

Derecho natural español. Clasicismo y modernidad *

Por RAINER SPECHT

Mannheim

La teoría escolástica del Derecho natural, que se nutre de fuentes tan diversas como el Antiguo Testamento, Aristóteles, el estoicismo, Cicerón, el Nuevo Testamento, San Agustín, el *Corpus Iuris Civilis* e Isidoro de Sevilla, ha cumplido —dejando aparte diferencias de escuela y de intereses— tres tareas en el espacio histórico que le es propio:

1. Proporcionar la convicción de que hay criterios pre-positivos del bien moral y de la justicia social.
2. Elaborar sólidas formulaciones teóricas, que justifican esa convicción.
3. Insertar esa elaboración en un marco teológico y metafísico (lo que no era fácil, ya que todos los autores, desde Santo Tomás hasta Ockham, partían de que el orden natural, en cuanto fundamento del Derecho natural, no es necesario, sino que reside en una decisión contingente de Dios)¹.

El iusnaturalismo escolástico abarca ambas directrices del pensamiento. Pues, como cualquier rama de la ciencia, es una *scientia ex causis*, ya que (*ascendendo*) remite el hecho de que haya criterios pre-positivos del bien moral y de la justicia social al origen de todo. De otra parte (*descendendo*), configura lo individual, ya que todas las leyes y decisiones particulares han de realizar el orden general, y manifestaciones inmediatas del orden determinan la configuración e interpretación de lo menos inmediato. Lo que significa en concreto que el iusnaturalismo suministra al individuo criterios para su decisión moral y para su enjuiciamiento, y ofrece además —por lo que hace al *forum internum*— criterios para el consejo y el enjuiciamiento tanto al director espiritual como al confesor. En lo que respecta a la sociedad, proporciona posibilidades de justificar internamente autoridades y leyes, y para criticar autoridades y leyes, así como para legitimar medidas

* Agradezco consejo y sugerencias a Ernst-Wolfgang Böckenförde, Werner Böckenförde, Hans-Martin Pawlowski y Stefan Smid.

1. Trata cuestiones de esa inserción, Wolfgang KLUXEN, *Philosophische Ethik bei Thomas von Aquin*, Hamburgo, 2.^a ed., 1980.

ilegales frente autoridades y leyes. Brinda por tanto posibilidades para algo que hoy podríamos denominar control no institucional de las normas. No es sólo derecho del gobernante, sino también derecho del gobernado: dualidad que no sólo establece seguridades. El iusnaturalismo, por último, por lo que hace a las relaciones recíprocas de las sociedades, establece posibilidades de convivencia de grupos humanos de distinta cultura y religión y del contacto entre enemigos.

Ante ese horizonte así esbozado se desenvuelve el fenómeno del iusnaturalismo español, tanto del jurídico como del teológico. Ambas direcciones renuevan, bajo condiciones teóricas, sociales y políticas diversas, la actitud iusnaturalista de la escolástica alto y bajomedieval. Esa renovación fue decisiva de un modo complejo para los iusnaturalismos de la siguiente generación, como ya advirtieron, primero, Otto von Gierke y, posteriormente, Ernst Reibstein. La grandeza de la escuela reside más en su general esfuerzo renovador que, por ejemplo, en su superación del problema, planteado por Duns Scoto y agudizado desde Gregorio de Rímini, de la determinación del motivo de su carácter vinculante². Planteado ese problema de manera radical, no constituía un tema específico del iusnaturalismo español. Su alcance, pero también su vetustez, se perciben al poner de relieve una de las posibles formulaciones. La ley eterna estriba en legalidades objetivas y prescribe por ello a las criaturas sólo su plenitud. La respuesta teológica a la pregunta de si se trata de legalidades objetivas creadas por Dios, o de legalidades objetivas que le vinculan, tiene importancia para valorar la función del Derecho natural. No sólo prejuzga la teoría de la libertad de Dios, sino también la teoría de la libertad del hombre, incluyendo su libertad respecto de la ley.

La labor renovadora de la escuela española no se limita a la nueva formulación de principios consabidos del Derecho natural, sino que abarca ámbitos nuevos o que cobran actualidad. Uno de los resultados es la reformulación y asentamiento de la convicción, temporalmente puesta en peligro, de la unidad moral del género humano que en Vitoria aparece contundente. Su fundamentación sugiere algo tan antiguo como la unidad política de la humanidad. Pero posiciones más diferenciadas como la teoría leibniziana de esa unidad, serán posibles a través de esos antecedentes menos diferenciados, pero suficientemente plausibles.

