

DERECHO NATURAL CLÁSICO, MODERNO Y POSITIVISMO

CLASSICAL NATURAL LAW, MODERN NATURAL LAW AND POSITIVISM

José Justo Megías Quirós¹

RESUMEN

Durante siglos, el jurista supo descubrir, a partir de la realidad, exigencias jurídicas naturales que permitieron declarar lo que era justo o injusto. La Modernidad optó por abandonar la realidad como punto de partida y partir desde la razón abstracta y el consenso para fijar lo que debía ser tenido por justo universalmente. El positivismo contemporáneo ha optado por reducir toda posible justicia al contenido de las leyes consensuadas en el seno de la sociedad. Pero ¿sería posible retomar la senda de la recta razón para descubrir lo justo examinando la realidad humana?

Palabras clave: Derecho natural, realidad, razón, consenso, positivismo

ABSTRACT

For centuries, the jurist was able to discover from the natural reality that allowed legal requirements to declare what was right or wrong. Modernity chose to abandon reality as a starting point and go from abstract reason and consensus to determine what should be had for just universally. Contemporary positivism has chosen to reduce any possible justice to the content of the law's consensus within society. Would it be possible to return to the path of right reason to discover the just thing examining the human reality?

Keywords: Natural Law, Reality, Reason, Consensus, Positivism

En la literatura jurídica suelen ser frecuentes las alusiones descalificadoras hacia el derecho natural. Desde que el positivismo abriera la veda en el siglo XIX contra el iusnaturalismo racionalista de la Modernidad –sin faltarle razón-, la denostación general del derecho natural ha sido constante en todas las variantes actuales de la doctrina jurídica positivista, bien para negar su existencia, bien para negarle su carácter jurídico y desplazarlo al campo de la moral². Pero reducir el derecho natural a las propuestas de los pensadores modernos e ilustrados, como hizo el positivismo, supone ignorar toda la tradición jurídica occidental que tantos servicios prestó a la

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho. Departamento de Derecho Público. Universidad de Cádiz. Afiliación: Universidad de Cádiz, España. E-mail: osejusto.megias@uca.es

² Vid. una crítica a estos planteamientos en R.P. GEORGE, *Entre el Derecho y la Moral*. Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2009, pp. 27-121; J. CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, “Sobre el iuspositivismo que hemos de dejar atrás. Una crítica iusnaturalista a *Dejemos atrás el positivismo jurídico* de Atienza y Ruiz Manero”, *Dikaion*, n. 20, 2011/1, pp. 49-69.

sociedad antes del triunfo del racionalismo. Durante siglos, juristas y pensadores de todos los signos admitieron la existencia de un orden jurídico natural, complemento inseparable del derecho positivo. No lo entendieron como un orden ideal o teórico, sino real, cuyo conocimiento resultaba asequible a la razón a través de la contemplación de la propia realidad del ser humano y de cuanto le rodeaba.

1. HACIA EL DERECHO NATURAL EN EL PENSAMIENTO CLÁSICO

En Hesíodo se aprecian las primeras referencias a la existencia de ciertos límites a la voluntad del legislador humano. En su *Teogonía* afirmaba que de la unión entre Zeus y Themis nacieron la Paz, el Orden y la Justicia, a quienes correspondía corregir lo que los humanos desbarataban, y en *Los trabajos y los días* insiste en que eran los dioses quienes velaban para que siempre prevaleciera la justicia³. Pero nada decía de un orden natural, sino de lo que los dioses entendían por justicia. Tanto Themis como Diké representaban ideas de justicia superiores a cualquier disposición que pudiera establecer el hombre mediante sus leyes, pero se limitaban a recoger la voluntad de los dioses del Olimpo. Igual podían establecer la licitud del homicidio como su contrario, o la del robo, o la de la calumnia. Algo similar se puede afirmar de la *Antígona* de Sófocles. Convencida de la existencia de unas leyes superiores a la voluntad del rey, Antígona dio sepultura a su hermano y fue condenada a muerte, no sin antes manifestar ante el rey que sus decretos carecían de valor en la “región del Hades”⁴. Afirmaba así que el rey no podía imponer arbitrariamente cualquier norma a los súbditos, pero no apeló a un derecho natural común a la humanidad, sino a un orden superior establecido por los dioses⁵.

³ “¡Oh reyes! Tened en cuenta también vosotros esta justicia; pues de cerca, metidos entre los hombres, los Inmortales vigilan a cuantos con torcidos dictámenes se devoran entre sí, sin cuidarse de la venganza divina. Treinta mil son los Inmortales puestos por Zeus sobre la tierra fecunda como guardianes de los hombres mortales; éstos vigilan las sentencias y las malas acciones, yendo y viniendo, envueltos en niebla, por todos los rincones de la tierra. Existe una virgen, Dike, hija de Zeus, majestuosa y respetable para los dioses que habitan el Olimpo; cuando alguien, despreciándola con torcidas sentencias, al punto sentada junto a su padre Zeus, Crónida, canta la manera de pensar de hombres injustos para que el pueblo pague las locuras de los reyes, quienes maquinando cosas terribles, desvían el veredicto hablando de manera tortuosa”. HESÍODO, *Los trabajos y los días*, en *Obras y fragmentos*. Madrid, Gredos, 1983, L. I, 248-272. Vid. más extensamente, E. SOLARI, “Dike”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 14, 1996, pp. 14-21.

⁴ Creonte, sabedor de que Antígona ha desobedecido su decreto que contempla la pena de muerte para el que desobedezca-, le pregunta asombrado “Y, así y todo, ¿te atreviste a pasar por encima de la ley?”; Antígona respondió: “No era Zeus quien me la había decretado, ni Diké, compañera de los dioses subterráneos, perfiló nunca entre los hombres leyes de este tipo. Y no creía que tus decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que sólo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron... Puede que a ti te parezca que obré como una loca, pero, poco más o menos, es a un loco a quien doy cuenta de mi locura”. SÓFOCLES, *Antígona*, en *Áyax. Antígona. Edipo Rey*. Estella, Salvat-Alianza Editorial, 1969, p. 91. Vid., sobre el alcance jurídico de la obra de Sófocles, P. TALAVERA, *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*. Granada, Comares, 2006, pp. 91-129.

⁵ Cfr. E. SOLARI, “Dike”, cit., pp. 40-54. En el ámbito de la política práctica, tampoco Solón apeló para sus reformas judiciales y sociales en la Atenas de principios del siglo VI a.C. a un orden natural. Para establecer lo

En la literatura científica, tampoco en los cosmólogos (Tales, Parménides, Anaximandro, Heráclito, Pitágoras, etc.) hubo un adelanto en este sentido. La *physis* o naturaleza de la que hablan en los fragmentos de sus escritos que nos han llegado está contemplada en su vertiente puramente naturalista: les interesa el Cosmos, su origen, sus elementos, etc., pero no un orden jurídico propio del ser humano dentro de ese Cosmos. Quizá se pueda destacar que Pitágoras, Parménides, Anaximandro y Empédocles mencionaran un orden universal de justicia, aunque siempre entendido como el establecido por Diké. Heráclito también habló de la *physis* como una ley divina que ordenaban todo el universo y de la que se nutrían todas las leyes humanas; esa ley divina era lo único permanente que existía en el universo, todo lo demás estaba en continuo cambio y movimiento.

Ni siquiera los sofistas hicieron referencia al derecho natural en sentido estricto. Aludieron en sus enseñanzas a una justicia natural que podía ser distinta de la justicia legal, sin admitir un orden que debiera ser seguido con independencia de lo establecido por el *nomos*, sino tan sólo que la primera era conforme a la naturaleza y la segunda lo era a la ley humana, pero sin que ésta perdiera su valor si hubiera establecido algo disconforme con la naturaleza. Lo más que se podría decir de alguno de ellos es que abrieron la puerta al *naturalismo jurídico*: proponían vivir de acuerdo con la naturaleza, pero de acuerdo con una naturaleza fáctica, tal como lo hacen los animales⁶. Frente al relativismo antropocéntrico de Protágoras, que con su máxima “el hombre es la medida de todas las cosas” pretendía relativizar todo tipo de exigencias, surgieron una serie de sofistas como Hipias, Alcidas, Antifón, Gorgias, Calicles, etc., que reclamaban seguir lo estatuido por la naturaleza frente a lo establecido por el hombre mediante sus leyes. Admitían que la naturaleza, la *physis*, tenía algo que decir, pero no constituía un orden racional, sino instintivo⁷: se debía considerar como querido o establecido por la naturaleza lo que se producía de hecho en la vida, como, por ejemplo, que los fuertes sometieran a los débiles, pero, en última instancia, nada había por encima del *nomos*⁸.

que fuera más justo para la sociedad, se basó únicamente en el consenso. Este *sabio de Grecia* supo compaginar los intereses de clases de la Atenas de su época y llegar a acuerdos para evitar situaciones injustas (libertades, propiedades, composición del Consejo, formación de tribunales, participación política, etc.), pero en ningún momento se apoyó en un orden superior y natural que hubieran de acatar los atenienses irremediabilmente. Vid. J.A. ALMEIDA, *Justice as an Aspect of the Polis Idea in Solon's Political Poems*. Leiden-Boston, Brill, 2003.

⁶ Vid. S. RUS RUFINO, “Trasímaco y el derecho del más fuerte”, en *Mundos frágiles, tiempos difíciles. Ensayos de historia y política de la Antigüedad a la Modernidad*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2009, pp. 17-70.

⁷ Se aprecia claramente en Antífonte de Ramnunte cuando afirma en *Sobre la verdad*, Frag. I, B, col. II que “por naturaleza todos somos iguales en todo, bárbaros y griegos: es, en efecto, oportuno observar las satisfacciones naturales que son necesarias a todos los hombres; todos proveemos a ellas del mismo modo y en todo esto ninguno de nosotros es distinto como bárbaro ni como griego; pues todos respiramos por la boca y la nariz y todos comemos con las manos”. Cfr. V. RAMÓN PALERM, “Antífonte de Ramnunte y la cuestión antifonteá”, *Habis*, n. 27, 1996, pp. 37-38.

⁸ Sobre estas consideraciones vid. más detenidamente J.J. MEGÍAS QUIRÓS, “Cuando las apetencias se convierten en derechos”, *Persona y Derecho*, n. 56, 2007, pp. 139-155.

Un ejemplo paradigmático de este modo de pensar lo tenemos en Sócrates. Él sí creía en un orden superior, pero sólo podía tener aplicación entre los humanos cuando hubiera sido recogido en sus leyes. Una sentencia, aunque fuera injusta como la que recayó sobre él, si era legal –por su procedimiento y su contenido–, se convertía en algo indiscutible. Así lo asumió su discípulo Platón, que no realizó incursión intelectual sobre la posibilidad de un orden jurídico superior al *nomos*: existía una idea de Justicia (en el mundo de la Ideas), pero el único derecho a disposición del hombre era el que se daba la sociedad a sí misma y que se concretaba en las normas correspondientes⁹.

Aristóteles fue el primero en poner unas bases sólidas para entender y explicar un orden natural propio del hombre y garantía de su pleno desarrollo. El conocimiento metafísico de la realidad permitiría comprender lo que es *normal* en cada ser, lo que *debe ser* –aunque a veces excepcionalmente no lo sea–, captando de este modo lo que le es natural y permitiendo comprender el *modo de ser* de cada cosa y su finalidad o finalidades. Con este conocimiento desterraba el naturalismo jurídico anterior, que nos proponía aceptar como natural todo lo que predominaba de hecho en la vida del hombre, fuera adecuado o no a su naturaleza racional. Aristóteles proponía conocer a la persona humana tal como era, su modo de ser, su finalidad, sus inclinaciones, etc., trascendiendo lo puramente físico; nuestra inteligencia, partiendo de la persona real, sería capaz de conocer su “esencia” y concluir un universal¹⁰. Esa esencia humana no era ideal –como había afirmado Platón–, sino que podía apreciarse en cada persona real y, tras el proceso de conocimiento, ser accesible a nuestra mente. Una vez captado el modo de ser de la persona y sus fines, la razón sería capaz de descubrir las exigencias naturales que le eran propias¹¹. Era la razón la que permitía al hombre encontrar el término medio y acomodar su actuación a lo justo mediante la prudencia. Para el Estagirita, el derecho no era un orden de justicia como lo podemos entender hoy día, constituido por lo que se establezca mediante normas, sino *lo justo* concreto (*to dikaion*), lo que los romanos llamarían más tarde *ius*: lo que corresponde (las cosas) concretamente a cada uno. Pero sí estableció una distinción entre lo justo legal y lo justo natural, que serviría para establecer posteriormente una diferenciación entre los órdenes que regulaban la vida humana. Lo justo natural –nunca mencionó la ley natural– era lo que nos correspondía a cada uno atribuido por la naturaleza,

⁹ Cfr. W. OLIVARI, “Sobre la justicia en el libro *La República* de Platón”, en *Prolegómenos: derechos y valores*, n. 21, 2008, pp. 99-108.

