

|   |     |
|---|-----|
| <b>CAPÍTULO CUARTO. LA ACCIÓN DE REALIDAD HISTÓRICO-JURÍDICA</b>  | 185 |
| <b>1. Afirmación histórico-jurídica del momento verdad</b> .....  | 186 |
| 1.1. <i>El Derecho natural</i> .....  | 186 |
| 1.2. <i>El racionalismo jurídico</i> .....  | 206 |
| 1.3. <i>El subjetivismo escéptico irracional</i> .....  | 208 |
| <b>2. Afirmación histórico-jurídica del momento amor</b> .....  | 213 |
| 2.1. <i>La acción comunicativa, el constructivismo y el feminismo.</i>                                  | 213 |
| 2.2. <i>La sociología jurídica, historicismo jurídico, marxismo, C.L.S y postmodernismo legal</i> ..... | 217 |
| 2.3. <i>El cinismo jurídico</i> .....   | 235 |
| <b>3. Afirmación histórico-jurídica del momento de libertad</b> .....                                   | 239 |
| 3.1. <i>El positivismo jurídico</i> .....   | 239 |
| 3.2. <i>El realismo jurídico</i> .....  | 253 |
| 3.3. <i>La tiranía</i> .....  | 260 |

## CAPÍTULO CUARTO

### LA ACCIÓN DE REALIDAD HISTÓRICO-JURÍDICA

La acción moral de realidad en su **dinamismo** nunca se da en la formalidad desnuda. Por el contrario, cada uno de sus momentos se encarnan como momentos concretos de una acción particular. Pues bien, la acción de realidad histórico-jurídica (AREHJ): **A** En su **sentido** binario positivo, ha afirmado la actualización de la realidad: (i) En la **intelección** sentiente como verdad, principalmente en la tradición del **Derecho natural**, y en el racionalismo jurídico; (ii) en el sentimiento afectante como **amor**, principalmente en la acción comunicativa, el constructivismo, el **feminismo** jurídico, la sociología jurídica, el historicismo jurídico y el marxismo, el **Critical Legal Studies** y el postmodernismo legal; (iii) en la voluntad tendente como libertad, principalmente en el positivismo jurídico y el **realismo jurídico**. **B** En su sentido binario negativo ha afirmado la actualización de la realidad: (i) En la **intelección** sentiente como mentira, principalmente en el **subjetivismo** escéptico irracional; (ii) en el sentimiento afectante como odio, principalmente en el **cinismo** jurídico; (iii) en la voluntad tendente como opresión, principalmente en la tiranía.

Atendiendo a la acción de análisis histórico-jurídico con relación a la fundamentación de los derechos humanos que nos ocupa, cada una de las mencionadas concreciones afirma alguno o varios de los momentos del dinamismo de la ARE. Un análisis atenido a los hechos pide, en primer lugar, un enfrentamiento crítico de la virtualidad respectiva de dichas vías de justificación. En segundo lugar, un juicio integrador de las mismas en su sentido binario positivo. Y, en tercer lugar, la afirmación de la promoción del dinamismo realizador frente a la afirmación de su degeneración. El enfrentamiento crítico con los principales movimientos histórico jurídicos lo hacemos desde el movimiento analítico completo de la ARE en *retracción* (Parte II) y *reversión* (Parte III). Se introducen en el capítulo cuarto, afirmaciones desde la ARE sobre el Derecho, y los derechos humanos, que proceden de la Parte III, y que en rigor analítico pertenecen a ella. El motivo de su anticipación es mantener la separación sistemática, por un lado, entre la concreción de la perspectiva histórica de la AREHJ, y, por otro lado, el movimiento reversivo analítico de la ARE afirmativo de los derechos humanos.

## 1. AFIRMACIÓN HISTÓRICO-JURÍDICA DEL MOMENTO VERDAD

La ARE en la historia jurídica se ha afirmado, predominantemente en su momento intelectual positivo, en la tradición del Derecho natural y en el racionalismo jurídico, actualizando la realidad como verdad. Respecto al sentido binario negativo de la afirmación intelectual, el subjetivismo escéptico irracional ha sido la constante jurídica que ha actualizado la realidad como mentira.

### 1.1. *El Derecho natural*

E. Fernández <sup>1</sup> se hace eco de la pregunta de I. Kant: «Todo pasa ante nosotros como el curso de un río, y el gusto cambiante y las distintas figuras de los hombres hacen de todo el espectáculo algo incierto y engañoso. ¿Dónde encuentro puntos firmes de la naturaleza que el hombre no pueda nunca desplazar, y dónde puedo hallar referencias de la orilla a la que debe atenerse?»

Pues bien, la doctrina del Derecho natural <sup>2</sup> ha sido una corriente de pensamiento jurídico que ha defendido la posibilidad de encontrar el punto arquimédico firme. Desde posiciones intelectualistas <sup>3</sup>, en ocasiones de realismo ingenuo, la tradición de Derecho natural afirma la posibilidad de conocer, desde una concepción de la realidad y el conocimiento platónico o aristotélico <sup>4</sup>, la *verdad* de la naturaleza humana <sup>5</sup> y derivar de ella los derechos y debe-

<sup>1</sup> [Cita recogida en E. FERNÁNDEZ, *El iusnaturalismo*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia* (Madrid: Trotta, 2000<sup>2</sup>) 60].

<sup>2</sup> Sobre el tema puede verse: A. H. CIRROUST, *Natural Law and According to Nature in Ancient Philosophy*: *American Journal of Jurisprudence* 23 (1978) 73-87; A. P. D'ENTREVES, *The Natural Law: An Historical Survey* (New York: Harper Torchbooks, 1951); J. HERVADA, *Natural Right and Natural Law: A Critical Introduction* (Pamplona [Spain]: University of Navarra, 1987); R. HITTINGER, *A Critique of the New Natural Law Theory* (Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1987); ID, *After MacIntyre: Natural Law Theory, Virtue, Ethics, and Eudaimonia*: *International Philosophical Quarterly* 29 (1989) 449-61; C. RICE, *Fifty Questions on the Natural Law* (San Francisco: Ignatius Press, 1993). Dentro de esta tradición se ha distinguido el *iusnaturalismo*. C. S. Nino lo caracteriza como aquella corriente jurídica que defiende: A) Hay principios morales y de justicia universalmente válidos y que pueden ser conocidos por la razón. B) Las normas, para tener carácter «jurídico», deben seguir dichos principios morales o de justicia. C. S. NINO, *Introducción al análisis del Derecho* (Buenos aires: Astrea, 1980) 27-28; cf. E. FERNÁNDEZ, *El iusnaturalismo*: F. J. LAPORTA-E. GARZÓN (eds.), *El derecho y la justicia*, 55-64; A. E. PERÉZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, 70-79.

<sup>3</sup> E. FERNÁNDEZ, *El iusnaturalismo. Concepto y características del iusnaturalismo*: G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ-R. DE ASÍS (eds.), *Curso de Teoría del Derecho*, 296-310; 296.

<sup>4</sup> Cf. J. E. GOLDBURD, *Classical Natural Right*: *Modern Age* 28 (1984) 222-27.

<sup>5</sup> Cf. R. DENNEHY, *The Ontological Basis of Human Rights*: *The Thomist* 42 (July 1978) 434-63.

res de la dignidad humana <sup>6</sup>. En esta afirmación ha encontrado su mayor crítica y la fuente del escepticismo respecto a la existencia y el conocimiento de la verdad de una naturaleza permanente, fija e inmutable <sup>7</sup>. H. Kelsen nos recuerda la eterna pregunta de Pilatos a Jesús: «¿Qué es la verdad?», y el eterno silencio como respuesta <sup>8</sup>.

En la tradición intelectual del Dn, en su análisis, ha sido una constante la afirmación de la moralidad de la verdad (y de la voluntad positiva). Dejando al margen en este momento el tema de la justificación del acceso a la verdad de la naturaleza humana dentro del Dn, ahora nos detenemos en la verdad de una afirmación concreta coincidente con el análisis de la ARE: *la afirmación de la moralidad intrínseca de la naturaleza humana*, de la justicia, y el Derecho <sup>9</sup>. Esta afirmación será, a su vez, la principal y más íntima objeción del positivismo jurídico al Dn. ¿Qué es la justicia? ¿Es realmente la justicia moral? Como señala N. Bobbio, «la oposición entre iusnaturalismo y positivismo jurídico se lleva a cabo, como decía, dentro de cada uno de nosotros, entre nuestra vocación científica y nuestra conciencia moral, entre la profesión de científico y la misión como hombre» <sup>10</sup>. Desde el análisis de la ARE en este punto, la afirmación intelectual de la moralidad de la justicia, y del Derecho, en la tradición de Derecho natural, debe ser rehabilitada con toda su dignidad. No compartimos, por tanto, la visión del Profesor G. Peces-Barba, quién considera que el Dn ha cubierto una etapa en la historia del pensamiento jurídico que ‘hoy puede considerarse superada’, ni su afirmación de que «[c]l problema central es el choque del dogmatismo que supone necesariamente el iusnaturalismo con el pluralismo y el sistema democrático que se

<sup>6</sup> Cf. E. BLOCH, *Natural Law and Human Dignity*, tr. D. J. Schmidt (Cambridge : MIT Press, 1986); cf. H. VEATCH, *Human Rights : Fact or Fancy ?* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1985); cf. F. FROST, *Droits de l'Homme et Droit Naturel*: Mélanges de Science Religieuse 49 (1992) 71-82; cf. M. STACKHOUSE, *Some Intellectual and Social Roots of Modern Natural Rights Ideas*: Journal of the Scientific Study of Religion 30 (1981) 301-09.