2. Todos los intervinientes en la polémica atribuyen al intelecto el conocimiento y enjuiciamiento de los hechos, la tarea de la articulación de datos sin la que no pueden darse reglas, el discurso con vistas a la promulgación y el conocimiento y apreciación de las condiciones de realización. Por el contrario, se atribuye a la voluntad la decisión sobre las alternativas de lo deseable y formulable, así como el acto de promulgación. Con estos supuestos, las soluciones teóricas propuestas por el clasicismo español al tema de la obligatoriedad consisten —sea dicho *cum grano salis*— en que se considera decisiva alguna de las actividades mencionadas. Puesto que se trata de autores reconocidos, se ha de tratar aquí menos de cuestiones gnoseológicas que de la exposición y reafirmación de instituciones.

Otro resultado es la elaboración de modelos practicables para la competencia entre autoridad religiosa y poder temporal, sobre todo en Vitoria y en Suárez; de esa contribución forma parte algo tan eficaz como suscitante de soluciones alternativas como la doctrina de la *potestas ecclesiae indirecta in temporalibus*³. La teoría del origen popular del poder público suscita precisiones sobre sus límites y sobre el derecho de resistencia, incluyendo el derecho a la muerte del tirano, tal como por ejemplo se encuentra en Suárez (el lector nórdicoeuropeo no comprende fácilmente que tales teorías se discutieran y publicaran precisamente en la España de Felipe II). Su practicabilidad ha de juzgarse matizadamente: las cautelas que limitan la aprobación del tiranicidio van más allá de lo que hoy se podría esperar, a despecho de la moral de ideológicos iconoclastas.

Asimismo, la coexistencia de poderes regionales independientes ya no gobernables ni por el Papa ni por el emperador, y las comunidades ultramarinas, recientemente descubiertas, favorecen la formulación de importantes principios del posterior derecho internacional. Por ejemplo, el principio de libertad de expansión internacional de la religión y del comercio, la radical igualdad jurídica de toda *res publica*, la libertad de los mares y la libertad de establecimiento. Además favorece la formulación de reglas morales relativas al modo de proceder en las guerras, que dimanen de la teoría de la guerra justa y que revisten interés sólo por el hecho de estar cargadas de problemas⁴. En el marco de la discusión sobre el *jus gentium* formula Suárez la distinción, de tantas consecuencias en la posterior división de disciplinas, entre el *jus gentium intra se e inter se*, que separa el tratamiento de derechos internos comparables entre distintos pueblos (derecho comparado) del tratamiento de aquellas reglas que hoy designamos como «derecho internacional».

Entre los mayores logros de esa época se cuenta el tratamiento sistemático de los nuevos hechos y problemas, creados por la actividad misionera y por la colonización de los territorios de ultramar descubiertos a partir del siglo XV, particularmente los de América. Una stampa de esa temática la ofrece la memoria de cátedra de la Universidad de Tréveris de Josef Höffner; algunos lectores recordarán también el libro de Reihold Schneider sobre Las Casas. Por último, surge también una ética fiscal y económica muy meticulosa y proyectada con detalle sobre los problemas del momento. Las

3. Tales intentos guardan relación con la situación histórica y teórica. De una parte, algunas regiones europeas son políticamente tan poderosas, que por ellas resbalan ya las pretensiones de primacía tanto del Papa como del Emperador. Por otra parte, Vitoria sostiene la teoría de que el poder político proviene del pueblo. Por tanto, no puede dimanar del Papa, cuya función política hay que redefinir.

4. Esa teoría, anterior a la aparición del Estado, remite a San Agustín y fue reelaborada por Santo Tomás de Aquino en época de lances caballerescos. Su reformulación por la Escuela española no pudo imponerse ya de forma duradera. Poco después, el temor de que la guerra materialmente justa es *de facto* la guerra del vencedor, aligeró la formulación clásica de la justicia de la guerra, que entre tanto se hizo anacrónica (aunque la situación de un perdedor justo es mucho más incómoda que la de un simple perdedor).

reflexiones sobre la ética fiscal se refieren sobre todo a la justicia impositiva tanto pública como individual. Entre los motivos de reflexión de la ética económica está la prohibición establecida por la Teología moral del préstamo usurario, a cuyas consecuencias prácticas salen al paso desde los siglos XV y XVI la institución franciscana de los *montes pietatis*. De tales préstamos se distinguen conceptualmente con claridad otros tipos de inversión como títulos de renta, compra a crédito o el efecto cambial, y se procede a reflexiones válidas no sólo en la realidad económica, sino posiblemente en posteriores teorías del contrato⁵.