¹⁰ Cfr. J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho natural*. Pamplona, Eunsa, 1996, pp. 55-59.

¹¹ Aristóteles introdujo un cambio sustancial en el modo de entender la justicia, que dejó de ser un orden cósmico de los dioses (*diké*) para ser entendida principalmente como una virtud humana (*dikaiosyne*): la inclinación de dar a cada uno lo suyo. Por ello, para hacer justicia era necesario previamente conocer el derecho –lo de cada uno; es decir, sin conocer a quién corresponde cada cosa –sin conocer el derecho– no se puede hacer justicia. Con esto ponía de manifiesto que no existía un orden ideal de justicia –al estilo platónico– previo a la ley o al derecho, sino que eran la naturaleza y el acuerdo humano –atendiendo a la realidad– los que atribuían las cosas y así debía quedar recogido en el orden jurídico de la sociedad. Vid. más extensamente, J.C. MUNIELO COBO, *La invención del derecho en Aristóteles*. Madrid, Dykinson, 2011.

mientras que lo justo legal era lo que nos atribuían las leyes de la polis, por simple acuerdo humano –atendiendo a la realidad– y que no podía contravenir lo que la naturaleza nos había atribuido¹².

Desde estos postulados resultaba sencillo concluir que el nomos, las normas positivas, debían establecer su regulación social siempre de un modo respetuoso hacia lo justo natural o, al menos, no podía establecer algo que le fuera contrario. Así en su *Ética a Nicómaco* (lib. V, c. 7, 1134b) afirmaba que “en el derecho político, una parte es natural, y la otra es legal. Es natural lo que, en todas partes, tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones de los hombres; es legal todo lo que, en principio, puede ser indiferente de tal modo o de modo contrario, pero que cesa de ser indiferente desde que la ley lo ha resuelto”. Existiría, por tanto, un derecho natural –lo justo por naturaleza– que quedaría al margen de las opiniones de los ciudadanos de la polis, pues regiría en todos los lugares en los que se dieran las mismas circunstancias y sería igual de justo en todas partes por atender a lo que es propio de la naturaleza del hombre¹³. Junto a él coexistiría un derecho propio de cada polis, formado por las normas (*nomoi*) aprobadas por el legislador o avaladas por el consenso de los ciudadanos o la tradición. En todas ellas juega un papel principal la voluntad humana, y ésta puede variar en cada polis y en cada periodo histórico, por ello es propio del derecho positivo que varíe de lugar a lugar¹⁴. No discurrirían uno y otro por vías distintas y separadas en el devenir social, sino que constituirían partes integrantes del único orden jurídico que debía regular la sociedad.

Los pensadores estoicos (Zenón, Crisipo, Panecio, Posidonio, etc.) dieron un paso más en este terreno al dedicar algunas obras al estudio y concreción de la ley natural. Más moralistas que juristas, ofrecieron la primera explicación en profundidad de la relación entre ley natural –no el derecho natural– y razón natural. El Universo, creado por el Logos divino a partir de un sustrato material ya existente, no fue abandonado a su suerte, sino que el propio Logos lo dotó de una Ley que regulaba su funcionamiento y permitía el desarrollo armónico de todo lo creado. Esta ley –única para todo lo creado– se hacía asequible al conocimiento humano a través de la razón natural, sin necesidad de más ayuda que sus propias facultades: el hombre estaba naturalmente dotado para conocer el orden de la naturaleza y seguirlo¹⁵. En la medida en que la razón natural conocía

¹² Vid. S. RUS RUFINO, “La función práctica del *nomos* en la *Política* de Aristóteles”, en *Mundos frágiles, tiempos difíciles*, cit., pp. 103-137; J. VEGA, “Aristóteles, el Derecho Positivo y el Derecho Natural”, en *Anuario de Filosofía del Derecho* XXVII (2011), pp. 281-320.

¹³ Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona, Eunsa, 2008., pp. 489-490. El realismo predominante en la doctrina aristotélica impide que esta naturaleza humana pueda ser considerada en abstracto: hay que considerarla de forma inseparable con la realidad circundante.

¹⁴ Tanto el derecho natural como el derecho positivo constituirían verdaderos órdenes jurídicos, es decir, serían verdaderos Derechos como diríamos hoy, por lo que tan aplicable y exigible serían el uno como el otro en las relaciones intersubjetivas que tuvieran lugar en la polis. El derecho natural no era sencillamente una idea abstracta que debiera orientar en la elaboración del positivo, sino un derecho vigente y complementario de éste.

¹⁵ Cfr. J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., pp. 62-64.

rectamente ese orden, en que captaba rectamente lo establecido por la Ley eterna, el hombre podía conocer lo que era más adecuado a su naturaleza, así como las pautas que debía seguir en su comportamiento. Por eso los estoicos la llamaban *recta razón*, la razón que descubría y mostraba lo que nos era natural y nos permitía, por tanto, alcanzar nuestra felicidad (los fines propios del ser humano). La propuesta de los estoicos consistió en que el hombre viviera conforme a lo dispuesto por el Logos divino para él, tanto en lo jurídico como en lo moral; a esta parte de la ley eterna propia del hombre la llamaron más tarde ley natural¹⁶. Pero no mencionaron el derecho natural.

El pensamiento estoico continuó vivo entre los juristas romanos gracias, sobre todo, a divulgadores como Cicerón y Séneca. Para Cicerón, el fundamento de toda ley se encontraba en última instancia en la naturaleza del hombre; la ley positiva tan sólo constituía la concreción de lo que venía exigido por la ley natural. Esta ley –impresa en el hombre (*De inventione* II, 53)– representaba el orden estatuido por el Logos y podía ser conocida mediante la razón natural (*De legibus* I, 6 y II, 4), sirviendo de guía para alcanzar los fines propiamente humanos: quien desobedece las exigencias de la ley natural –quien ignora los dictados de la recta razón– se niega a sí mismo como persona, se aparta de su propio modo de ser y se acerca más al modo de ser de los animales. Afirmaba así que existían comportamientos, acciones, exigencias, etc., que eran justas o injustas por naturaleza, sin que un acuerdo humano pudiera convertirlas en lo contrario (*De legibus* I, 16). Se trataba de exigencias universales que, al ser asequibles a la razón, común a todos los hombres, podían ser conocidas por todos: sólo el error de la razón o la mala voluntad podrían apartarnos de ellas¹⁷.

Fue Séneca quien poco después utilizó la expresión *ius naturae* para referirse al orden cósmico –las leyes naturales– que regía todo el Universo sin distinción entre unos seres y otros. Para referirse al verdadero derecho natural, como el orden jurídico común a todos los hombres y sólo a los hombres, utilizó la expresión *ius gentium*¹⁸. Reflejaba la nebulosa entre dos órdenes jurídicos, el natural y el de gentes, que ya se apreciaba en los juristas coetáneos¹⁹. Estas expresiones cobraron relevancia con la llegada masiva de *peregrini* a Roma. El derecho civil, que sólo regulaba las relaciones entre ciudadanos romanos, se mostró insuficiente en una sociedad a la que llegaban cada

¹⁶ Fue un primer paso en la exposición de la ley natural que precisó posteriormente algunas matizaciones. La explicación estoica confundía ley eterna y ley natural, lo que suponía admitir que la misma y única ley regía a los hombres y a los demás seres, y que sólo había una diferencia de grado (no esencial) en esa ley establecida para todos los seres: para los más desarrollados tenía una parte –que podían conocerla mediante su razón– y para los menos desarrollados tenía otra parte, que cumplían instintivamente por estar impresa en ellos. Cfr. J.M. RIST, *La filosofía estoica*. Madrid, Crítica, 1995, pp. 182-227.

¹⁷ Vid. extensamente J.M. DEL POZO, *Cicerón: conocimiento y política*. Madrid, CEC, 1993.

¹⁸ Se refiere, por ejemplo, a poder vender lo que previamente se ha comprado (*De beneficiis* I, 9), a respetar las embajadas diplomáticas (*De ira* III, 2), etc.

¹⁹ La confusión perduraría hasta los últimos siglos de la Edad Media. Cfr. F. CARPINTERO, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Madrid, Encuentro, 2008, pp. 40-46.

día más extranjeros y se hizo necesario buscar un orden jurídico aplicable a todos por igual. Así surgieron las referencias al *ius naturae* y al *ius gentium* como un orden que podía ser conocido por la razón natural, y que –al ser común a todos los seres humanos, contenía exigencias universales, válidas tanto para los ciudadanos romanos como para los extranjeros. Con el tiempo, este nuevo orden cumplió también la misión de rellenar las lagunas del propio derecho civil romano –apelándose para ello a la *ratio naturalis* como fundamento- y acomodar las instituciones jurídicas que habían quedado desfasadas. Este modo de proceder trajo consigo la dulcificación de algunas normas e instituciones ancestrales del derecho romano²⁰.

Cuando hacemos referencia a los juristas romanos para analizar estas cuestiones siempre aludimos a un pequeño grupo (Celso, Gayo, Ulpiano, Paulo, etc.), no porque fueran los únicos jurisprudentes importantes, sino porque fueron los autores más citados en el *Digesto* y en las *Instituciones*²¹. De los aproximadamente nueve mil fragmentos que recoge el *Digesto*, un 40% pertenece a Ulpiano y un 15% a Paulo, mientras que las *Instituciones* siguieron el modelo de la obra que con el mismo nombre elaboró Gayo unos siglos antes²². En estos juristas, aunque no en todos, se aprecia la división del derecho en natural, de gentes y civil y, lejos de transmitirnos una visión unitaria del primero, nos legaron varias concepciones que podían entrañar, incluso, contradicciones entre sí. Para Celso, Paulo, Gayo, etc., el hombre –mediante su razón era capaz de captar unos principios de justicia evidentes que le obligaban en su comportamiento. El derecho natural, por tanto, constituía un orden jurídico superior a la voluntad humana, del que se podían extraer soluciones justas para aquello que no encontraba solución en el derecho civil. Esos principios o exigencias jurídicas –eminentemente prácticas- no eran creadas por la razón, sino descubiertas al contemplar la naturaleza humana en el marco de la realidad histórica concreta, siendo de aplicación directa en las causas judiciales planteadas en el foro de Roma²³. El hecho de que su fuente fuera directamente la razón natural –y no la voluntad humana- le daba una superioridad sobre el derecho civil o positivo, pues se entendía que la razón descubría algo bueno y justo en sí para un caso concreto. Si hubiera contradicción entre ambos órdenes, el derecho positivo perdería su valor, debiendo ser modificado en el sentido indicado por la razón natural²⁴.

²⁰ Las instituciones modificadas fueron aquellas que de acuerdo con las circunstancias de una civilización anterior podían haber aparecido como normales, pero que con el paso del tiempo la razón las mostraba como inhumanas (determinadas normas penales y sus penas, por ejemplo).

²¹ Cfr. R. DOMINGO, “La jurisprudencia romana, cuna del Derecho”, en *Ex Roma ius*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 19-54.

²² Cfr. R. DOMINGO, “La jurisprudencia romana...”, cit., pp. 56-65.

