

LO PERMANENTE Y LO HISTORICO EN EL DERECHO NATURAL*

Emilio Serrano Villafañe

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

Podemos decir que desde la voz de Antígona («heroína del Derecho natural» la llama Maritain), que tan amplia resonancia había de tener a través de los siglos, oponiendo, en trágico diálogo con Creonte, las leyes divinas no escritas e inmortales de los dioses a los decretos de los mortales que no podían prevalecer sobre aquéllas. Desde la especulación sofista en torno al «nomos» o «physis», pretendiendo llegar a un concepto del Derecho y de la Justicia que lo fuesen «por naturaleza», nació la problemática del Derecho natural cuya primera denominación y formulación exacta se debe al genio sistematizador de Aristóteles con su distinción entre lo «justo natural» y lo «justo legal».

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

A partir de la Epístola de San Pablo a los romanos, cuyos versículos 14 y 15 del capítulo II han sido felizmente considerados como

* Comunicación presentada al IX Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y de Filosofía Social celebrado en Basilea del 27 de agosto al 1 de septiembre de 1979.

la «Carta Magna del iusnaturalismo cristiano», la filosofía y teología católicas, por obra de sus magnos e ingentes artífices, San Agustín y Santo Tomás, recoge la herencia iusnaturalista grecorromana, constituyendo sobre la concepción agustiniana del orden el edificio roquero del concepto cristiano y teocéntrico del Derecho, con las nociones de *ley eterna, natural y positiva*, que se repiten y proclaman por teólogos, canonistas y juristas de la Edad Media informando las concepciones jurídicas y sociales.

Esta doctrina tiene su continuación en España en los siglos XVI y XVII, de apogeo de la escolástica española (llamada «segunda escolástica»), en la que se dan por primera vez reunidos los dos términos para que pueda hablarse de una verdadera Filosofía jurídico-política y social: una filosofía pujante y vigorosa y la presencia de problemas jurídicos y políticos¹ que la importancia política de España hacían necesarios para la estructuración política y ordenación jurídica de la metrópoli, entonces unificada, y de las ricas y vastas posesiones del Nuevo Mundo recién descubierto y cuya solución se consultaba a nuestros teólogos y juristas como maestros de las Universidades y consejeros de los reyes de tan extensos dominios. Y es al sentar las bases del Derecho vigente, o tratar de fundamentar las instituciones jurídicas y políticas, cuando acuden a otro Derecho, no escrito pero «vigente también en la conciencia y naturaleza de los hombres», al *Derecho natural*, cuyos principios universales e inmutables son comunes no sólo a todos los hombres, sino a las «gentes» y «pueblos» todos del universo.

Por eso surgen aquí las figuras de Vitoria (que había de dar forma al Derecho Internacional), Soto, Báñez, Cano, Molina, Vázquez, Sepúlveda, Lugo, Salon, Medina, etc., pero sobre todo ese coloso de la filosofía española y mundial que se llamó el «Doctor Eximio», Francisco Suárez, cuyo genial tratado *De Legibus* hace ya tres siglos y medio que está esperando el advenimiento de un filósofo del Derecho que le supere.

Todo estos autores, filósofos, teólogos y juristas notables abordan esos problemas concretos e históricos que la realidad jurídico-política y religiosa (guerras religiosas) de la época presentaba, a la luz de los principios del Derecho natural cuya permanencia e inmu-

1. Porque si Grecia tuvo una filosofía capaz de afrontar con éxito la investigación de cualquier problema; y si en Roma se estructuró magistralmente el sabio Derecho romano, faltó, sin embargo, en Grecia la presencia de grandes problemas jurídico-políticos, y careció Roma de una sólida filosofía para resolver, «more philosophico», los problemas jurídico-políticos de su vasto imperio. En la Edad Media tampoco los problemas jurídicos y sociales despertaron la suficiente inquietud e interés filosófico.

tabilidad no obstaba a las más variadas aplicaciones en la coyuntura existencial histórica.

Justamente por haberse negado a este Derecho natural con fundamentación metafísica y teológica (que es el defendido por la tradición grecorromana y el iusnaturalismo español) su entronque con el orden moral, siguieron las más lamentables desviaciones, con un Derecho natural, «demasiado natural», en Grocio, Puffendorf y Tomasius, o «demasiado racional» con Kant, Fichte, Schelling y Hegel, llegando, por reacción subsiguiente a desaparecer durante siglos de la Ciencia jurídica.

