrina se muestra acorde, como han indicado, entre otros, Luño Peña, Legaz⁶, Castán, Elías⁷, el citado Pérez Luño, o, más recientemente García Manrique⁸—, como en la elaboración legislativa hasta nuestra Constitución actual, con la que se produce lo que he llamado la quiebra de la tradición jurídica española⁹.

No hace mucho, en un estudio centrado en la confesionalidad del Estado y la unidad católica, el profesor Palomar lo ponía de manifiesto: «Desde el plano político y social, y principalmente de unidad moral, la legislación española tiene su inicio con el cimiento e inspiración católicos. De modo que no puede escindir-se en forma alguna la consideración de lo hispano de aquello por lo que cobra existencia, de lo que lo mantiene en su ser y de lo que determina sus fines y concreta misión histórica: la fe católica»¹⁰. Desde el Fuero Juzgo, las Partidas, el Fuero Real, las Constituciones de Cataluña, los Fueros de Aragón, el Fuero General de Navarra, los Fueros de Valencia, La Nueva Recopilación, el Fuero General de Guipúzcoa, las Leyes de Indias o la Novísima Recopilación, lo reconocieron «como cimiento y fundamento de la vida política española» y «la revolución liberal hubo de tenerlo en cuenta en sus expresiones constitucionales»¹¹, y así se observa en las diversas Constituciones del XIX (1812, 1837,

⁵ A. E. PÉREZ LUÑO, «El derecho natural en la España del siglo XX», cit., pp. 128-133.

⁶ LUIS LEGAZ LACAMBRA, «Situación presente de la filosofía jurídica en España» (1945), en *Horizontes del pensamiento jurídico (Estudios de Filosofía del Derecho)*, Bosch, Barcelona, 1947.

⁷ F. LIAS DE TEJADA, *La filosofía jurídica en la España actual*, Reus, Madrid, 1949, p. 28.

⁸ RICARDO GARCÍA MANRIQUE, *La filosofía de los derechos humanos durante el franquismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, *passim* y las conclusiones.

⁹ Cfr. E. CANTERO, «La quiebra de la tradición jurídica española», en AA. VV., *El Estado de Derecho en la España de hoy*, Editorial Actas, Madrid, 1996, pp. 387-454.

¹⁰ EVARISTO PALOMAR MALDONADO, «La confesionalidad del Estado y la unidad católica en las leyes fundamentales de España», *Verbo*, núm. 279-280, noviembre diciembre 1989, (pp. 1251-1312), p. 1251.

¹¹ E. PALOMAR MALDONADO, «La confesionalidad...», p. 1252.

1845, 1869, 1876). Hasta nuestros días, solamente la Constitución de la Segunda República marca una ruptura total con nuestra tradición legislativa.

Desde el final de la guerra civil, de la Cruzada de liberación¹² –cuestión hoy olvidada tras haber sido vilipendiada, ignorando de ese modo, entre otras cuestiones, que nos libró de un sistema de socialismo real al que se veía abocada aquella república, y del que a pesar de haberse desplomado en Europa y ser ya imposible callar sus innumerables crímenes¹³, parece que no ha servido para reivindicar aquella–, la primera conclusión que se puede obtener en relación a la filosofía del derecho, es que ésta es, sobre todo, derecho natural. Y es derecho natural católico. ¿Qué entendemos por derecho natural católico? Aquél que tiene en cuenta en la naturaleza de las cosas al Creador y al hombre como criatura suya, que debe obrar como causa segunda en el orden natural de la creación del que forma parte, lo que no significa fundar el derecho natural en la revelación, ni considerar que su especulación es teológica en lugar de filosófica, pero si tener en cuenta esa realidad superior constituida por el orden sobrenatural¹⁴.

¹² MIGUEL AYUSO TORRES (Coordinador), *La Cruzada que rehizo una patria, Iglesia-Mundo*, Época III, núm. 323-324, julio 1986 (monográfico en el 50 aniversario de la guerra civil), con artículos de M. AYUSO, JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA, ANDRÉS GAMBRA, E. CANTERO, FRANCISCO JOSÉ FERNÁNDEZ DE LA CIGONA, JOSÉ MANUEL MARTIN CARMONA, JULIÁN GIL DE SAGREDO, MANUEL DE TUYA, O.P., JOSÉ ANTONIO GARCÍA-NOBLEJAS, BLAS PIÑAR, MANUEL DE SANTA CRUZ, JAVIER NAGORE, MARIALUISA RODRÍGUEZ AISA, NICOLÁS LOPEZ MARTINEZ, JOSÉ MARIA ALSINA, VICTORINO RODRÍGUEZ, O.P., FRANCISCO CANALS, GONZALO FERNÁNDEZ DE LA MORA, VICENTE MARRERO, ENRIQUE DÍAZ ARAUJO, MARCO INVERNIZZI, RAFAEL GAMBRA, LUIS MARÍA SANDOVAL, EULOGIO RAMIREZ y ALVARO D'ORS.

¹³ Cfr. LUIS MARÍA SANDOVAL, *Cuando se rasga el telón. Ascenso y caída del socialismo real*, Speiro, Madrid, 1992; FRANÇOIS FURET, *Le passé d'une illusion. Essai sur l'idée communiste au XX siècle*, Robert Laffont/Calman-Lévy, París, 1995; desde una perspectiva del pensamiento de izquierdas, la colectiva de STÉPHANE COURTOIS, *Le livre noir du communisme*, Laffont, París, 1997; y desde una perspectiva democrática, MIGUEL PLATON, *El fracaso de la utopía. Por qué cayó el comunismo*, Espasa Calpe, Madrid, 1997; y la reciente biografía de Lenin de HELÈNE CARRÈRE D'ENCAUSE.

¹⁴ No empece a la *naturalidad* del derecho natural y a su conocimiento *natural* por la *razón*, el hecho de que sea más fácil conocerlo para los católicos. La doctrina católica explica que *absolutamente* la inteligencia es capaz de conocer las verdades naturales, aunque añade que la gracia de Dios, tanto en su expresión externa –la divina Revelación– como en su expresión interna –la fe teologal– es *relativamente necesaria o conveniente* para el conocimiento de la verdad, como es, también, *relativamente necesaria o conveniente* para obrar el bien, para la honestidad natural (cfr. V. RODRÍGUEZ, O. P., «La dignificación del hombre por la gracia», *Estudios de antropología teológica*, Speiro, Madrid, 1991, pp. 341-342 y 348-349).

La descosificación del hombre y el concepto de persona humana fue obra de la doctrina cristiana, que los paganos, a pesar de ser de razón natural, no alcanzaron a ver plenamente. Así, al hablar de derecho natural católico y entenderlo así, nada hay de fideísmo, pero tampoco de pelagianismo ni de semipelagianismo, que es uno de los males más difundidos de nuestra época.

Y aunque en mi opinión ese derecho natural se expresa en forma más plena mediante el realismo, también lo constituyen a aquellas otras fórmulas que toman como principal analogado del derecho el de ley, e incluso, también los que, con un marcado sentido objetivista, sin embargo, lo conciben como un ideal al que el derecho positivo debe tender. Por ello, entiendo que, si bien de forma más o menos perfecta, todos ellos tienen cabida en el derecho natural hispánico, en el derecho natural católico.

III. PANORAMA HASTA LA TRANSICIÓN Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Durante el presente siglo, hasta mediados de los años sesenta, se produce un predominio, casi absoluto, del iusnaturalismo, ligado a una concepción católica de la vida, a una cosmovisión católica, y ello tanto entre los profesores de la disciplina como entre los de otras materias como civilistas o internacionalistas, y, aunque en menor medida, también entre los administrativistas y los profesores de derecho político. Y ello se percibe incluso en aquellos autores en los que se entremezcla con otras corrientes a veces antagónicas, como es, por ejemplo, claramente perceptible en quienes sufrieron las influencias orteguianas, como es el caso de Lisarrague, profundamente orteguiano, pero que, al margen de su dificultad real para hacerlo posible, quiere compaginar su formación orteguiana con el catolicismo.

Así, y aunque existan diferentes enfoques de ese iusnaturalismo, en su mayor medida fue de corte neotomista, identificando el derecho natural con la ley natural, de forma que cabe hablar de predominio de un iusnaturalismo normativista objetivista que llega hasta nuestros días en aquellos autores que aún permanecen en plena actividad intelectual y no han cambiado sus concepciones jurídicas¹⁵.

Así, entre los que ya se fueron y los que aún permanecen, a pesar de divergencias concretas en otros aspectos, son muestra, Puigdollers¹⁶, Sancho¹⁷, Gonzá-

¹⁵ Para no recargar, todavía más, el texto con notas, salvo que sea necesario; solamente citaré, en general, la primera vez que cada autor aparezca mencionado, aun cuando no siempre se haga así.

¹⁶ Cfr. JOSÉ DE CUADRA Y ECHAIDE, *Apuntes de Filosofía del Derecho, Curso 1945-1946*, Epsa, Madrid, 1946. La definición del derecho que acoge, una de Rosmini centrada en el derecho subjetivo, sin embargo, hace depender éste de la norma, la cual es el eje central del derecho (pp. 153-154).

¹⁷ MIGUEL SANCHO IZQUIERDO, *Tratado elemental de Filosofía del Derecho y principios de Derecho natural*, Librería General, Zaragoza, 1943, pp. 14-15, 42, 57, 195, 202-203, 231.

Sus *Lecciones de Derecho natural. Como una introducción al estudio del Derecho* (Universidad de Navarra, Pamplona, 1966), sigue la misma estructura que su *Tratado elemental*, y, prácticamente, es reproducción de ésta.

El *Compendio de Derecho Natural*, escrito en colaboración con JAVIER HERVADA, ofrece importantes modificaciones, pero éstas deben ser atribuidas, sobre todo a éste autor.

lez Oliveros¹⁸, Ruiz-Giménez¹⁹, Asís Garrote²⁰, Fernández Galiano²¹, Puy²², Delgado Pinto²³, el primer López Calera²⁴, Sánchez de la Torre²⁵, Brufau²⁶, Lorca Navarrete²⁷, Maciá Manso²⁸, Serrano Villafañe²⁹, Lamsdorff³⁰ o Pérez Luño³¹.

¹⁸ WENCESLAO GONZALEZ OLIVEROS, *Humanismo frente a comunismo*, Imprenta Luis Calderón, Valladolid, 1937.

A pesar de la escasa obra escrita de este autor, al igual que en el caso de Puigdollers, que tampoco escribió demasiado, creo que deben ser incluidos como exponentes de un iusnaturalismo normativista objetivista.

¹⁹ JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ, *Introducción a la filosofía jurídica*, 2ª ed. revisada, EPESA, Madrid, 1960, pp. 104-107, 111-114, 194.

²⁰ AGUSTÍN DE ASÍS GARROTE, *Manual de Derecho natural*, vol. I, Imprenta Urania, Granada, 1963, pp. 130-132, 167, 199, 481.

²¹ ANTONIO FERNÁNDEZ-GALIANO, *Curso de derecho natural*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1962, pp. 18-19, 24, 27, 41-46.

²² FRANCISCO PUY MUÑOZ, *Lecciones de Derecho natural*, tomo I, *Introducción a la ciencia del derecho natural*, 2ª ed., Porto, Santiago de Compostela; 3ª ed., Dirosa, Barcelona, 1974, pp. 338, 223, 261, 373, 536.

²³ JOSÉ DELGADO PINTO, «Derecho. Historia. Derecho natural. Reflexiones acerca del problema de la oposición entre la existencia del Derecho Natural y la historicidad de los órdenes jurídicos», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 4, fasc. 2, 1964 (pp. 75-174), pp. 76, 97-98, 105, 106, 123-126 y 83-84 y *passim*.

²⁴ NICOLÁS MARÍA LÓPEZ CALERA, *Derecho, coacción y coercibilidad*, Escuela Social de Granada, Granada, 1965, pp. 7, 24; Joaquín Costa, *Filósofo del Derecho*, CSIC, Zaragoza, 1965, pp. 77 y 144. No tan claramente, pues resulta algo contradictorio, en *La estructura lógico-real de la norma jurídica*, Editora Nacional, Madrid, 1969, pp. 6, 57-62.

²⁵ ÁNGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Principios de Filosofía del Derecho*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1972, pp. 61, 80, 147, 148, 154, 263, 278, 280-285.

²⁶ JAIME BRUFAU PRATS, «Normatividad jurídica y cambio social», *Revista de estudios políticos*, núm. 158 (1968), pp. 101-126; «Algunas consideraciones acerca de la Filosofía del Derecho y sus planteamientos actuales», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15 (1975), pp. 11-22, ambos recogidos en *Hombre, vida social y derecho*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 1987, pp. 57, 45; «Hombre-Naturaleza-Libertad. En torno al tema "Libertad y Derecho"», en VV. AA., *Poder y libertad*, Speiro, Madrid, 1970, p. 25.

²⁷ JOSÉ F. LORCA NAVARRETE, «Derecho y fuerza», en VV. AA., *El derecho natural hispánico*, Escelicer, Madrid, 1973 (pp. 377-402), p. 390.

²⁸ RAMÓN MACIÁ MANSO, *Investigaciones filosófico-jurídicas (I) El fenómeno jurídico*, Publicaciones del Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1973, pp. 212-215 (2ª ed., 1978, pp. 343-344).