²³ Esta concepción puede apreciarse en Paulo: “La palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como el derecho natural; otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el derecho civil” (D. 1, 1, 11). *Corpus Iuris Civilis*. Edición de P. Krueger y Th. Mommsen. Dublin-Zürich, Apud Weidmannos, 1973, vol. I.

²⁴ En este sentido, Gayo había puesto ya en varias ocasiones expresamente de manifiesto que una institución de derecho civil no podía limitar o eliminar un derecho que correspondiera a un ciudadano por derecho natural; por

Gayo –al igual que Séneca no utilizó la expresión *ius naturae* para referirse a ese orden superior, sino *ius gentium*: “Todos los pueblos que se gobiernan por leyes y costumbres, usan en parte su derecho peculiar, en parte el común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo estableció para sí, es propio de la ciudad y se llama derecho civil, como derecho propio que es de la misma ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, es observado por todos los pueblos y se denomina derecho de gentes, como derecho que usan todos los pueblos. Así, pues, el pueblo romano usa en parte de su propio derecho, y en parte del común de todos los hombres” (*Inst.* I, 1). Las características de este *ius gentium* o natural son similares a las aristotélicas²⁵: no sólo es un derecho que existe realmente, sino que además se debe aplicar en los tribunales romanos cuando los casos presentados por los litigantes lo requieren para dar una solución justa y eficaz; es asequible a la razón natural y es universal como lo es ésta y, por tanto, común a todos los pueblos; por el contrario, el derecho civil procede de la voluntad legítima de cada pueblo y, por ello, es propio de cada pueblo según sus características y necesidades. Lo que establece el derecho natural tiene que ser por fuerza justo y bueno (por equivocación se podría atribuir algo al derecho natural sin serlo), mientras que el derecho positivo puede establecer algo que sea injusto, careciendo en este caso de valor en cuanto se aprecie su injusticia²⁶.

Ulpiano, sin embargo, vino a complicar en cierta medida lo que parecía estar claro para los otros juristas. Definió el *derecho natural* como aquello que la naturaleza enseñaba a todos los animales, incluido el hombre: “el derecho natural es el derecho propio de todos los seres vivos, hombres, animales de la tierra y del mar, y las aves del cielo” (D. 1, 1, 11). Podía interpretarse, por tanto, que estaría formado por todas las inclinaciones naturales de las criaturas, cada una según su propia naturaleza, claro está. Esta definición entrañaba cierto riesgo, pues, del mismo modo que se podía considerar natural el respeto mutuo entre las personas, por ejemplo, también se podría considerar natural que el más fuerte sometiera al más débil según su voluntad²⁷. Junto a esta

ejemplo, afirmó que “aquellas obligaciones que contienen una prestación natural no se extinguen con la capitisdisminución porque el derecho civil no puede alterar los derechos naturales; así, la acción de dote subsiste aún después de la capitisdisminución, porque está referida a lo que es bueno y justo” (D. 4, 5, 8). A diferencia de lo que hoy defiende el positivismo, Gayo entendió que la norma válida (formal) del derecho civil perdía sin problemas su validez si de su aplicación derivaba una justicia defectuosa, sin que para ello hubiera que iniciar un procedimiento específico de derogación. Este modo de proceder era posible gracias al método tópico que los jurisprudentes romanos utilizaban para resolver los problemas jurídicos que se plantearon en su sociedad: se partía del problema y se le buscaba la mejor solución posible, con independencia de cuál fuera su fuente, formal o material.

²⁵ Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 493-495.

²⁶ Una exposición más amplia en J.J. MEGÍAS QUIRÓS, “La consolidación del derecho subjetivo en el periodo postclásico romano”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. XX, 2003, pp. 189-206.

²⁷ Además entrañaría otra dificultad, que lleva más tarde a los escolásticos de Salamanca a desdeñar la definición de Ulpiano, y es que si admitimos que el derecho natural es lo que la naturaleza enseña a todos los animales, tendríamos que admitir que el derecho no es algo exclusivo del hombre y como podemos fácilmente comprobar, los perros no tienen derechos ni obligaciones; si de las acciones de los animales derivaran consecuencias jurídicas, éstas siempre recaerían sobre sus dueños. El mismo Ulpiano rechaza en D. 9, 1, 1 que los animales puedan ser

definición tan amplia del orden natural, apelaba también a un *derecho de gentes* propio y exclusivo del género humano, común a todos los hombres, pero sólo a los hombres. Esto es lo que hace pensar que el orden al que se había referido anteriormente como derecho natural no era propiamente un orden jurídico, sino el orden cósmico de los estoicos, reflejado en los instintos peculiares de cada ser vivo. Es cierto que el ser humano también tiene instintos naturales, al igual que los animales, pero ahí terminan las coincidencias, pues, mientras que los animales no pueden moderar sus tendencias naturales, el hombre sí puede gracias a la razón que le gobierna. Su *ius gentium* debe ser entendido, por tanto, como el verdadero orden jurídico natural, común a todo ser humano y conocido a través de la razón natural.

2. APORTACIONES DEL CRISTIANISMO AL MUNDO JURÍDICO

El pensamiento romano se había nutrido en gran medida de las filosofías griegas, filosofías que habían ofrecido patrones de comportamiento social, ético y jurídico a los griegos tras la desaparición de la polis. El cinismo, el epicureísmo, el estoicismo, etc., habían aportado una concepción del hombre y unos patrones de conducta social y personal de gran relevancia durante los tres siglos previos a la llegada de Cristo. Pero en el siglo I de nuestra Era comenzó a expandirse otra doctrina, el cristianismo, que poco a poco eclipsó a las anteriores. Aunque aceptó gran parte de la filosofía estoica, también aportó una visión novedosa para el mundo jurídico, en particular sobre el modo de ver a Dios como regidor del mundo, así como una renovada concepción de la persona y de la naturaleza humana²⁸.

Para el cristianismo, Dios era un Ser personal –inconfundible con lo creado– que había estatuido un orden propio para el hombre, al que dotó de razón para conocerlo y de libertad para cumplirlo o desobedecerlo. Ambas facultades o cualidades permitían el dominio de la persona sobre sí misma, imprescindible para poder hablar de derecho y no de simples leyes físicas (de necesario cumplimiento)²⁹. Pero la libertad natural no se podía confundir con un arbitrio infinito e indeterminado, sino que debía ser ejercida sin violentar la propia naturaleza humana, patrón para fijar criterios de justicia y normas de actuación propias del hombre. La razón natural sería capaz de

capaces de derecho.

²⁸ Cfr. F.A. GARCÍA ROMERO, “Apuntes sobre el conflicto entre fe y razón en los orígenes del cristianismo”, *Asidonense*, n. 2, 2007, pp. 265-271 y 329-336.

²⁹ El hecho de que el Antiguo Testamento recogiera algunos preceptos de derecho natural, en ocasiones manifestados expresamente por Dios, hizo que algunos autores confundieran el derecho natural con el derecho divino positivo. Sin embargo, uno y otro constituyen órdenes distintos, aunque, en parte, coincidan sus contenidos. Todos los mandatos expuestos para el pueblo judío constituyen derecho divino positivo, pero no natural. Sin embargo los mandamientos 4º a 8º del decálogo, y otros preceptos como “amarás a tu prójimo como a ti mismo” (Levítico 19, 18), o “guárdate de hacer jamás a otro lo que no quisieras que otro te hiciese a ti” (Tobías 4, 16), etc., son preceptos de derecho natural, exigibles también a los no judíos.

captar, de intuir, cómo somos, cuáles son nuestros fines y cómo conseguirlos de forma adecuada y suficiente. Aunque se reconocía que estaba dañada, se advertía que no lo estaba hasta el extremo de tener que rechazar las inclinaciones impresas en ella. Ahora bien, lo puramente biológico no constituía criterio suficiente para justificar una decisión o un modo de vivir; lo que brota espontáneamente del modo de ser, instintivamente, es suficiente sólo para los animales, no para un ser racional como el ser humano³⁰. El ser humano dejaba de ser un simple individuo más de su especie para convertirse –a todos los efectos en un ser con valor en sí mismo, cuyas necesidades no se agotaban en el ámbito de lo material. De este modo, a cada ser humano –único e irrepetible- no se le valoraba por pertenecer a una especie superior, sino por sí mismo, por ser lo que era –una persona- y por su fin trascendente³¹. Todo ser humano, en cuanto ser humano, era igual a lo demás por naturaleza y sólo las circunstancias reales –sociales, políticas, económicas, etc. podían originar el establecimiento de diferencias. No se trataba de una igualdad biológica de todos los hombres – como habían defendido Antifonte e Hipias, sino de una igualdad jurídica natural: nadie era más persona que nadie ni podía tener más derechos o deberes por naturaleza, aunque las circunstancias concretas podían hacer que fuera lícito permitir o introducir legalmente algunas diferencias³².

Entre los primeros pensadores cristianos no hubo grandes juristas, ni siquiera grandes filósofos, si exceptuamos a san Agustín. Más bien eran teólogos o moralistas que, preocupados por el bien de su *grey*, trataron de transmitir la doctrina de un modo asequible, y para ello se sirvieron de la filosofía compatible con el cristianismo. No trataron sobre el derecho natural, sino sobre la ley natural, coincidiendo en mayor o menor medida en las siguientes afirmaciones de sabor claramente estoico: existe una ley natural común a todos los hombres, impresa en su naturaleza, universal e inmutable; dicha ley, asequible a la razón, fue establecida por Dios como guía para que el hombre pudiera distinguir entre el bien y el mal y alcanzar sus fines naturales; su transgresión implicaría una injusticia (o, al menos, una inmoralidad), por lo que las leyes humanas sólo obligarían en conciencia si respetaban sus exigencias³³.

San Agustín, con una altura filosófica mayor que sus predecesores pero poco interés por los temas jurídicos, defendió que el orden que reinaba en el Universo no era fruto del azar ni resultado de la lucha entre el Bien y el Mal, sino que se trataba de un orden eterno –una ley eterna- establecido

³⁰ Cfr. J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., pp. 82-108.

³¹ Vid. sobre esta cuestión E. FERNÁNDEZ RUEDA, “La naturaleza humana y la crisis del presente”, *Asidonense*, n. 3, 2008, pp. 163-179, en especial pp. 164-169.

³² Así se aprecia en la Carta de san Pablo a Filemón, enviada a través del esclavo que había huido de su dueño. Pablo le dice a Onésimo, al que ha tenido oportunidad de conocer y convertir en Roma, que tiene la obligación de volver con su dueño, pero a éste –también cristiano- le pide que lo trate como si fuera él mismo, pues por naturaleza merece todo el respeto que corresponde a cualquier otro ser humano. La esclavitud respondía a circunstancias concretas de la época, no a una causa universal e inmutable.

³³ Vid., por ejemplo, M. CORREA, “Influencia del cristianismo en la evolución del derecho romano hacia el derecho natural en materia de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, n. 7, 1980/1-6, pp. 502-518.

por el Creador. Junto a esta ley existía otra de origen también divino, pero establecida propiamente para el hombre y contenida en la primera, aunque esencialmente distinta: la ley natural era, respecto de la ley eterna, lo que es la imagen reflejada en el espejo respecto del objeto real. Objeto y reflejo parecen lo mismo, pero no se confunden, son distintos. Esa ley natural resultaba fácilmente cognoscible, al menos en los principios evidentes, para toda persona con uso de razón, y, aunque, sus exigencias eran conocidas como lo debido, ello no restaba libertad para cumplirlas o desobedecerlas: no existía el determinismo³⁴. Sin embargo, la ley natural no bastaba para hacer posible la sociedad, se necesitaba de leyes humanas para asegurar la paz social, leyes que exigieran al ciudadano todo lo que fuera necesario para hacerla posible y prohibiera todo lo que la hiciera inviable. Tenían el objetivo de conseguir buenos ciudadanos, no ciudadanos santos ni heroicos.