Pero lo que la Escuela Histórica, el positivismo de ayer y el neopositivismo de hoy atacan, de hecho, es a *un* Derecho natural individualista y racionalista, a la «caricatura» que de él había hecho el siglo XVIII, englobando en esta crítica a todo *el* Derecho natural, sin tener la obligada honradez científica de distinguir *una* concepción del Derecho natural, a la que justamente combatían, *del* Derecho natural de la tradición clásica. De haberlo hecho así cuántos errores se hubiesen evitado, entre otros —y acaso el principal— el que va a ser desmentido en esta Comunicación: la acusación de *ahistoricidad* o *antihistoricidad* del Derecho natural.

Y prescindiendo ahora de los «sucedáneos» con que la ciencia moderna ha querido suplantar al Derecho natural, y de los nombres con que cautelosamente se le ha «camuflado»: «Derecho potencial», «idealidad social, justa, moral» (Ardigó); «Derecho objetivo» (Duguít); «Derecho intuitivo» (Gurvitch); «Derecho libre», «Derecho justo», «Derecho latente», «Derecho espontáneo», «cultura jurídica»; Derecho natural moral (Ripert, Dabin); «Moral social»; «Derecho racional» (Radbruch); y hasta la «Grundnorm» de Kelsen para quienes quieren ver en ésta un sustituto del Derecho natural (lo cual es desmentido por el propio Kelsen). Lo cierto es que, como dice Del Vecchio, el Derecho natural existe, o sea, vale, porque existe y vale el ser humano, del cual es atributo inseparable; y sus determinaciones se derivan de la misma naturaleza humana que la razón descubre y puede comprender.

Y cuando ha querido intentarse la superación de un positivismo que durante siglo y medio ha dominado por completo el campo de la Ciencia jurídica y de la Política, se «retorna» a un Derecho natural como Derecho «superior» o «supralegal» (Radbruch), que reclaman de consumo la Ciencia, la Filosofía, la Política y la Práctica jurídicas. Pero, bien entendido, que el renacido Derecho natural no es ni podía ser el abstracto y racionalista de los siglos XVII y XVIII.

Sin embargo, junto a este innegable renacimiento del Derecho natural y, superadas en gran parte muchas de las angustiosas causas

que le motivaron en la última postguerra, se observa también hoy un renaciente iuspositivismo, un radical neopositivismo que arremete contra todo cuanto pueda suponer metafísica, trascendencia, valores y hasta filosofía.

Y en este ambiente es donde precisamente, con visos de novedad, se lanzan de nuevo acusaciones contra el Derecho natural, entre las que se destaca una que no es ciertamente nueva, pero que se renueva con pretensiones de ser definitiva: la acusación de «ahistoricidad» o «antihistoricidad» del Derecho natural.

Se plantea así el viejo problema de la inmutabilidad e historicidad del Derecho natural (que es, en definitiva, el problema de la naturaleza e historia del ser humano). Esto es: *Lo «permanente» y lo «histórico» en el Derecho natural* como reza el título de nuestra Comunicación.

Podemos decir que este problema es tan antiguo como la filosofía misma.

En efecto, el conflicto Naturaleza y Razón, Razón e Historia es uno de los *leitmotive* capitales de la Filosofía del Derecho. Es el problema de las relaciones entre lo inmutable y los datos contingentes y mudadizos en la elaboración del ideal de justicia.

Partidarios de la Razón son, en la filosofía moderna, los llamados «clásicos» del Derecho natural (llamado por eso racionalista), Groccio, Puffendorf, Thomasius, Wolf y otros, que, con desprecio del elemento vital e histórico, incurren, no obstante, en la paradoja de fundar el Derecho natural en consideraciones empíricas (el «*appetitum societatis*» en Groccio, la «imbecillitas» o sentimiento de debilidad en Puffendorf, y el «afán de dicha» en Thomasius); es decir, para los tres, un afecto, un fenómeno real que es absolutizado hasta convertirlo en base de un sistema normativo.

Un bandazo contrario, sacrificando la Razón a la Realidad, la Idea a la Historia, es el que representa la Escuela Histórica del Derecho, en la que no cabe hablar de Derecho natural porque el único Derecho es el histórico, y en los productos concretos «fraguados» en la conciencia jurídica de un pueblo se agota el objeto de la Ciencia y de la Filosofía del Derecho.