²⁹ EMILIO SERRANO VILLAFANE, «Aportación del Derecho Natural al Derecho positivo», *Anuario de Filosofía del Derecho* (Homenaje al catedrático D. Mariano Puigdollers Oliver), tomo XII, 1966 (pp. 297-327), pp. 303, 315-316, 325-326.

³⁰ VLADIMIRO LAMSDORFF GALAGANE, «Los dos aspectos del derecho natural: ontología jurídica y criteriología jurídica», en VV. AA., *El derecho natural hispánico*, Escelicer, Madrid, 1973 (pp. 45-71), pp. 49, 63 y 64.

³¹ A. E. PÉREZ LUÑO, «El iusnaturalismo ante los años 70», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 15, 1970, pp. 295-325.

Entre los civilistas, Castán³², Federico de Castro³³ —ambos próximos a un realismo jurídico en la determinación concreta del derecho, el primero por la vía de la equidad y el segundo, más acentuadamente, por la de los principios generales del derecho— o, algo después, de los Mozos³⁴; internacionalistas como Truyol³⁵, Miaja de la Muela³⁶, García Arias³⁷ o Herrero y Rubio³⁸; administrativistas como García Oviedo³⁹.

En menor medida, y al margen, también, de sus diferencias, cabe observar un iusnaturalismo normativo idealista, representado por Luño⁴⁰, Corts⁴¹, Galán⁴² o, incluso, Lisarrague⁴³ y entre los civilistas por Espín⁴⁴ o Marín Pérez⁴⁵.

³² JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, 9ª ed., Reus, Madrid, 1955, tomo I, vol. I, pp. 41-42, 52-54.

³³ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Valladolid, 1942, tomo I, pp. 19-29.

³⁴ JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *Metodología y Ciencia en el Derecho privado moderno*, Edersa, Madrid, 1977 y *Derecho civil español*, I Parte general, vol. I, Imprenta Kadmos, Salamanca, 1977.

³⁵ ANTONIO TRUYOL Y SERRA, «Fundamentos de derecho natural», *Nueva Enciclopedia Jurídica* (1949), cito por separata, Seix, Barcelona, 1949, *passim*; *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 1970, p. 9, 102.

³⁶ ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al Derecho Internacional Público* (1ª ed., 1953), 3ª ed., Atlas, Madrid, 1960, pp. 14, 29, 30, 72-76.

³⁷ LUIS GARCÍA ARIAS, «Las concepciones iusnaturalistas sobre la fundamentación del Derecho Internacional» (1960), en *Estudios de Historia y doctrina del Derecho Internacional*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, pp. 70, 71, 74-75.

³⁸ ALEJANDRO HERRERO Y RUBIO, *Curso de Derecho Internacional Público*, Gráficas, Andrés Martín, Valladolid, 1960, I, pp. 37, 40, 41.

³⁹ CARLOS GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, 8ª ed. (por Enrique MARTINEZ USEROS), EISA, 1962, p. 16.

⁴⁰ ENRIQUE LUÑO PEÑA, *Derecho natural*, La Hormiga de Oro, Barcelona, 1947, p. 11, 263-264, 42 y 45.

⁴¹ JOSÉ CORTS GRAU, *Principios de Derecho natural*, Editora Nacional, Madrid, 1944 y *Curso de Derecho natural*, Editora Nacional, 4ª ed., Madrid, 1970.

⁴² EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ, *Teoría del Derecho y del Estado*, Miñón, Valladolid, s.f., pero de 1951, cap. 2, p. 224, 229; *Ius naturae* (1954), Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1961, vol. I, p. 313, 355; vol. II, pp. 572,

⁴³ SALVADOR LISARRAGUE, *Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1948, pp. 5, 26, 52, 68, 127.

⁴⁴ DIEGO ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, Editorial Revista de Derecho Privado, vol. I Parte general, Madrid, 1951, pp. 3-5, 54-56.

⁴⁵ PASCUAL MARÍN PÉREZ, *Manual de Introducción a la Ciencia del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 36, 25, 26, 12, 34.

Incluso se advierte, también, lo que podríamos llamar un normativismo ideal valorativo representado por Rodríguez Paniagua⁴⁶. Finalmente, la postura del realismo clásico, representado por dos únicos autores, Elías de Tejada, que evolucionó desde un iusnaturalismo normativista objetivista⁴⁷, y Juan Vallet de Goytisolo⁴⁸.

Intermedio entre el iusnaturalismo y el positivismo, pues a éste lo rechazan, pero sus planteamientos no encajan en un auténtico iusnaturalismo, serían los casos del controvertido Legaz —ejemplo, a mi juicio, de idealismo formalista⁴⁹— y, entre los civilistas, de Hernández Gil, que derivó de un iusnaturalismo francamente perceptible en su primera edición de su *Metodología*, a un normativismo ideal valorativo que no quiere ser positivista pero que se despega del iusnaturalismo, como se aprecia desde la segunda edición de 1971 de esa obra, y deriva, desde 1973, a una «teoría de la justicia» influenciada por «los valores»⁵⁰.

Así mismo, cabe mencionar a aquellos autores que, si bien con un planteamiento teórico iusnaturalista, resultan muy próximos a un positivismo práctico, como es el caso de los civilistas Bonet⁵¹, Albaladejo⁵² o Puig Peña⁵³ — consecuencia de excluir al derecho natural del sistema de fuentes del derecho positi-

⁴⁶ JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Hacia una concepción amplia del Derecho natural*, Tecnos, Madrid, 1970; *La ética de los valores como ética jurídica*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1972; *Derecho y ética*, Tecnos, Madrid, 1977.

⁴⁷ Cfr. ESTANISLAO CANTERO NÚÑEZ, «Sobre una interpretación del derecho de Elías de Tejada», *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, II/1996, pp. 145-157.

⁴⁸ Cfr. E. CANTERO NÚÑEZ, «La filosofía jurídica y política de Juan Vallet de Goytisolo», en VV.AA., *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, vol. II, pp. 233-278.

⁴⁹ LUIS LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, Bosch, Barcelona, 1953. El apoyo documental de esta afirmación excede los límites de este estudio. Al corregir pruebas ya ha aparecido, cfr. E. CANTERO NÚÑEZ, *El concepto del derecho en la doctrina española (1939-1998). La originalidad de Juan Vallet de Goytisolo*, Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 2000, pp. 174-191 respecto a Legaz y pp. 296-309 respecto a Hernández Gil.

⁵⁰ El apoyo documental para este aserto excede, también los límites de este trabajo. Me remito, al igual que para Legaz, a una investigación en curso de publicación que abarca este periodo.

⁵¹ FRANCISCO BONET RAMON, *Compendio de Derecho civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, tomo I, pp. 8, 98; «Derecho natural y derecho positivo», *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1954 (pp. 1095-1110).

⁵² MANUEL ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, i, *Introducción y parte general*, vol. I, *Introducción y derecho de la persona*, 9ª ed., Bosch, Barcelona, 1983, pp. 19-21, 24, 113-114.

⁵³ FEDERICO PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, tomo I, *La norma jurídica*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, pp. 12, 25, 243, 267, 325, 343.

vo español— y, por diversas razones, los iuspublicistas, Ruiz del Castillo⁵⁴, Sánchez Agesta⁵⁵, Conde⁵⁶ o Zafra⁵⁷.

Con todo, el positivismo, propiamente, aparece con claridad entre los profesores de la disciplina en un estudio de Gonzalez Vicén de 1969⁵⁸ —apenas apuntado anteriormente en otro de 1967⁵⁹—, y a mediados de esa misma década de los sesenta, especialmente con Elías Díaz⁶⁰, poco después, con García San Miguel⁶¹ y, posteriormente ya en la década de los setenta, con Peces-Barba⁶², tras los cuales ha surgido un largo elenco de discípulos, a los que ha de añadirse algún iusnaturalista que ha modificado sus concepción jurídica, como el segundo López Calera⁶³. Entre los ajenos a la filosofía del derecho, el procesalista Jaime Guasp⁶⁴, el romanista

⁵⁴ CARLOS RUIZ DEL CASTILLO, *Manual de Derecho político*, Reus, Madrid, 1939, pp. 11-15.

⁵⁵ LUIS SÁNCHEZ AGESTA, *Lecciones de Derecho político*, vol. I, *Teoría de la Política y del Estado*, Imprenta H° de Paulino Ventura, Granada, 1943, pp. 65-67; *Los principios cristianos del orden político*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1962, p. 56. Su positivismo práctico se aprecia al tratar de la Constitución (*Lecciones de Derecho político*, vol. II, *Teoría de la Constitución*, Imprenta Hijo de Paulino Ventura, Granada, 1945, pp. 23-29).

⁵⁶ FRANCISCO JAVIER CONDE, «Espejo del caudillaje», «Representación política» y «La idea actual española de nación», en *Escritos y fragmentos políticos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, vol. I.

⁵⁷ JOSÉ ZAFRA VALVERDE, *El Derecho como fuerza social*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1964.

⁵⁸ FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, «La Filosofía del Derecho como concepto histórico», en *Estudios de Filosofía del derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pp. 207-257.

⁵⁹ F. GONZÁLEZ VICÉN, «Sobre el positivismo jurídico», en *Estudios...*, pp. 171-205.

⁶⁰ ELÍAS DÍAZ GARCÍA, «Sentido político del iusnaturalismo», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 124, julio agosto 1962, pp. 65-77; «Sociología jurídica y concepción normativa del Derecho», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 143, septiembre octubre 1965, pp. 75-101; «Introducción a la sociología del derecho natural», en AA. VV., *Crítica del Derecho natural*, Taurus, Madrid, 1966, pp. 9-27; *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1966.

⁶¹ LUIS GARCÍA SAN MIGUEL, «Consideraciones sobre el Derecho natural en la sociedad industrial» (1967) en *Hacia la justicia*, Tecnos Madrid, 1993; *Notas para una crítica de la razón jurídica* (1969), Prólogo de Pedro Lafu Entralgo, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2ª ed. (reimpresión), 1985.

⁶² GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, «El desarrollo político como desarrollo humano» (1972), en *Libertad, poder, socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 77-99; *Derechos fundamentales I Teoría general*, Guadiana, Madrid, 1973.

⁶³ N. M. LÓPEZ CALERA, «Filosofía del Derecho: Crítica y utopía», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15, 1975; «La legitimación democrática del derecho», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1976, núm. 16; *Derecho natural*, UNED-Ministerio de Justicia, Madrid, 1976 (Unidad didáctica/1); *Introducción al estudio del Derecho*, Don Quijote, Granada, 1981.

⁶⁴ JAIME GUASP DELGADO, «Exactitud y Derecho» (1957), «La cultura del jurista» (1957), ambos en *Estudios jurídicos*, Civitas, Madrid, 1996; *Derecho*, Gráficas Hergón, Madrid, 1971.

Ángel Latorre⁶⁵, el civilista Díez Picazo (positivista histórico sociológico)⁶⁶, los administrativistas García de Enterría⁶⁷ (positivista historicista) o García Trevijano Fos⁶⁸ (positivista sociológico) y, algo más tarde, iuspublicistas como Fernández-Miranda⁶⁹, y, desde fecha bastante temprana, el singularísimo caso del romanista Alvaro d'Ors⁷⁰.

Surge, pues ante nuestros ojos, de un lado, la continuidad con la tradición jurídica española secular, acentuada en la mayoría de los autores después de la guerra, con un deseo de recuperación de la misma en aquellos puntos en que parecía que, recientemente, se había abandonado o se estaba abandonando por algunos; de otro lado, y más tardíamente, un positivismo, entre los profesores de Filosofía del Derecho, deudor de autores como Giner, Ortega, Unamuno, Besteiro, Tierno Galván y Aranguren, incluso de Legaz y de Ruiz-Giménez—deudores, a su vez, de autores extranjeros—y entre los extranjeros, de Treves, Bobbio, Hart o Kelsen⁷¹.

IV. UNA TRADICIÓN JURÍDICA SECULAR

Ante ello, podemos preguntarnos, pero ¿cabe hablar de una tradición jurídica secular? En efecto, así lo creemos y objetivamente parece suficientemente

⁶⁵ ANGEL LATORRE, *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1968.

⁶⁶ LUIS DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Experiencias jurídicas y teoría del derecho* (1973), 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1983.

⁶⁷ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, «Reflexiones sobre la ley los principios generales del derecho en el Derecho Administrativo» (1963), en *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

⁶⁸ JOSÉ ANTONIO GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª ed., 1968, tomo I.

⁶⁹ TORCUATO FERNÁNDEZ MIRANDA, *Estado y Constitución*, Espasa-Calpe, Madrid, 1975.

⁷⁰ ALVARO D'ORS PÉREZ-PEIX, *Una introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1963; *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, CSIC, Madrid, 1973; *Papeles del oficio universitario*, Rialp, Madrid, 1961.