El pensamiento cristiano alcanzó la mayor trascendencia jurídica con Justiniano. La empresa de recopilación acometida por sus juristas en primer tercio del siglo VI imprimió una óptica cristiana al derecho y a las leyes que debían regir en el Imperio de Oriente, seleccionando, ordenando, armonizando e interpolando textos a fin de cambiar el sentido de algunas de las *sentencias* formuladas por ilustres jurisprudentes, de modo que resultara un derecho acomodado a la época y al sentir cristiano³⁵. Entre los cambios introducidos por los juristas en el *Corpus Iuris Civilis* tuvo especial relevancia el nuevo sentido que se otorgó al derecho de gentes, orden al que pertenecían algunas instituciones jurídicas no deseables, pero necesarias para la sociedad en determinadas situaciones: la propiedad privada y, en especial, la esclavitud se toleraban para evitar un mal mayor, pero nada más. Ulpiano y Florentino ya habían afirmado que la esclavitud pertenecía al derecho de gentes³⁶, y tal afirmación no era extraña en estos juristas, pues el derecho de gentes aparecía en sus dictámenes confundido con el derecho natural, como un orden común a todos los hombres y propio solamente de los hombres. Sin embargo, la reconstrucción jurídica llevada a cabo bajo la influencia cristiana sacaba la esclavitud del orden natural para llevarla a un orden humano o, al menos, dependiente en gran medida de la voluntad humana, aunque muy próximo al natural. Así se configuraba de forma definitiva el triple escalonamiento del derecho que se utilizaría durante gran parte de la Edad Media, distinguiendo entre derecho natural, de gentes y civil.

El derecho recogido como natural en el *Digesto* y en las *Instituciones* seguiría siendo el derecho más importante, necesario para lograr una sociedad justa, y no sólo organizada. Contenía

³⁴ La libertad no suponía que no hubiera condicionantes a la hora de plantearse el cumplimiento de la ley natural; lo que no había era un seguimiento involuntario de la misma.

³⁵ Cfr. R. Domingo, “La jurisprudencia romana...”, cit., pp. 56-65.

³⁶ También lo afirmó Hermogeniano –jurisprudencia postclásica– de modo indirecto: al reconocer que al derecho de gentes pertenecían las guerras y que ésta era la causa de la esclavitud, no podía extraerse otra conclusión de sus afirmaciones más que también la esclavitud venía permitida por ese mismo orden jurídico. Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, cit., pp. 496-497.

las exigencias y principios universales que, de ser respetados, harían posible una sociedad justa. Por ello, resultaba impensable que en él tuvieran cabida aquellas instituciones que rozaran algún tipo de injusticia, como las guerras, la esclavitud, la división y separación de los pueblos, la división de las propiedades, etc., que forzosamente tenían que pertenecer a otro orden jurídico. Dado que los textos originales de los juristas más importantes afirmaban lo contrario, no hubo más remedio que introducir interpolaciones en algunos de ellos para cambiar su sentido, textos como D. 50, 17, 32 (que aludía a la igualdad de todos los hombres por naturaleza)³⁷ o D. 12, 6, 64 (que aludía al derecho de gentes como causa de supresión de la libertad natural)³⁸.

En el *Digesto*, el origen del derecho natural se atribuye a la Providencia divina, siendo un orden universal e impregnado de moralidad, lo que permitía no sólo distinguir entre lo justo e injusto, sino también entre lo honesto y lo deshonesto³⁹. Sin embargo, el derecho de gentes, siendo también un orden universal para todos los pueblos, se hacía depender simultáneamente de la voluntad humana, por lo que constituiría un derecho intermedio entre el natural y el puramente positivo⁴⁰. Esta situación intermedia quedó reflejada en un texto de las *Instituciones* que recoge dos grupos de instituciones jurídicas, unas contrarias al derecho natural y otras acordes⁴¹. En él se afirma que el derecho de gentes es un orden común al género humano que establece exigencias propias del hombre que vive en sociedad, no en el estado presocial. Por ello, algunas de sus instituciones permanecen como antes sin contrariar el derecho natural (“contratos como la compraventa, el depósito, el mutuo y otros innumerables”) y otras han debido ser modificadas –por alguna razón social hasta el punto de contrariar el derecho natural (“las guerras, el cautiverio y la esclavitud”); éstas se muestran como las soluciones menos injustas a determinados problemas sociales. J. Hervada explica de modo muy acertado que lo que se produjo en realidad fue una confusión en el pensamiento de la época a la hora de caracterizar las instituciones de derecho de gentes. Todas ellas, las acordes o contrarias al derecho natural, constituyen propiamente invenciones humanas, pero eran tan acertadas y válidas para solucionar unos problemas generalizados que podían aparecer a la razón como la solución natural. Serían soluciones extraídas *razonablemente* a partir de la realidad

³⁷ “Por derecho civil, los esclavos no son personas, pero no por derecho natural, pues por lo que respecta al derecho natural, todos los hombres son iguales”. Loc. cit.

³⁸ “Si un dueño pagó su deuda a un esclavo después de manumitido, aunque lo hiciera creyendo que se le podía reclamar aquella deuda por alguna acción, no podrá repetir, pues cumplió una obligación natural. Como la libertad es de derecho natural y la esclavitud ha sido introducida por el derecho de gentes, (...)”. Loc. cit.

³⁹ Por tanto, si se admitiera que pertenecen al derecho natural instituciones que conllevan cierta injusticia como las guerras o la esclavitud, sería tanto como admitir que Dios –origen del derecho natural- establece injusticias.

⁴⁰ Serían instituciones que atendían a necesidades humanas propias de un momento histórico y en determinadas circunstancias, instituciones que –algunas de ellas- podían repugnar a la razón natural, pero que si no fueran aceptadas de esa forma se originarían unas consecuencias más negativas para la sociedad, y más repugnantes para la razón natural. Así, si no se aceptara la esclavitud como mal menor, se tendría que proceder, por ejemplo, al exterminio de los enemigos de guerra.

⁴¹ *Instituciones* I, 2, 2.

concreta, pero no ajenas a las influencias culturales de la época, soluciones en las que debía primar fundamentalmente la consecución de un resultado justo o, en su defecto, el menos injusto de los posibles. Por ello, en lugar de admitir que el derecho de gentes introdujo las guerras y la esclavitud, sería preferible afirmar que, debido a que éstas se producían inevitablemente, no hubo más remedio que introducir una regulación para hacerlas lo menos injustas posibles y aminorar así el daño a la sociedad y a sus miembros⁴².

Con idénticas imprecisiones fue recogida la clasificación del derecho por san Isidoro de Sevilla en *Etimologías* y en *Sentencias*, en las que trató de compaginarlas entre sí. El derecho natural constituía un orden universal que exigía siempre lo justo y prohibía lo injusto; a él pertenecían, por ejemplo, el matrimonio, la educación de los hijos, la sucesión hereditaria, la posesión común de los bienes, la libertad de todos los hombres, el dominio del hombre sobre todo lo creado, la restitución del depósito y la legítima defensa⁴³. Sin embargo, el derecho de gentes no era completamente universal, sino un derecho que *ordinariamente* usaban todos los pueblos, como, por ejemplo, la ocupación, construcción o fortificación de las plazas fuertes, las guerras, los cautiverios, la esclavitud, las reintegraciones a la patria, las alianzas de paz y las treguas. Su posible universalidad respondía a que la solución jurídica encontrada al problema real era tan acertada que prácticamente todos los pueblos o una gran parte de ellos la habían aceptado como obligatoria. El derecho de gentes tenía un origen claramente humano en el pensamiento isidoriano, razón por la que no puso objeciones a que pudiera cambiar de un lugar a otro o con el transcurso del tiempo o, incluso, que tuviera cabida en él alguna institución contraria al derecho natural, como podía ser la esclavitud o la prohibición del matrimonio con extranjeros.

3. GLOSADORES, DECRETISTAS Y ESCOLÁSTICOS MEDIEVALES

La inestabilidad política en la parte occidental del Imperio y el progresivo deterioro de la de Oriente condicionó el pensamiento al principio de la Edad Media. La cultura quedó a salvo en el interior de los monasterios, pero no fuera de sus muros. Sólo a partir del siglo X comenzó de nuevo a extenderse, como patrimonio de todos los hombres, y ello contribuyó al florecimiento de las primeras Escuelas jurídicas. El primer centro de estudios jurídicos de relevancia fue la Escuela de Bolonia, iniciada en el siglo XI por Irnerio. Este ilustre maestro reunió en torno a sí a un grupo de alumnos que aprendieron el derecho a partir del *Corpus Iuris Civilis* por ser el derecho vigente. Su actividad –y la de sus discípulos– consistió fundamentalmente en adecuar mediante glosas los textos

⁴² Cfr. J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., pp. 111-114.

⁴³ Cfr. *Etimologías* V, IV. Ed. Bilingüe. Madrid, BAC, 2004.

justinianeos a las necesidades de la época, en introducir aclaraciones y las modificaciones necesarias para que unos textos con más de cuatro siglos permitieran seguir haciendo justicia⁴⁴. Menos frecuentes, pero también de cierto relieve, fueron las *Sumas*, breves recopilaciones de los textos considerados más importantes, a los que se añadían en ocasiones las opiniones del jurista que las elaboraba. Junto a estos juristas, expertos en el *Corpus Iuris Civilis*, comenzaron a destacar otros que trabajaban sobre las normas canónicas, aceptadas también en los tribunales para resolver los conflictos. A partir del *Decreto* de Graciano⁴⁵, autor de la recopilación de los cánones vigentes que dio lugar al *Corpus Iuris Canonici*, los decretistas utilizaron el mismo método exegético que los legistas utilizaron con el *Corpus Iuris Civilis*.

A los glosadores debemos el mérito de recuperar los textos jurídicos antiguos y transmitirlos a la posteridad; si bien sus comentarios no fueron de gran altura filosófica, al menos hicieron viable que otros juristas más tardíos contaran con el material necesario para elaborar doctrinas jurídicas de mayor envergadura. Junto a Irnerio, destacaron como glosadores Acursio, Placentino, Búlgaro y Azo, entre otros. Sus ideas sobre el derecho natural no son unánimes, pero sí muy próximas. Generalmente defienden que el derecho sólo es propio del hombre, pues no se puede reducir a puro instinto y los animales sólo cuentan con sus instintos para obrar⁴⁶. No establecen una clara diferenciación entre el derecho natural y el derecho de gentes. Entienden que el primero es de origen divino en última instancia –fue Dios quien creó la Naturaleza–, pero asequible a la razón a partir de nuestra propia naturaleza, sin necesidad de revelación. El segundo, en cambio, es un derecho humano porque interviene la voluntad humana en el establecimiento de su contenido, llegando a recoger entre sus instituciones algunas odiosas y contrarias al derecho natural, pero necesarias por las circunstancias históricas concretas, lo que lo convertían en un orden muy próximo al derecho natural. Por último, el derecho positivo, el derecho que sólo depende de la voluntad humana, tiene como única limitación el ajustarse a las exigencias del derecho natural, y podrá regular todo aquello que sea preciso para lograr una convivencia pacífica y para facilitar las relaciones entre los ciudadanos.

Los juristas posteriores (Bartolo, Baldo, Bellapertica,...), conocidos como *comentadores* –no sólo glosaban– de los textos del *Corpus Iuris Civilis*, tampoco se extendieron en mayores disquisiciones y aceptaron como válidas y compatibles entre sí las diversas concepciones. Entre

⁴⁴ Vid. F. CARPINTERO, “*Mos italicus, mos gallicus* y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica”, *Ius Commune*, n. VI, 1977, pp. 108-171, en especial pp. 113-121.

⁴⁵ Cada colección de cánones recogida en su recopilación contaba con su opinión personal *dictum* expresada al principio o al final de la misma, comentario que incluía lo más relevante o algún dato de especial interés. Complicó en cierta medida la intelección del derecho natural –o dio pie a ello por parte de sus comentadores, pues entre sus comentarios vino a afirmar que el derecho natural se contenía en las Sagradas Escrituras.