Hegel, al identificar lo real con lo racional, no sacrifica la Historia a la Razón, o la Razón a la Historia, porque en el monismo dialéctico y panlogismo hegeliano, Razón y Realidad, Idea e Historia, pensar y ser son una misma cosa.

Pero antes de seguir adelante con la filosofía contemporánea, es preciso retrotraernos hasta Santo Tomás y Suárez. Porque en Santo Tomás se encuentran ya perfectamente delineadas las ideas funda-

mentales que, a este respecto, había de consagrar después Francisco Suárez y que han dado a éste una de la más justa y merecida fama.

Los autores iusnaturalistas contemporáneos encuadrados en la dirección tradicional, aun con destacados matices personalistas, culturalistas e histórico-sociológicos, que defienden al Derecho natural de la ligera acusación de antihistoricidad o ahistoricidad, se basarán fundamentalmente en la doctrina tomista y suareciana de la mutabilidad e inmutabilidad del Derecho natural².

La variabilidad por lo que se refiere a las leyes positivas está justificada y no plantea problemas. Pero respecto de la ley natural ¿cabe también variabilidad? ¿Cómo se explica que la ley natural, expresión de principios racionales, no posea un alcance universal?

Este es el problema capital que surge de la consideración metafísica y teológica de la ley natural. Y Santo Tomás no sólo tiene conciencia clara del problema, sino que brinda una solución muy interesante que Suárez llevará después a un grado de superlativa madurez y precisión.

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

Pero es en la *Summa Theologica* donde profundiza más este problema que formula con precisión en el tratado de la Ley³.

La ley natural —dice— es en sí absolutamente inmutable en sus primeros principios; pero los principios secundarios pueden admitir variación; la razón de este cambio radica en la defectibilidad de la naturaleza humana. Ahora bien, la ley natural puede variar de dos formas: por *adición* por la que sus preceptos pueden ser completados y perfeccionados a lo largo del tiempo, en cuanto cabe añadir algo a su contenido⁴. En este sentido dice Suárez que la mudanza por adición no es propiamente tal, sino más bien una «perfección extensiva que se refiere a la utilidad humana»⁵. Más que cambio, consiste en una ampliación del ámbito de la ley natural. Esto es lo que permite a Renard hablar de un Derecho natural de «contenido progresivo», gnoseológico o por incorporación de nuevas

2. Así lo hacemos ver en nuestra obra *Concepciones Iusnaturalistas Actuales*. Madrid, 1967; 2.^a edic. 1977, espec. caps. II, III y IV.

3. Santo Tomás de Aquino: *Summa Theologica*, I-II, q. 90 y ss.

4. *Ibid.* I-II, q. 94, a. 5.

5. F. SUÁREZ, *De Legibus*, II, 13,1.

aplicaciones, que no es propiamente cambio, porque la adición no niega los preceptos, sino que los afirma y los extiende al añadirle otros nuevos.

La mudanza por *sustracción* en cuanto algo que ha sido la ley natural pudiera dejar de serlo; en que un precepto deje de ser válido en determinado momento o circunstancia, «bajo este aspecto, la inmutabilidad acompaña siempre, absolutamente, a la ley natural por lo que se refiere a los primeros principios. Pero respecto de los preceptos secundarios, más concretos y derivados de los primeros a modo de conclusiones más inmediatas, en la mayor parte de los casos (*ut in pluribus*) son también universalmente válidos e inmutables; pero en casos excepcionales (*ut in paucioribus*) cabe mutación a algún precepto concreto por el carácter eminentemente contingente y variable de la «materia» o por oponerse algunas causas impeditivas a la observación de tales preceptos, y por la ponderación de una serie de factores empíricos con vistas a un determinado fin»⁶.

No haber tenido esto en cuenta fue el error del iusnaturalismo racionalista que procedía deductivamente, «more geometrico». Y si es cierto que una regla de geometría tiene un valor normativo independiente de los casos concretos en que se realiza, una norma moral, por el contrario, sólo tiene valor en cuanto considera y recoge las circunstancias de los casos particulares concretos. Por eso dice Santo Tomás que atribuir valor universal a las normas que dicen que «debe devolverse el depósito», o «no matarás», sería falsear el sentido de las mismas y destruir su verdad. Porque estos preceptos están subordinados al principio: «Obra en todos los casos conforme a la razón». Y es la razón en algunos casos concretos la que prescribe que no deben, en esos casos, obedecerse tales preceptos.