Soy consciente de que esta afirmación no es pacífica. Con todo, creo que le interpretaron mejor—según la propia obra escrita de d'Ors— JOSÉ RODRÍGUEZ ITURBE (*El concepto de Derecho en la doctrina española actual*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1967, pp. 39-84) y F. ELÍAS DE TEJADA (*Tratado de Filosofía del Derecho*, Tomo II, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, pp. 142-149), que AGUSTÍN GANDARA MOURE (*El concepto del derecho en Alvaro d'Ors*, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1993). En la investigación ya aludida, que espero este publicada cuando se editen las actas de estas Jornadas, he intentado razonarlo.

⁷¹ Cfr. ELÍAS DÍAZ, *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Alianza, Madrid, 1994, *passim*; GREGORIO PECES-BARBA, *La democracia en España. Experiencias y reflexiones*, Temas de Hoy, Madrid, 1996, pp. 51-52, 82, 89-90.

fundado, pues desde San Isidoro de Sevilla –con el que se produce una cristianización total de lo jurídico en expresión de Elías de Tejada⁷², donde el sometimiento de la política al derecho se manifiesta en la sentencia *Rex eris si recte facies; si non facias non eris*, enmarcados, ambos, política y derecho, en el orden moral–, hasta la multitud de autores de las Españas de los siglos XVI y XVII, se produce un progreso jurídico cuya característica más sobresaliente es su sólido asentamiento en el pensamiento cristiano. El desarrollo de la tradición jurídica española alcanza un punto inigualado durante los siglos áureos, en los que los problemas a los que tuvo que hacer frente, dio en un pensamiento jurídico que bien puede calificarse –como así se ha hecho– de iusnaturalismo católico e hispano⁷³, en absoluto nacionalista, sino con vocación universal. Los problemas de la política internacional y, sobre todo, los que suscitaba la conquista, evangelización y civilización del nuevo mundo, fueron encarados sin prejuicios, y en general, resueltos con soluciones tradicionales adaptadas, en lo contingente, a las nuevas realidades, antes desconocidas.

Nuestras concepciones jurídicas fueron recibidas en el nuevo mundo a través del derecho castellano, principalmente de las Partidas, y para él se elaboraron las Leyes de Indias. Allí se encarnó, también, la vieja distinción entre leyes justas e injustas, bajo la fórmula de «se acatan pero no se cumplen», forjándose los nuevos reinos en el crisol de nuestra tradición, hasta que en el siglo XIX se perciben las fisuras producidas por influencias extranjeras⁷⁴. Y aquellas soluciones –fundadas en una antropología católica, donde la dignidad humana alcanza su cenit de perfección, y en un orden natural, obra de Dios Creador que el hombre ha de descubrir y respecto al cual debe obrar, como causa segunda, respetándolo–, no fueron justificativas de intereses nacionales, ni egoistas, ni aduladoras del Pontificado ni del poder más grande que existía sobre la tierra, sino resplandecientes ejemplos de aplicación y determinación de la justicia y el derecho. La controversia de Valladolid es un testimonio histórico irrefutable, no sólo del pensamiento jurídico de aquella

⁷² Cfr. FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Historia de la literatura política en las Españas*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1991, tomo I, pp. 125-147.

⁷³ Así, F. ELÍAS DE TEJADA, «El Derecho natural fundamento de la civilización», *Revista Chilena de Derecho*, vol. I, núm. 2, abril 1974 (pp. 287-303), p. 289; «El derecho natural en 1972», *Verbo*, núm. 109-110, noviembre diciembre 1972 (pp. 939-956), p. 943; «La cuestión de la vigencia del derecho natural», en VV. AA., *El derecho natural hispánico*, Escelicer, Madrid, 1973 (pp. 17-42), pp. 23 y 40.

⁷⁴ Para una síntesis, JOSE MARÍA CASTÁN VAZQUEZ, «El Derecho español en América», *Verbo*, núm. 319-320, noviembre diciembre 1993, pp. 1081-1094.

época, sino del propio poder político, consciente de estar sometido al derecho y a la moral⁷⁵.

Como rasgos más sobresalientes de este periodo de la historia patria, Castán sintetiza los siguientes: La unión entre derecho y justicia; dependencia del derecho positivo respecto al natural, pauta y límite de aquél; el rechazo, dentro de determinados límites de las leyes injustas que no obligan en conciencia; sometimiento del poder a las leyes; relación entre el derecho y la política, sometidos ambos a la moral⁷⁶.

El siglo XVIII, siglo de controversias y oposiciones polémicas, de renovación y tradición, a veces enfrentadas y en ocasiones ensambladas, de figuras contradictorias, no presenta una verdadera fractura consumada con la tradición anterior⁷⁷ aun cuando el derecho se centrara en la ley⁷⁸, y el rechazo de las ideas modernas es continuo y se intensifica la reacción antiilustrada al finalizar. Incluso, en cierto modo, si con Elías de Tejada, consideramos a Juan Bautista Vico, «hispanísimo»⁷⁹ se puede hablar de continuidad perfectiva. Durante el siglo XIX⁸⁰ y hasta 1936, el pensamiento jurídico español se fragmenta, su-

⁷⁵ Independientemente de la polémica entre lascasianos y antilascasianos, cfr. como obra de conjunto, LEWIS HANKE, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Istmo, Madrid, 1988; y específicamente, JEAN DUMONT; *El amanecer de los derechos del hombre. La controversia de Valladolid*, Encuentro, Madrid, 1997.

⁷⁶ Cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Reus, Madrid, 1950, p. 63.

⁷⁷ Cfr. F. PUY MUÑOZ, *Las ideas jurídicas en la España del siglo XVIII (1700-1760)*, Universidad de Granada, Granada, 1962.

⁷⁸ Cfr. SALVADOR RUS RUFINO, «¿Existe una teoría española sobre el Derecho natural en el siglo XVIII? Líneas generales del iusnaturalismo de G. Mayans» y «Joaquín Marín y Mendoza: El Derecho natural académico en el siglo XVIII», en F. PUY y S. RUS (Eds.), *La historia de la filosofía jurídica española*, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1998, pp. 129-162 y 163-197.

⁷⁹ F. ELÍAS DE TEJADA, «Giambattista Vico, filósofo católico de la historia», en AA. VV., *Qué nos enseña la historia*, Speiro, Madrid, 1978, pp. 63-74; IDEM, *Tratado de Filosofía del Derecho*, tomo II, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1977, pp. 501-514; J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho*, vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pp. 634-657; IDEM, *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 191-202; ENRICO PASCUCCI, *Giambattista Vico, el establecimiento del orden natural a través de la noción de Providencia*, tesis doctoral inédita, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1994.

⁸⁰ Sobre la segunda mitad del siglo existen diversos estudios, así, p.e. desde los más antiguos de JUAN JOSÉ GIL CREMADES (*El reformismo español*, Ariel, Barcelona, 1969) y ANDRÉS OLLERO TASSARA (*Universidad y Política. Tradición y secularización en el siglo XIX*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972; IDEM, *Filosofía del Derecho como contrasecularización. Ortí y Lara y la reflexión jurídica del XIX*, Universidad de Granada, Granada, 1974), hasta los más recientes de ANA LLANO TORRES («Ciencia jurídica y moralismo en la España del siglo XIX: la neoescolástica», en F. PUY y S. RUS, *op. cit.*, pp. 219-274; cfr. su bibliografía citada en dicho estudio).

friendo las influencias extranjeras a nuestro pensamiento, pero con todo, «la llama del *iusnaturalismo escolástico* no se extinguió nunca»⁸¹. Esas influencias, agrupadas por Castán en varias corrientes, tuvieron escasa influencia. Así, la «iusnaturalista democrática y heterodoxa», «el utilitarismo», «la filosofía idealista de Hegel», «el positivismo jurídico», «el pragmatismo jurídico» y «el kantismo y neo-kantismo»⁸². Mayor influencia tuvo el krausismo⁸³, aunque pronto se diversificó y terminó por extinguirse⁸⁴. El historicismo influyó sobre todo en la escuela jurídica catalana, pero corregido por un sentido plenamente asentado en la tradición jurídica de Cataluña, por lo que no hubo fractura con la tradición, como ha mostrado Vallet de Goytisolo⁸⁵.

Así, Castán, apoyándose en Luño Peña⁸⁶, ha indicado como rasgos constantes del pensamiento jurídico español: *El sentido objetivo y ético del derecho*; *el sentido político del derecho* —en realidad esto debería predicarse más bien de la ley— donde justicia y bien común constiruyen conjuntamente elementos esenciales y la política y el derecho no se encuentran separados —habría que decir que más bien la primera se halla sujeta al segundo; *el humanismo o personalismo cristiano*, con el que se armonizan los fines soiales e individuales sobre la base del valor eminente del hombre, por lo que no tuvo éxito la doctrina del Estado totalitario y que el punto de vista del catolicismo salvara la persona humana; *el universalismo*, expresión de la existencia de un orden universal y de una verdadera y universal comunidad humana; universalismo que no es más que la idea cristiana de fraternidad humana; *vitalismo antiformalista*, reflejado en la desconfianza hacia la ley escrita y exaltación de la equidad y de los principios de la moral; y finalmente, *el sentido armónico de la concepción jurídica española*, manifestado, entre otros rasgos, en el predominio de la filosofía es-

⁸¹ J. CASTÁN TOBEÑAS, *El Derecho y sus rasgos...*, pp. 70-71.

⁸² J. CASTÁN TOBEÑAS, *El Derecho y sus rasgos...*, pp. 71-77.

⁸³ J. CASTÁN TOBEÑAS, *El Derecho y sus rasgos...*, pp. 72-74; JUAN JOSÉ GIL CREMADES, *Krausistas y liberales*, Seminarios y ediciones, madrid, 1975, pp. 21-134; IDEM, *El reformismo español*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 51-121.

⁸⁴ Su influencia sería de otra naturaleza a través de la Intitución Libre de Enseñanza, cfr. MARIA DOLORES GOMEZ MOLLEDA, *Los reformadores de la España contemporánea*, CSIC, Madrid, 1966; VICENTE CACHO VIU, *La Institución Libre de Enseñanza*, (Prólogo de Florentino Pérez Embid), Rialp, Madrid, 1962. Para las concepciones jurídicas, JUAN JOSÉ GIL CREMADES, *El reformismo español*, Ariel, Barcelona, 1969.

⁸⁵ J. VALLET DE GOYTISOLO, por todos, *Metodología de la determinación del derecho*, vol I, ed. cit., pp. 907-957.

⁸⁶ Para Luño los caracteres distintivos de las conceciones jurídicas de aquella época eran: Una filosofía realista o ideal-realista, la concepción católica del mundo y de la vida, la supremacía de los valores morales sobre los materiales, la exaltación de la dignidad de la persona humana y su libertad y el respeto a la tradición jurídica española (E. LUÑO PEÑA, *Historia de la Filosofía del Derecho*, La Hormiga de Oro, Barcelona, 1948, tomo I, p. 104).

colástica, la conjugación de lo singular con lo universal, lo permanente y lo mudable⁸⁷.

El profesor Pérez Luño, sobre la base del análisis de Luño Peña y de Castán, a los que acabamos de seguir, indicaba que en la inmediata posguerra se percibía «un consenso general en la concepción última del mundo y de la vida, que emerge de una idéntica situación existencial, y unos presupuestos culturales basados en la común profesión de fe cristiana, junto con el ferviente deseo de continuidad con la tradición jurídica española, determinan los rasgos fundamentales de este periodo»⁸⁸. Para su estudio en los años posteriores hasta el comienzo de la década de los sesenta (1963), partiendo de esa realidad, acudió a «los problemas fundamentales abordados por sus más calificados exponentes», centrados en «las dimensiones gnoseológica, ontológica y ética»⁸⁹.

En el aspecto gnoseológico, destacó que tradicionalmente y salvo excepciones, la aproximación al fenómeno jurídico, abordando el estudio de su fundamento, más allá del análisis de su dimensión meramente formal, es decir, normativo-positiva, se había realizado en la tradición jurídica española bajo los auspicios del derecho natural. Lo que se verificaba no sólo entre los cultivadores de la filosofía jurídica, sino entre aquéllos otros juristas que se planteaban el fundamento de la realidad jurídica, que debido a la común base iusnaturalista había posibilitado que se superase el antagonismo entre los procedimientos metodológicos de la filosofía del derecho y de la ciencia del derecho. El profesor Pérez Luño ejemplificaba su exposición con los civilistas Hernández Gil, De Diego, Federico de Castro, Castán, Espín y Vallet de Goytisolo. El derecho natural constituía la metodología común para afrontar el problema del conocimiento del derecho. Y ya indicaba que en el caso de Vallet, no era solo para su conocimiento, sino más allá, para su determinación práctica en concreto. En esto, como el mismo Vallet ha mostrado posteriormente, también se aproximaron por la vía práctica, Castro y Castán y otros autores como Roca Sastre.

En el aspecto ontológico, resaltó el núcleo común constituido por la admisión de la justicia como elemento necesario de la definición del derecho⁹⁰, ejemplificándolo en Recaséns, Legaz, Elías de Tejada y Eustaquio Galán.

⁸⁷ J. CASTÁN TOBEÑAS, *El Derecho y sus rasgos...*, pp. 99-100.

⁸⁸ A. E. PÉREZ LUÑO, «El Derecho natural en la España del siglo XX», cit., pp. 147.

⁸⁹ A. E. PÉREZ LUÑO, «El derecho natural en la España del siglo XX», cit., pp. 148 y 149.