⁴⁶ No obstante, en algunos de estos juristas, fruto de la confusión originada por el texto de Ulpiano, se admite un derecho natural general y otro especial; el primero sería común a hombres y animales, mientras que el segundo sería exclusivo del hombre. Cfr. J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, cit., pp. 119-127.

estos juristas de la Baja Edad Media, solamente Pedro de Bellapertica identificó el *ius naturale* con el derecho de gentes, ampliando así de forma extraordinaria el contenido del derecho natural, consecuencia de la ampliación de la noción misma de tal derecho⁴⁷. En la otra vertiente del derecho, la canónica, el *Decreto* de Graciano complicó en cierta medida la intelección del derecho natural, pues afirmaba que el derecho natural se contenía en las Sagradas Escrituras. La confusión se originó porque, siendo cierto que una parte del derecho natural estaba contenido en estos textos, sin embargo a su afirmación habría que realizar dos matizaciones: ni todo el derecho natural estaba contenido en las Sagradas Escrituras, ni todo el derecho contenido en éstas era derecho natural, sino que se contenía también un derecho divino positivo directamente establecido por Dios para el pueblo judío que nada tenía que ver con el natural⁴⁸.

El siglo XIII fue espectador del florecimiento de teólogos, en ocasiones de gran altura filosófica y jurídica, que también se pronunciaron sobre el derecho y la justicia. En su mayoría, enseñaron en la Universidad de París, convertida en uno de los centros del saber más importantes de la cristiandad. Sobresalieron dos escuelas de pensamiento, una franciscana y otra dominica, aunque destacaron también otros pensadores ajenos a estas órdenes religiosas⁴⁹. El rasgo más diferenciador entre una y otra fue la inclinación de los franciscanos hacia el voluntarismo y de los dominicos hacia el intelectualismo, con notable influencia del pensamiento aristotélico en éstos últimos.

Para el intelectualismo existía un escalón insalvable entre el hombre y los demás seres a causa de la racionalidad, exclusiva del primero. Los animales podían parecer más o menos inteligentes, como se suele decir en términos coloquiales, pero jamás podrían llegar a alcanzar la verdadera inteligencia, propia del ser humano y que le permitía conocer lo necesario para vivir *humanamente*; la voluntad y los sentimientos deberían estarles sometidos: cuando se conoce, se puede querer lo conocido –no antes–, y cuando se conoce lo verdadero, la voluntad debería inclinarse hacia ello. En este cometido ayuda la recta razón, que no sólo conoce lo que hay de bueno

⁴⁷ ¿Por qué no fue aceptada esta visión de Bellapertica por los demás? Porque de haber admitido que todo lo alcanzado mediante el raciocinio humano natural constituía derecho natural, tendrían que haber admitido por completo que las guerras, la esclavitud o la propiedad se fundamentaban de igual forma en este derecho, y esta posibilidad les repugnaba. Cfr. F. CARPINTERO, *Historia breve del derecho natural*. Madrid, Colex, 2000, pp. 91-93

⁴⁸ No obstante, en Graciano el derecho natural aparecía como un derecho universal e inmutable, fácilmente cognoscible porque provenía de las inclinaciones naturales del hombre, que podía conocerlo mediante su razón: se trataba de un orden instituido por Dios para la criatura racional, que sólo tenía que descubrirlo. Sus comentadores –entre los que destacaron Rufino, Esteban de Tournai, Juan Teutónico y, especialmente, san Raimundo de Peñafort– llegaron a ofrecer hasta cinco definiciones del derecho natural, pero no aportaron claridad, sino más bien confusión.

⁴⁹ Entre estos últimos, destacó Guillermo de Auxerre. Aunque admitió, como fue frecuente en su época, tres tipos de derecho natural, entendía sin embargo que en sentido estricto el derecho natural era lo dictado como justo por la razón natural, ayudándose de unos principios evidentes y de las conclusiones próximas extraídas por la razón a partir de ellos.

o justo para el hombre en alguna cosa o en alguna acción, sino que además impera a la persona para que siga lo bueno y justo y evite lo malo e injusto, aunque la libertad le permite evitar el seguimiento a ciegas de esos dictados de la razón⁵⁰. Para el voluntarismo, en cambio, es la voluntad la que asume –con prioridad sobre la razón la dirección de la vida humana. Según su modo de entender la vida, la razón es una potencia humana que se limita a conocer todas las posibilidades de elección y presentarlas ante el sujeto, pero no le exige nada a éste en atención a la bondad o maldad de las cosas, sino que le deja absoluta libertad⁵¹.

3.1. LA ESCUELA FRANCISCANA

El franciscano más representativo del voluntarismo moderado fue Juan Duns Escoto. Afirmó que las cosas no tenían una bondad o maldad intrínseca, sino que eran buenas o malas porque se había querido que fuera así. De hecho, la realidad externa al ser humano y en la que se desenvolvía su vida cotidiana nada podía aportar sobre la juridicidad, pues las cosas reales no servían para medir lo justo o lo injusto⁵². En concreto, el derecho natural –lo justo natural- consistía en exigencias y prohibiciones establecidas por la voluntad divina: al ordenar algo, lo había convertido en justo, mientras que con la prohibición lo convertía en injusto⁵³. A primera vista podría parecer que cabía la arbitrariedad divina al estatuir el orden jurídico natural, pues todo parecía depender de su libérrima voluntad ilimitada. De haber sido así, no se podría hablar de derecho natural, sino solamente de derecho divino positivo, pues ninguna de las exigencias contenidas en él respondería a razones objetivas de bondad o maldad, sino a pura voluntad divina: lo querido era justo, lo prohibido era injusto. Escoto no tuvo dificultad en afirmar que no había peligro de arbitrariedad, pues Dios era la Suma Bondad y jamás exigiría algo que pudiera suponer un mal para el hombre: siempre exigiría lo bueno y prohibiría lo malo, aunque hubiera podido hacerlo de otra manera. Es decir, su perfección en el amor era la razón de que siempre quisiera –y ordenara- lo que era justo y detestara –y prohibiera lo que era injusto, conformando así el orden natural⁵⁴. Pero, sin

⁵⁰ Cfr. M. MAURI, *El conocimiento moral*. Madrid, Rialp, 2005, pp. 15-100.

⁵¹ Cfr. J. HERVADA, *Síntesis de la historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona, Euns, 2006, pp. 47-53.

⁵² Afirma Carpintero que “Duns, normalmente opuesto de formas muy expresas a las tesis tomistas, diseñó un ser humano puesto por Dios en el mundo, ya acabado, ya dotado de sus potencias; es un ser que no depende de su entorno, en el que él no se reconoce, y que más bien ha de dominarlo. Para él, la naturaleza es lo que “está ahí” o lo que está ya dado, que opone resistencia al esfuerzo humano, y no ve conexiones entre la persona y el medio en el que vive, porque le parece indigno que un ser racional deba depender de un entorno material. Al desarraigar al hombre de su entorno, el hombre queda solitario en el interior de un medio que le es extraño cuando no hostil. Desaparece la visión de lo natural como un conjunto de causas segundas en el proceso de la Creación, y las realidades naturales, en cuanto naturales, no nos crean *deberes*: la creación del deber es únicamente una prerrogativa de Dios”. “Persona, derecho, judicatura”, en F. CARPINTERO y M.C. LONDOÑO (coord.), *El derecho a la justicia imparcial*. Granada, Comares, 2012, p. 13.

⁵³ Cfr. F. CARPINTERO, *La ley natural...*, cit., pp. 117-133.

⁵⁴ Encontramos una dificultad en su pensamiento a la hora de determinar el contenido del derecho natural,

quererlo, dejó una puerta abierta para que el voluntarismo radical convirtiera el derecho natural en un orden arbitrario.

Guillermo de Occam fue el representante del voluntarismo radical. Su filosofía no sólo fue crítica, sino destructiva. Empeñado en defender al emperador Luis II de Baviera frente a las pretensiones del Papa, enfocó todo su quehacer a este objetivo⁵⁵. Su nominalismo le llevó a la negación de los universales, por lo que el hombre sólo existía en singular: no existía una naturaleza racional común a todos los seres humanos, sino seres humanos concretos e individuales con su naturaleza racional. Negado el universal, pasó a negar que pudieran existir normas comunes, pues nada se podría extraer a partir de una inexistente naturaleza común. Por tanto, lo que la razón ordena o prohíbe no puede extraerse de la naturaleza humana, sino que responde a la voluntad divina o a las órdenes de nuestra conciencia⁵⁶. Su ley natural y su derecho natural se redujeron a puro voluntarismo divino, a pura arbitrariedad, porque la voluntad de Dios carecía de límites. La ley natural estaba impresa en el hombre, pero sólo era una guía para conocer la voluntad divina, no una razón de la bondad o maldad de las cosas o de las acciones. El derecho natural exigía lo que Dios había querido que fuera justo y prohibía lo que había querido que fuera injusto, pero al margen de ello no existía más razón de justicia: la razón no podía juzgar, sólo mostrar esa voluntad divina para obedecerla.

3.2. LA ESCUELA DOMINICA: TOMÁS DE AQUINO

Se podría considerar a Alberto Magno como iniciador de esta escuela dominica, pero correspondió a su discípulo Tomás de Aquino ocupar el lugar más destacado dentro de ella. San Alberto, que dedicó gran parte de su tiempo al cultivo de las ciencias naturales, criticó la variedad de definiciones de derecho natural recogidas en los textos hasta el momento: sólo existía un derecho natural, propio y exclusivo del ser humano, y éste podía conocerlo mediante su razón. Se trataba de unos principios evidentes y unas conclusiones inmediatas que servían de guía para el obrar práctico de la persona.

dificultad derivada de su escasa formación jurídica, y es que identificó el derecho natural con el decálogo. El derecho natural en sentido estricto consistiría según Escoto en los tres primeros mandamientos, mientras que en sentido amplio incluiría los siete restantes. Tal como hemos advertido anteriormente, no todo el decálogo constituye derecho –tiene una parte exclusivamente moral- y, además, es propiamente derecho divino positivo, aunque su contenido coincida con el derecho natural.

⁵⁵ Aunque se haya tratado de negar este objetivo (vid. N. LÓPEZ CALERA, “Guillermo de Ockham y el nacimiento del laicismo moderno”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 46, 2012, pp. 263-280), su actitud tras ser llamado a Avignon para explicar algunas de sus tesis y sus obras posteriores no dejan lugar a dudas.

⁵⁶ Cfr. F. CARPINTERO, *La ley natural...*, cit., pp. 133-140.

El pensamiento jurídico de su discípulo, Tomás de Aquino, es más completo y en él aparece una clara distinción entre derecho y ley y, por tanto, entre derecho natural y ley natural. Al primero se refirió en la *Secunda Secundae* de la Suma Teológica, mientras que a la ley le dedicó las cuestiones 90 y siguientes de la *Prima Secundae*. El derecho natural –expuesto en el *Tratado de la prudencia* y, especialmente, en el *Tratado de la justicia* es más amplio que la ley natural. En la III, q. 57, art. 1 ad 2, expuso que “la ley no es exactamente el derecho sino que, hablando con propiedad, es sólo una cierta causa del derecho”⁵⁷. El derecho o *ius* no se reducía a la ley –natural o positiva, sino que aparecía como una realidad más compleja, motivo por el que no se contentó con aludir a los *primeros principios*, sino también a las inclinaciones naturales del hombre y –novedad entre los teólogos a la jurisprudencia romana.

Fue uno de los pensadores que mayor claridad aportó sobre la ley natural. “La criatura racional, entre todas las demás, está sometida a la providencia divina de una manera especial... Participa, pues, de la razón eterna; ésta le inclina naturalmente a la acción debida y al fin. Y tal participación de la ley eterna en la criatura racional se llama ley natural”⁵⁸. Se trata de una ley impresa en la naturaleza humana, de ahí que nos incline naturalmente a actuar de una determinada manera, y es la razón natural la que nos facilita conocer su contenido. Existe una ley universal o eterna, que constituye el orden establecido de modo imperativo por la sabiduría divina –por la razón divina- para el gobierno de todas las criaturas y de todo lo existente en el universo⁵⁹. Y existe una ley natural que constituye el orden establecido por la razón divina específicamente para la criatura humana⁶⁰, orden comprendido dentro del orden universal. Dios la estableció para el hombre, pero de tal modo que éste podía elegir entre someterse voluntariamente a ella o rechazarla; este modo específico lo diferencia esencialmente del resto de los seres que pueblan la tierra, sometidos de modo instintivo a la ley eterna y que de lo único que disponen para obrar es de unos instintos impresos en su naturaleza que no le permiten obrar de otra manera. Como acertadamente expone J.