¿Se puede decir con honradez científica que este Derecho natural según el pensamiento tomista, es «omnino inmutabilis»? es ahistórico o antihistórico? Entendemos que no.

En Suárez esta doctrina de la mutabilidad o inmutabilidad del Derecho natural encontrará la elaboración más perfecta y precisa y la solución más coherente y sugestiva, que constituye uno de los más luminosos monumentos de la Filosofía jurídica. Suárez va a abordar el problema de la amplitud del Derecho natural, de su rigidez o flexibilidad, y la relación que guarda con los contenidos empíricos de la Historia.

Descartada la mutación por «adición» como verdadera mudanza de la ley, la única que merece tal nombre es la que tiene lugar

6. SANTO TOMÁS, *Summa Theologica*, I-II, q. 94, a. 4.

por «sustracción»; y ésta puede realizarse en la propia ley o en su obligación. En cuanto a la mutación intrínseca de la ley, esto es, la posibilidad de que determinados preceptos de la ley natural puedan dejar de ser válidos en determinados momentos y circunstancias, Suárez mantiene la doctrina de que los preceptos de la ley natural son totalmente inmutables, tanto los primeros y más generales como los segundos más concretos y derivados de éstos, y las conclusiones más remotas siempre que sigan siendo de ley natural, que manden o prohíban lo que es bueno o malo según la naturaleza racional.

Esta posición, que parece aún más rígida que la de Santo Tomás, no impide que un sector de los preceptos naturales puedan experimentar modificaciones en su contenido, pero no porque los principios racionales varíen, sino porque transformándose la *materia social* (subrayamos nosotros) a la que se aplican, cambian también el precepto, lo cual está previsto ya en el sentido del mismo. La ley natural, en sus primeros y más generales principios es absolutamente perenne e inmutable; y lo es también en cuantos preceptos derivan de aquellos por ilación lógica; pero éstos pueden referirse a la *naturaleza humana* como tal, o a *materia mudable* y contingente. En el primer caso el contenido de los preceptos naturales no sufrirá jamás la menor mudanza; en el segundo, son capaces de ella, pero no porque la razón varíe, sino porque cambiando la materia contingente y relativa (que es *mutabilis et difformis*) sobre que se aplican, cambian las consecuencias mediatas de la ley natural.

En otros términos, que la mudanza en la ley natural no es posible, se desprende de la inmutabilidad de la naturaleza humana como tal. «La ley natural no puede cesar por sí misma o mudarse, ni universalmente ni en particular, permaneciendo la naturaleza racional con uso de razón y libertad»⁷. En la ley natural sólo cabe mudanza por la *mudanza de la materia*: de suerte que la acción es sustraída a la obligación de la ley natural, no porque sea abolida o disminuida la ley natural, pues siempre obliga y obligó, sino porque se muda la materia de la ley⁸. Así en el ejemplo del depósito no ha cambiado el precepto de la devolución, «pues desde un principio no fue puesto para el caso (de que si se trata de un arma o explosivo cuyo dueño, loco o demente, emplearía contra los demás o contra la patria, se le deba devolver el objeto), sino para otros que dicta la recta razón»⁹. Lo mismo puede decirse del «no matarás». Lo que ocurre es que a

7. *De Legibus*, II, 13,2.

8. *Ibid.*, II, 13,3.

9. Esto mismo había dicho Santo Tomás, *Sum. Th.* I-II, q. 94, a. 4.

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

De este modo la ley natural, permaneciendo inmutable en sí misma, dejará de ser aplicable en algún caso al adaptarse flexiblemente a su materia, las acciones humanas, que se realizan de modos diversos y en circunstancias cambiantes.

Muy análoga es la forma, sólo la forma, en que Stammler soluciona el problema, pero con profundas diferencias respecto a Suárez. Porque éste, partiendo de supuestos metafísicos clásicos, insiste y perfecciona la sistematización y exposición del Aquinatense sobre la mutabilidad de la ley natural y *consideratio diversarum circumstantiarum*. Por el contrario, Rudolf Stammler, partiendo de la teoría kantiana del conocimiento y de la distinción entre la «materia» y la «forma», no hace sino construir unos conceptos apriorísticos, puramente formales, desprovistos del verdadero contenido positivo que tenían en Suárez ¹⁰.