<sup>7</sup> Cf. H. KELSEN, *Foundation of the Natural Law Doctrine*: Anglo-American Law Review 2 (1973) 83-111; cf. R. DWORCKIN, *Natural Law Revisited*: University of Florida Law Review 34 (1982) 165-88; cf. T. R. MACHAN, *Metaphysics, Epistemology, and Natural Law Theory*: The American Journal of Jurisprudence 31 (1986) 67. Para A. Gewirth, la tradición de Dn de inspiración ontológica platónico-tomista no puede justificar la determinación de juicios morales; el uso de la ‘tesis racionalista’ en Aristóteles y Santo Tomás no elimina la indeterminación del contenido de la naturaleza. cf. A. GEWIRTH, *The Ontological Basis of Natural Law: A Critique and an Alternative*: The American Journal of Jurisprudence 29 (1984) 116-118; cf. F. ROUSSEAU, *Loi naturelle et dynamisme de la raison pratique de l'homme*: Laval Théologique et Philosophique 32 (1976) 165-88.

<sup>8</sup> H. KELSEN, *What is Justice?* (California: University of California Press, 1971) 1.

<sup>9</sup> Ver: J. ETIENNE, *L'Avènement de la Moralité et le Rapport à la Nature*: Revue Théologique de Louvain 12 (1981) 316-23; ID, *La Nature est-elle un Critère de Moralité ?*: Revue Philosophique de Louvain 64 (November, 1966) 582-93; cf. J. GORICKI, *Human Rights: Exploring the Power of a Moral and Legal Idea*: American Journal of Jurisprudence 32 (1987) 153-69.

<sup>10</sup> N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, tr. E. Garzón Valdés (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965) 9-10.

impone en la cultura jurídica y política europea actual y que suponen un nuevo punto de vista para la legitimación del poder y, consiguientemente, para la justicia del Derecho»<sup>11</sup>.

No habría ningún obstáculo en mantener que la ARE se presenta como un análisis para una fundamentación de los derechos humanos desde la tradición de Derecho natural. La ARE pretende completar la integración con el positivismo jurídico buscada por J. Finnis, pero desde la afirmación de la *moralidad de la realidad humana*, de la que participa la razón moral. Como dice el profesor L.L. Weinreb, la tradición del Derecho natural no ha sido, ni es otra cosa que un intento de afirmación de la propia condición (moral) humana<sup>12</sup>; una teoría integral sobre el lugar de los seres humanos en el cosmos<sup>13</sup>.

Este apartado pretende, pues, 'mostrar' cómo el análisis realizado a lo largo de la historia del pensamiento jurídico por la tradición del Dn viene a 'coincidir' con el análisis de la ARE y la ARA en la afirmación de que la acción práctica es moral, y, por tanto, cualquier tipo de pretensión de justificación de los derechos humanos, atendida a los hechos, no puede volver la espalda a sus enseñanzas<sup>14</sup>.

En el siguiente recorrido histórico, a que invitamos al lector, le sugerimos un acercamiento más allá del mero dato histórico. El propósito buscado es enfrentarnos con la concreción del dinamismo de la ARE como AREHJ (acción de realidad histórico-jurídica) y constatar el grado de *coincidencia* histórico-jurídica (verdad coincidencial histórico-jurídica) de un hecho que es universal e ineludible: la moralidad de la justicia-Derecho. Con ello, en este punto, nuestra propuesta analítica quedará más o menos 'confirmada'. Se nos puede objetar que se hace una elección arbitraria descontextualizada de opiniones jurídicas. A ello contestamos que ciertamente es una elección (tan legítima como la que toma quien nos critica), pero el criterio de elección no es arbitrario, sino que se atiene al hecho de la acción de realidad que se ha justificado con mayor o menor fortuna. Si para el escéptico la opinión no conduce sino al mercado arbitrario donde el simple gusto de la moda es el criterio de verdad, la opinión, por ser de hechos, queda sometida a la verificación de la ciencia, porque la historia jurídica es movimiento en marcha hacia el conocimiento de la verdad como verificación.

<sup>11</sup> G. PECES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (Madrid: Debate, 1983) 240-241.

<sup>12</sup> Cf. L. L. WEINREB, *The Case for Natural Law Reexamined: The American Journal of Jurisprudence* 38 (1993) 1-13.

<sup>13</sup> Cf. L. L. WEINREB, *Natural Law and Justice* (Harvard University Press, 1987); cf. B. F. BROWN, *The Natural Law as the Moral Basis of International Justice: Loyola Law Review* 8 (New Orleans, 1955-56) 59-68.

<sup>14</sup> Ciertamente el Dn necesita un análisis del conocimiento y una metafísica distinta a la platónico-aristotética, cf. T. R. MACHAN, *Metaphysics, Epistemology, and Natural Law Theory: The American Journal of Jurisprudence* 31 (1986) 77; cf. R. MCINERNY, *Natural Law and Human Rights: The American Journal of Jurisprudence* 36 (1991) 1-14.

Los rastros de la concepción de Derecho natural, como movimiento jurídico que pretende asentar los derechos y la ley en la moralidad (justicia) de la acción de la naturaleza humana, o divina <sup>15</sup>, se remontan en el tiempo. La reflexión en torno a los derechos, o la justicia, lo es de la vinculación entre la moral (justicia) y la ley en el origen de las culturas del Oriente Mediterráneo y del Extremo Antiguo Oriente <sup>16</sup>. En Egipto, en el marco de una reflexión asistemática sobre los problemas de la vida humana en su vertiente moral y política, la justicia fue el bien más apetecible por encima de las ventajas del mal; la justicia como fundamento de un orden moral indiscutible cuyo mantenimiento fue el primer deber del político <sup>17</sup>. También el ideal político iranio era el asiento del imperio —coordinación de los intereses de sus miembros— en la finalidad común de que reine la paz y la justicia. A diferencia del imperialismo asirio y babilónico, el imperialismo persa quiso asentar el Derecho en el principio ético de la convivencia pacífica de los diferentes pueblos bajo un soberano común que había de ser juez ecuánime. La obra de Ciro II el Grande <sup>18</sup> (siglo VI a.C.) quedó como modelo de integración de la pluralidad en una superior unidad donde las obras del amor y generosidad colaboran a la realización de la ley de Ahura-Mazda, y las obras de destrucción y muerte hacen al hombre un cómplice del mal <sup>19</sup>. En Israel, el monoteísmo religioso

<sup>15</sup> Cf. G. H. BANDRY, *Note sur les fondements théologiques des droits de l'homme*: Mélanges de Science Religieuse 44 (1987) 15-28.

<sup>16</sup> Civilizaciones basadas en una rigurosa relación de mando y obediencia a cargo de un poder político íntimamente unido al poder religioso y económico, y con un «despotismo oriental» como forma de política, cf. A. TRUYOL Y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, t. 1 (Madrid, 1995<sup>7</sup>) 18.

<sup>17</sup> En un principio, en Egipto, durante el Antiguo Imperio menfita (2800-2420), el Derecho era simplemente el mandato del Faraón como imperativo divino. Lo justo era lo que el rey ama; lo injusto, lo que el rey aborrece, y las leyes eran establecidas en cada caso según las circunstancias. Con el tiempo, la voluntad del Faraón se personificó en la diosa Maât, cuyo apoyo era buscado por el Faraón en su justificación ante Ra para alcanzar la inmortalidad. Hacia el año 2000, una aspiración de igualdad religiosa consiguió extender la seguridad de la inmortalidad para todos, antes reservada al Faraón y sus colaboradores más inmediatos. Durante el Imperio tebano (2065-1085) los reyes buscaron un régimen de leyes orientadas por la moralidad del bien común, en una especie de socialismo de Estado donde todos los miembros, incluido el Faraón, trabajaban por el bien del conjunto en sus respectivas competencias. El ejercicio del Derecho era entendido al servicio del contenido moral de la justicia. En la *Instrucción del Faraón al Visir* (dinastía XII) se dice: «cuando venga un demandante del alto o del Bajo Egipto [...] mira que todo se haga conforme a la ley [...] Atiende al que conoces como al que no conoces; al que llega personalmente a ti como al que está lejos de tu casa [...] No descartes a ninguno sin haber acogido su palabra. Cuando un demandante se halle ante ti, quejándose, no rechaces con una palabra lo que te diga; mas si has de desatender su súplica, haz que vea por qué la desatiendes.» (Citado por A. TRUYOL Y SERRA, t.I, o. c., 27). Con Amenofis IV (aprox. 1370-1350), desde un universalismo religioso que consideraba a todos los hombres hermanos, se pasó a un universalismo político que pretendió ponerse en práctica con los países sometidos al Imperio Egipcio en la forma de protectorado y «paz egipcia» y donde el Derecho quedó vinculado a la justicia y no sólo a los ritos, cf. A. TRUYOL Y SERRA, o. c., t. 1, 30.