⁵⁷ “Et ideo lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris”. *Suma Teológica*. Ed. dirigida por F. Barbado. Madrid, BAC, 1947-60.

⁵⁸ III, q. 91, art. 2: “Inter cetera autem rationalis creatura excellentiori quodam modo divinae providentiae subiacet, inquantum et ipsa fit providentiae particeps, sibi ipsi et aliis providens. Unde et in ipsa participatur ratio aeterna, per quam habet naturalem inclinationem ad debitum actum et finem. Et talis participatio legis aeternae in rationali creatura lex naturalis dicitur”.

⁵⁹ Esa ley se llama eterna porque existe en Dios –que es eterno; no existe en el tiempo, como existen nuestras leyes humanas –al igual que todo lo creado que cobran vida en un momento histórico y lo pierden posteriormente dependiendo de las también históricas necesidades humanas. Una consecuencia de su existencia en Dios es que esa ley eterna es cognoscible sólo en la medida en que es cognoscible Dios; por ello se puede afirmar que no es cognoscible directamente, como tampoco lo es Dios, sino a través de las cosas creadas: en ellas apreciamos el orden que la sabiduría divina quiso instituir para todo el universo. Cfr. J. HERVADA, *Síntesis de la historia de la ciencia del derecho natural*, cit., pp. 34-35.

⁶⁰ Afirma Hervada que “la ley natural es aquel conjunto de dictados de la recta razón que mandan aquellas conductas adecuadas a la naturaleza del hombre y prohíben las contrarias. Tal ley es natural, porque es producto de la razón natural, esto es, de la razón en cuanto naturalmente capta las conductas exigidas por la naturaleza del hombre y las que son contrarias a ella”. *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, cit., p. 504.

Hervada, a diferencia de lo que habían defendido los estoicos, ley eterna y ley natural aparecen en santo Tomás como dos modos distintos de ser de la misma ley: en cuanto está en Dios es ley eterna, mientras que en cuanto de ella participa el hombre –en cuanto está impresa en nuestra naturaleza– es ley natural. No existe entre ellas solamente una diferencia gradual, sino esencial, con dos modos de ser distintos, aunque el contenido de la ley natural sea idéntico a una parte del contenido de la ley eterna.

El principio más importante de la ley natural es el que ordena “hacer el bien y evitar el mal”. La razón de ello está en que el hombre, por naturaleza., busca los fines más adecuados a su modo de ser, fines que se le aparecen como “buenos”. Es la razón natural la que descubre esos fines cuando el hombre se pregunta sobre sí mismo, sin proponérselo de modo específico, y –una vez descubiertos le insta a conseguirlos. Lo primero que percibe es que debe hacer el bien, aunque después no lo haga por un error al identificar lo que es bueno, o por la influencia de una pasión en el momento de actuar o, sencillamente, porque su libertad le permite elegir lo contrario. Las demás exigencias de la ley natural –morales y jurídicas se fundan en esa primera, de modo que la razón nos mostrará como *deber* aquello que conoce como bueno y nos prohibirá aquello que conoce como malo. Algunas exigencias de esta ley natural son evidentes por sí mismas (no condenar a un inocente, no desear para los demás lo que no se desea para sí, dar a cada uno lo que le corresponde, etc.) y nadie puede ignorarlas, salvo que la razón esté *averiada* o la hayamos alterado voluntariamente para que concluya con error⁶¹. Junto a los principios evidentes, y partiendo de ellos, puede la razón extraer otros por conclusión que pueden ser más difíciles de conocer, pero no imposible⁶².

Junto a esos principios que sirven de guía para el actuar práctico, la razón natural cuenta también con las inclinaciones naturales del ser humano, que al estar inscritas en nuestra naturaleza aparecerán como algo bueno. Por ejemplo, desde la inclinación a la conservación de la especie la razón concluye la necesidad de la unión estable de varón y mujer para formar la familia, para el cuidado mutuo y de los hijos, etc. La actuación que, derivada de una de esas inclinaciones, se adecúe al modo de ser de la persona será percibida por la razón como correcta, mientras que, si fuera contraria, causaría una percepción negativa, como algo rechazable. Corresponde a la razón práctica, por tanto, valorar si se debe seguir o rechazar lo que nos brota instintivamente, pues, aunque los

⁶¹ Esto ocurriría, por ejemplo, cuando un terrorista asesina a una persona por el simple hecho de ser militar, o tener determinada ideología, etc. En este caso, se ha corrompido de tal manera su razón voluntaria o involuntariamente que esas personas se le aparecen subjetivamente como no inocentes. Su razón seguirá aplicando el principio de no condenar a una persona inocente, pero de modo incorrecto porque lo que percibe mal es la realidad sobre la que lo tiene que aplicar. Cfr. J. HERVADA, *Síntesis de la historia de la ciencia del derecho natural*, cit., pp. 35-42.

⁶² Afirmaba santo Tomás que podrían resultar más difíciles de conocer para los menos capacitados, pero nunca para los dotados de una inteligencia normal. Lo que sí puede suceder es que, al necesitar del discurso racional, se produzca un error durante el desarrollo discursivo y lleguemos a una conclusión errónea.

instintos son buenos, el hombre no se reduce a puro instinto natural⁶³. De ahí que el papel de la razón –imprescindible– no se reduce a conocer o captar esas inclinaciones, sino a moderarlas de acuerdo con nuestro propio modo de ser que también es captado de forma nítida.

Tanto las tendencias naturales como los primeros principios de la ley natural, en cuanto que responden a las tendencias propias y exclusivas de la naturaleza racional, son igual de inmutables que ésta, de modo que sólo podrían cambiar si ésta cambiara. Por ello, nunca podríamos afirmar que es justo evitar el bien, hacer el mal, condenar a inocentes, quedarnos con lo que pertenece a otros, etc. Sin embargo, en las conclusiones o principios segundos sí que se podría originar algún cambio porque éstos pueden no depender exclusivamente de la naturaleza, sino también de las circunstancias históricas concretas⁶⁴.

Pero como ya hemos adelantado, santo Tomás diferenciaba entre ley y derecho, considerando a la primera tan sólo una causa más del segundo. El derecho, más amplio, era entendido como “lo justo”, el *to dikaion* aristotélico⁶⁵, ya fuera de modo natural o positivo: “El derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada al hombre de dos maneras. Primera, atendida la naturaleza misma de la cosa; por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto; y esto es derecho natural. Segunda, por convención o común acuerdo, es decir, cuando alguno se manifiesta satisfecho con recibir tanto; y esto puede realizarse de dos formas: por un convenio privado, como el que se constituye mediante un pacto entre personas particulares; o por convención pública, v.gr., cuando todo el pueblo consiente en que algo se considere como adecuado y ajustado a otro, o cuando lo ordena así el príncipe que tiene a su cargo el cuidado del pueblo y representa su persona. Y esto es derecho positivo”⁶⁶. Es decir, para Tomás de Aquino el derecho natural sería “lo justo natural”, aquello que es adecuado al hombre por naturaleza o “atendida la naturaleza misma de la cosa” y su propio modo de ser, sin que medie acuerdo de los hombres para fijar esa adecuación. Junto a este derecho encontramos otro tipo de derecho en el que la voluntad humana es determinante, aquel que ha sido fijado mediante pactos porque “la naturaleza de la cosa” y el propio modo de ser no exige un único

⁶³ El hombre no nace con ideas o conocimientos innatos, sean del tipo que sean, sino que su razón posee desde un principio la capacidad de discernir lo bueno y lo malo, y al mismo tiempo capta que debe seguir lo primero y rehusar lo segundo.

⁶⁴ En este último caso, el cambio se puede producir de dos maneras. Una primera es porque la ley natural incide sobre lo que es contingente, permitiendo varias posibilidades de hacer algo; si ante esta situación se produce una ley positiva justa que determina cuál de ellas es la válida, desde ese momento es como si se hubiera añadido otra exigencia a la ley natural por la que se prohíben las otras alternativas. El segundo modo de mutación es que puede ser que, dadas las circunstancias históricas concretas, sólo cabe una conclusión posible; pero puede producirse un cambio tal en las circunstancias históricas que la conclusión anterior pierda vigencia (resulte incorrecta para esas nuevas circunstancias) y haya que extraer una nueva conclusión adecuada a la nueva realidad. Propiamente no cambia la ley, sino que sus exigencias cobran vigor o lo pierden temporalmente en atención a las circunstancias.

⁶⁵ Cfr. F. CARPINTERO, *La ley natural...*, cit., pp. 54-114.

⁶⁶ II-II, q. 57, a. 2.

modo de establecer o fijar lo que es justo; en este caso es la ley –el pacto público– el que establece lo justo, siempre que no se extralimite de las posibilidades que permiten las exigencias naturales⁶⁷. Si no fuera necesaria la ley –o no existiera, corresponde al pacto privado entre las partes que se relacionan jurídicamente establecer lo que se debe tener por justo entre ellos, es decir, el derecho de cada uno. Realizada esta distinción, advierte Tomás de Aquino –como era usual en su época que uno de los criterios para conocer lo que es justo es la ley natural, es decir, que una de las vías para conocer lo que es justo naturalmente consiste en atender a lo establecido por los primeros principios que puede descubrir la razón práctica –evidentes por sí mismos, a las conclusiones que la razón pudiera extraer a partir de ellos y de las inclinaciones naturales⁶⁸.

Ahora bien ¿todas las conclusiones que se puedan extraer razonablemente desde los primeros principios constituirían derecho natural? Se aprecia en esta cuestión una falta de claridad por parte de santo Tomás, y parece que lo hizo intencionadamente para salvar el estatuto jurídico del derecho de gentes, es decir, para poner a salvo la justificación de las conclusiones próximas a aquellos principios fundamentales que no terminaban de gustarle, pero que eran de gran relevancia para la paz social, como podría ser la legitimidad de la propiedad, de la guerra, de la esclavitud, etc. El artículo 3 de la cuestión 57 de la III, en el que santo Tomás se pregunta expresamente por la posible identificación entre derecho natural y derecho de gentes, nos puede aportar alguna luz al respecto. En la *responsio* de este artículo indica el de Aquino que el derecho o lo justo natural es aquello que por su naturaleza es adecuado a otro, pero que esta adecuación puede producirse de dos maneras. Una de ellas se produce cuando la razón considera algo *absolutamente*; en este caso no cabe otro modo posible de adecuación entre los dos términos relacionados, como por ejemplo, la adecuación natural del varón y la mujer⁶⁹. De una segunda forma, algo es “naturalmente adecuado a otro” no según una consideración *absoluta*, sino *secundum quid*, es decir, en atención a *algo* que se debe conseguir porque, por ejemplo, reporta más paz y beneficio para la sociedad, como es el

⁶⁷ Debe entenderse que esa “naturaleza de la cosa” viene dada por el orden natural, por ello la ley no puede extralimitarse. La ley humana tiene como fin la tranquilidad de la sociedad, de modo que puede cohibir los actos externos de los ciudadanos en la medida en que así evita alterar la paz de la sociedad (I-II, q. 96, a. 2 y q. 98, a. 1); pero nunca puede hacerlo de modo contrario a ese orden natural estatuido por Dios (I-II, q. 93, a. 3 ad 3).

⁶⁸ Vid., sobre la concepción del derecho natural en santo Tomás, J.J. MEGÍAS QUIRÓS, *Derecho natural y propiedad. Una relación inestable*. Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1994, pp. 83-132.