Lo que no hizo Suárez, como tampoco Santo Tomás, porque uno y otro confiaban esto al, por ello necesario, Derecho positivo, fue elaborar un código completo de principios y preceptos que, según la razón, habían de valer en todos los pueblos y para todos los tiempos. Este fue el error del iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII que, en su concepción *maximalista* del contenido del Derecho natural, elaboró, «more geometrico», deductivamente y de modo exhaustivo, un código ideal universalmente válido al que tenían que ajustarse todas las legislaciones particulares.

La reacción no se hizo esperar, y a partir de la Escuela Histórica y del positivismo, que consideran el Derecho como algo evolutivo y cambiante, propio de cada pueblo, lo problemático será ahora la posibilidad misma de un Derecho natural e inmutable. Y, si admitido éste, sus principios son tan universales y sus preceptos tan completos que regulan hasta los más mínimos detalles todos los aspectos de la vida jurídica, este Derecho natural hace innecesario el Derecho positivo. Uno de los dos sobra; y como el positivismo no puede suprimir el Derecho positivo, negará la existencia del Derecho natural.

10. R. STAMMLER, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, trad. esp. 1921, lib. III y IV.

A un exagerado racionalismo ha sucedido un no menos exagerado historicismo. A la Razón, prescindiendo de la Historia y de la Naturaleza, la Naturaleza y la Historia prescindiendo de la Razón. Si el primero se pierde en las abstracciones, el segundo se pierde en los hechos.

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

Una prudente y moderada posición media, aunque con marcados matices historicistas, representan algunos iusnaturalistas contemporáneos y quienes sostienen en la actualidad la doctrina tradicional de la «*philosophia perennis*» (Messner, Leclercq, Rommen, Von der Heydte, Villey, etc.), porque saben que si es cierto que Aristóteles y Cicerón, Santo Tomás y Suárez hablaron de principios inmutables, hablaron también de principios fundamentales del ordenamiento jurídico adecuados a las situaciones históricas y a los datos empíricos¹¹. Y esto por el concepto que tenían del hombre y de su *naturaleza* (como principio dinámico de sus operaciones propias); de los elementos permanentes e inmutables de ésta, y de lo variable de su condición histórica.

Pero no se trata de presentar dos naturalezas, como pretende Kelsen en su crítica al Derecho natural¹²: la «sustancialista», cerrada y completa en sus determinaciones esenciales, y la «historicista» para la que el hombre es su historia, y su ser y esencia no son sino un momento de su devenir existente. Por el contrario, estimamos que es la esencia constitutiva lo que hace posible y cualifica el devenir, pero no al revés.

No, la naturaleza del hombre es una a la que, además de sus rasgos esenciales constitutivos le conviene —también esencialmente— el carácter de histórica, abierta y susceptible de sucesivos enriquecimientos al contacto con la realidad histórica y cambiante. Pero existe una naturaleza o esencia del hombre que permanece a lo largo

11. Esto viene a decir, en otros términos, Arthur KAUFMANN en su documentado trabajo *Durch Naturrecht und Rechtspositivismus zur juristischen Hermeneutik*; vers. esp. A. Ollero: *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica*. «*Anales de la Cátedra F. Suárez*», n.º 17, 1977, pág. 357.

Y también, a este respecto, del mismo Kaufmann *Die «ipsa res justa». Gedanken zu einer hermeneutischen Rechtsontologie*, en Fest. K. Larenz, 1973.

12. Obra colectiva KELSEN, BOBBIO y otros, *Le Droit Naturel*, P.U.F. Paris, 1959.

de la historia y que es el fundamento mismo que facilita dicho cambio¹³.

Por eso el contenido del Derecho natural si no está determinado de una vez para siempre, cualquiera que sean las circunstancias, sino que hay que buscarlo en la sociedad y en la existencia histórica concreta, según señaló ya Suárez y subrayan en nuestros días los iusnaturalistas sociólogos Jacques Leclercq¹⁴ y Johannes Messner¹⁵, tampoco es algo que puede dejarse a la absoluta libertad arbitraria del hombre, sino que en su determinación, éste se ha de atener y someterse a límites impuestos por las exigencias de la propia naturaleza humana, individual y social.

Se afirma así «*lo permanente*» del Derecho natural.

Pero existe una «materia» social en la que el sentido trascendente y universal de lo jurídico puede concretarse de modo directo en verdadero Derecho. Porque el Derecho natural se da y se pone en la historia al ser el hombre un ser histórico: es decir, también en el conjunto de preceptos del Derecho natural se da un proceso y despliegue histórico al aparecer y manifestarse en cada caso dentro del orden jurídico de cada comunidad histórica, teniendo en cuenta la situación sociológica «concreta». Por eso el Derecho natural, dice Arthur Utz «est perpetuellement en mouvement», y de aquí su importancia para la autoridad social¹⁶.