<sup>18</sup> Ciro fue ejemplo de monarca perfecto para los griegos e inspiraría a Alejandro Magno en el atenuamiento de la política a la moral, a la humanidad, tanto en la paz como en la guerra.

<sup>19</sup> A. TRUYOL Y SERRA, t.I, o. c., 42.

posibilitó una conciencia de igualdad de todos los hombres donde la justicia significaba, entre otras cosas, perfección moral, y para cuyo establecimiento se crearon las instituciones mosaicas de Derecho, caracterizadas por la humanidad<sup>20</sup>. En China hubo un florecimiento de la reflexión política en los siglos VI-V a.C. cuyo tema central fue la moralidad de la acción política. Para Confucio (551-479 a.C.), el Derecho debe guiarse por el principio de igualdad, la sabiduría, la benevolencia o humanidad, la fidelidad, el respeto y la fortaleza. De todas ellas, la primera es la benevolencia que busca la rectitud de corazón y el amor al prójimo como a uno mismo. En Mencio (372-289 a.C.) se mantendrá que el Derecho del emperador baja del cielo por el asentimiento del pueblo, el cual podrá deponer al emperador indigno puesto que un mal gobierno se convierte en gobierno asesino al no existir diferencia entre matar con armas o mediante un Derecho injusto. Al Derecho del príncipe se le asigna la tarea de preocuparse porque el pueblo tenga lo necesario para su sustento, y paz entre los otros pueblos. Las ventajas que se consiguen con la guerra son a precio de la sangre de los hombres, por ello Mencio somete la guerra a la moral limitando su recurso a situaciones extremas<sup>21</sup>. La vinculación del Derecho a la Ética es defendida también en el taoísmo (369-286 a.C.) que muestra su pacifismo rechazando la dominación de unos pueblos sobre otros; y el recurso a la guerra, que deja abrojos, espinas y años de hambre. Mei-ti (V-IV

<sup>20</sup> El juez había de aplicar la justicia «rectamente» repudiándose, como en la *Instrucción al visir egipcia*, toda clase de acepción de personas. Los profetas (siglos VIII-IV a.C.) serán los encargados de vigilar y denunciar el incumplimiento. Amós, Isaías, Jeremías, entre otros, denunciarán las prevaricaciones sociales de Israel y toda clase de injusticia y tiranía, proponiendo una sociedad cuyos gobernantes se asienten sobre la justicia, la prudencia y la integridad como camino para la paz social. En palabras de Isaías (XI, 4-5) «... juzgará con justicia a los pobres, y fallará con rectitud para los humildes de la tierra; ahora bien, golpeará al tirano con la vara de su boca y con el sople de sus labios matará al impío. Y será la justicia ceñidor de sus lomos y la verdad cinturón de sus caderas»; en Isaías (XXXII, 17) «la obra de la justicia será la paz y el fruto de la justicia, la tranquilidad y la seguridad para siempre». El mensaje de moralización de lo jurídico, lo político y lo social de los profetas también aparece en el *Eclesiastés* o en el libro de los *Proverbios* donde se reitera la sumisión de la política a la ética religiosa, la sumisión del rey a la justicia. El bien del pueblo, que es querido por Dios, se convierte en límite y fin para todo ejercicio de poder. El mismo dinamismo aparecerá más tarde, en el judaísmo filosófico medieval de Saadía Gaon (882-942), Yosef ben Abraham al-Basir, Yehoshúa ben Yehudá, y especialmente Maimónides. En ellos, la obligación del proceder moral se extiende incluso a Dios. Gracias a la moral política y personal, el político y gobernante puede conseguir el bien del cuerpo y la sociedad. Ha de legislar buscando el bien de la mayoría con leyes justas para conseguir la realización y perfección de sus ciudadanos, cf. A. TRUYOL Y SERRA, t.I, o. c., 44ss. Apoyándose en esta tradición, D. Novak mantiene que el Dn no limita su origen al mundo griego, ni al catolicismo. Por el contrario, es un dinamismo que se extiende y se remonta en el tiempo. En el judaísmo, como disciplina filosófico-jurídica, el Dn significa iniciar la búsqueda de «las razones de los Mandamientos», y una perenne crítica y límite de las acciones humanas. En un mundo secular, intercultural, plural y global, el Dn es una válida vía para que el judaísmo encuentre su modo propio de discurso moral en diálogo con el resto de la comunidad, cf. D. NOVAK, *Natural Law in Judaism* (Cambridge University Press, 1998); ID, *Judaism and Natural Law: The American Journal of Jurisprudence* 43 (1998) 117-134.

<sup>21</sup> A. TRUYOL Y SERRA, t.I, o. c., 63-66.

a.C.) elevará la benevolencia de Confucio al amor universal como principio informador del Derecho desde su optimismo antropológico <sup>22</sup>. En el budismo, el rey Asoka (272-232 a.C.), convertido del brahmanismo al budismo hacia el 260 a.C., ejerció el Derecho asentado sobre el principio moral de la no-violencia y el principio moral de la igualdad de trato para todas las condiciones sociales. En el budismo, el emperador universal debe ser un perfecto hombre moral: un santo <sup>23</sup>.

Posterior en el tiempo, en el Islamismo, que significó una vuelta hacia el ritualismo y el nacionalismo religioso del Antiguo Testamento, el Derecho quedará transido de la moral del mundo religioso. La escuela *hanafi* acentuará el deber de los jueces y de los gobernantes de atender a la equidad. Los *malikies* introdujeron el criterio de «bien público» o «utilidad pública» como fin del proceder público <sup>24</sup>.

Con respecto al pueblo griego, en sus comienzos, el Derecho se asienta en la ley de la naturaleza que gobierna el cosmos. En la Antigua Grecia se pro-

<sup>22</sup> Ibid., 70.

<sup>23</sup> El budismo, que tiene su origen en el príncipe Siddharta (560-480), vinculó su universalismo ético con el universalismo político de signo monárquico superador del antagonismo de las castas, cf. A. TRUYOL Y SERRA, I.I, *o. c.*, 89.

<sup>24</sup> Autores como Abenhamaz de la escuela *dhahiri* mantendrán la tradición estoica de la moralidad en la conducta de los gobernantes; el gobernante queda sometido a la ley moral divina y sólo es legítimo en cuanto no se aparta de ella. Como en el cristianismo, en el islamismo surge el género literario de los «espejos de príncipes» introducido especialmente por el iraní Abd Alá ben al-Muqaffá (723-759), que escribió, entre otras obras, *El gran «adab»* y el *Libro de los Compañeros*, presentando como modelos a los gobernantes Sasánidas. Se insiste en que el rey ha de dar a cada cual su status y a cada clase lo que le corresponde. El sultán es directamente elegido por Dios y responde ante él. La piedad, la sabiduría y la justicia son, con la fidelidad, las virtudes primordiales de un buen Derecho y un buen príncipe, que ha de entender que la prosperidad de sus súbditos es el asiento de su autoridad. La justicia, la equidad y la benevolencia son las virtudes requeridas al gobernante en la *Lámpara de los Príncipes* de Abubéquer de Tortosa, en la España musulmana. En la Casa de la Sabiduría creada en Bagdad, donde bajo el califa Mamún al-Rashid en el 832 se tradujeron las obras de Aristóteles al árabe, aunque en sentido estricto sólo se llamaban «filósofos» los seguidores de Aristóteles, será el pensamiento de Platón el modelo propuesto para seguir en política. En Oriente, Alfarabí, Avicena, Algazel, Abdu Ali Ahmad Miskawayh, Nasir al-Din Tusi destacan por su insistencia en que el Derecho del gobernante ha de ser guía moral de los ciudadanos, en línea con la concepción pedagógica de la política platónica. El político ha de buscar la sabiduría, el cultivo de la razón. El gobernante ha de trabajar en procurar que la ciudad se convierta en la «ciudad-modelo» donde, por la colaboración social, todos se ayudan en la búsqueda de la felicidad. Lo mismo ha de procurarse con el «pueblo-modelo», y desde aquí procurar que la «tierra-modelo» sea una asociación de naciones en busca de la felicidad. Al fin ético de la comunidad ayuda la ley divina, un Derecho justo y una moneda como medio de intercambio que permita establecer la equidad. En el Occidente musulmán serán autores como Avempace, Abentofail, Averroes y Abenjaldún, quienes defiendan el carácter moral de la sociedad y el fin moral del Derecho, y la política, cuyo fin debe ser la felicidad por medio del saber. La política será el arte supremo que une la teoría con la realización de las virtudes prácticas. Los gobernantes en el ejercicio del Derecho han de actuar con benevolencia en vez de ejercer el poder discrecionalmente y han de ser ejemplo moralizante para la comunidad, cf. A. TRUYOL Y SERRA, I.I, *o. c.*, 302-317.