*

Un cúmulo de razones teóricas y prácticas habla en contra de que podamos hoy empezar de nuevo, allí donde hace trescientos cincuenta años concluyó el iusnaturalismo español⁶. Constituye un punto culminante de la Filosofía práctica formulada en términos de *normal science*, y se cuenta entre las construcciones más impresionantes que ha forjado nuestra civilización: una Filosofía práctica que abarca toda la realidad. Que haya sido olvidado por nuestra conciencia cultural, a veces poco cuidadosa en la conservación de fenómenos, es una de las razones que impiden hoy a la opinión pública, comprender a Europa como una unidad cultural. Pero el amor a Escuelas del pasado tiene dos vertientes: experiencia de su proximidad y experiencia de su lejanía. La grandeza histórica despierta admiración, pero al mismo tiempo, en su lejanía, tristeza. La consideración de sí, en las actuales condiciones, aún puede ser convincente, puede ponerse a prueba en relación con distintas concepciones iusnaturalistas. Si se entiene, siguiendo

5. Todavía son hoy accesibles los siguientes estudios sobre la iusnaturalismo español: E. REIBSTEIN, *Die Anfänge des neuen Natur— und Völkerrechts. Studien zu den «Controversiae Illustres» des Fernandus Vasquius (1599)*, Berna, 1949; E. REIBSTEIN, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca* (Freiburger rechts— und staats wissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 5), Karlsruhe, 1955; B. HAMILTON, *Political Thought in Sixteenth-Century Spain. A Study of the political ideas of Vitoria, Soro, Suárez and Molina*, Oxford, 1963; A. TRUYOL SERRA, *Die Grundsätze des Staats— und Völkerrechts bei Francisco de Vitoria*, Zürich, 1947 (original, Madrid, 1946); G. LEWY, *Constitutionalism and Statecraft during the Golden Age of Spain; a Study of the Political Philosophy of Juan de Mariana, S.J.*, Ginebra, 1960; J. DE VRIES (ed.), *Francisco Suárez. Ausgewählte Texte zum Völkerrecht*, Tübinga, 1965; J. HÖFFNER, *Christentum und Menschenwürde. Das Anliegen der spanischen Kolonialethik im Goldenen Zeitalter*, Tréveris, 1947; J. HÖFFNER, *Wirtschaftsethik und Monopole im 15. und 16. Jahrhundert* (Freiburger staatswissenschaftliche Schriften, 2), Jena, 1941; W. WEBER, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus (Ludwig Molina, 1535-1600)*, Münster, 1950; W. WEBER, *Geld und Zins in der spanischen Spätscholastik*, Münster, 1962.

6. Es recomendable no considerar pertinente al tema una época más reciente de la historia del Derecho natural. Hasta el siglo XIX el Derecho natural era esencialmente asunto de filósofos, teólogos y juristas. A partir de Pío IX, y más acentuadamente todavía desde León XIII fue considerado como parte vinculante de la doctrina de la Iglesia, con la pretensión de abarcar los fundamentos naturales de la organización política y social de toda asociación humana, y someterlo a la interpretación auténtica del magisterio eclesiástico. Retrospectivamente puede decirse que esa pretensión coincidía entre otras cosas con el interés de los Papas de fundamentar con carácter universal la posición de la Iglesia en un mundo que era ya pluralista y para, aun animando a los creyentes a la participación en la sociedad moderna, mantenerlos bajo la dirección de la Iglesia. La estrategia ha sido sometida a prueba, y los problemas y reacciones surgidos por su causa, fueron vivamente discutidos al final de los años sesenta y principio de los setenta. Pero ése no es tema que haya de relacionarse con la apreciación del iusnaturalismo español.