⁹⁰ A. E. PÉREZ LUÑO, «El derecho natural en la España del siglo XX», cit., p. 156.

En cuanto al problema ético, en el plano del obrar, la consideración del derecho como un valor ético, ejemplificándolo en Corts, Truyol, Ruiz-Giménez y Luño Peña.

Para los últimos diez años, además de observar el «reverdecimiento de posiciones iuspositivistas», que encuentra en Aranguren, González Vicen, Angel Latorre y Manuel Sacristán, se refirió, en una apretada relación, casi exclusivamente nominal⁹¹, a los trabajos en el seno del iusnaturalismo de los profesores Puy, Fernández Galiano, Sánchez de la Torre, Maciá, Serrano Villafañé, Hurtado Bautista, Rodríguez Paniagua, Delgado Pinto, Brufau Prats, Asís Garrote, Lopez Calera, Gil Cremades, López Medel, Fernández Escalante, Lamsdorff y él mismo —a los que habría que añadir los nombres de Montoro Ballesteros y Sardina Páramo—, participantes en aquellas mismas jornadas con sendas comunicaciones; aunque incluía, a nuestro juicio inexplicablemente —dada la fecha del análisis de Pérez Luño—, a Elías Díaz y Luis García San Miguel.

V. EL DERECHO NATURAL EN ESPAÑA EN LOS ÚLTIMOS VEINTICINCO AÑOS

La cuestión se podría tratar haciendo un elenco de los autores que en este último cuarto de siglo se han dedicado al derecho natural, indicando a qué aspectos se han referido con mayor intensidad, que es el sistema que básicamente, si bien con algunas diferencias, han seguido Lorca Navarrete y Serrano Villafañé, al ocuparse, cada uno en su momento, a mediados de los ochenta, el primero de la filosofía jurídica de la España contemporánea⁹², y el segundo del neoescolasticismo filosófico-jurídico y el derecho natural en España⁹³. La tarea resulta imposible por el gran número de profesores, a lo que habría que añadir que tal sistema no permitiría ir más allá de enumerar a que temas se han dedicado, pero sin profundizar minimamente en ellos, sin siquiera mencionar cuáles son sus respectivas posturas fundamentales sobre cada cuestión.

También se podría tratar, como lo hizo Pérez Luño en aquella ocasión, refiriéndonos a las cumbres del pensamiento que ofrecen una panorámica de las cimas menores. Pero con ello, con toda seguridad, en estos tiempos reacios a

⁹¹ A. E. PÉREZ LUÑO, «El derecho natural en la España del siglo XX», cit., pp. 179-183.

⁹² JOSÉ F. LORCA NAVARRETE, «La filosofía jurídica en la España contemporánea», en Guido FASSO, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Pirámide, 4ª ed., Madrid, 1985, pp. 289-385.

⁹³ EMILIO SERRANO VILLAFANE, «El neoescolasticismo filosófico-jurídico en la actualidad. Especial referencia a la Filosofía del Derecho y el derecho natural en España», *Persona y Derecho*, núm. 11 (1984), pp. 427-553.

maestros y magisterios, probablemente no acertaría, amén de suscitar, probablemente con razón, no pocos recelos y algunos malentendidos, pues seguramente semejante criterio estaría teñido de subjetividad que impediría llegar a buen puerto.

Mi análisis tampoco será similar al de Gil Cremades –aunque quizá esté más cercano a su intención– al situar la filosofía del derecho en España en unos años de crisis, aunque no señalaré ni las causas estructurales de la situación ni me contentaré con hacer de fedatario de la dispersión e insuficiencia temática⁹⁴.

Asímismo he de manifestar que esta exposición será prácticamente descriptiva, es decir, no será crítica de las diversas posturas por imposibilidad absoluta de poderlo hacer en un tiempo mínimamente aceptable, aunque si haré una crítica respecto a la que me parece principal característica del iusnaturalismo de estos años.

Por ello, me voy a fijar, partiendo de donde concluyó su análisis Pérez Luño, en algunas cuestiones que creo que pueden reflejar de forma bastante aproximada la situación del iusnaturalismo hispánico en la actualidad.

Es presupuesto común, naturalmente, la exigencia de la justicia como elemento, no meramente formal, integrante del concepto del derecho, que se aprecia en las obras de cualquiera de los autores de este periodo. A su vez, es prácticamente común la distinción entre moral y derecho, siendo aquella el género y éste la especie, si bien para algunos el derecho natural parece ser sólo moral –aunque de vinculación necesaria– y no derecho en tanto no se positivice.

La mayoría de los autores coinciden en una concepción normativa del derecho, en la que la ley se identifica con el derecho, constituyendo su analogado principal, y el derecho natural con la ley natural. Naturalmente, en algunos de estos autores ha habido variaciones a lo largo de su labor intelectual, pero en todo

⁹⁴ JUAN JOSÉ GIL CREMADES («Filosofía del derecho en España (1960-1985)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 25, 1985, pp. 225-243), indicaba que las razones del cambio operado en relación a una filosofía del derecho orientada según el iusnaturalismo tradicional, sobre la base del «muy superficial retorno al iusnaturalismo en la postguerra» (p. 229), obedecía al sistema de selección del profesorado y al poder académico real ostentado por algún profesor, que tendía a producir clientelas mientras el maestro tenía poder (p. 233); también de lo contrario, es decir, de la falta de maestros, pues indirectamente así interpreto su alusión a la inflación del profesorado y a la constitución de otros profesores que, sin ser catedráticos, adquirieron un *status* universitario (p. 234). Entre una dispersión e insuficiencia temática, sobresale el recurso a los derechos humanos, tema «oportuno», tanto antes como después de la «transición política» (p. 240).

caso, la concepción normativa es la que predomina⁹⁵. Así, los profesores Fernández Galiano –que llega incluso a negar la cualidad de iusnaturalista a quien no comparta la idea del carácter normativo del derecho natural⁹⁶–; Puy –para el que el derecho en sentido estricto es «ante todo, y sobre todo, según un uso histórico universal, la “ley”, la regla de los actos y conductas humanas»⁹⁷–; el primer López Calera⁹⁸, Sánchez de la Torre⁹⁹– aunque en ocasiones su normativismo parece más idelista que objetivista–; Brufau –a pesar de que en su obra se advierte una evolución, desde premisas que dejan entrever una concepción realista al modo clásico (perceptible en un artículo de 1970¹⁰⁰) hacia una concepción nor-

⁹⁵ Con la expresión *concepción normativa, normativismo, normativista*, la refiero a quienes entienden el derecho como norma regulativa de las acciones humanas, se añada después lo que se quiera a esa acepción principal y nuclear. Su opuesto, en relación a este aspecto, no es el positivismo, sino el iusnaturalismo clásico. El positivismo se le opone en cuanto prescinde de la justicia, pero no en cuanto concepción normativa. El iusnaturalismo clásico considera derecho *la misma cosa justa*, y las normas, no son más un instrumento, necesario, desde luego, para determinar lo justo, que es en lo que consiste el derecho.

⁹⁶ ANTONIO FERNÁNDEZ GALIANO, *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho*, Ramón Areces, 5ª ed. (2ª reimp.), Madrid, 1989, p. 80. Así indica: «Solo se llama derecho a aquello que manda u ordena una determinada forma de conducta» (p. 81).

⁹⁷ FRANCISCO PUY MUÑOZ, *Lecciones de Derecho natural*, tomo I, *Introducción a la ciencia del derecho natural*, 3ª ed., Dirosa, Barcelona, 1974, p. 174.

Incluso después de una llamativa evolución que, al menos, comienza con su *Tópica jurídica*, el derecho como norma sigue siendo el derecho por antonomasia: «o derecho más derecho de tódolos derechos» (*Tópica jurídica*, Imprenta Paredes, Santiago de Compostela, 1984, p. 75; cfr. p. 68).

Compárese los tópicos *derecho natural y buen derecho* de esta obra con sus concepciones anteriores.

Más recientemente, considera que «todos los conceptos jurídicos son conceptos particulares», «relativos», «mutantes» y que no cabe considerar a la filosofía como «un saber universal en el tiempo y en el espacio» (F. PUY MUÑOZ, «El derecho, la justicia y la ley nacen de fuentes locales», en F. PUY MUÑOZ y Salvador RUS (Eds.), *La historia de la filosofía jurídica española*, Fundación Alfredo Brañas, Santiago de Compostela, 1998, (pp. 11-35), pp. 11-12 y 23). Si interpreto correctamente esta obra, aparece una concepción nominalista y, de facto al menos, un positivismo sociológico.

⁹⁸ Se aprecia en su crítica a Costa, cfr. N.M. LOPEZ CALERA, *Joaquín Costa, Filósofo del Derecho*, CSIC, Zaragoza, 1965, pp. 77 y 144.

⁹⁹ «El Derecho aparece como un conjunto ordenado de normas en que cristaliza la jerarquía de las fuentes materiales que lo producen, determinan y definen totalmente» (ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Principios de Filosofía del Derecho*, Universidad de Deusto, Bilbao, 19872, p. 80). Se aprecia en su definición deudora de la de Legaz: «Derecho es la forma de la libertad de la vida social, en que la conducta intersubjetiva se racionaliza conforme a criterios normativos fundamentados en el sentido de la personalización individual y del desarrollo colectivo, apoyándose en un sistema de sanciones institucionales administrado por la autoridad pública» (*Principios...*, p. 147; IDEM, *Introducción al Derecho*, 2ª ed. actualizada, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 1991, p. 322).

¹⁰⁰ JAIME BRUFAU PRATS, «Hombre-naturaleza-libertad. En torno al tema libertad y derecho», en AA. VV., *Poder y libertad*, Speiro, Madrid, 1970, pp. 9-34.

mativista expresada con toda claridad en una obra de 1980 en la que indica que el analogado principal es el del derecho como norma¹⁰¹, para rectificar posteriormente en una obra de 1987, reeditada tres años después en la que señala que el analogado principal es el derecho como lo justo¹⁰², pero sin llegar, en mi opinión, al realismo por la persistencia de una concepción tridimensional del derecho¹⁰³; Lorca Navarrete —que define al derecho como «la integración normativa de las relaciones humanas dentro del contexto social en virtud de su contenido justo, por mor de su exigibilidad ética, que conlleva a la instauración en ellas de la idea de orden»¹⁰⁴; Delgado Pinto¹⁰⁵, Serrano Villafañe¹⁰⁶, Lamsdorff, Rodríguez Paniagua¹⁰⁷, Porras del Corral, Montoro Ballesteros¹⁰⁸, Rodríguez Molinero¹⁰⁹, Rovira¹¹⁰ u Osuna¹¹¹.

¹⁰¹ J. BRUFAU PRATS, *Introducción al derecho*, I, Salamanca, 1980, *passim*, pero especialmente p. 104.

¹⁰² J. BRUFAU PRATS, *Teoría fundamental del Derecho*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., 1987, p. 218; 4ª ed., 1990, p. 195.

¹⁰³ J. BRUFAU PRATS, *Introducción al Derecho*, I, cit., p. 106; *Teoría fundamental...*, 3ª ed., cit., p. 156

¹⁰⁴ JOSÉ F. LORCA NAVARRETE, «Derecho y fuerza», AA. VV., *El derecho natural hispánico*, cit., p. 390; *El Derecho natural hoy. A propósito de las ficciones jurídicas*, (Prólogo de Elías de Tejada), Pirámide, Madrid, 2ª ed., 1978, p. 61; *Temas de teoría y filosofía del derecho*, Pirámide, Madrid, 1993, p. 161.

¹⁰⁵ JOSÉ DELGADO PINTO, *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

¹⁰⁶ E. SERRANO VILLAFÑE, «El neoescolasticismo...», pp. 546 y 550-551.

¹⁰⁷ Con su concepción en la que integra las que considera tres posturas fundamentales a cerca de lo jurídico, la estatal formalista, la sociológico realista y la óntico valorativa (JOSE MARÍA RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Hacia una concepción amplia del Derecho natural*, Tecnos, Madrid, 1970, pp. 13-25; *cfr.* IDEM, *Derecho y Ética*, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 21-31), lo define como «un orden que garantice la seguridad, aspira a desarrollar el bienestar general de acuerdo con el consenso mayoritario de la sociedad y respeto a la justicia» (*Derecho y Ética*, p. 12).

¹⁰⁸ ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, el derecho es «norma del obrar humano»: *El deber jurídico*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1993, p. 7; «El Derecho como sistema normativo: notas sobre su naturaleza preceptiva y su función educadora», en VV. AA., *Funciones y fines del Derecho* (Estudios en Homenaje del Profesor Mariano Hurtado Bautista), Universidad de Murcia, Murcia, 1992, (pp. 173-211), pp. 177, 190, *passim*.

¹⁰⁹ Una definición: «conjunto de normas vigentes en una sociedad para regular las relaciones de convivencia según la idea de justicia», MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la ciencia del Derecho*, Salamanca, 1991, p. 36.

¹¹⁰ Mª CAROLINA ROVIRA Y FLOREZ DE QUIÑONES, «La norma como forma de expresión de lo jurídico», en VV. AA., *Problemas de la Ciencia jurídica* (Estudios en homenaje al profesor Francisco Puy Muñoz), Universidad de Santiago de Compostela, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 1991, tomo II, pp. 375-385.