⁶⁹ “Respondeo dicendum quod, sicut dictum est, ius sive iustum naturale est quod ex sui natura est adaequatum vel commensuratum alteri. Hoc autem potest contingere dupliciter. Uno modo, secundum absolutam sui considerationem: sicut masculus ex sui ratione habet commensurationem ad feminam...” Cfr. loc. cit. Sólo tendrían consideración de derechos naturales aquellos que se adecuaban a “la naturaleza de la cosa”, y como en este caso la “cosa” de referencia es el “hombre”, sólo serían derechos naturales los que se adecuaban a la naturaleza humana. En definitiva, sería derecho natural aquello que es justo respecto de la naturaleza del hombre y que le permita alcanzar sus fines propios. Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*, cit. p. 503. Hay que señalar que estos derechos naturales no pueden ser entendidos como derechos subjetivos, como facultades, sino bienes o cosas adecuadas al hombre.

caso de la propiedad privada, que asegura más paz social y más producción⁷⁰. Esta segunda forma, es decir, considerar la adecuación de *algo* atendiendo a lo que con ello se consigue es también propio de la razón y por eso decimos también que es natural al hombre, porque es su razón natural la que ha encontrado esa solución como la más adecuada atendiendo a lo real concreto. Y al llegar a este punto, inmediatamente introduce el texto de Gayo en el que afirmaba que lo captado por la razón natural era llamado derecho de gentes: “lo que la razón natural constituyó entre todos los hombres, que es observado por todos y se llama derecho de gentes”⁷¹. Siguiendo su discurso se concluye que fue el derecho de gentes el que introdujo la propiedad privada, las guerras, los contratos, etc., como si se tratara de un derecho natural *secundum quid*: sería *natural* porque sus exigencias proceden del discurso igualmente *natural* de la razón humana, aunque quepan otras posibilidades. Si el *quid* cambia, también podría cambiar la exigencia porque la razón aprecia ese cambio⁷².

Al filo de este modo de entender lo que es natural al hombre –de un modo absoluto o en relación a algo, Lottin mantuvo que al derecho natural tomista pertenecían únicamente los *primeros principios*⁷³, repartiéndose las conclusiones extraídas a partir de ellos entre el derecho de gentes –las más próximas– y el derecho positivo. Sin embargo, no han faltado quienes entendieron que también las conclusiones *secundum quid* quedaban dentro del derecho natural, distinguiendo en santo Tomás un segundo tipo de derecho natural, el *permisivo*; éste vendría a estar constituido por el derecho humano que no se opone a los primeros principios del derecho natural o a las conclusiones adecuadas *absolute*. Esta fue la posición de teólogos y juristas ante el problema de fundamentar licitud de la propiedad y de la esclavitud: relegaron estos institutos jurídicos, en el mejor de los casos, al derecho natural *permisivo*, que no era propiamente derecho natural. Entonces ¿se podría identificar ese derecho natural permisivo con el derecho de gentes? Las obras de los autores medievales son tan extensas y, a veces, tan desordenadas que según la cita que tomemos, de un mismo autor, el derecho natural se limitaba o se ampliaba considerablemente. Tomás de Aquino siguió esta actitud confusa y por ello afirmó Lindhart que su derecho de gentes permaneció en el círculo del pensamiento de los juristas romanos, en una zona intermedia entre el derecho natural y el derecho positivo⁷⁴, apreciación que debería ser extendida a los juristas y teólogos hasta finales del siglo XVI.

⁷⁰ “Alio modo aliquid est naturaliter alteri commensuratum non secundum absolutam sui rationem, sed secundum aliquid quod ex ipso consequitur: puta proprietates possessionum”. Cfr. *ibidem*.

⁷¹ “Considerare autem aliquid comparando ad id quod ex ipso sequitur, est proprium rationis. Et ideo hoc quidem est naturale homini secundum rationem naturalem, quae hoc dictat. Et ideo dicit Gaius iurisconsultus: “Quod naturalis ratio inter homines constituit, id apud omnes gentes custoditur, vocaturque ius gentium”. Cfr. *ibidem*.

⁷² Si la adecuación se produce exclusivamente en atención a la voluntad humana, está claro que será derecho positivo puramente, distinto, por tanto, de los anteriores.

⁷³ Cfr. *Le droit naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*. Bruges, Beyaert, 1931, pp. 7980.

⁷⁴ “Zum rechten Verständnis der Texte ist es auch wichtig, sich gegenwärtig zu halten, welche juristische

4. HACIA LA MODERNIDAD

Los últimos años del siglo XV fueron testigos de la escisión del pensamiento jurídico – especialmente a partir de la Reforma luterana, tanto entre los propios juristas como entre los teólogos. Entre los juristas comenzó a prevalecer la corriente del *mos gallicus* frente al *mos italicus* de los comentaristas de Bolonia⁷⁵ y, aunque se continuaba partiendo del *Corpus Iuris Civilis*, no se trató tanto de acomodar sus textos a las necesidades jurídicas de la época como de conseguir su depuración filológica: se intentó reconstruir los textos originales, limpios de todas las interpolaciones medievales⁷⁶.

Junto a ellos encontramos en la Universidad de Salamanca a los continuadores de la Escolástica. En ella se dedicó a la docencia Francisco de Vitoria tras su formación en la Universidad de París. Su método de enseñanza se fundamentó en los comentarios realizados a la *Suma Teológica* de santo Tomás, por lo que la concepción del derecho de éste permaneció viva hasta principios del siglo XVII en todos los escolásticos, aunque se fuera desvirtuando poco a poco. Vitoria compaginó ideas medievales y premodernas, y ello se aprecia, por ejemplo, en su visión del derecho de gentes, identificado más tarde con el Derecho Internacional, razón por la que se le conoció como el fundador –junto a Hugo Grocio– de esa rama jurídica. Además, no sólo se planteó la diferenciación entre derecho natural, derecho de gentes y derecho civil, sino que también realizó la distinción de las acepciones del término *derecho* tal como las entendemos hoy.

Junto a Vitoria, habría que destacar por su fidelidad al pensamiento aristotélico-tomista al dominico Domingo de Soto. En sus enseñanzas siguió la metodología de su maestro, sirviéndose de la *Suma Teológica* para realizar sus comentarios⁷⁷. Algo más distanciado de Vitoria, y más próximo al pensamiento moderno, estuvo Luis de Molina. Se formó en la Universidad de Évora y

Gegenstände Thomas dem ius gentium zuteilt: *iustae emptiones... pacta servanda... proprietates possessionum, servitus...* Thomas bleibt also im Zirkel des Römischen Rechts”. Cfr. *Die Sozialprinzipien des heiligen Thomas von Aquin*. Freiburg im Breslau, Herder, 1932, p. 107.

⁷⁵ Vid. F. CARPINTERO, “*Mos italicus, mos gallicus* y Humanismo racionalista”, cit., pp. 121-171.

⁷⁶ Entre los juristas más destacados encontramos a Alciato, Budaeus, Connanus, Duarenus, Donellus, Cujacius, etc. Vid. M.J. RODRÍGUEZ PUERTO, *La Modernidad discutida. ‘Iurisprudencia’ frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*. Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1998.

⁷⁷ La ley natural, impresa por Dios en la naturaleza humana, contiene los principios prácticos evidentes, por los que nadie puede desconocerlos a menos que no funcione bien su razón o ponga empeño en desconocerlos. Todos y cada uno de esos principios, como “haz a otros lo que deseas que ellos te hagan a ti y semejantes”, son principios razonables, es decir, no responden a un simple capricho divino, sino que encierran en sí mismos su razón de bondad y justicia. El derecho natural se sirve de ellos, como un criterio más, para poder establecer lo que es justo naturalmente, lo que nos es adecuado y nos corresponde a cada uno conforme a la naturaleza y la realidad del momento. Todo lo demás, que requiere de intervención o consentimiento humano, constituiría derecho positivo. Vid., más extensamente, Á. APARISI MIRALLES, *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*. Granada, Comares, 2007.

allí ejerció como profesor durante quince años. Fue, entre los escolásticos, el más jurista, redactando extensos comentarios sobre cuestiones de derecho civil. Aunque pretendió continuar con el tomismo, se aprecia en él ya con nitidez el manejo de las nociones modernas. Sin descartar la consideración del derecho como lo justo o la cosa justa, utilizó al mismo tiempo la expresión *ius* para referirse a las facultades que corresponden a las personas, también naturalmente. Por ello, el derecho natural podía ser entendido como un orden, lo adecuado o lo justo por naturaleza y, al mismo tiempo, como un conjunto de derechos naturales⁷⁸.

Más cercano aún a la Modernidad fue Francisco Suárez, a quien se atribuye la introducción en el pensamiento católico de las ideas modernas que ya circulaban desde principios del siglo XVI en los ambientes protestantes. En él se compagina el derecho entendido como la cosa justa propiamente –tal como lo entendía la tradición romanista y el derecho como facultad sobre la cosa justa, de este modo lo justo natural podría ser entendido no sólo como lo adecuado por naturaleza al ser humano, sino también como los derechos que le corresponden a éste por naturaleza: los derechos naturales. El orden natural objetivo existe y es cognoscible mediante la razón⁷⁹ –al igual que los derechos-, pero la voluntad adquiere mayor protagonismo que en el pensamiento de sus antecesores, pues de ella depende el que esas exigencias o principios descubiertos por la razón terminen recogidos en las leyes. La ley comenzaría así –también entre los pensadores católicos- a sustituir al derecho como vía para conocer lo que es justo en la sociedad, acercándose de esta manera a las posiciones que terminarían originando el positivismo jurídico: era la ley la que establecería, sin lugar a dudas, lo que debía ser considerado justo o injusto.

Sin embargo, el acontecimiento determinante fue la Reforma protestante, que terminaría originando una escisión en el terreno jurídico entre protestantes y católicos. Para Lutero la naturaleza humana no estaba dañada o debilitada, como se había venido manteniendo, sino que estaba corrompida, y esa corrupción la invalidaba como fuente segura del conocimiento acerca de lo que correspondía al ser humano como tal, de sus fines, de cómo debía comportarse, etc. Es decir, ni la razón natural podía mostrarnos a partir de nuestra naturaleza lo que era justo, ni la voluntad podía inclinarnos hacia lo adecuado⁸⁰. El hombre contaba con una ley natural, sí, pero ésta no constituía un orden objetivo de bondad y justicia asequible a nuestro conocimiento de forma natural, sino que se trataba de un orden establecido por Dios en atención a su libérrima voluntad y

⁷⁸ Cfr. F. Carpintero, *La ley natural...*, cit., pp. 175-190.

⁷⁹ Una parte de ese orden viene recogido en la ley natural, ampliada notablemente por Suárez. La mayoría de los escolásticos habían entendido que la ley natural contenía unos principios evidentes y unas conclusiones que la razón podría extraer sin grandes dificultades, es decir, unas conclusiones próximas. En cambio, Suárez entendió que todo lo que fuera capaz de extraer la razón a partir de esos principios evidentes se podría atribuir a la ley natural, siendo ésta una ley universal, inmutable e indispensable. Cfr. F. CARPINTERO, *La ley natural...*, cit., pp. 190-216 y “Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 25, 2003, pp. 341-373.

⁸⁰ Cfr. J. HERVADA, *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., pp. 199-202.

cognoscible a través de nuestra conciencia y de las Sagradas Escrituras. Así fue entendido en gran medida por Calvino, para quien la ley natural estaba constituida por aquello que Dios había establecido para nosotros y, puesto que su contenido no tenía más justificación que su voluntad, dotó al hombre con una luz subjetiva para que pudiera conocerla. Pero la corrupción de la naturaleza humana tras el pecado original había debilitado esa luz subjetiva, por lo que resultaba improbable que pudiéramos descubrir o querer algo bueno y justo por nosotros mismos. Calvino no tuvo más remedio que afirmar que el derecho natural debía ser construido a partir del Decálogo, única voluntad divina que podíamos conocer con seguridad por habernos sido revelada, con lo que volvía a quedar confundido con el derecho divino⁸¹. En lo humano, al no existir razón de bondad o justicia en las cosas, todo quedaba reducido a la voluntad; de ella dependía todo el derecho positivo.