el estoicismo y dentro del campo significativo de la *lex aeterna*, que el Derecho natural es un derecho consistente en las leyes eternas del cosmos, surgen ya a partir del siglo XVII múltiples problemas. Por un lado se hacen reproches a la posibilidad por parte del hombre de formular afirmaciones globales sobre hechos. De otro lado, desde el siglo XVIII, los reproches de parte de los ilustrados dirigidos contra la hipótesis de la providencia y del gobierno universal divino se han convertido en trivialidades, y precisamente en razón de profundos cambios en el campo de los presupuestos teóricos: en lugar de un *tellus* vital entra en juego un producto de procesos mecánicos, y en lugar de un universo a su modo perfecto la idea de una evolución dotada de un fin. Esta se transforma en la idea de una evolución autodirigida, cuyo estadio final no es predecible. Entidades epigonales del desechado universo se presentan como candidatos a la sucesión: la más conmovedora es aquella naturaleza en la que vive el buen salvaje. Se transformó nostálgicamente en la naturaleza del parque nacional, que ha de sobrevivir aislado del medio ambiente, que hoy desempeña un papel dramático. Esta es, por supuesto, la última especie de naturaleza, que fija normas prácticas. Pero esas normas no exigen otra cosa que andar con cuidado con los fertilizantes o emplear si es posible dos veces el agua no contaminada. Extrañamente, a penas se es consciente de esta monstruosa transformación.

Si, por el contrario, se entiende el Derecho natural como un sistema de normas que ordenan y prohíben, se presenta el problema de mediar entre su generalidad y las exigencias particulares de las realidades sociales. Los principios supremos del Derecho natural (p. ej.: hacer el bien, no ofender a nadie y dar a cada uno lo suyo) no han sido discutidos, ni tampoco hoy se discuten. El problema se presenta en el momento en que hay que concretarlos en el caso individual e *hic et nunc*. Ese problema era menos acuciante en un mundo habitado por cristianos, judíos y musulmanes, ya que en él muchos detalles eran regulados mediante una socialización comparable. Por el contrario, la realidad en la que vivimos actúa sobre nosotros como una maraña intrincada y confusa de circunstancias preponderantemente contingentes y de presiones diversas, que no pueden abarcarse con principios generales y necesarios. Tales principios son tan inapropiados para una orientación individualizada en las realidades históricas, como las leyes de la armonía para dar noticia particular del pre-clasicismo de Mannheim o de Viena. Perspicacia institucional, observación y análisis de hechos suministran elementos de juicio sobre la conveniencia de decisiones, que no pueden sustituirse por ninguna otra cosa, y cuya adopción no encuentra una exposición suficiente en la construcción iusnaturalista de la conclusión y determinación. Ciertamente, la Escuela española muestra un interés explícito por los detalles, pero el desarrollo de las disciplinas ha suministrado a hechos viejos nuevas dimensiones, mucho peso específico y una complejidad sin fondo. Por ello es justo que se considere problemático considerar a un Derecho natural entendido como un sistema de normas generales como un «principio de organización de toda sociedad humana conforme a una norma

previa». Propositiones del tipo de los imperativos generales del viejo Derecho natural, se entienden hoy más bien como marcos orientativos, que cumplen importantes funciones, pero que no sustituyen a información alguna. Que hechos y situaciones tengan su propia justicia y razón, es uno de los significados ocultos del «*etsi daremus non esse Deum*», que nos ha llegado a nosotros a través del clasicismo español. Considerando los hechos objetivos se encuentran soluciones para problemas en situaciones, que no pueden suministrar en cuanto tales principios superiores de la razón práctica. Esas reglas no están pues al principio, sino al final, pues sirven de control. Aristóteles dice que son como un cánón de conducta, por lo que se deduce, entre otras cosas, que no son reglas de la lógica.

Si, por contra, se entiende el Derecho natural como la naturaleza de las cosas, se presenta el problema, agudizado desde el siglo XVII, de la cognoscitividad de tales objetividades naturales, lo que desde hace unos ciento cincuenta años se denomina «teoría del conocimiento». Pues también los objetos naturales se hacen más y más artificiales: desde el vino elaborado y el pan duradero hasta el hombre protésico, quimioterapéutico o psicoanalítico, que se hace procrear en número y procedimiento según convenga y cuyos derechos naturales amenazan reducirse al derecho a un salario, a un conveniente tiempo libre y a un incontrolado adoctrinamiento. Todo eso no excluye la concepción de las objetividades naturales, pero reduce su ámbito y le exige un nuevo módulo para la sutileza.