En este sentido dice el jurista y iusfilósofo Giuseppe Lumia que puede hablarse de una *historicidad* del Derecho natural; no en el significado, querido por los historicistas, de variabilidad de sus principios en función de las situaciones históricas, sino en el sentido de que los principios del Derecho natural, en sí dotados de validez absoluta, si no reciben de la historia su validez, que reposa en exigencias *a priori* de la razón y de la naturaleza, encuentran, sin embargo, en el terreno histórico la materia para su determinación concreta y en cada caso asumen un contenido y se determinan históricamente en formas diversas según las cambiantes situaciones históricas. Y también puede hablarse —según este mismo autor— de la *relatividad* del Derecho natural, pero no para poner en duda la validez permanente y universal del valor jurídico, sino para subrayar la desigualdad y

13. E. SERRANO VILLAFANE, *Naturaleza, naturaleza humana y Derecho natural*. EUNSA, Pamplona 1977.

14. J. LECLERCQ, *Du Droit Naturel à la Sociologie*. Paris 1960, trad. esp. 1961.

15. J. MESSNER, *Modern Soziologie und Scholastisches Naturrecht*. Wien, 1961; vers. esp., Barcelona 1964.

16. A. UTZ, *Ethique Sociale I*. Les principes de la doctrine sociale. Fribourg 1960, pág. 129.

desproporción de la naturaleza humana frente a la absoluteza de este valor¹⁷.

Se afirma así «*lo variable e histórico*» del *Derecho natural*.

Pero bien entendido que este despliegue existencial de los preceptos, y la manifestación histórica de los principios y proposiciones universales, sólo pueden ser considerados en rigor como verdadero Derecho natural en cuanto continúan constituyendo preceptos válidos por sí mismos, distintos de los existencialmente positivos; preceptos cuya verdad o justicia intrínseca aparezca inmediatamente evidente a todos, es decir, en cuanto constituyan directa e inequívoca concreción.

Y en la concreción y manifestación histórica de los principios universales válidos, *se conjuga «lo permanente» y «lo histórico» del Derecho natural*.

Ampliamente exponemos en nuestro libro *Concepciones Iusnaturalistas Actuales* las direcciones iusnaturalistas contemporáneas en las que, por su acentuado carácter histórico-sociológico, se da entrada a elementos «fácticos» y sociológicos que el más entusiasta positivista suscribiría¹⁸.

El Derecho natural no es antihistórico —dice el profesor Pizzorni¹⁹—, sino de una dinámica constante aun reconociéndole una intrínseca inmutabilidad considerada objetiva y ontológicamente. Porque «aun cuando el Derecho natural tiene un fundamento eterno e inmutable, vive en la concreteza histórica». Esto es, fijeza de principios sí, pero también evolución de acuerdo con la racionalidad y con las concretas exigencias de un pueblo y con los factores sociales, económicos, culturales y políticos que dice el profesor Fechner²⁰.

Los principios del Derecho natural —afirma von Hippel— son inmutables y absolutos aun cuando son múltiples las situaciones y variados los medios y la posibilidad de realizarlos²¹.

17. G. LUMIA, *Su alcune recenti concezioni del diritto naturale*, RIFD 1959. Fasc. IV, pp. 429-433.

En este mismo sentido, Arthur KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*. Tübingen 1957; *Diritto naturale e storicità*, «Jus» 1959, pp. 178-196.

18. E. SERRANO VILLAFANE, *Concepciones Iusnaturalistas Actuales*, Madrid 1967; 2.ª edic. 1977, espec. cap. III: Direcciones historicistas; cap. IV: Direcciones sociológicas, pp. 129 y 166, respectivamente.

19. R. M. PIZZORNI, *Il diritto naturale, norma dinamica del Diritto*, RIFD 1962, 39/1-3, pp. 143 ss.

20. E. FECHNER, *Rechtsphilosophie. Soziologie und Metaphysik des Rechts*. Tübingen 1959, págs. 200 ss.

21. E. v. HIPPEL, *Rechtspositivismus und Naturrecht*, en «Die Kirche in der Welt», 13, 1954, pp. 59-66. Y también en este autor, *Rechtsgesetz und Naturgesetz*. Tübingen 1949.