Entre los primeros juristas protestantes destacó Johann Oldendorp, que borró la distinción entre lo jurídico y lo moral al identificar la ley natural y el derecho natural. La ley natural es presentada en sus obras como la voluntad divina impresa en el hombre, suficiente para que la razón captara y concluyera lo adecuado al ser humano, pero, debido a la corrupción de nuestra naturaleza, se hizo necesario que Dios revelara su voluntad a través de las Sagradas Escrituras y nos manifestara expresamente sus diez mandamientos. Oldendorp trató de elaborar su sistema de derecho natural a partir del Decálogo, materia prima sobre la que debía emplearse a fondo la razón teórica para obtener unas exigencias jurídicas y morales inmutables y universales⁸².

Aunque ésta fue la concepción del derecho natural predominante a partir de entonces en el pensamiento centroeuropeo, no todos los integrantes de la Escuela del Derecho Natural Moderno se dedicaron a buscar el derecho natural inmutable, eterno y válido para toda la humanidad con independencia de las circunstancias propias de cada lugar. Sólo un sector de la Escuela –en el que destacan H. Grocio y S. Pufendorf– se propuso realmente ese objetivo, mientras que el otro se ocupó fundamentalmente de *filosofar* sobre algo más tangible, sobre el derecho positivo que se legislaba en sus respectivos Estados al haber decaído el valor del *ius commune*. Sin embargo, entre ambos sectores lograron que el derecho natural fuera concebido como algo inaplicable, que sólo tuviera valor el ordenamiento jurídico creado por el Estado –garante de los derechos subjetivos y, por último, la separación absoluta entre derecho y moral⁸³, reduciendo el primero a normas heterónomas y la segunda a normas autónomas, sin que tuviera especial relevancia el contenido de unas y otras para conocer lo justo y bueno objetivamente. Nació así el derecho natural moderno, que nada tenía que ver con el derecho natural de los siglos anteriores⁸⁴.

⁸¹ Cfr. J. HERVADA, *Historia de la ciencia del derecho natural*, cit., pp. 202-205.

⁸² Vid. F. CARPINTERO, “*Mos italicus, mos gallicus* y Humanismo racionalista”, cit., pp. 152-155.

⁸³ Vid. la crítica de J. HERVADA a Thomasius como uno de los verdaderos artífices de esta separación en *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Pamplona, Eunsu, 2002, pp. 149-166.

⁸⁴ Un amplio desarrollo de este pensamiento en F. CARPINTERO, *Historia breve del derecho natural*, cit., pp. 145-

5. CONCLUSIÓN: VIGENCIA DEL DERECHO NATURAL Y POSITIVISMO

Comenzaba estas páginas afirmando que el positivismo jurídico decimonónico rechazó el derecho natural y que no le faltaba razón, pues lo que tenía ante sí era un iusnaturalismo racionalista que a lo largo de los siglos XVII y XVIII había renunciado a las razones de ser de cada exigencia jurídica concreta para fundamentarlas en una razón abstracta. El fracaso en este empeño abocó a buscar alternativas, destacando entre ellas la sobredimensión del acuerdo social para establecer lo justo: el pacto como única vía posible de la justicia y del orden jurídico común, vía iniciada por los filósofos modernos y divulgada magníficamente por Rousseau. Desde esta mentalidad positivista, aceptar la existencia de un orden jurídico natural superior a las voluntades humanas individuales supondría condenar a la sociedad a sobrevivir entre injusticias, pues muchos de los seguidores del positivismo no aceptarían tal orden y tratarían de eludirlo por todos los medios a su alcance. La consecuencia sería que quienes aceptaran tal orden como regulador de las relaciones intersubjetivas, ajustarían su vida a las exigencias naturales descartando toda arbitrariedad individual, pero sufrirían las injusticias de quienes no se sintieran comprometidos por tales exigencias.

El único modo propuesto por el positivismo de salvar esta dificultad sería hacer participar a todos los miembros de la comunidad en la creación de un orden de justicia. Y así se propone insistentemente en las teorías jurídicas desde aquellos tiempos hasta nuestros días, como bien pone de manifiesto el éxito de las propuestas de Habermas y Rawls, entre otros, durante las últimas décadas. Sólo el compromiso personal, derivado de la participación en el consenso sobre lo que debe ser tenido por justo, permite –según esta mentalidad- construir un orden jurídico que vincule a todos los miembros de la sociedad y que nos respetemos los unos a los otros según lo que se haya acordado libremente. Evidentemente, la realidad no contaría para nada, o para casi nada⁸⁵.

Desde puntos de partida muy diversos Spaemann, Grisez, Finnis, George, Ronheimer, Hervada, Ollero, Poole, Carpintero, Rodríguez Puerto, Medina, Massini, Orrego y un larguísimo etcétera han tratado de mostrar la necesidad de reconsiderar la vigencia del derecho natural, pero no en su vertiente racionalista de la Modernidad o de la Ilustración, sino en la vertiente realista más propia del pensamiento clásico. Es cierto que los planteamientos medievales sirvieron para los siglos de la Edad Media y que hoy la sociedad es distinta y las ideas y la realidad han evolucionado, pero es preciso superar el modelo formalista, racionalista y consensualista que domina en el mundo

238 y *La ley natural...*, cit., pp. 249-327.

⁸⁵ Cfr. F. CARPINTERO, “Persona, derecho, judicatura”, cit., pp. 18-19.

jurídico contemporáneo y que sólo permite distinguir entre lo legal y lo ilegal, pero no entre lo justo y lo injusto⁸⁶.

La libertad humana no está reñida con la limitación del consenso en relación a las exigencias de justicia, pues es la propia realidad humana la que demanda limitar la materia objeto del consenso si no queremos deshumanizar al ser humano. Así lo pone de manifiesto Hervada cuando afirma que “La libertad encuentra su primer principio de desarrollo y su primera regla de actuación en el ser mismo del hombre, del que la libertad es una característica. La libertad *no hace* al hombre, no le da el ser; por el contrario, existe y se desarrolla *por y en el ser del hombre*. En otras palabras, el ser del hombre *es libre*, contiene la libertad, y sería falso decir que la libertad fabrica el ser del hombre. El hombre tiene una naturaleza libre, y por lo tanto, la libertad descansa en una naturaleza, intocable por la libertad, porque es su sustento (sin naturaleza no habría libertad). Propiamente hablando, esa naturaleza *es regla de la libertad*, lo que equivale a decir que la libertad encuentra su sentido y su cauce en el desarrollo *según la naturaleza*, porque así realiza al hombre y lo perfecciona. En otras palabras, la naturaleza del hombre es normativa para la actuación libre del hombre. Esto supuesto, la razón humana, conociendo la naturaleza del hombre, capta lo normativo de ella y emite *dictámenes imperativos*: debe hacerse tal cosa, no debe hacerse tal otra. El conjunto de esos dictámenes o reglas imperativas de la razón humana, que manda, prohíbe o permite unas conductas por su conformidad o disconformidad con la naturaleza del hombre (su ser y sus fines naturales) recibe el nombre de *ley natural*”⁸⁷. El positivismo sólo ofrece el consenso, y el consenso, siempre que se apoye en argumentos *razonables*, es necesario para fijar lo que es justo en numerosas ocasiones, pero no puede convertir en justo lo que no lo es naturalmente.

BIBLIOGRAFÍA:

ALMEIDA, J.A., *Justice as an Aspect of the Polis Idea in Solon's Politica Poems*. Leiden-Boston, Brill, 2003

APARISI MIRALLES, Á., *Derecho a la paz y derecho a la guerra en Francisco de Vitoria*. Granada, Comares, 2007

CARPINTERO, F., “*Mos italicus, mos gallicus* y el Humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica”, *Ius Commune*, n. VI, 1977, pp. 108-171

⁸⁶ La verdad es que sería más preciso hablar de “mundo legalista contemporáneo” en lugar de “mundo jurídico”, pues lo que nos ha dejado el positivismo formalista como único referente para hacer justicia o para declarar lo justo es la ley y nada más que la ley.

⁸⁷ J. HERVADA, *¿Qué es el derecho?*..., cit., pp. 174-175.

-
- CARPINTERO, F., *Historia breve del derecho natural*. Madrid, Colex, 2000
- CARPINTERO, F., “Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n. 25, 2003, pp. 341-373
- CARPINTERO, F., *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Madrid, Encuentro, 2008
- CARPINTERO, F. y LONDOÑO, M.C. (coord.), *El derecho a la justicia imparcial*. Granada, Comares, 2012
- CHÁVEZ-FERNÁNDEZ, J., “Sobre el iuspositivismo que hemos de dejar atrás. Una crítica iusnaturalista a *Dejemos atrás el positivismo jurídico* de Atienza y Ruiz Manero”, *Dikaion*, n. 20, 2011/1, pp. 49-69
- CORREA, M., “Influencia del cristianismo en la evolución del derecho romano hacia el derecho natural en materia de familia”, *Revista Chilena de Derecho*, n. 7, 1980/1-6, pp. 502-518
- DEL POZO, J.M., *Cicerón: conocimiento y política*. Madrid, CEC, 1993
- DOMINGO, R., “La jurisprudencia romana, cuna del Derecho”, en *Ex Roma ius*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 19-54
- FERNÁNDEZ RUEDA, E., “La naturaleza humana y la crisis del presente”, *Asidonense*, n. 3, 2008, pp. 163-179
- GARCÍA ROMERO, F.A., “Apuntes sobre el conflicto entre fe y razón en los orígenes del cristianismo”, *Asidonense*, n. 2, 2007, pp. 265-336
- GEORGE, R.P., *Entre el Derecho y la Moral*. Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2009
- HERVADA, J., *Historia de la Ciencia del Derecho natural*. Pamplona, Eunsa, 1996
- HERVADA, J., *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*. Pamplona, Eunsa, 2002
- HERVADA, J., *Síntesis de la historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona, Eunsa, 2006
- HERVADA, J., *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona, Eunsa, 2008
- HESÍODO, *Los trabajos y los días*, en *Obras y fragmentos*. Madrid, Gredos, 1983, L. I, 248-272
- LINDHART, E., *Die Sozialprinzipien des heiligen Thomas von Aquin*. Freiburg im Breslau, Herder, 1932
- LÓPEZ CALERA, N., “Guillermo de Ockham y el nacimiento del laicismo moderno”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 46, 2012, pp. 263-280
- LOTTIN, O., *Le droit naturel chez Saint Thomas d’Aquin et ses prédécesseurs*. Bruges, Beyaert, 1931
- MAURI, M., *El conocimiento moral*. Madrid, Rialp, 2005
- MEGÍAS QUIRÓS, J.J., *Derecho natural y propiedad. Una relación inestable*. Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1994

MEGÍAS QUIRÓS, J.J., “La consolidación del derecho subjetivo en el periodo postclásico romano”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. XX, 2003, pp. 189-206

MEGÍAS QUIRÓS, J.J., “Cuando las apetencias se convierten en derechos”, *Persona y Derecho*, n. 56, 2007, pp. 139-155

MUNIELO COBO, J.C., *La invención del derecho en Aristóteles*. Madrid, Dykinson, 2011

OLIVARI, V., “Sobre la justicia en el libro *La República* de Platón”, en *Prolegómenos: derechos y valores*, n. 21, 2008, pp. 99-108

RAMÓN PALERM, V., “Antifonte de Ramnunte y la cuestión antifonteá”, *Habis*, n. 27, 1996, pp. 23-39

RIST, J.M., *La filosofía estoica*. Madrid, Crítica, 1995

RODRÍGUEZ PUERTO, M.J., *La Modernidad discutida. ‘Iurisprudencia’ frente a iusnaturalismo en el siglo XVI*. Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1998

RUS RUFINO, S., *Mundos frágiles, tiempos difíciles. Ensayos de historia y política de la Antigüedad a la Modernidad*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2009

SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*. Madrid, BAC, 2004

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*. Madrid, BAC, 1947-60

SÓFOCLES, *Antígona*, en *Áyax. Antígona. Edipo Rey*. Estella, Salvat-Alianza Editorial, 1969

SOLARI, E., “Dike”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n. 14, 1996, pp. 14-21

TALAVERA, P., *Derecho y literatura. El reflejo de lo jurídico*. Granada, Comares, 2006

Trabalho recebido em 01 de maio de 2020

Aceito em 31 de outubro de 2021