dujo una evolución en la concepción de la relación entre el Derecho y la moral; desde la justicia como represión de cuanto infringiera el orden establecido, hacia la identificación de la justicia con la idea de una armonía, de equilibrio en las relaciones humanas y de orden social <sup>25</sup>. Como expresión de este sentir surgieron las utopías <sup>26</sup>: propuestas de acción de reforma moral y política en la sociedad griega. Sócrates, que compartió con los sofistas el deseo de no someterse incondicionalmente al *nomos*, sino buscarle una justificación racional, defenderá la moralidad de las leyes. La justicia y la templanza mantienen al político en el equilibrio y la armonía de la felicidad. Felicidad cuya obtención tiene que buscar con todas las fuerzas posibles. El político ha de ser moral y, desde su objetivismo ético, ha de conocer el bien. Ha de trabajar para la ciudad que es también una realidad ética fundada en el orden divino de las cosas. Por ello, sus leyes positivas se basan en las leyes no escritas de la recta voluntad de la Divinidad. Cuando la ley se aparta de la moral de la justicia se torna tiránica. Una tiranía, que para Hierón, en el vacío de su moral, vive sola. El tirano, apoyado en la tiranía de su ley, es engendrado por el temor, vaya por donde vaya lo hace como quien anda por territorio enemigo, en desconfianza que nadie puede desvanecer. No podrá, incluso, renunciar a su poder por la magnitud de los males infligidos a la colectividad <sup>27</sup>. También en el estoicismo, autores como Zenón de Citio, Cleantes, Crisipo, Panecio, Posidonio, Séneca, Musonio Rufo, Epicteto y Marco Aurelio entienden que la ley ha de promulgarse y aplicarse según la ética. Ello supone actuar con arreglo a sí mismo y con arreglo a la naturaleza y a la razón, dominando las pasiones. La

<sup>25</sup> Para Anaximandro es *kosmos*, en el único fragmento conocido de su obra *Sobre la naturaleza* dice «allí donde está la génesis de las cosas que existen, allí mismo tienen que corromperse por necesidad, pues ellas tienen que cumplir la justicia y pena que reciprocamente se deben por su injusticia conforme al orden del tiempo» (tr. López-Aranguren). Para Parménides, es juicio entre el día y la noche, las vías de la verdad y la opinión. Los pitagóricos también vieron clara la vinculación de la moral con el Derecho. Desde el marco de su doctrina de los números, caracterizan la justicia como una relación aritmética entre dos términos, la injuria y la reparación, una prestación y una contraprestación. La justicia se simboliza en los números 4 y 9, ellos unen la igualdad a la justicia como elemento esencial a la misma. Justicia fundada en un orden natural y objetivo independiente de la voluntad humana. En Heráclito, la justicia es dinamismo, una ley universal eterna, el *logos*, que crea la síntesis armónica de las polaridades de los opuestos. Las leyes humanas se inspiran de ella pues ésta le infunde santidad a aquellas. La moralidad de la legalidad natural es para Heráclito, como para los pitagóricos, el asiento de las leyes. En el fragmento 114 se expresa de este modo «porque todas las leyes humanas se alimentan de la ley única divina, la cual manda tanto cuanto quiere, y basta a todo y es superior a todos». Hesíodo, por su parte, entenderá la justicia como el principio ordenador de la condición humana. A diferencia de la fuerza física que impera entre el mundo irracional, la justicia es el regalo de Zeus a los hombres. Justicia que será la salud de la ciudad para Solón; medida y equilibrio para Esquilo, quien, en *Antígona*, proclama a la justicia, eterna e inmutable, como límite a la acción del legislador cf. A. TRUYOL Y SERRA, t.I, o. c., 101-110.

<sup>26</sup> Las primeras utopías de las que se tiene noticias son las de Hipódamo de Mileto y Fálacas de Calcedonia, a las que seguirán la *Inscripción sagrada* de Euhemero, escrita hacia el año 300 a.C. y *La Ciudad del Sol* de Yambulo, cf. A. TRUYOL Y SERRA, t.I, o. c., 113-126.

<sup>27</sup> Cf. A. TRUYOL Y SERRA, t.I, o. c., 129-137.

ley ha de buscar la sabiduría, ha de rechazar la esclavitud, defender la igualdad y el cosmopolitismo de todos los hombres que forman parte de la comunidad universal<sup>28</sup>. Con los estoicos, se produce una evolución en el acento dado al significado del término 'naturaleza'. Si hasta ese momento significaba, predominantemente, el orden de las cosas, 'naturaleza' significará, en ellos, vivir con arreglo a la razón de las cosas. De modo que, desde los estoicos, cuando un hombre actúa razonablemente lo está haciendo naturalmente Platón<sup>29</sup> cree que los hombres deben acomodar el Derecho positivo a la justicia para conseguir su felicidad<sup>30</sup>. Aristóteles<sup>31</sup> afirma la existencia de leyes según la naturaleza. Término naturaleza que en múltiples ocasiones hace

<sup>28</sup> Ibid., 179.

<sup>29</sup> Cf. V. R. GOROSPÉ, *Plato's Natural Law Theory in the Republic: The Modern Schoolman* 43 (1966) 143-76.

<sup>30</sup> Por ello, el político debe comportarse rectamente dando a cada uno lo suyo *The Republic*, I, 331e. Rectitud que se extiende incluso al loco y al enemigo en tiempo de guerra. *The Republic* I, 332b. Es contra la justicia hacer algo «injusto» a otros en cualquier tiempo y circunstancia. *The Republic* I, 335e porque la justicia es más valiosa que el oro. *The Republic* I, 336e., aunque la mayoría de las veces parece que la justicia lo es en el interés del más fuerte, donde el proceder del injusto impone la explotación para su enriquecimiento. *The Republic* I, 349c. Sin embargo, ello es causa de desunión y debilidad puesto que, mientras la justicia es fuente de conocimiento y bondad, la injusticia es fuente de lo contrario. *The Republic* I, 350d. De modo que el hombre justo es el verdadero amigo de los dioses, y el injusto su enemigo. *The Republic* I, 352b. La justicia le hace al hombre más feliz que al injusto; y la felicidad del proceder justamente en acuerdo con la naturaleza. *The Republic* I, 354 es un estado permanente más que una situación momentánea. Es un estado que se elige por sí mismo y no por las consecuencias que puede producir. *The Republic* II, 367. Si en la escala de felicidad el hombre justo y el filósofo son los primeros, el tirano ocupa el último lugar; es el más infeliz de los hombres. *The Republic* IX, 587-588. De modo que para Platón debe ser difundido que el hombre justo es bueno, y por su justicia es feliz tanto si es pequeño o grande, rico o pobre, débil o fuerte. *The Laws*, II, 660. Cuando Platón pasa del ámbito del hombre justo a la ciudad justa, no parece tan claro que ésta exista ya en la tierra. *The Republic*, IX, 588-591. En su construcción deben buscarse la verdad. *The Laws*, V, 730, y satisfacer las necesidades mínimas de abrigo, comida y vestido. *The Republic* II, 369d de los ciudadanos; especialmente deben buscarse las virtudes cardinales: sabiduría, coraje, disciplina y justicia. Y del mismo modo que ocurre en el individuo, *The Republic* IV, 444d., el Estado llegará a ser justo cuando los comerciantes, los auxiliares y los guardianes hagan rectamente su propio trabajo. *The Republic* IV, 434d. como «siervos de la ley». De otro modo, la ley pierde su lugar, su legítima autoridad y proceder, significando el colapso del Estado. Por el contrario, si la ley es la maestra de los gobernantes, y ellos son sus esclavos, hay abundancias de promesas y disfrute de todas las bendiciones. *The Laws*, IV, 715. Por ello, se le impone al político la tarea concreta de velar porque las leyes expresen una misma doctrina. *The Laws*, IV, 719, y que use la persuasión, y no sólo la coacción, como método legislativo. *The Laws*, IV, 722. En este sentido son importantes los prefacios de la ley. El preámbulo va dirigido al pueblo para persuadirle de la justicia de la ley. *The Laws*, IV, 723, que consiste en garantizar la igualdad que lo desigual merece. *The Laws*, IV, 757, en que se respete la propiedad. *The Laws*, IX, 913. El estado de justicia es fruto del Bien. Bien que es fuente del conocimiento, de la existencia y la realidad. Bien a donde todo se dirige. *The Republic* VI, 509b; cf. J. FINNIS, *Natural Law and the Ethics of Discourse: The American Journal of Jurisprudence* 43 (1998) 53-73; cf. H. KELSEN, *What is Justice?* (California: University of California Press, 1971) 82-109.