¹¹¹ ANTONIO OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, «El modelo normativo de la ciencia jurídica», en VV. AA., *Problemas de la ciencia jurídica*, cit., pp. 167-185.

El derecho natural para esta concepción normativa, extrae sus principios de la naturaleza humana, y consiste en un conjunto de preceptos o de normas, frecuentemente identificados por la herencia neotomista, con la los preceptos de la ley natural, de los cuales mediante deducciones se obtienen derechos. Así, en Fernández Galiano¹¹², Puy –para el que el derecho natural es la misma ley natural¹¹³–; Sánchez de la Torre– para el que son principios ideales de justicia¹¹⁴–; Brufau –que desde su perspectiva declaradamente metafísica¹¹⁵, consiste en unos primeros principios absolutos, inmutables, muy generales y unos preceptos concretos proyección de aquéllos a las situaciones en las que se realiza la naturaleza humana¹¹⁶–; Delgado Pinto –para el que consiste en una serie de reglas o principios relativos a la ordenación justa de la vida social que son universales e inmutables¹¹⁷–, Lorca Navarrete –principios generales que se concretan en normas específicas mediante leyes positivas¹¹⁸–, Lamsdorff –un sistema de normas naturales¹¹⁹.

Es también característica común, como lo había sido para el iusnaturalismo clásico e hispánico, la historicidad del derecho, y aún de la ley natural¹²⁰, de forma que ese derecho natural no consiste en una especie de código rígido e inmutable de preceptos, universalmente obligatorios y válidos en todo tiempo y lugar, sino que conscientes del carácter histórico de la naturaleza humana, reclaman junto a la inmutabilidad de los principios su concreción histórica aten-

¹¹² Define al derecho natural como «un ordenamiento o conjunto normativo que, en lugar de fundamentarse en la voluntad humana –como sucede con los demás Derechos, llamados positivísticos– su asiento y fuente originaria en la naturaleza», A. FERNÁNDEZ GALIANO, *Curso de Derecho natural*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1962, p. 24; *Derecho natural*, cit., pp. 79-80. Cfr. *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho*, Ramón Areces, 5ª ed. (2ª reimp), Madrid, 1989, donde mantiene sus concepciones de años anteriores.

¹¹³ F. PUY MUÑOZ, *Lecciones...*, pp. 223, 536; cfr. pp. 261, 373.

¹¹⁴ A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Principios...*, 1972, cit, p. 281; para el carácter normativo del derecho natural en obras posteriores, cfr. *Introducción al Derecho*, 1991, p. 329 y *passim*.

¹¹⁵ J. BRUFAU PRATS, «Algunas consideraciones acerca de la Filosofía del Derecho y sus planteamientos actuales», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 15 (1975), en *Hombre, vida social y derecho*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1987, p. 49.

¹¹⁶ J. BRUFAU PRATS, «Hombre, naturaleza, libertad...», p. 33; *Teoría fundamental...*, 4ª ed., pp. 275-276.

¹¹⁷ JOSÉ DELGADO PINTO, *De nuevo sobre el problema del derecho natural*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, p. 10.

¹¹⁸ J. F. LORCA NAVARRETE, *El derecho natural*, hoy..., p. 81.

¹¹⁹ VLADIMIRO LAMSDORFF GALAGANE, «Los dos aspectos del derecho natural: ontología jurídica y criteriología jurídica», en AA. VV., *El derecho natural hispánico*, cit., p. 49.

¹²⁰ RAMÓN MACIÁ MANSO, «La ley moral natural», en VV. AA., *Funciones y fines...*, pp. 509-537.

diendo a las circunstancias de tiempo y lugar. Así, Rodríguez Molinero¹²¹, Delgado Pinto, Hurtado Bautista, Serrano Villafañé, Puy, Lorca, Brufau, Pérez Luño u Osuna¹²².

Característica común es también el considerar al derecho natural como ontología jurídica y axiología jurídica, rechazando, directa o indirectamente, la acusación de la llamada falacia iusnaturalista¹²³.

Como hemos indicado al principio, la justicia¹²⁴ en casi todos ellos es requisito inherente al derecho –a la ley deberíamos decir– y no pocos establecen definiciones que, tributarias o no de Reale, constituyen una teoría tridimensional del derecho. Así, Fernández Galiano en los últimos años¹²⁵, Lorca Navarrete¹²⁶, Brufau Prats¹²⁷, Porras del Corral¹²⁸, Rodríguez Molinero¹²⁹ o Montoro¹³⁰. O quien habla de tetradimensionalidad al incorporar al concepto, explícitamente, la historicidad, como Pérez Luño¹³¹.

Aunque no me atrevo a afirmar que sea exacto para todos los autores que podemos considerar normativistas, y aunque no sea exclusivo de ellos, sin embargo, para la mayoría el derecho natural se concreta hoy en los derechos humanos, naturales o fundamentales según la expresión que cada cual considera

¹²¹ M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *Derecho natural e historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, 1973.

¹²² A. OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, *Derecho natural y moral cristiana*, Editorial San Esteban, Salamanca, 1978, pp. 231–204.

¹²³ Así, por ejemplo, E. SERRANO VILLAFANE, «Realismo filosófico en Santo Tomás», *Verbo*, núm. 137-138, agosto, septiembre, octubre 1975, pp. 1041–1074; J. DELGADO PINTO, *De nuevo...*, pp. 21-23; V. LAMSDORFF GALAGANE, *op. cit.*; L.M. ROLDAN, «Consideraciones lógicas del pensamiento iusnaturalista de Santo Tomás», *Verbo*, núm. 130, diciembre 1974, pp. 1213-1222.

¹²⁴ Al igual que en años anteriores, bien sea considerada de forma objetiva, bien como un ideal al que el derecho positivo debe tender, e incluso de forma equívoca entre ambas en algún autor.

¹²⁵ A. FERNÁNDEZ GALIANO, *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho*, cit., pp. 55-56.

¹²⁶ J. F. LORCA NAVARRETE, *Temas de teoría y filosofía del derecho*, cit., p. 158.

¹²⁷ J. BRUFAU PRATS, *Introducción al Derecho*, cit., I, p. 106; *Teoría fundamental...*, 3ª ed., cit., p. 156.

¹²⁸ MANUEL PORRAS DEL CORRAL, *Biotecnología, Derecho y Derechos humanos*, Caja Sur, Córdoba, 1996, p. 30.

¹²⁹ MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO, *Introducción a la ciencia del derecho*, Gráficas Cervantes, Salamanca, 1991, p. 36.

¹³⁰ A. MONTORO BALLESTEROS, «El Derecho como...», pp. 179 y ss.

¹³¹ A. E. PÉREZ LUÑO (con la colaboración de CARLOS ALARCÓN CABRERA, RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS y ANTONIO RUIZ DE LA CUESTA), *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 38-40.

más conveniente, ligado al concepto de derecho subjetivo, si bien, por supuesto, no concebido como atribución del derecho positivo sino como facultad radicada en la naturaleza humana o en la persona humana¹³². Así, para Puy –que identifica la teoría de los derechos naturales con lo justo natural¹³³–, Fernández Galiano¹³⁴, Lorca Navarrete¹³⁵, Brufau –constituyen el contenido del derecho natural¹³⁶–, Porras del Corral– «versión actualizada de la justicia, del *ius suum*»¹³⁷, Maciá Manso, Montoro Ballesteros, Sánchez de la Torre – «el Derecho natural son los derechos humanos fundamentales»¹³⁸, Ballesteros¹³⁹, Pérez Luño¹⁴⁰, Ezcurdia¹⁴¹ y un largo elenco, pues son muy pocos lo que no comparten esta idea y a los que más tarde nos referiremos.

Como concepción absolutamente dispar de la normativista es la que considera que el primer análogo del derecho es lo justo y niega que el derecho se identifique con la ley. Supone un retorno a la pristina concepción jurídica clásica de cuya culpa no está exento el egregio catedrático de la Sorbona, Michel Villey.

En España el primero que mantuvo esta concepción y el primero que difundió con profusión la concepción de Villey, ha sido Vallet de Goytisolo, en su formulación teórica desde su *Panorama del derecho civil* aparecido en 1963, y

¹³² Así, p. e., en A. MONTORO BALLESTEROS (*Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, Prólogo de Rodrigo Fernández-Carvajal, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1983, pp. 97-109) o en la definición de derechos humanos de PÉREZ LUÑO (*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1986, p. 48).

¹³³ F. PUY MUÑOZ, *Lecciones...*, p. 529; cfr. pp. 401-526.

¹³⁴ A. FERNÁNDEZ GALIANO, *Derecho natural...*, p. 261.

¹³⁵ J. F. LORCA NAVARRETE, *Temas de...*, pp. 400-413.

¹³⁶ J. BRUFAU PRATS, *Teoría fundamental...*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 279.

¹³⁷ M. PORRAS DEL CORRAL, *Bioteología...*, p. 30. En tal línea, constituyen el núcleo principal que ha de presidir el proyecto de futuro de Europa, cfr. M. PORRAS DEL CORRAL, «La conciencia europea: una reflexión iusfilosófica», en JOSÉ M. PELÁEZ MARÓN (dir.), RAFAEL CASADO RAIGÓN y MANUEL HINOJOS ROJAS (Coord.), *Cuestiones actuales de derecho comunitario europeo IV, Cuadernos de Derecho Internacional*, (Córdoba), núm. 9, 1998, (pp. 259-274), p. 274.

¹³⁸ A. SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Principios...*, p. 285.

¹³⁹ JESÚS BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 111-112.

¹⁴⁰ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, (1984), Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1986.

¹⁴¹ «... en la actualidad, los derechos humanos constituyen la traducción moderna y concreta de lo que, desde su construcción clásica, ha venido significando el Derecho Natural», JOSÉ A. EZCURDIA LAVIGNE, S.J., *Curso de Derecho natural. Perspectivas iusnaturalistas de los derechos humanos (parte General)*, Reus, Madrid, 1987, p. 20.

en su formulación práctica al menos desde una década antes en su obras sobre cuestiones de derecho civil. Para esta concepción, la ley no es el derecho, sino cierta razón del derecho, un instrumento para la determinación en concreto de la cosa justa.

El derecho natural es lo justo natural, que se determina bien en relación a la cosa en si misma y absolutamente o bien en relación a sus consecuencias, tanto propias como relacionales o institucionales, etc. Ni la ley natural ni sus preceptos son el derecho natural, sino el elemento criteriológico que debe tener en cuenta el derecho natural. Apartándose aquí, a mi juicio de Villey, y armonizando el tratado de la justicia y de la ley de Santo Tomás y no tomando exclusivamente uno u otro.

Aunque como analogado secundario del derecho, la obra de Vallet se caracteriza por la importancia concedida al derecho natural como arte de lo justo, es decir como método para la determinación del derecho. Rechaza la concepción moderna del derecho subjetivo y de los derechos humanos, que considera que en lo que tienen de exacto y sólo en cuanto tales, se corresponden a las tendencias naturales del hombre y en ese aspecto son datos prejurídicos que el jurista ha de tener en cuenta necesariamante pero que no son propiamente jurídicos. Sus *Metodologías*¹⁴² no tienen comparación alguna, al menos en España, con ninguna otra obra. En él la operatividad del derecho natural no se limita al proceso de elaboración legislativa y al juicio sobre la ley positiva, sino que más allá, trascendiéndolo, se muestra en la determinación concreta de lo justo, y cuando es preciso en la equidad.

Esto no supone negar la realidad a la que aluden lo que se consideran por otros autores, otros analogados del derecho, como el derecho subjetivo y los derechos humanos, reproche que, aun admirando a Villey, se le ha hecho al profesor de París, como por ejemplo, desde la ya vieja de Kalinowski¹⁴³, a las más recientes de los profesores Bigote Chorão¹⁴⁴, Schouppe¹⁴⁵, Vigo¹⁴⁶, Rabbi-

¹⁴² J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, 1988; *Metodología de las leyes*, EDERSA, Madrid, 1991; *Metodología de la determinación del derecho*, 2 vols, Centro de Estudios Ramón Areces—Consejo General del Notariado, Madrid, 1994 y 1996.

¹⁴³ GEORGES KALINOWSKI, «Lex et ius (A propos d'une définition du droit de Michel Villey)», *Archives de Philosophie du Droit*, 8 (1963); «Sur l'emploi metonymique du terme ius et sur la mutabilité du droit naturel selon Aristote», *Archives de Philosophie du Droit*, 18 (1973).

¹⁴⁴ MARIO BIGOTTE CHORÃO, «Michel Villey, paladino do realismo clasico», *Persona y Derecho*, núm. 25, 1991**, Escritos en memoria de Michel Villey, II (pp. 31-47), pp. 43 y 44.

¹⁴⁵ JEAN PIERRE SCHOUPPE, «Reflexions sur la conception du droit de M. Villey: Une alternative a son rejet des droits de l'homme», *Persona y Derecho*, núm. 25, 1991**, Escritos en memoria de Michel Villey, II (pp. 151-169), p. 165.