Si se interpreta esa teoría como relativa a objetividades forzosas, no resulta practicable, en la medida en que no aporta un procedimiento con cuya ayuda se determinen tales objetividades. Pero dado que tal procedimiento, si ha de ser comprobable, sólo puede ser un proceso informativo, se reduce esa alternativa a un modelo normal «información y decisión», que no mejorará si se equipa con aparatos iusnaturalistas. La segunda actualización de la teoría de las naturalezas objetivas consistente en traducirla a algo tan moderno como la teoría normativa de los valores, suministra a primera vista un oportunidad de superar la mutabilidad de las cosas. Pero obliga en realidad a admitir que los valores existen como entidades específicas, caracterizadas por la propiedad de que deben ser, de que se perciben con la especial capacidad del sentimiento de los valores, de que valores nobiliarios, valores de consumo, valores culturales y valores religiosos se sitúan en un orden perceptible de valores, y que —conforme a la versión sistemática—, en una competencia de valores, el valor inferior se comporta respecto del superior como un disvalor. Eso es demasiado. Ya la hipótesis de los valores como entidades, teóricamente considerada, parece algo arbitraria y, pragmáticamente considerada, incómoda, ya que el «no-debe-ser» del disvalor suministra justificaciones morales para su eliminación. La hipótesis de un autónomo sentimiento de los valores, como última o penúltima instancia práctica, no me parece, teóricamente considerada, suficientemente fundada, ni, pragmáticamente considerada, carente de reparos, ya que por medio de la tesis

de la ceguera ante los valores se pueden constituir, según convenga, nuevas subclases de minusválidos, y la hipótesis de una perceptible jerarquía de valores, de la que dependen las decisiones prácticas, queda en el aire en la medida en que sus representantes no pueden aportar una jerarquía de valores que sea convincente a diversos grupos. Por último la fijación en los valores distrae la atención hacia las cosas en modo semejante a como ocurre con la fijación en normas generales. En ciertos casos puede parecer plausible que se realicen los valores a costa de las cosas, aunque hay las más de las veces mejores soluciones. Si por contra se contenta uno con un concepto de valor, afín a las ciencias sociales, que meramente afirma que algo es considerado valioso por una persona o por un grupo, se mantiene uno en el ámbito de lo descriptivo y no se resuelve ninguno de los problemas filosóficos de un derecho basado en la naturaleza de las cosas. Esas consideraciones son válidas para la conocida discusión sobre los valores superiores y sin duda el constatar valoraciones comunes es casi siempre útil, especialmente hoy y para nosotros (cuanto más decisivamente pasa una posición a la defensiva, más perentorio se hace atender a alianzas plausibles). Esa posibilidad no es obvia dadas las diversas procedencias y el distinto lenguaje, sino que ha de ponerse de manifiesto con perspicacia y capacidad de convicción.

Si, por último, se entiende el Derecho natural como derecho racional, es decir, como derecho que emerge de la naturaleza racional del hombre, se aproxima uno a una posición, hoy todavía comprensible. No obstante ha de comprobarse hoy, con mayor intensidad que en el siglo XVI, en qué medida es histórica la razón. Quizá desde el siglo XIX nadie quiera, en el fondo, escuchar esa banalidad. Pero, por ejemplo, debe recordarse que hoy, a diferencia de la época del clasicismo español, la expresión «derechos naturales» se asocia a la idea de los derechos subjetivos y no a la de los deberes. Esa es una de las fundamentales modificaciones, que no podíamos dejar de mencionar. Titular de derechos subjetivos se considera hoy la persona con su dignidad y su libertad. Pero «libertad» suele significar algo que el siglo XVI, con sus diferenciados conceptos de libertad, quizá no conocía del todo. E incluso una expresión como «dignidad del hombre» ha modificado su sentido, pues para los autores del siglo XVI son conciliables con la dignidad del hombre cosas que hoy no lo son, como por ejemplo: servidumbre o castigo público. Ya que eso es característico de seres racionales *in statu viatoris*, pasa a formar parte de la misma teoría. No existe para ella una inmediata vuelta atrás.