<sup>31</sup> Cf. B. YACK, *Natural Rights and Aristotle's Understanding of Justice: Political Theory* 18 (1990) 216-37.

equivalente al término 'común', de modo que a diferencia de lo justo legal surge lo justo natural como expresión de una justicia objetiva, inalterable y permanente <sup>32</sup>. Y en la comunidad, lo que es justo lo es en parte natural y en parte legal. Lo que es justo natural es lo que es visto así en todas partes. Aunque las variaciones sociales e históricas pueden hacer creer otra cosa, dichas variaciones son consistentes con la existencia de dicha justicia natural. Sin embargo, lo que es justo legal por la voluntad del legislador varía de un lugar a otro <sup>33</sup>.

Los más notables juristas romanos como P. Juvencio Celso, Salvio Juliano, Gayo, Papiano, Ulpiano y Paulo defenderán la unión entre el Derecho y la justicia, así como el deber de atenuamiento de la ley a la ética <sup>34</sup>. En Cicerón, el

<sup>32</sup> *Nicomachean Ethics*, V, 6, 1134a25.

<sup>33</sup> V, 7, 1135a; Para Aristóteles, la ciencia de la Política se ocupa del bien de la felicidad. Los bienes son el fin a lo que todo se encamina, *Nicomachean Ethics*, I, 1, 1094a, y el más elevado fin es el bien mejor. Bien que es incondicionalmente completo, autosuficiente, fin de todas las cosas en su acción, *Nicomachean Ethics* I, 7, 1097b20. La actividad política es un hábito que debe adquirirse desde la juventud. Es el ejercicio del arte de la felicidad; el ejercicio de la virtud. Un arte que es difícil y que requiere que en ocasiones nos inclinemos hacia el exceso, y en ocasiones hacia el defecto en el proceso, *Nicomachean Ethics* II, 9, 1109b15, de acercamiento al estado intermedio, *Nicomachean Ethics* II, 6, 1107a. En la búsqueda de la felicidad, el hombre ha de buscar la justicia. La justicia es un estado del carácter que nos hace «hacedores» de rectas acciones y desear lo que es justo. Por el contrario, injusticia es el estado que nos hace cometer acciones injustas y desear lo que es injusto *Nicomachean Ethics* V, 1, 1129a10. La justicia es igualdad y el amor es igualdad *Eudemian Ethics*, VII, 9, 1241b15. La justicia es todo aquello que produce y mantiene la felicidad en una comunidad política *Nicomachean Ethics*, V, 1, 1129b15. Por ello, el político ha de ser un hombre honesto y honrado, un hombre justo. El gobernante ha de ser un hombre virtuoso. En la justicia se resumen todas las virtudes. El gobernante ha de buscar y aplicar la justicia distributiva o proporcional, que es proporcional igualdad de lo que no es igual. Además, habrá de aplicar la justicia correctiva o sinagmática cuando atienda a las cosas de las personas. Justicia que es de proporción aritmética; justicia conmutativa cuando interviene principalmente la voluntad de las personas; justicia judicial cuando se impone por voluntad del juez incluso contra la voluntad de una de las partes *Magna Moralia*, I, 33, 1193b-1194a. En la búsqueda de la justicia, el político ha de tener presente a toda la comunidad porque en esencia, la justicia es alteridad, envuelve a más de una persona *Magna Moralia*, I, 33, 1196a10. Por ello, el suicidio es una injusticia a la propia comunidad *Nicomachean Ethics*, V, 11, 1138a10. El gobernante ha de ser una persona regida por la inteligencia. Debe deliberar lo que es bueno y benéfico para él mismo y para la comunidad. Debe agarrar la verdad, y desde el dinamismo de la razón lanzarse a la actividad del discernir lo que es bueno y lo que es malo para su comunidad *Nicomachean Ethics* VI, 5, 1140b5. Debe dedicarse al estudio teórico como el medio supremo para la felicidad. Debe cultivar la parte racional de su alma donde reside la sabiduría, la buena voluntad, la aptitud para aprender, la filosofía, la memoria. Debe cultivar, también, la parte irracional de su alma, residencia de la moderación, de la justicia, del valor y otros estados del carácter, *Magna Moralia*, I, 5, 1185b10, cf. H. KELSEN, *What is Justice?* 110-136.

<sup>34</sup> Para Ulpiano *ius* viene de *iustitia* que es la constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo suyo. La misión del jurista queda, en ellos, llena de sentido moral, convirtiendo al jurisconsulto en un siervo de la ley y no de la letra, en un sacerdote de la justicia. Por ello, Papiano afirmará que lo inmoral nunca puede ser lícito, o Paulo dirá que no todo lo que es lícito es honesto. Para Gayo, no hay más que dos categorías de *ius moralis*: el *ius civile*, como el Derecho

Derecho natural es la recta razón en acuerdo con la naturaleza. En el libro III del tratado *De república* afirma que la ley, en acuerdo con la naturaleza, no puede anularse o ser derogada en todo o en parte por la autoridad del senado o del pueblo. Es una ley que no necesita ser glosada o interpretada, y que no es una ley diferente en Atenas o en Roma. El efecto de no obedecer dicha ley es la huida de sí mismo, adjurando de la naturaleza humana, sufriendo por ello las más graves penas, aunque con su desobediencia se libre de las más graves sanciones. En el discurso *pro Milone* mantendrá que la ley natural es una ley innata, no escrita, que no aprendemos o somos educados en ella; que no nos sometemos a ella por nuestra voluntad, y que no escogemos entre varias, sino que hemos sido creados y nos encontramos inmersos en la misma. Desde esta ley, el hombre moral ha de servir a la comunidad a la que está unido por su consentimiento, por comunidad de intereses, y por un innato deseo que no es debilidad <sup>35</sup>.

que cada pueblo se da a sí mismo y el *ius gentium* como el Derecho que usan todas las naciones. Gayo no habla de un *ius naturale*, pero el *ius gentium* parece tomar las características del mismo. En Ulpiano se sigue la clasificación de Cicerón. La peculiaridad está en que, para él, el Derecho natural es el Derecho que la naturaleza enseñó a todos los animales. El Derecho natural no es propio de los seres humanos sino que pertenece a todos los animales que nacen bajo el cielo, en la tierra y en el mar. De modo que el *ius gentium* vendría a ser un Derecho natural restringido al género humano. Para Paulo la diferencia se hace entre el *ius civile* y el *ius naturale*. El primero es el que existe en cada ciudad y se basa en criterios de utilidad para la mayoría; el segundo, se asienta en principios de justicia, cf. A. TRUYOL Y SERRA, t.I, o. c., 196-199.

<sup>35</sup> En Cicerón, el hombre, como miembro de una especie que no está hecha de individuos solitarios, ha de buscar que la vida sea posible en un buen Estado, aplicando y concretando la ley natural en la ley positiva *The Republic*, I, 39. Un buen Estado es la mayor bendición *The Republic* V, 8 por lo que la ley ha de procurar liberar de corrupción tanto la votación como las sentencias *The Republic* V, 11. La guía para hacer un Estado «ordenado» se encuentra en la naturaleza racional del hombre *The Laws*, I, 22; en su ser pensante que se siente unido a la justicia. La justicia no es opinión sino naturaleza *The Laws* I, 28, que nos preserva en la vida *The Laws* I, 31. De este modo, aquellos que han sido dotados de razón por la naturaleza, también han sido dotados de recta razón y, por consiguiente, con el Derecho. El Derecho se convierte en la recta razón que manda y prohíbe según la naturaleza *The Laws* I, 33; según la justicia *The Laws* I, 35. El hombre, como todo miembro de la comunidad política, ha de preocuparse por los otros como exigencia de justicia; lo que genera la validez de las leyes promulgadas por los gobernantes y el único criterio válido para distinguir una ley mala de una ley buena *The Laws* I, 44. La búsqueda de la justicia ha de ser búsqueda desinteresada, sin buscar precio o premio. Debe buscarse por sí misma para participar de todas las virtudes *The Laws* I, 48. Por el contrario, no hay nada más abominable que buscar provecho de la justicia *The Laws* I, 49. Por ello, la ley debe alejarse de entender la justicia como opinión arbitraria sin asiento en la naturaleza *The Laws* I, 45. Porque la razón se hizo ley no cuando fue escrita sino cuando fue creada *The Laws* II, 10. La elección ha de ser siempre de lo justo frente a lo injusto, en búsqueda de la seguridad de los ciudadanos, de la vida pacífica y feliz de sus conciudadanos *The Laws* II, 11. De no ser así, el Estado deja de serlo para convertirse en una banda de criminales *The Laws* II, 13. En definitiva, el político ha de atenerse a la naturaleza dinámica de la ley que es guiada por el castigo del mal y la protección del bien *The Laws* II, 14. De modo que la recta razón con respecto a la naturaleza es la que da justicia a las leyes y hace justo al gobernante. Por ello, dice: «*Si fuese Derecho lo que ha sido establecido por decisión de los pueblos, por decreto de los príncipes o por sentencias de los jueces, serían derechos el robo, el adulterio, los testamentos falsos, siempre que hubiera sido admitido así por la multitud. Si se otorga a las palabras y acuerdos*