El Derecho natural —dirá von der Heydte— es el «principio de conformación» (*Gestaltungsprinzip*) del Derecho positivo²².

El Derecho natural consiste, para Leclercq, en una serie de principios susceptibles de aplicaciones variadas; y estos principios tienen un alcance tan extenso como la propia naturaleza humana, siendo por lo tanto susceptibles de ser adaptados a las circunstancias tanto como la misma naturaleza del hombre, sin que ello suponga que tengan un contenido variable; lo tendrían si se aplicaran de la misma manera a condiciones diferentes. Exactamente lo contrario, subraya Leclercq, de lo que creen quienes se desorientan ante la estabilidad radical del Derecho natural con posibilidad de aplicaciones diversas. En la naturaleza social del hombre y en la vida social es donde hay que buscar esos principios. Por eso Leclercq considera a la sociología como la «ciencia auxiliar por excelencia del Derecho natural»²³.

¿Puede decirse que este Derecho natural, cuyo contenido se irá descubriendo por observación, es el «petrificado», cerrado e inmutable, el «ídolo que no debemos adorar» como dicen Carnelluti y Guido Fassó del Derecho natural tomista, aun del renacido de nuestros días?²⁴.

Por el contrario, es un Derecho natural «flexible» y «adaptable» en sus aplicaciones históricas. Y es un Derecho natural «social» porque en la vida social se encuentra su contenido, y en la sociedad y con la ayuda de la sociología averiguará el Derecho natural las instituciones fundadas *en* y exigidas *por* la naturaleza humana.

En este mismo sentido el profesor Bréthe de la Gressaye dice que es preciso comprender la inmutabilidad y universalidad del Derecho natural, contra la que los positivistas oponen la diversidad de doctrinas e instituciones y la evolución del Derecho. Pero no son incompatibles, dice este autor. En realidad los principios no podrán cambiar porque la naturaleza humana no cambia en lo que tiene de estable y permanente. Son las aplicaciones las que varían según las situaciones²⁵. ¡Qué gran parecido tienen estas afirmaciones con las de Suárez de hace casi cuatro siglos!

22. A. F. VON DER HEYDTE, *Von Wesen des Naturrechts*. AfRSS, XLII/22, 1957.

23. J. LECLERCQ, *Du Droit Naturel à la Sociologie*, pág. 226 de la vers. esp. y en *Leçons de Droit Naturel*. Louvain, I. 1947, pág. 55.

24. F. CARNELUTTI, *L'antinomia del Diritto naturale*, Rivista di Diritto processuale, XIV, 1959, pp. 511-525.

G. FASSÓ, *Che cosa intendiamo con «Diritto naturale?»*, en «Scritti vari di Filosofia del Diritto». Milano 1961, pp. 180-204.

25. JEAN BRÉTHE DE LA GRESSAYE, *L'apport du Droit Naturel au Droit Positif*. Paris 1966.

Que el Derecho —y también el Derecho natural— deban tener en cuenta las circunstancias humanas e históricas cambiantes es indudable, y es un mérito que no puede negarse a quienes en todos los tiempos lo han subrayado así. Es el «condicionamiento histórico del Derecho» como dice Arthur Kaufmann. Pero no puede exagerarse esta historicidad so pena de quedar el Derecho reducido a un mero «hecho» o «fenómeno social».

El Derecho natural —dirá Helmut Coing— «debe ser repensado sin cesar al contacto con los hechos sociales». Un Derecho natural «variable» y «cambiante» como las circunstancias y vicisitudes que ha de regular²⁶; un Derecho natural «flexible» y «abierto», o «se faisant» como dice Henri Battifol del de Fechner²⁷, que tenga en cuenta el elemento «social»; un Derecho natural «históricamente elástico» como dice SPRANGER²⁸; o *sub ratione historiae* como el de STADMÜLLER²⁹; un Derecho natural «dinámico-existencial» propugnado por WÜRTEMBERGER³⁰; o «relativo-existencial» como dicen QUADRI y Q. RIPOLLÉS³¹; o el Derecho natural «concreto-existencial» de MAIHOFFER³²; o un Derecho natural derivado exclusivamente de la experiencia y praxis concreta de cada tiempo y caso —el Derecho natural pragmático o «práctico» de contenido variable— único que admite el realismo norteamericano de POUND³³.