*

Tales dificultades teóricas salen al paso de una reactivación directa de un iusnaturalismo cristiano, como el español⁷. Incluso el más importante

7. Pero no desvirtúan el argumento decisivo, que puede formularse así: «El Derecho natural permanece vigente, sea o no reconocido». Ese es un expresivo argumento del tipo *si fractus* (*Si fractus illabatur orbis, impavidum ferient ruinae*), y merece el respeto que tales argumentos merecen. Se le puede, no obstante, poner en entredicho con observaciones como éstas: «¿Qué es lo justo

de los argumentos prácticos que hablan en contra de una reposición se apoya en una mutación histórica. Con el siglo XVIII se ha modificado algo fundamental en las condiciones de la praxis: concretamente, la relación entre derecho y moral⁸. El Derecho natural clásico constituía la común raíz de las reglas de la moralidad y de las reglas del derecho; así se aceptaba entre nosotros hasta mediados del siglo XVIII. La distinción en cuanto tal entre derecho y moral no es nueva; el principio de libertad de conciencia, por ejemplo, fue siempre intocable para la doctrina moral, no así para el derecho. La modernidad desarrolla además la tendencia a disociar lo moral de lo jurídico mediante la convicción de que, en cuanto al contenido, el derecho persigue lo mismo que la moral, si bien con otros medios. Una configuración clásica entre nosotros se encuentra en la Filosofía práctica de Immanuel Kant, y podría delimitarse la nueva posición del siguiente modo: el principio del orden jurídico no es material, sino formal, y consiste en hacer compatible la voluntad de uno con la voluntad de otro. No interesa al derecho la orientación moral de esa voluntad, sino el momento formal de su compatibilidad con la voluntad ajena. Imperativos materiales de la moral son inapropiados para servir de principios de legislación, ya que son cambiantes y nunca aceptados por todos, y también porque ninguno tiene derecho a prescribir a otro su felicidad.

Una interpretación adecuada de estas tesis sería difícil y problemática. Pero está claro que en ellas se manifiesta una decisión, que ha resultado fundamental para nuestro sistema político: la moral está fuera del alcance del derecho. La específica separación entre moral y derecho, que nos aleja del Derecho natural clásico, ha configurado la realidad en la que tenemos que vivir y en la que también desearíamos vivir si, por ejemplo, no se quisiera que la solución de un conflicto jurídico estuviera en correlación significativa con la conciencia personal del juez competente. Lo que no significa que derecho y moral hayan llegado a ser dispares. Tampoco hoy está el derecho fuera del orden moral. La voluntad referida a él y al cumplimiento de sus leyes es una voluntad moral, y a ella ha de remitirse el Estado, aunque no haya de ocuparse del contenido de su fundamento. No necesariamente

por naturaleza en un Derecho natural que ninguna razón existente reconoce ya como tal?»; y: «¿Cuál es el modo más conveniente de establecer la relación entre 'estar vigente' y 'ser reconocido'?». Sin embargo, el argumento decisivo se muestra inmune ya que el Derecho natural se excluye de su relación con la realidad.

8. A su papel de principio moral se vinculan dificultades, en las que no entro; son, no obstante, perceptibles en cuanto que, como cuestiones de moral, pueden ser reguladas internamente y no requieren compromisos con otros (tal como ocurre con las dificultades jurídicas, políticas o económicas). De los reproches que en este contexto se hacen, algunos no son procedentes. Por ejemplo, el que la concepción clásica del Derecho natural reposa en una falacia naturalista, que obtiene normas a partir de hechos. Se olvida aquí que la construcción iusnaturalista remite la facticidad creada a la voluntad del creador por lo que se pueden obtener conclusiones a partir de ella. El reproche sugerido por el clasicismo alemán de que las concepciones iusnaturalistas, por la condición de legislador que otorgan a Dios, reposan sobre la heteronomía, desconoce sus propios supuestos, ya que la razón práctica legislativa del clasicismo alemán no coincide sin más con la razón privada del individuo que obra.

porque sea laxo o relativista, sino porque posibilita políticamente la libertad moral, el Estado hace algo genuinamente moral, que no puede hacer de otro modo sino mediante una neutralidad material. Por ello no es modo deficiente de moral, sino que abre a la moral una nueva dimensión. Si la moral aprovecha o no esa oportunidad, es cosa suya. En ese sentido, en un Estado libre ideológicamente no homogéneo el Derecho natural cristiano es *de facto* patrimonio de los grupos que lo defienden, y determinará el derecho válido sólo en la medida en que se pueda imponer políticamente, es decir, en la medida en que considere plausible por la mayoría. Con lo que, aquello que internamente se legitima como Derecho natural, no podrá fundamentarse externamente con argumentos de Derecho natural, sino con otra especie de argumentos. En nuestro caso la situación es más complicada, ya que las constituciones alemanas, en razón de anteriores consensos, contienen formulaciones afines al iusnaturalismo, de las que ahora no se hace un uso intensivo. Lo que ahora ocurre fundamentalmente es que si algo afín a la concepción cristiana del Derecho natural llega a influir en el orden jurídico, depende de si sus representantes están en situación de hacerlo valer políticamente, y también de si lo quieren hacer valer. Ambas condiciones no son triviales.