El cristianismo se inicia con la proclamación del evangelio de Jesús <sup>36</sup>, sin embargo, será San Agustín quien realice la primera gran síntesis entre la filosofía griega y el nuevo paradigma. Para él, la ley positiva se asienta en la ley natural y ésta en la ley eterna. Esta última es la razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe que se perturbe. La ley natural será la transcripción hecha en la mente humana de la misma ley eterna y, por tanto, de la suprema e inmutable razón divina <sup>37</sup>. En San Isidoro, el

*de los necios tanta fuerza como para modificar la naturaleza de las cosas. ¿Por qué no mandan que se considere bueno lo que es malo y reprochable? ¿Por qué si la ley hace justo lo que es injusto no va a poder también hacer bueno lo que es malo? Pero nosotros no podemos distinguir la ley buena de la mala por ningún otro criterio que no sea el de la naturaleza», The Laws, I, 43-44. En Cicerón, queda patente la distinción que establece entre el ius civile, ius gentium y ius naturale. El ius civile es el formado por las leyes positivas, y propio de cada pueblo. El ius gentium es un Derecho positivo de carácter universal. Por encima de ello reina el Derecho natural.*

<sup>36</sup> En el Cristianismo, la predicación de Jesús significó una radicalización en la exigencia moral como plenificación de toda ley. En Jesús queda claro que el ateniimiento a la verdad es el camino a la libertad, que la ley del amor es el auténtico cumplimiento de la letra de la ley. San Pablo, en el capítulo II de la Epístola a los Romanos, versículos 14 y 15, afirma la existencia de una ley moral natural escrita en los corazones de todos los hombres, incluso de aquellos que no tienen ley positiva, y que de este modo ellos mismos se convierten en su propia ley (una óptica que en el siglo XII continuará Graciano con su distinción del Derecho positivo, manifestado sobre todo en las costumbres y el Derecho natural que es el que se contiene en la ley y los evangelios). Sus implicaciones en el mundo del Derecho y la justicia serán pronto explicitadas por los Padres de la Iglesia quienes, en general, identificarán el Decálogo con la ley natural, con una legitimación última teológica. Si San Pablo había reconocido la importancia y eficacia de la ley natural para los gentiles, San Justino, San Gregorio de Nazianzo, San Juan Crisóstomo, Teodoreto de Ciro, Lactancio y San Ambrosio entre otros, profundizarán en ello. En S. Juan Crisóstomo, el Derecho natural es el asiento de la ley positiva: «Decídme, ¿de dónde han tomado los legisladores los preceptos relativos al matrimonio, al homicidio, a los testamentos, a los depósitos, a la prohibición de beneficiarse de otros a expensas de otros y a las normas concernientes a una infinidad de cosas diversa? Seguramente, de la tradición. Pero si nos remontamos más lejos, llegaremos en último análisis a la conciencia. Es claro que los legisladores establecen sus leyes sobre la base de la regla que Dios ha dado al hombre al crearlo. Es a esta ley fundamental a la que deben su origen los Tribunales y el Derecho penal» [cita recogida en A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho natural*, 147]. El hombre público, la autoridad política en la cosmovisión cristiana, ha de guiarse por la justicia que además de implicar la unión con Dios implica la unión de la 'humanidad'. Cf. KELSEN, *What is Justice?*, 25-81.

<sup>37</sup> Por ello, la ley natural no es algo esencialmente distinto de la ley eterna, sino ésta misma en cuanto afectante al hombre que, debido a su capacidad racional, es capaz de conocerla y dar cuenta de su presencia en la propia naturaleza humana. La ley positiva es manifestación de la ley eterna en el hombre, que sólo será auténtica ley si deriva de la ley natural. De modo que cuando esa conexión está ausente, la pretendida ley no lo es, y por tanto no obliga. En su visión, el político en la sociedad ha de asegurar la paz y realizar la justicia dentro de los límites del orden natural para que los hombres puedan realizar su fin temporal y eterno. La plena justicia sólo se da en el cristianismo. Otra justicia menos plena es la justicia natural que asegura un mínimo de moralidad indispensable para el sostenimiento de la ciudad y la sociedad. Por ello, el Derecho estará legitimado y obligado a utilizar la fuerza en el caso extremo para *compellere intrare* en la Iglesia a los «herejes», que por serlo ya eran injustos. Se negaba que, como Castellión (1515-1554) dirá, «matar a un hombre no es defender una doctrina, sino matar un hombre» [cita recogida en A. TRUYOL Y SERRA, *o. c.*, t. II, 68]. De este modo, el servicio del Derecho a la

Derecho civil se asienta en el Derecho natural, que es a su vez distinguido del Derecho de gentes<sup>38</sup>. Sometimiento del Derecho a la moral que se acentuará en la reforma de Gregorio VII, como ideal por el que discurrirá el siglo XII. Una mentalidad que queda reflejada en la obra de Juan de Salisbury, el primer intento medieval de elaboración de una política sistemática, donde el príncipe es un ministro del sacerdote, sometido a la ley de Dios y a la ley de la Iglesia. La vinculación del Derecho a la moral es una «obligación» divina, pero si Dios no existiera –llegará a afirmarse– el Derecho queda sujeto a la moralidad de la recta razón, como afirmara Gregorio de Rimini en el siglo XIV, y cuyo objetivismo ético continuará Gabriel Vázquez en el siglo XVI. Moralidad que se extiende al ámbito de la economía, como resaltó San Antonio de Florencia (1389-1459), y cuyo mismo sentir se manifestará en el humanismo político de Juan Luis Vives, Tomás Moro, Modrevio y particularmente Erasmo<sup>39</sup>. En este momento, los *espejos de príncipes* cobraron un nuevo arranque, especialmente en España y Portugal, motivado por la oposición al modelo maquiavélico, y por el desarrollo doctrinal que se llevó a cabo después del Concilio de Trento en torno a la «razón de Estado», reforzándose el papel del Derecho como cimiento de cohesión y paz<sup>40</sup>.

justicia quedará identificado con el servicio del Derecho a la Iglesia, cf. TRUYOL Y SERRA, *o. c.*, t. I, 263-272. Con la conversión del cristianismo en religión oficial del imperio, desde el «agustinismo político» se camina, con la teoría de las «dos espadas» de Gelasio I, y posteriormente con Hincmaro, en un dualismo político-religioso que insiste en la sumisión del gobernante, monarca y político a las leyes, a la moral, a la religión cristiana. Como instrumento de la moralización en el ejercicio del Derecho surge el género literario de los «espejos de príncipes», inspirado en el modelo de príncipe cristiano de la *Ciudad de Dios* de San Agustín. Denominador común en ellos será la insistencia en que el político y el gobernante han de ser justos, honestos, y acatadores de las leyes que edifican o destruyen la conducta de sus súbditos. Han de ser insobornables, hacedores de leyes que sean expresión de justicia. Leyes en conformidad con la naturaleza, en armonía con la costumbre del país, convenientes por razón de lugar y tiempo, necesarias, útiles, claras para evitar engaños y establecidas para el bien público.

<sup>38</sup> El primero es el que cada pueblo o ciudad se da a sí mismo por razones humanas y divinas. El Derecho natural es aquel común y justo a todas las naciones y en todas partes observado por instinto natural, y no porque se haya establecido de modo alguno. En tercer lugar, el Derecho de gentes es el que usan 'casi' todos los pueblos. En San Isidoro es claramente diferenciado del Derecho natural en razón de su ámbito material y su extensión, al quedar la universalidad del Derecho natural reducida al 'casi' del Derecho de gentes. La universalidad de la concepción de Derecho natural de Gayo se hace presente, así como la vinculación del mismo Derecho natural a la justicia que hace el jurista Paulo.