¹⁴⁶ RODOLFO L. VIGO, «Aspectos polémicos en la obre de Michel Villey», *Persona y Derecho*, núm. 27, 1992**, Escritos en memoria de Michel Villey, IV (pp. 277-314), pp. 292-294.

Baldi¹⁴⁷, Massini¹⁴⁸, o Hervada¹⁴⁹, quien le reprocha no haber comprendido que Santo Tomás en el texto del artículo 2 de la cuestión 57 de la II^a-II^{ac}, se refiere con la expresión naturaleza de la cosa como derecho radicado en la naturaleza humana. Lejos de prescindir de la facultad o poder a la que alude el derecho subjetivo, este realismo, como expresa Vallet, los considera datos prejurídicos que no se pueden desconocer, con los que hay que contar, pero no los toma como base y clave de la regulación jurídica ni como concesión o reflejo del ordenamiento jurídico positivo, sino que los incardina en el orden de las cosas, buscando el derecho de cada uno en la situación justa que en cada relación le corresponde.

Después de Vallet, aunque no tras sus huellas, podemos observar que el realismo o concepciones próximas a él se han ido abriendo paso. Así, y aun cuando todavía sea minoritaria, cabe apreciar un cierto auge de esta corriente iusnaturalista. Así, entre otros, una concepción cuasi realista se aprecia en Ollero Tassara y en Hervada, mientras que, en mi opinión, es realista la concepción de Carpintero.

En efecto, para Ollero¹⁵⁰ el derecho no se identifica con la ley, que es sólo un medio de aproximación al derecho, para determinar y delimitar el ajustamiento en que el derecho consiste. Par él también el derecho es un descubrimiento, un arte, una ciencia práctica que requiere la prudencia. En cambio, de hecho, y debido a la circunstancia a la que posteriormente aludiremos —que no es otra que la de la democracia y la de la legitimación democrática del derecho—, los derechos humanos cumplen la función del derecho natural y, a mi juicio, lo sustituyen.

Hervada por su parte, desde 1981, de forma tributaria de Villey, como él mismo advierte, modifica su anterior concepción normativista¹⁵¹, pasando a una postura clásica centrada nuclearmente en lo justo. Sin embargo, no llega a mi juicio a un total realismo, porque de un lado su concepción del derecho natural

¹⁴⁷ RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, EUNSA, Pamplona, 1990, pp. 482 y ss y passim.

¹⁴⁸ CARLOS IGNACIO MASSINI CORREAS, *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pp. 41-70, 143-154.

¹⁴⁹ JAVIER HERVADA, *Lecciones propedeúicas de Filosofía del derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, pp. 502-503.

¹⁵⁰ ANDRÉS OLLERO TASSARA, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, EDERSA, Madrid, 1982; *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

¹⁵¹ J. HERVADA, *Lecciones propedeúicas de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. XVIII; *Historia de la Ciencia del Derecho natural*, EUNSA, Pamplona, 1987, pp. 14 y 329.

sigue siendo normativa –conjunto de normas jurídicas naturales¹⁵²–, y de otro, porque escinde la naturaleza humana y la naturaleza de las cosas, siendo realista en esta –las relaciones que se producen entre los hombres– pero no en la primera, lo que se aprecia en la cuestión de su defensa de los derechos humanos como algo perteneciente al ser del hombre, a su naturaleza y que por ello le es debido, como deducción *a priori* de su esencia.

Carpintero considera que lo justo es una cosa, una proporción, siendo el *medium rei* criterio de la justicia; deslinda el concepto filosófico de persona de su concepto jurídico, pues siendo la justicia una cuestión de medida, de nada sirve para ello la igualdad radical y abstracta de la persona; no identifica la ley con el derecho, que para serlo realmente siempre ha de ser justo; atiende a la naturaleza de las cosas, en lugar de a la personalidad que, genéricamente raramente es título para algo; indica que la teoría de la justicia de Santo Tomás se encuentra en el tratado de la justicia y no en el de la ley; insiste en la interacción naturaleza del hombre e historicidad y critica la concepción moderna de los derechos humanos¹⁵³.

También hay autores, entre los que considero normativistas que respecto a la solución del caso concreto se aproximan al realismo, al considerar a la ley –diferenciándola del derecho– como instrumental para la determinación de la justicia, como es el caso, por ejemplo de Lorca Navarrete¹⁵⁴, o en la consideración de los cuerpos intermedios como elemento clave del iusnaturalismo, como Puy durante muchos años¹⁵⁵ o Lorca que es uno de los pocos autores que ha mantenido en su obra como uno de sus *leit motiven* el tema de los cuerpos intermedios o formas sociales básicas como instituciones, fruto de la naturaleza y de la historia, encarnantes y garantes de las libertades concretas¹⁵⁶.

¹⁵² J. HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona 1981, pp. 137-138 y 138.

¹⁵³ FRANCISCO CARPINTERO, *Derecho y ontología jurídica*, Editorial Actas, Madrid, 1993; también, algunas cuestiones en *Una introducción a la ciencia jurídica*, Civitas, Madrid, 1988. Como complemento, *Los inicios del positivismo jurídico en centroeuropa*, Editorial Actas, Madrid, 1993, «Nuestros prejuicios acerca del llamado “derecho natural”», *Persona y Derecho*, 27-1992**, pp. 21-200.

¹⁵⁴ J. F. LORCA NAVARRETE, *Justicia-Libertad. Fundamentos filosóficos del Derecho*, Pirámide, Madrid, 1979, pp. 54-56, 60 y ss; *Temas de...*, pp. 275 y ss.

¹⁵⁵ F. PUY MUÑOZ, «Federalismo histórico tradicional, federalismo revolucionario y cuerpos intermedios», *Verbo*, núm. 63, marzo 1968, pp. 167-185; «El ordenamiento jurídico español ante las exigencias iusnaturalistas de orden sociológico», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, núm. 2, abril 1974, pp. 263-279; «Balmes: sobre los cuerpos sociales básicos», en VV. AA., *El otro Balmes*, Jurra, Sevilla, 1974, pp. 77-280.

¹⁵⁶ J. F. LORCA NAVARRETE, *Pluralismo Regionalismo Municipalismo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1978, pp. 9-27; *Justicia-Libertad*, pp. 83-100; *Temas de...*, pp. 106-126.

La exposición se ha centrado en los profesores de la disciplina, hoy en vías de extinción sustituida por la de teoría del derecho, pero el iusnaturalismo no es exclusivo de ellos, sino que incluye a autores de otras disciplinas, como es obvio, aunque con diferencias notables, pues cabe trasladar la diversidad de iusnaturalismos a otras materias jurídicas, y a los que les es de aplicación, también, la distinción a la que a continuación me referiré. Así, por ejemplo, Ayuso Torres, Fernández Segado¹⁵⁷ o Pereira Menaut¹⁵⁸ entre los constitucionalistas o, todavía, a gran número de civilistas, pues las herencias de Castán, de Federico de Castro o el magisterio actual de Vallet y otros muchos, aún perdura.

Hasta aquí, se ha visto un panorama en el que, si bien se ha hecho caso omiso del positivismo, muy floreciente hoy en España por desgracia, el iusnaturalismo parece que tiene una gran vitalidad, aun en la diversidad de cada uno de los autores aludidos y en otros que cabría mencionar. Sin embargo, a mi juicio, la realidad no es así, debido a un hecho que ha producido una verdadera fragmentación del iusnaturalismo hispano y ha dado origen, con independencia de la anterior principal clasificación entre normativismo y realismo más o menos auténtico, a lo que me atrevo a llamar iusnaturalismo débil o *light*¹⁵⁹, y iusnaturalismo fuerte.

Este hecho es la transición española, con la instauración de un sistema democrático. Nos llevaría muy lejos, y necesitaría otra sesión para tratar a fondo este tema. Pero sirva para delimitar la cuestión que la democracia que se ha instaurado con la Constitución, es la democracia moderna en la cual no queda nada fuera del ámbito de lo decidible¹⁶⁰. El tema del divorcio y del aborto —que

¹⁵⁷ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, «El derecho a la vida en la jurisprudencia constitucional», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 6, 1986, pp. 801-851; *Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional*, Ediciones Jurídicas, Lima, 1995; «La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico», *Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Perú), núm. 50, 1996, pp. 11-45.

¹⁵⁸ ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, *Doce tesis sobre a política*, Fontel, Santiago de Compostela, 1998; *Lecciones de Teoría Constitucional*, 3ª ed., Colex, Madrid, 1997.

¹⁵⁹ Me parece más exacta que la expresión «iusnaturalismo moderado» que emplea algún autor para auto adscribirse a ella, como Pérez Luño (A. E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del...*, p. 137).

¹⁶⁰ Cfr. VV. AA., *¿Crisis en la democracia?*, Speiro, Madrid, 1984; EUGENIO VEGAS LATAPIE, *Consideraciones sobre la democracia*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1965; JUAN ANTONIO WIDOW, *El hombre, animal político*, Academia Superior de Ciencias Pedagógicas de Santiago, Santiago de Chile, 1984; JEAN MADIRAN, *On no se moque pas de Dieu*, Nouvelles Editions Latines, Paris, 1957; IDEM, *Les deux democraties*, Nouvelles Editions Latines, París, 1977; JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA, CLOVIS LEMA GARCÍA y JOSÉ FRAGA TEIXEIRA DE CARVALHO, voz «Democracia», *Dicionário de Política*, T. A. Queiroz Editor, Sao Paulo, 1998, pp. 157-159; JUAN CAYÓN PEÑA, *Un análisis iusfilosófico de la democracia moderna desde el humanismo cristiano tradicional*, Tesis doctoral inédita, Universidad Pontificia Comillas, ICADE, Madrid, 1998.

motivó una de los más duras críticas al poder por parte del profesor Maciá Manso¹⁶¹, la legislación sobre genética o bioética, y otras muchas leyes injustas¹⁶², son muestras elocuentes de ello.

En buena parte de los autores el consenso, la legitimación democrática del derecho y la democracia como expresión y garantía de las libertades y de los derechos humanos, ha penetrado sus concepciones jurídicas, de modo que el iusnaturalismo, en mi opinión, aparece tocado, dando lugar a unas versiones que tienen en común el ser un iusnaturalismo pero hasta un cierto punto, más allá del cual no se puede ir¹⁶³. Un iusnaturalismo cuya operatividad real es bien escasa. No sólo de facto, sino en el discurso teórico, lo que es aún más grave, pues impide la formación de una conciencia capaz de criticar —de verdad— los graves defectos de las conductas sociales y de las reglamentaciones legales y atenta al sentido pedagógico y educativo del derecho natural, al tiempo que acaba por parecer una opinión más o una ideología más entre varias posibles.

Es cierto que se distingue entre lo que tiene que quedar fuera del ámbito de lo decidible y opinable —lo que se corresponde *stricto sensu* al derecho natural¹⁶⁴— y lo que es susceptible de una u otra regulación, como es notorio en muchos autores. De ello son ejemplo el análisis de Montoro Ballesteros en una

¹⁶¹ RAMÓN MACIÁ MANSO, «Las degeneraciones del poder frente al aborto», *Verbo*, núm. 215-216, mayo-junio 1983, pp. 519-550. Años más tarde, sobre la perversión de la sociedad actual, cfr. «Perversión y conversión», *Verbo*, núm. 265-266, mayo-junio-julio 1988, pp. 651-696.

¹⁶² Por ello, son mandatos, órdenes, pura fuerza coactiva, como quiera que se las quiera llamar, pero no leyes auténticas y, desde luego, no son, en absoluto, derecho.

¹⁶³ En algunos autores se ha producido un verdadero cambio desde sus concepciones anteriores, a veces, explicadas por ellos mismos (F. PUY MUÑOZ, «El sentido de mi filosofar. Tres introspecciones», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 15, 1975, pp. 323-328); y, ya citados, *Tópica jurídica* y «El derecho, la justicia y la ley nacen de fuentes locales»), pero otras muchas no. Para estos la democracia actuó como un espejismo. Tal me parece ser el caso de Pérez Luño, quien en un estudio de 1971, escribía: «La tendencia hacia una mayor compenetración y un mejor entendimiento entre los principales representantes del Iusnaturalismo y del Positivismo en Italia, no cabe duda que ha de tener una repercusión benéfica en el plano especulativo. Pero todavía me parece mucho más importante evidenciar el acuerdo prácticamente unánime que en la dimensión jurídico-práctica del moderno pensamiento iusfilosófico italiano se aprecia. En efecto, lo mismo los partidarios del derecho natural que los defensores del Iuspositivismo fundan la legitimidad de sus posturas en la idoneidad que en ellas ven representadas para la garantía democrática de los principios de la paz, la igualdad, la tolerancia y la libertad. Un general *consensus* sobre los fines inmediatos del Derecho preside el actual momento de la cultura jurídica italiana» (A. E. PÉREZ-LUÑO, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia Moderna*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1971, p. 167).

¹⁶⁴ O a la moral en aquellos autores para los que el derecho natural no es auténtico derecho, sino moral, en tanto no se recoja en las normas positivas.

obra célebre¹⁶⁵, Ollero Tassara, Hervada, Porrás del Corral¹⁶⁶, o Pérez Luño. Pero esa distinción no distingue, a su vez, que el sistema democrático moderno no admite aquella distinción.