Podría objetarse que la modernidad no depara oportunidades para algo así, ya que es enemiga del Derecho natural. Sin embargo hay ejemplos que estimulan a suponer lo contrario. Citaré dos: anticolonialismo y movimientos emancipadores. Su análogo carácter iusnaturalista se desprende del hecho de no ser disponibles, de que comparan el derecho positivo con sus pretensiones y de que, en su caso, lo critican de diversos modos. El que superen al Derecho cristiano natural proviene de que ignoran sus mandatos: el anticolonialismo ha permitido invariablemente que, en lugar de administraciones relativamente ordenadas, se produzcan genocidios, y las ideas emancipadoras han forzado, por ejemplo, la liberalización del tratamiento jurídico del aborto. No quisiera en modo alguno pasar lista a todos los movimientos afines al iusnaturalismo, hoy todavía vigentes, ya que son muchos. Eso no les ha impedido irrumpir de un modo espectacular: vivimos en un *boom* iusnaturalista. Pero el Derecho natural cristiano queda del lado de los perdedores, quizá por razones internas, quizá por externas. Eso, considerado en abstracto, puede corregirse mediante empeños políticos que hicieran capaz al viejo Derecho natural cristiano o a su versión modernizada, de alcanzar un consenso mayoritario. Pero tales intentos son inútiles entre nosotros, toda vez que el catolicismo alemán no está en situación de imponer internamente sus exigencias morales y religiosas.

*

¿En qué sentido puede todavía en las actuales condiciones ser un modelo regulativo la teoría española del derecho natural? Cada época debe reali-

zar a su modo las tareas del reconocimiento, de la formulación y de la inserción teórica de principios prepositivos de justicia. De eso no estamos exentos, y no nos suministra ayuda alguna la reactivación de antiguos iusnaturalismos. Pero su parte referente al derecho reposa en la convicción de que hay criterios prepositivos de justicia, accesibles a la razón humana y que permiten juzgar sobre la justeza no sólo de acciones, sino también de leyes y decisiones jurídicas. Epocas diversas se adhieren a teorías fundamentales como éstas, las formulan teniendo en cuenta sus condiciones de diferente modo, y las integran, si pueden, en sus teorías fundamentales de una forma teórica y consensualmente defendible. Esa tarea, que la Escuela española realizó de forma ejemplar, no la ha emprendido hasta ahora nuestra época, ni de forma global, ni parcial: quizá a diferencia de la época del clasicismo alemán. Si lo lograra, se comportaría en sintonía con el espíritu del iusnaturalismo español y haría con sus propios medios algo comparable.

En esta situación transitoria en la que ni se echa mano de forma directa a construcciones históricas, ni se es consciente de una propia construcción, conviene distinguir entre las capas más profundas de las teorías clásicas y las más exteriores, en las que se concretan en transitorios mandatos y prohibiciones. Entre las tesis fundamentales, que en mi opinión configuraban el iusnaturalismo español, dice la primera que hay criterios prepositivos de justicia, y que los cristianos relacionan esos criterios con un Dios, que ordena y prohíbe y que pide cuentas de sus decisiones sociales y políticas. Al aceptar y reformular esta muy compleja tesis, nos mantenemos en el espíritu de la teoría española del Derecho natural. La segunda afirma que aplicar o no aplicar el derecho no debe vincularse a la valoración o minusvaloración de personas o grupos, sean progresivos o no progresivos (así en *De Indis recenter inventis*). Una parte de las exigencias de los maestros españoles relativas a esa tesis se han trasladado entre nosotros a otros lugares, como por ejemplo a las reglas fundamentales del procedimiento jurídico. Al respetar principios como «*audiatur et altera pars*», «*nemo iudex in propria causa*» o «*tratar igual lo igual*», y al defenderlo frente a una inclinación, interesada o emocional, a dispensarlos, nos ponemos del lado de los maestros españoles de Derecho natural. En tercer lugar, la teoría española del Derecho natural parte del convencimiento de que el Derecho natural, y con él también el derecho, se basa en la razón. Se manifiesta de forma especialmente convincente en el intento de hacer derivar de principios superiores las normas de Derecho natural. Si en una época llevada de lo emocional podemos mantener la convicción de que derecho y razón coinciden, permanecemos en el espíritu del iusnaturalismo español que, conscientemente, se ha entendido a sí mismo como teoría del derecho. Por lo demás, nosotros hemos de fundamentar el orden jurídico al margen de una determinada moral y de una determinada fe, de manera que todo ciudadano pueda reconocerlo justo y equitativo al margen de sus convicciones y sin entrar en conflicto con ellas. La virtualidad de que el derecho vincule a seguidores de cual-