<sup>39</sup> En su obra *Institución del príncipe cristiano* se defiende la no-separación entre la política y la moral. No hay, según Erasmo, una moral política distinta de la moral privada. Lo que hay es una moral universal que a todos obliga. Por ello, la política ha de tener en su seno el componente ético, en evidente crítica a la autonomía de la «razón de Estado». El poder se asienta en su recto ejercicio, y en segundo término, en el título formal del origen. El príncipe está sometido a la ley y al bien común.

<sup>40</sup> A. TRUYOL Y SERRA, *o. c.*, t. II, 25-42; cf. A. J. CARLYLE, *A History of Medieval Political Theory in the West: From the Roman Lawyers of the Second Century to the Political Writers of the Ninth*, vol. I (Edinburgh: Blackwood, 1930).

Santo Tomás, que conserva la estructura trimembre de la doctrina de la ley establecida por San Agustín, afirma que la ley eterna es la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos en un orden dinámico universal <sup>41</sup>. Este dinamismo, y un carácter intelectualista en su doctrina le diferencia del estatismo y raciovoluntarismo de San Agustín <sup>42</sup>. La ley eterna, para Santo Tomás, es única para todo el universo y se manifiesta en diferentes modos como leyes físicas, químicas, biológicas, etc. Además, es una ley universal que afecta a la totalidad de los seres conforme a la naturaleza de cada uno. Con respecto a la ley natural, ésta es participación, en el hombre, de la ley eterna según su naturaleza racional y libre. Las leyes positivas han de acomodarse a las tendencias básicas que son prohibiciones y mandatos de la ley natural en orden a la conservación del propio ser. Un fin que el hombre comparte con todas las criaturas, ya que todos los seres apetecen su conservación conforme a su propia naturaleza. De las tendencias deduce Santo Tomás todos los preceptos de ley natural que contribuyen a conservar la vida del hombre y a evitar sus obstáculos; tendencias a la conservación de la especie de las que se deducen los preceptos a la conservación de la especie, tendencia a conocer la verdad y vivir en sociedad en acuerdo con la naturaleza racional y social del hombre, de la que se deducen los preceptos relativos a la perfección intelectual del hombre y a sus relaciones dentro del ámbito de la comunidad <sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Cf. P. M. FARRELL, *Sources of St. Thomas' Concept of Natural Law* (Melbourne: [Reprint from the *Thomis* XX, 1957, pp. 237-94] 1957).

<sup>42</sup> Cf. R. ASHMORE, *Aquinas and Ethical Naturalism : New Scholasticism* 49 (Winter 1975) 76-86.

<sup>43</sup> La ley natural es una ley única, es decir, la misma en el espacio y en el tiempo. La universalidad como unidad en el espacio e inmutabilidad como unidad en el tiempo. Unos caracteres que corresponden en mayor grado a los preceptos primarios que a los secundarios. La inmutabilidad no significa estatismo, sino que el dinamismo del proceso puede, por adición, añadir a la ley natural algún nuevo precepto; por sustracción, sólo en ciertos casos con respecto a los preceptos secundarios pero nunca con respecto a los primarios. Santo Tomás diferencia entre el entendimiento especulativo y el práctico. El primero es presidido por el principio de contradicción en la búsqueda de la verdad. El segundo, el entendimiento práctico, es presidido por el principio de hacer el bien y evitar el mal. La veracidad y la evidencia son dinamismos graduales desde los preceptos primarios, los secundarios y los terciarios. En la concepción tomista, el contenido de la ley natural se obtiene por deducción del entendimiento práctico y no del especulativo (Grisez y Finnis). En Santo Tomás, la moral, como medio y norma de los actos, es propia de la razón, y manda o restringe la acción del hombre. La razón es el primer principio de los actos humanos donde lo que es mandado como ley ha de serlo según las reglas de la razón. En ello se fundamenta la legitimidad de la fuerza del poder político que de otra forma es ilegalidad antes que ley, *The Summa Theologica*, I-II, q. 90, a.1. En Santo Tomás, el Derecho no ha de mirar el beneficio privado sino el común beneficio de los ciudadanos y buscar preservar la felicidad y cada una de las partes del cuerpo político. El Estado, como comunidad perfecta, deberá estar orientado al bien común, II, q. 90, a.2. Para conseguir ese bien común, el poder político tiene el poder de promulgar leyes e infligir sanciones por su incumplimiento, I-II, q. 90, a.3.; promulgación pública de las leyes para que adquieran fuerza. Por ello, la ley no será sino el ordenamiento de la razón al bien común promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad. La promulgación obliga al que no está presente cuando es promulgada tan pronto como le

En el protestantismo <sup>44</sup>, Melanchton mantiene que el Derecho ha de asentarse en la ley natural innata en la naturaleza humana; ley que coincide con las reglas del Decálogo e inspira toda legislación positiva. El deseo de moralizar el Derecho, desde la libre interpretación del cristianismo de la Reforma, es común a Calvino, Juan Oldendorp, Zvinglio, y anabaptistas. La Escolástica española del siglo XVI y XVII continuará, también, la línea de asentar el Derecho en la moral <sup>45</sup>.

es conocida. La promulgación es duradera en el tiempo. Las leyes promulgadas por el poder político han de atender a la ley natural promulgada en el entendimiento humano para que pueda ser conocida naturalmente por el mismo I-II, q. 90, a.4. Como el fin de la ley natural es hacer al hombre totalmente bueno, una ley tiránica que no está en acuerdo con la razón no es propiamente ley, sino perversión de la ley-II, q. 92, a.1. La ley, con su castigo, lleva al hombre al bien I-II, q. 92, a.2. a pesar de las limitaciones de su entendimiento I-II, q. 94, a.1. El bien es la preservación de la vida humana, una inclinación que el hombre comparte con todos los animales, pero el bien significa, además, la educación de los hijos, vivir con arreglo a la razón, la búsqueda de la verdad de Dios, la vida en sociedad I-II, q. 94, a.2. La ley natural es una ley inmutable pero que varía por sustracción o adición. La sustracción siempre es de los principios secundarios nunca de los primarios I-II, q. 94, a.6. Las leyes positivas han de corregir la desviación de la ley natural I-II, q. 94, a.5. que pueda hacer daño y perder a los miembros de la comunidad I-II, q. 95, a.1. El poder político, en vez del juez, es quien ha de hacer las leyes. Puesto que le es mejor, a pocos, hacer las leyes que a muchos, y les resulta más fácil anticipar las situaciones posibles sin estar atados a la particularidad del caso concreto. En los casos residuales, no contemplados por la ley, debe de intervenir el juez necesariamente, I-II, q. 95, a.1. En su cometido, el político puede derivar como conclusiones de principios en la ley natural, y como determinación de ciertas nociones comunes. Las primeras normas humanas, así obtenidas, tienen algo de la ley natural. Las normas obtenidas por la segunda vía no tienen más fuerza que la ley humana. El poder político ha de promulgar leyes virtuosas, justas, posibles a la naturaleza, en consonancia con la costumbre del país, apropiadas al lugar y al tiempo, necesarias, útiles, claramente expresadas y ordenadas al bien común I-II, q. 95, a.3. Según los criterios arriba utilizados, se distingue una ley natural, una ley de las naciones y una ley humana I-II, q. 95, a.4. Con la ley humana, el Derecho no ha de prohibir sino los vicios que ponen en peligro la sociedad humana. Finalmente, el Derecho ha de prescribir sólo aquellas virtudes que se ordenan al bien común. El Derecho será justo si su fin es el bien común, si el autor es legítimo y no excede su competencia, y si establece igualdad en la proporción de la distribución de las cargas. Por el contrario, será injusto cuando sea contrario al fin del bien común, cuando no proceda del legítimo autor y en legítima forma: es un Derecho que no obliga en conciencia salvo como medio de evitar un escándalo o mal mayor, I-II, q. 96, a.4. Y puesto que las cosas no están sujetas a la palabra sino la palabra a las cosas, en casos de necesidad o evidencia manifiesta se puede actuar fuera de la letra de la ley, sin que por ello se esté totalmente fuera de la ley, I-II, q. 96, a.6. El poder político sólo puede dispensar el cumplimiento de los segundos principios obtenidos de la ley natural siempre en beneficio del bien común, I-II, q. 97, a.4; Cf. A. BROD-RICK, *The Radical Middle: Natural Right of Property in Aquinas and the Popes*: Solicitor Quarterly 3 (1964) 127-59.

<sup>44</sup> Cf. C. E. MORTON, *What Protestants Think about Natural Law*: Catholic World 190 (1960) 294-300.