De ese modo se produce un discurso paralelo entre, por una parte, lo que exige el derecho natural y ha de efectuarse en un sistema auténticamente democrático¹⁶⁷, y, por otra, lo que realmente realiza el régimen democrático moderno (el vigente) que prescinde de toda referencia al derecho natural. Y es que el término de conexión entre ambos discursos —o entre una realidad teórica y otra realidad práctica— es equívoco, guardando una relación entre sus significados meramente formal o accidental. La democracia significa, en uno y otro supuesto, cosas, no sólo diferentes, sino contrarias. Por eso la conexidad no puede efectuarse, porque no hay punto de unión entre esas realidades. Se produce, así, una reflexión teórica-teórica (abstracta, irreal) en lugar de una reflexión teórico-práctica; un discurso sobre la teoría de una democracia inexistente, en lugar de un discurso sobre la realidad de la democracia existente. Pero se deja que el equívoco permanezca, sin advertirlo con la claridad necesaria¹⁶⁸.

En cuanto a la significación del iusnaturalismo, también cabe apreciar significativas diferencias. Mientras que el iusnaturalismo anterior a este periodo tenía muy clara la distinción entre un iusnaturalismo auténtico (clásico, hispánico o católico, como quiera que se le quiera calificar o sin calificarlo de ningún modo) y un iusnaturalismo moderno, nacido a partir de la reforma luterana —el iusnaturalismo racionalista—, ahora, en ocasiones, ya no se establece con claridad esa distinción y se supone una historia o desarrollo del derecho natural en el que sin solución de continuidad el iusnaturalismo racionalista sucede, *como* en una misma línea, al clásico, cuando se trata de dos vías divergentes que se separan más y más. Tal por ejemplo, Porrás del Corral, que en relación a los

¹⁶⁵ ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, *Razones y límites de la legitimación democrática del derecho*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1979.

¹⁶⁶ MANUEL PORRAS DEL CORRAL, *Biotecnología, derecho y derechos humanos*, Caja sur, Córdoba, 1996.

¹⁶⁷ Si es que todavía es posible este régimen y no deberíamos prescindir de la palabra democracia y sus derivados como exigía Maurras y, entre nosotros, Eugenio Vegas.

¹⁶⁸ Uno de los críticos más penetrantes del positivismo, Andrés Ollero, y también de cierta democracia —¿totalitaria?—, que mantiene que «no hay democracia posible sin derecho natural», «no cabe derecho natural sin democracia» (A. OLLERO TASSARA, *Interpretación del...*, pp. 230 y 232), no acaba de hacer la distinción entre ambas democracias; ello supondría decir, con toda claridad, que la democracia vigente, la democracia moderna no es democracia. Un estudio nueve años posterior mantiene el mismo equívoco (A. OLLERO TASSARA, «La eterna rutina del positivismo jurídico», en VV. AA., *Problemas de la ciencia jurídica* (Estudios en Homenaje al Profesor Francisco Puy Muñoz), Universidad de Santiago de Compostela, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 1991, pp. 153-166, especialmente, pp. 163-166).

derechos humanos señala que significó un progreso la «revolución religiosa, que tuvo su origen en la Reforma de Lutero y en la reacción que la Contrarreforma supuso en el siglo XVI», que «hizo posible, sentar un clima de tolerancia, donde los derechos a la libertad religiosa, o a la libertad de conciencia o a la propia libertad de pensamiento, se pudieran reconocer y proteger», así como también la Revolución francesa, «que hizo posible la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano»¹⁶⁹.

Parece que ya no hay un iusnaturalismo auténtico, del que era degeneración el racionalista, sino, según expresa Delgado Pinto, «un conjunto de doctrinas iusnaturalistas», «producto específico de la cultura occidental en cuya cimentación se han combinado aportaciones teóricas diferentes que van desde la filosofía griega (en particular la aristotélica y la estoica), pasando por la jurisprudencia romana y la teología cristiana medieval, hasta la nueva filosofía racionalista que inaugura R. Descartes», que para ejemplificar el carácter no necesariamente conservador del derecho natural indica: «Baste con recordar», «que la revolución que liquidó el Antiguo Régimen, se gestó en el plano teórico con una matriz iusnaturalista»¹⁷⁰.

¹⁶⁹ M. PORRAS DEL CORRAL, *Biotecnología...*, p. 22.

¹⁷⁰ JOSÉ DELGADO PINTO, *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 10 y 11.

En análoga línea confusoria, para Puy (F. PUY MUÑOZ, «Los Derechos en la Declaración de 1789», *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VI, 1989, pp. 45-56), en la *Declaración de 1789*, «*La fundamentación remota*» de los derechos humanos «se pone en la instancia metajurídica que la tradición medieval denominaba *Deus sive Natura*». O sea, en la ley natural o la ley divina, vagamente solapadas en la invocación del *Ser Supremo* y en la calificación de *naturales*, que remite a la naturaleza» (p. 53); no la considera positivista (p. 54); y que la referencia a la divinidad sea deísta no considera que sea obstáculo para mantener que se refiere a Dios (p. 54). A su juicio, se fundamenta «en la voluntad de Dios»; «Dios escribió derecho (y muy derecho) entonces una vez más, con renglones torcidos (y muy torcidos)» (p. 55). Al margen del equívoco de su última afirmación en el contexto en que lo expresa, muy otro fue el juicio de la Iglesia (cfr. E. CANTERO, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Speiro, Madrid, 1990, pp. 22-28 y 46).

«*La fundamentación inmediata*» «arranca de la autoridad de unas cortes: es decir de una asamblea de los representantes de un pueblo avalada por su rey —aunque se suele olvidar, el hecho es que Luis XVI firmó la declaración el 5-10-1789» (p. 53).

Si el anterior sofisma es patente —la divinidad de un deísmo nada tiene que ver con Dios—, por lo que la *Declaración* no se fundamenta en Dios, esta argumentación resulta increíble: además de la *ilegal* forma en que se constituyó la Asamblea, y la extralimitación de sus funciones, la firma del Rey —la «aceptación pura y simple» que le exigía la Asamblea y que Mounier, como comisionado finalmente arrancó— se consiguió por la *coacción*. Así lo relatan tanto los antiguos, los intermedios como los modernos, cualquiera que sea la escuela a la que pertenezcan o la interesada —o no— interpretación de la historia que realizaran, según puede verse entre otros, en Thiers, Michelet, Quinet, Taine, Jaurès, Mathiez, Gaxotte, Madelin, Lefebvre, Furet o Tulard, consultando en sus obras las famosas jornadas de octubre.

Así se ha llegado, en algunos, incluso a fundamentaciones del derecho natural no objetivistas, sino intersubjetivas, como es el caso de Pérez Luño¹⁷¹, para el que no es legítimo «identificar el orden de valores ético-jurídicos iusnaturalista con la postulación de unos principios universales, absolutos e inmutables»¹⁷²; o a indicar que el derecho natural como principios permanentes e inmutables resulta problemático —es decir, insostenible, o al menos así lo entiendo yo— como es el caso de Delgado Pinto¹⁷³, quien señala que «la única fundamentación aceptable de los derechos humanos» «radica en el acuerdo alcanzado a través de un proceso de deliberación debidamente articulado, de todos los componentes de un grupo social que establecen normativamente las condiciones básicas de su cooperación»¹⁷⁴.

Así, el consenso, para muchos iusnaturalistas —en contradicción con lo que el iusnaturalismo significa—, pasa a ser el fundamento del derecho natural, generalmente por la vía de los derechos humanos; pero los postulados diferentes —si aún se mantienen en los iusnaturalistas— hacen imposible llegar a un fundamento que vaya más allá de un contingente acuerdo práctico y no permite una interpretación uniforme sobre el contenido de los derechos humanos (y del derecho natural)¹⁷⁵.

Incluso algún autor que rechaza el consenso como fundamento de los derechos humanos, pues se fundamentan en la naturaleza humana y, por ende son previos a las leyes, como es el caso de Ollero, sin embargo lo considera «exigencia básica que debe presidir su proceso de *positivación*»¹⁷⁶. Entiendo que de esta forma, aun cuando se deje a salvo el fundamento real, sin embargo, el resultado práctico es el mismo que el de una fundamentación consensual, pues aunque considera que la ley no tiene carácter constitutivo de ellos, si lo tiene de precisión, delimitación, previsión y control¹⁷⁷, por lo que, los derechos humanos, «precisan —como consecuencia de la historicidad humana— todo un “pro-

¹⁷¹ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2ª ed., 1986, pp. 181.

¹⁷² A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, p. 180. Compárese la variación respecto a su concepción del derecho natural enunciada en «El iusnaturalismo ante los años 70», cit.

¹⁷³ J. DELGADO PINTO, *De nuevo...*, p. 33.

¹⁷⁴ J. DELGADO PINTO, «La función de los derechos humanos en un régimen democrático (Reflexiones sobre el concepto de derechos humanos)», en JAVIER MUGUERZA y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989, (pp. 135-144), p. 144.

¹⁷⁵ E. CANTERO NUÑEZ, *La concepción de los derechos humanos en Juan Pablo II*, Speiro, Madrid, 1990.

¹⁷⁶ A. OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y metodología jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, (pp.208-209), cit. p. 209.

¹⁷⁷ A. OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y...*, pp. 159 y 152.

ceso de positivación” que vaya decantando las dimensiones existenciales de su contenido esencial, y contribuya a la vez a posibilitarles en la práctica una mayor garantía y efectividad»¹⁷⁸. De ese modo, la positivación de los derechos humanos, sin la cual se considera que son inoperantes, depende, necesariamente, de un consenso. Es decir, la realidad de la determinación de su contenido esencial y de su garantía y efectividad, dependen, en la práctica, del consenso sobre su positivación¹⁷⁹.

Aunque esta característica no sea tan general¹⁸⁰, otros autores, como Fernández Galiano o Pérez Luño, en el tema de las leyes injustas se apartan decididamente del pensamiento tradicional. Así, el primero, rectificando su pensamiento anterior, indica que incluso cuando la injusticia «es profunda y nace de la contradicción entre el contenido de las normas positivas y los postulados de la ley natural», «por mucha y grave que sea la carga de injusticia de que adolezca un precepto, lo cierto es que procede del legislador y está dada para regular la vida de convivencia, por lo que es ley: injusta, pero ley»¹⁸¹. Pérez Luño, por su parte, señala que el derecho debe ser justo, pero no deja de ser derecho el derecho injusto¹⁸².

En mi opinión, ese iusnaturalismo débil procede de haber pretendido integrar en su seno una democracia, la democracia moderna, incompatible en sus fundamentos –y como consecuencia en sus desarrollos– con el iusnaturalismo auténtico, con el iusnaturalismo *tout court*: así, por ejemplo Ollero Tassara para el que «la democracia, en suma, es en el estado actual de nuestra civilización la exigencia más indiscutida de la dignidad humana», de modo que «no hay democracia posible sin derecho natural» y no cabe derecho natural sin democracia»¹⁸³; Pérez Luño, para el que la soberanía popular cumple, entre otros, el papel de «fundamento axiológico de la legitimidad del sistema por asumir los *Grundwerte* comunitarios», exigiendo que la comunidad se rija por una norma

¹⁷⁸ A. OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y...*, p. 209.

¹⁷⁹ A mi juicio se produce aquí un equívoco con la historicidad humana. Al menos, lo más fundamental –si no se considera demasiado incorrecta esta expresión– del núcleo esencial de cada derecho humano no pertenece a la historicidad, al menos en algunos de ellos, como por ejemplo la vida en el caso del aborto. Luego, por lo menos, algunas cuestiones han de quedar excluidas de un consenso sobre su positivación. Esas cuestiones tienen que ser reconocidas como previas al consenso y no ser objeto del mismo.

¹⁸⁰ Un ejemplo contrario es el de R. MACIÁ MANSO, «Las degeneraciones...», cit.

¹⁸¹ A. FERNÁNDEZ GALIANO, *Derecho natural...*, p. 99; cfr. con *Introducción a la Filosofía del Derecho*, EDERSA, Madrid, 1963, p. 133.

¹⁸² Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del derecho...*, p. 39.

¹⁸³ A. OLLERO TASSARA, *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, EDERSA, Madrid, 1982, pp. 210, 230 y 232.

autónoma a la voluntad que es la razón¹⁸⁴; o Montoro Ballesteros para el que es «el regimen más adecuado y conforme con la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona humana»¹⁸⁵.

Pero la crítica no alcanza al sistema, el cual no hace esa distinción entre lo que es inopinable y el ámbito de lo decidible, entre lo permanente y lo contingente, entre lo justo natural y lo justo positivo, que no puede contradecir a aquel. Y por ello, resulta sin verdadera fuerza una crítica que es sólo teórica al no ir al núcleo del problema, que está en el inmanentismo de la democracia moderna, y por ende, en la Constitución; en su voluntarismo, en su imposible armonización de valores, en su pluralismo sin límites como valor consagrado como ejemplo fehaciente de un consenso y de una oportunidad para todos, en su inadmisión de la naturaleza, y por ende, de la naturaleza humana, de la *natura rerum* y de la *natura rei*.