quier credo, no puede proceder de sí mismo. En ese sentido tienen razón los propugnadores de catálogos de valores fundamentales: tienen la voluntad de fundamentar el derecho en algo que precede al derecho. Pero eso que precede no puede ser una determinada moral, ni siquiera plural, pues las morales acaban en conflicto y el derecho debe concluir ese conflicto.

En ese sentido, incluso pragmáticamente, es plausible el interés por la moderna separación entre moral y derecho. Por razones de prudencia, nuestro derecho no es un orden de virtudes y de verdades, sino un orden de paz y de libertad. Grandes tradiciones, como por ejemplo la aquí mencionada, no se basan de manera directa en la moral, sino en la razón. Para el clasicismo español emana de una suprema *ratio vel voluntas*, y se dirige a la razón humana. A partir de ahí, un camino parece conducirnos a Wolff y a nuestro clasicismo. Ellos entendieron, en condiciones revolucionariamente modificadas, racionalidad como libertad; derecho y Estado como realización de la libertad. Todo ello constituyó la base de la teoría alemana del Estado. Partiendo de ahí no es extraña la idea de que derecho y razón coinciden, y que la razón exige el derecho. Pero además en la concepción de un iusnaturalismo clásico como el español podemos reconocer algo que nos es familiar. Nos vincula a ella, el que sea una teoría de la acción racional. Por el contrario, nos separa de ella que el contenido de conceptos como «naturaleza» y «razón» y «*res publica*» haya variado en los últimos cuatrocientos años. Tras el descubrimiento de la historia, el hecho de que la razón humana *tiene que servirse* de orientaciones históricas y sociales ha cobrado un gran peso apenas previsible. Lo que es recto no lo puede determinar la razón sin fijarse fines: para resolver problemas objetivos no sólo necesita orientaciones teóricas históricamente suministradas, sino también orientaciones prácticas (teleológicas). Estas se sitúan entre el derecho muy general, sobre el que nadie discute, y la decisión en las situaciones reales.

La ubicación histórica de la razón se muestra, entre otras cosas, en el hecho de que, para resolver problemas, se presentan por lo común alternativas que, abstractamente consideradas, son igualmente practicables, si bien es diversa la razón a favor o en contra de ellas, y ciertamente no tanto en razón del problema objetivo, como en vista de lo deseable o indeseable de los medios y de las consecuencias. Por eso es preciso, como vulgarmente se dice, saber lo que se quiere. Saber lo que se quiere significa algo análogo a la metafórica expresión «contar con puntos de referencia», lo que hoy designa algo así como una parte del significado de la expresión «razón finita» («comprensión previa», «entorno vital», «*social perception*», «*preconceptions*»). Quien utiliza la expresión «punto de referencia», está muy lejos de hablar con claridad. Alude vagamente a un manojo de preferencias social e históricamente suministradas que cumplen la función de mediar entre los principios superiores del Derecho natural, en todo caso evidentes, y las realidades históricas. Con ello, en tiempos de crisis, no se tiene sino dificultades. Dado que siempre se dan tales referencias y en cierta medida son accesibles a un control

de racionalidad, quizá debamos traducir hoy la expresión «obrar racionalmente», cuyo correlato era el objeto de la teoría española del Derecho natural, más o menos en estos términos: «obrar de acuerdo con el problema objetivo y conforme a orientaciones o referencias históricas, racionalmente controladas». El derecho moderno tiene la tendencia de hacer posible sólo ese tipo de acción. Y esa correlación entre derecho y acción racional se encuentra no lejos, si se dejan de lado las diferencias ya advertidas, de la vieja correlación académica entre ley positiva y lo justo por naturaleza.

Traducción del alemán de
Juan José GIL CREMADES