Todas estas (y otras muchas podríamos mencionar) son expresiones más o menos significativas del matiz historicista y sociológico que se atribuye por los iusnaturalistas contemporáneos al Derecho natural renacido de nuestros días.

26. H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Berlin 1950; versión española, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Barcelona 1951. *Diritto e pensiero moderno*, RIFD 1958.

27. H. BATTIFOL, *La Philosophie du Droit*. Paris 1960, pág. 77.

28. E. SPRANGER, *Volsmoral und Gewissen als Erziehungsmächte*. «Bildung und Erziehung», Stuttgart 1948.

29. G. STADMÜLLER, *Das Naturrecht im Lichte der geschichtlichen Erfahrung Rechtlich-hausen*. Verlag Bitter und Co., 1948.

30. TH. WÜRTEMBERGER, *Das Naturrecht im die Philosophie der Gegenwart*. Jurist. Zeit. 1955, pp. 1-5. vers. cast. «Revista de la Universidad de Córdoba» (Argentina), mayo-agosto 1960, pp. 487 ss.

F. M. SCHMÖLZ, *Das Naturgesetz und seine dynamischen Kraft*, en «Thomistische Studien», 8, vol. I. Freiburg 1959.

31. G. QUADRI, *Giusnaturalismo* 1950, en «I problemi attuali della Filosofia del Diritto». Milano, 1954, pp. 125-135.

A. QUINTANO RIPOLLES, *Il diritto naturale nella prospettiva relativisticoesistenziale*, RIFD, XXVIII, Fasc. IV, 1951, pp. 673-690.

32. W. MAIHOFFER, *Naturrecht und Existenzrecht*. Frankfurt, 1963.

33. R. POUND, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. esp. Puig Brufau. Barcelona 1950. *Natural Natural Law and Positive Natural Law*, «Natural Law Forum», 5, 1960.

La conjugación de principios ontológicos o «estructuras» (como se dice hoy) con las situaciones históricas, parece ser también el pensamiento de teólogos y autores protestantes como Hans Welzel y Eberhard Schmidt, y de juristas como Radbruch, Mitteis, Max Müller, Kaufmann, Maihofer y Henkel.

Y las críticas que hacen hoy positivistas y neopositivistas obedecen, muchas de ellas, al desconocimiento y prejuicios contra el Derecho natural de la tradición clásica (como de Kelsen dice Villey); o a pretender, y este es el empeño, entre otros, de Guido Fassó, que siendo irreconciliable la antinomia entre la naturaleza (o, como dice él, la «metafísica») y la historia, el Derecho natural no ha sido ni puede ser sino el «absolutamente eterno e inmutable» —«*tutto dato*»—, sin consideración alguna a la naturaleza y a la historia, es «*l'idolo che non dobbiamo adorare*»³⁴.

Y ante el hecho innegable de la acentuación del elemento contingente e histórico en el Derecho, afirmada por los iusnaturalistas neoescolásticos de nuestros días (como Leclercq, Messner, Renard, Stadtmüller, Graneris, Rommen, Kaufmann, Villey, etc.) el profesor Guido Fassó se limita a decir que estos autores no son iusnaturalistas. Esto es: si iusnaturalistas, antihistoricistas; si historicistas (en el sentido de conciliar el Derecho natural con la historia y la sociología), antiiusnaturalistas. El autor no les concede cuartel.

Llenos de prejuicios están, asimismo, los pretendidos «argumentos» críticos contra el Derecho natural hechos por Kelsen y Bobbio en su libro conjunto *Le Droit Naturel*, ya citado³⁵.

Lo cierto es que la bimilenaria doctrina del Derecho natural, «repensado» en nuestros días en función de las circunstancias históricas y concretas en que el hombre, ser histórico, vive, puede terciar con ventaja en la vieja controversia Naturaleza y Razón, Razón e Historia, porque ha sabido conjugar «*lo permanente*» de sus principios con «*lo variable e histórico*» de sus aplicaciones.

34. F. CARNELUTTI, *ob. cit.*, pág. 511; y añade que el atributo de inmutabilidad «è escluso anzi che implicato nella stesa formula del diritto naturale».

G. FASSÓ, ver nota 24.

35. E. PUY MUÑOZ, en *Lecciones de Derecho Natural*, 2.ª edic. Santiago de Compostela 1970, refuta detalladamente y con fuerte y documentada crítica los argumentos antiiusnaturalistas de Kelsen y Bobbio, dedicando a ello el cap. 6, pp. 529 ss.