Y entiendo que es así, que se ha producido una desnaturalización del iusnaturalismo, al menos en algunos autores, por el deseo de llegar a un entendimiento con los autores positivistas, como se advierte, entre otros en Ollero, para el cual ante el rechazo del derecho natural por los positivistas y la falta de entendimiento entre ambos¹⁸⁶, propone un replanteamiento del derecho natural, que supone considerarlo como un conjunto de exigencias a contrastar en un diálogo abierto, plantear como parte de su contenido esencial el respeto a las reglas de juego democrático y no entenderlo como un código acabado que pueda oponerse al derecho vigente¹⁸⁷.

Y es que se ha querido integrar el pluralismo en el iusnaturalismo como refleja también la obra de Pérez Luño, para el que un orden de valores objetivo que se imponga a una sociedad constituye una «tiranía de valores» «que es abiertamente incompatible con un sistema ético, jurídico y político pluralista»¹⁸⁸, porque «el derecho de una sociedad pluralista no puede servir de instrumento para someter a una determinada concepción moral todas las restantes»¹⁸⁹, por lo que se trata de que «la razón práctica llegue a un consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los valores ético-jurídicos»¹⁹⁰.

¹⁸⁴ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, pp. 208 y 210-211.

¹⁸⁵ ALBERTO MONTORO BALLESTEROS, *Razones y límites de la legitimación democrática del derecho*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1979, p. 45.

Casi como excepción, cfr. E. SERRANO VILLAFANÉ, «La conciencia individual no puede, por sí sola, justificar el aborto», *Verbo*, núm. 211-212, enero-febrero 1983, pp. 305-314, «La democracia, ¿legitimadora del Derecho?», *Verbo*, núm. 223-224, marzo-abril 1984, pp. 407-426.

¹⁸⁶ A. OLLERO TASSARA, *Interpretación del...*, p. 196.

¹⁸⁷ A. OLLERO TASSARA, *Interpretación del...*, p. 197.

¹⁸⁸ A. E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del Derecho...*, p. 137.

¹⁸⁹ A. E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del Derecho...*, p. 141.

¹⁹⁰ A. E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del Derecho...*, p. 142.

Ahora bien ese acuerdo, en el fondo estimo que no es otra cosa que un acuerdo práctico, del que nunca puede resultar la justicia, como lo pone de relieve múltiples disposiciones de la legislación española actual. Referirse, entonces, a legitimaciones, derechos humanos, dignidad de la persona, Estado de Derecho, etc., es un sarcasmo, como advierten Vallet de Goytisolo o Carpintero¹⁹¹. Por eso, ambos autores, desde su pensamiento realista se muestran críticos y opuestos al moderno Estado de Derecho¹⁹², otro de los elementos admitidos por ese iusnaturalismo débil.

Sin embargo, con la descripción anterior no quiero sugerir que todo el anterior iusnaturalismo se ha convertido en débil. Tan solo aludo a una tendencia bastante generalizada aunque no sea absoluta. Desde sus propios planteamientos hay autores a los que la descripción anterior no les alcanza. Tal es el caso, por ejemplo, de Maciá, en el que se encuentra una durísima crítica a los planteamientos y a las prácticas propias de la sociedad española surgida de la transición política, donde habla de la perversión de la democracia y pone en duda que estemos ante un Estado de Derecho¹⁹³.

No obstante, aun cabe indicar, que hay otros autores —entre los que me incluyo—, más jóvenes, en los que la influencia, por diversas vías, del realismo, les ha llevado a a sostener una concepción del derecho como lo justo, y desde esa perspectiva, a algunos de ellos desarrollar sus propias concepciones y a todos ellos mostrarse críticos con lo que es predominante hoy día. Así, entre otros, los profesores Ayuso¹⁹⁴, Martínez-Sicluna¹⁹⁵, Serrano Ruiz Calde-

¹⁹¹ F. CARPINTERO, *Derecho y ontología jurídica*, Editorial Actas, Madrid, 1993, pp. 74-92.

¹⁹² Como contraste, cfr. VV. AA., *El Estado de Derecho en la España de hoy*, Editorial Actas, Madrid, 1996.

¹⁹³ R. MACIÁ MANSO, «Perversión y conversión», *Verbo*, núm. 265-266, mayo-junio-julio 1988, (pp. 651-696), especialmente pp. 652-662. Otra parece haber sido su opinión sobre la democracia en su obra *Universidad y democracia* (Cupsa, Universidad de Oviedo, Madrid, 1978. Véase mi crítica en *Verbo*, núm. 191-192, enero-febrero 1981, pp. 266-272)

¹⁹⁴ MIGUEL AYUSO TORRES, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Speiro, Madrid, 1996; «Las leyes humanas y la naturaleza de las cosas», *Verbo*, núm. 349-350, noviembre diciembre 1996, pp. 1055-1068; «Los derechos fundamentales en la Constitución española», en VV. AA., *I diritti umani tra giustizia oggettiva e positivismo negli ordinamenti giuridici europei*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1996, 65-90; «Una introducción a la postmodernidad jurídico-política desde el derecho constitucional», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 18-19, 1997, pp. 5-20.

¹⁹⁵ CONSUELO MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA, *Legalidad y legitimidad, la teoría del poder*, Editorial Actas, 2ª ed., Madrid, 1991; *Del poder y la justicia*, vol. 1, *El sentimiento de la justicia*, Editorial Actas, Madrid, 1997; «De la concepción clásica a las concepciones modernas de la naturaleza de las cosas», *Verbo*, núm. 349-350, noviembre diciembre 1996, pp. 889-923; «Romanticismo y Derecho», *Verbo*, núm. 329-330, noviembre-diciembre 1994, pp. 1059-1091.

rón¹⁹⁶, Palomar¹⁹⁷, Martínez Muñoz¹⁹⁸, Cayón¹⁹⁹ o Fernández de la Cigüña²⁰⁰, de lo que, además de sus respectivos trabajos, son muestra las obras colectivas, *Los principios generales del Derecho*²⁰¹, *Guerra, moral y derecho*²⁰² y *El Estado de Derecho en la España de hoy*²⁰³, y otros autores, como Gallego²⁰⁴ y LLano²⁰⁵. Parfraseando una frase bien conocida, podríamos hablar de un retorno a un pensamiento iusnaturalista fuerte.

Sólo mediante un renacimiento o un retorno a un iusnaturalismo fuerte será posible, tanto hacer realidad el aspecto *crítico* del derecho natural respecto al derecho positivo, a la legislación vigente, como extender su operatividad más allá del proceso de elaboración legislativa –ahora ni esto es posible–; tanto su difusión social, como su reclamo a los gobernantes.

Más allá de lo opinable –con lo que se puede discrepar, pero se ha de acatar y cumplir una vez decidido–, está lo indecible –aquello que necesariamente es de un modo y no de otro, aunque por el mal obrar humano se haga otra cosa–, lo que sólo es justo de un modo y no puede serlo de forma contraria. Quizá la transición española, el proceso de elaboración constitucional y la propia elaboración legislativa posterior en cuestiones tan graves como divorcio, aborto, bioética, consideración del matrimonio, familia, etc., hubiera sido diferente sí, en lugar de haber estado inmersos en una cultura normativista del derecho natural enfrentada a un

¹⁹⁶ JOSÉ MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN, *Cuestiones de bioética*, Speiro, 2ª ed., Madrid, 1992; *Bioética, poder y derecho*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993; *Familia y tecnología*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1996; «Ser y deber ser: ¿dos mundos distintos?», *Verbo*, núm. 349–350, noviembre, diciembre 1996, pp. 987-999.

¹⁹⁷ E. PALOMAR MALDONADO, «Naturaleza de las cosas y tradición», *Verbo*, núm. 349-350, noviembre, diciembre 1996, pp. 1001-1054.

¹⁹⁸ JUAN ANTONIO MARTÍNEZ MUÑOZ, *¿Abuso del derecho?*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1998; «Sobre el sentido del derecho natural», *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, época II, núm. XXXI, 1998, pp. 155-198; «La distinción entre el derecho natural y el derecho positivo en Santo Tomás de Aquino», en VV. AA., *Dignidad personal, comunidad humana y orden jurídico*, Editorial Balmes, Barcelona, 1994, vol. I, pp. 607-615.

¹⁹⁹ JUAN CAYON PEÑA, *Un análisis iusfilosófico de la democracia moderna desde el humanismo cristiano tradicional* (Tesis doctoral inédita), Universidad Pontificia Comillas, ICADE, Madrid, 1998.

²⁰⁰ MARIA DEL CARMEN FERNÁNDEZ DE LA CIGÜÑA CANTERO, «Bioética y tecnocracia», *Verbo*, núm. 315-316, junio, julio, agosto 1993, pp. 505-526; «La dignidad de la persona en la legislación genética española», en VV. AA., *Dignidad personal, comunidad humana y orden jurídico*, Editorial Balmes, Barcelona, 1994, vol. I, pp. 337-344.

²⁰¹ Editorial Actas, Madrid, 1993.

²⁰² Editorial Actas, Madrid, 1994.

²⁰³ Editorial Actas, Madrid, 1996.

incipiente aunque creciente positivismo, hubiera existido una cultura de un iusnaturalismo realista, que hubiera ofrecido mayor resistencia a muchos cambios que no obedecieron más que a una pura decisión, sin siquiera apoyo sociológico.

Algún autor, como es el caso de Ollero, ha explicado²⁰⁶ que, ante la existencia de una ciencia jurídica que rechaza todo iusnaturalismo, era preciso evitar «un estéril *enfrentamiento polémico* con el positivismo jurídico, en el que la racionalidad brilla por su ausencia»; para ello era necesario abandonar «cualquier propuesta de una “verdad” incontrovertible, en lo que a contenidos jurídicos se refiere», que podría llevar «a actitudes políticas de corte dogmático», incompatibles con la democracia²⁰⁷, en la que las «verdades» de orden práctico exigen el ineludible respaldo del «consenso» social²⁰⁸. Con ello, en lugar de seguir argumentando e intentar alumbrar nuevas razones o matizar algunas antiguas, se produjo un retroceso de posiciones, puesto que de hecho, todo se convirtió en verdades prácticas —esto es, relativas y contingentes—, incluso las incontrovertibles. Retroceso de posiciones que afectó al núcleo del iusnaturalismo profesado (o, al menos argumentado), sin que fuera acompañado de ningún retroceso paralelo del núcleo del positivismo jurídico²⁰⁹.

²⁰⁴ ELIO A. GALLEGO, *Tradición jurídica y derecho subjetivo*, Dykinson, Madrid, 1996.

²⁰⁵ ANA LLANO TORRES, *Concepto de derecho y relación jurídica en el pensamiento aristotélico tomista español de los siglos XIX y XX*, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.

²⁰⁶ A mi juicio contradictoriamente con su concepción jurídica iusnaturalista próxima al realismo jurídico clásico.

²⁰⁷ Aquí se ve, también, con claridad, la indistinción y la confusión, porque esta democracia es la democracia relativista —la moderna—, con la que resulta incompatible toda distinción previa entre lo indecible y lo opinable a que antes me referí. Así, esta distinción teórica desaparece al referirse a la práctica de la democracia real. En nombre de la cual, se renuncia a toda verdad incontrovertible.

²⁰⁸ A. OLLERO TASSARA, *Interpretación del...*, pp. 196 y 197.

²⁰⁹ En el pensamiento del propio Ollero se aprecia esta situación. Así, al introducirse el divorcio indicó que el legislador pudo establecer un sistema facultativo respecto a la disolución del vínculo, manifestándose la elección en el momento de contraer el matrimonio; al no hacerlo así, no respetó el pluralismo. Y añade, que ese camino emprendido «llevaría con facilidad a la legalización del aborto, la eutanasia, etc.» (A. OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y...*, p. 270). Ciertamente, no se equivocó con el aborto. También cuando rechaza el permisivismo fruto de la inhiación del derecho ante la moral, que lejos de producir un anunciado resurgimiento de comportamientos éticos en el marco de la libertad, produjo algo muy diferente, «un empobrecimiento ético que llega a afectar a valores elementales del hombre», «con lo que es el derecho mismo el que pierde todo sentido» (A. OLLERO TASSARA, *Derechos humanos y...*, pp. 174-175, cit. p. 175).

Esta situación de un positivismo encastillado en sus presupuestos, se critica, de nuevo, posteriormente, pero de su crítica se desprende que no ha cedido en sus posiciones (A. OLLERO TASSARA, «La eterna rutina...»).

La pretensión de conversión de los hechos, es decir, de las infracciones de principios del derecho natural²¹⁰, en apariencia de derecho, via legalización permisiva de los mismos, está conduciendo nuestras sociedades a una barbarie jamás conocida, con el agravante de que se desciende al abismo desde unas cumbres jamás alcanzadas, yendo en contra de los descubrimientos científicos más recientes. *Al ser todo opinable, todo es posible, es decir todo es indiferente*; la opinión –aunque sea opinión de «filósofos»– ha sustituido a la ciencia y a la filosofía. Eso es lo que entraña, aunque no sea más que una causa entre otras concurrentes, la renuncia al derecho natural auténtico.

²¹⁰ Divorcio, aborto, reproducción asistida, cambio de sexo, filiación sin necesidad de padre, adopción por parejas de hecho, y un largo etcétera.