<sup>45</sup> Autores como Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Francisco Suárez [cf. W. MAY, *The Natural Law Doctrine of Francis Suarez*: New Scholasticism 58 (Fall, 1984) 409-23; D. M. CLARK, *Natural Law and the Dynamics of the Will*: Philosophical Studies 27 (1980) 40-54] intentarán una síntesis en su propuesta racionvoluntarista; Alfonso de Castro, Gabriel Vázquez, una racionalista. Junto a ellos, también cabe señalar a Diego de Covarrubias, Bartolomé de las Casas, Vasco de Quiroga, Jerónimo de Mendieta, Alonso de Veracruz, José de

Las tesis pactistas mantienen la consideración de la existencia de dos situaciones o status: el natural y el social, que nace de una convención o pacto establecido entre los hombres, y donde el Derecho está legitimado por la moralidad de la ley natural <sup>46</sup>. Las tesis pactistas pueden tomar expresiones diferentes desde la justificación del absolutismo de Hobbes, la justificación del liberalismo de Locke o la apología de la democracia <sup>47</sup> de Rousseau. Teóricos de Estado como Altusio, Francis Bacon, Bodino, Coke, Hooker, Selden, en una nueva situación en la que están surgiendo los Estados nacionales, siguen sometiendo el Derecho a la búsqueda del bien común, a la piedad y a la justicia. Sin embargo, es una justicia y una moral que comienza a separarse de la Iglesia <sup>48</sup>.

Acosta. Una Escolástica unida a la del siglo XIII por el eslabón de Cayetano (1468-1534) y Silvestre (1474-1528) [cf. A. H. CHROUST, *A Summary of the Main Achievements of the Spanish Jurist-Theologians in the History of Jurisprudence: The American Journal of Jurisprudence* 26 (1981) 112-124]. Para Vitoria, el poder político está ordenado al bien común y sometido al Derecho divino, al Derecho natural y al Derecho positivo, en cuanto que el poder político tiene su origen en la comunidad. Una comunidad que se abre a todos los pueblos de la tierra. El vínculo moral de la común naturaleza es el que une a todos los pueblos que tienen el derecho de constituirse libremente en Estados. El Derecho queda sometido a preservar y fomentar el «patrimonio común de la humanidad», dado que el principio del bien común es «internacional». Bien común del orbe que es superior al bien común nacional. El Derecho ha de aplicar la solidaridad de la justicia distributiva entre todos los miembros de la comunidad «mundial». Y por ello tiene un legítimo *derecho de intervención* en casos de violaciones graves de la ley natural. Tal es la vinculación de la política a la moral, que el súbdito estará liberado de obedecer al poder político cuando actúe con evidente injusticia. Si con Santo Tomás se «seculariza» la comunidad política y, en general, el pensamiento al admitir una filosofía distinta de la teología, con Vitoria se «seculariza» la comunidad internacional, cf. A. TRUYOL Y SERRA, *o. c.*, t. II, 76-87. El esfuerzo de Bartolomé de Las Casas por someter la Conquista de América a la moral fructificó en las Leyes de Burgos de 1512 y las Leyes Nuevas de 1542. Pedro de Rivadeneyra (1527-1611), en su obra *Tratado de la religión y virtudes que debe tener el príncipe cristiano para gobernar y conservar sus Estados. Contra lo que Nicolás Maquiavelo y los políticos de este tiempo enseñan* (Madrid, 1595), mantiene la diferencia que hay entre una verdadera razón de Estado y la falsa razón de Estado, defendida por Maquiavelo. Frente a éste, Rivadeneyra somete el Derecho a la moral y a la religión. Activo luchador contra lo que, él entendía, el germen corrosivo del utilitarismo maquiavélico fue Campanella, que se incorpora al movimiento de restauración católica de la Contrarreforma. La «razón de Estado», como justificación para el proceder inmoral del Derecho, quedó condenada oficialmente por el catolicismo en 1559. El libro de Maquiavelo se incluiría en el primer índice de libros prohibidos publicado por Paulo IV. En el protestantismo Inocencio Gentillet, presidente del Parlamento de Grenoble, en su obra *Anti-Machiavel* (1576) denuncia, también, el espíritu ateo y amoral del maquiavelismo que, según él, se contrapone a la forma de gobernar francesa donde el rey debe observar, y hacer observar, la verdadera y pura religión de Dios, cf. A. TRUYOL Y SERRA, *o. c.*, t. I, 113-138.

<sup>46</sup> Cf. W. A. DUNNING, *State of Nature and Natural Rights: Political Science Quarterly* 20 (June 1905) 230-02.

<sup>47</sup> El Derecho natural que ha inspirado ideológicamente la búsqueda de la democracia es, sin embargo, en la perspectiva de K. Nielsen, inadecuado para su justificación teórica, cf. K. NIELSEN, *An Examination of the Thomistic Theory of Natural Moral Law: Natural Law Forum* 4 (1959) 44.

<sup>48</sup> La separación de la Iglesia y el Estado es vista igual de necesaria tanto para aquella como para éste en la obra *Un libro que muestra la vida y costumbres de todos los fieles cristianos* (Middelburgh, 1582) de Robert Browne, [citado en A. TRUYOL Y SERRA, *o. c.*, t. II, 143-161].

Hugo Grocio <sup>49</sup> o Jean Domat siguen en la línea de afirmar que las reglas de Derecho son expresiones cortas y claras de lo que pide la justicia en los diversos casos, y enseña a los hombres mediante la luz de la razón <sup>50</sup>. En Locke (1632-1704) el estado de naturaleza es un estado donde prevalece la razón y el orden, faltando, únicamente, la integración en órdenes políticos; es un estado prepolítico pero no es un estado presocial. En este estado de naturaleza existen ya unos derechos naturales, fundamentalmente el derecho a la vida, el derecho a la libertad y el derecho a la propiedad <sup>51</sup>. Estos derechos son poseídos por todos los hombres y por cuanto todos son iguales. «El estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que obliga a todos [...] que, siendo todos iguales e independientes, nadie debe dañar a otro en su vida, en su salud, en su libertad y en su propiedad». El Derecho surge, entonces, como garante de los derechos individuales que de otra manera podrían ser arriesgados por la subjetividad de su privada defensa. La teoría de Locke vino a salvar el Derecho natural de la situación en que había quedado con Hobbes. De esta forma, el Derecho natural vuelve a ser el fundamento de las leyes positivas. Éstas habrán de ser dictadas de modo que se haga efectiva la misión de tutela de los derechos naturales. El Derecho natural orienta el sentido del Derecho del Estado que no puede violar los derechos naturales del individuo. Las leyes positivas encuentran su límite ante el Derecho natural de libertad, incluso la libertad de pensamiento, la propiedad y la vida <sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Cf. A. H. CHROUST, *Hugo Grotius and the Scholastic Natural Law Tradition: New Scholasticism* 17 (April, 1943) 101-33.

<sup>50</sup> El nuevo ambiente de tolerancia y libertad religiosa que se oficializa con la Paz de Westfalia (1648) estimula a Comenio (1592-1670) en la búsqueda de la unidad política de la humanidad asentada en la unidad moral, cf. A. TRUYOL Y SERRA, *o. c.*, t. II, 212.

<sup>51</sup> Cf. S. M. BROWN, *Inalienable Rights: Philosophical Review* 64 (April 1955) 192-211.

<sup>52</sup> En Locke, el poder político debe estar sometido al de la justicia. La justicia surge del estado de naturaleza. El estado de naturaleza es un estado de perfecta libertad y de igualdad, donde se funda la obligación natural al amor entre los hombres, y la justicia de los deberes de unos para con otros, J. LOCKE, *Two Treatises of Government* (Cambridge, 1997) pp. 270; 278. Pero el estado de libertad no es para la destrucción de uno mismo sino que la razón enseña la conservación de la vida. La aplicación de la ley de la naturaleza se encuentra en las manos de cada cual. De este estado se sale cuando los hombres deciden, por ellos mismos, poner su mutuo consentimiento y crear la sociedad política (p. 278). Por esta vía se elimina el estado de guerra. Éste es un estado de enemistad, malicia, violencia y mutua destrucción en el cual unos hombres intentan someter a los demás a su absoluto poder y esclavitud (p. 282). El político ha de defender el derecho a la propiedad como un derecho a la propia preservación por el trabajo (p. 302). La sociedad, en la que el hombre se encuentra equipado con entendimiento y lenguaje, es sociedad política (p. 318). En la sociedad política, las leyes y los jueces deciden los conflictos en orden a la justicia (p. 324). Por ello, la «injusticia» del monarca absoluto es inconciliable con la sociedad civil (p.326). Ésta se asienta en el libre consentimiento de sus miembros y actúa por decisión de la mayoría de los mismos (p. 349). El fin de la comunidad política es defender las vidas, la paz, la seguridad, la propiedad (p. 350) y el bien común de sus miembros (p. 353). El poder político tiene en la atribución del poder legislativo la primera y fundamental ley positiva. Es un poder supremo, sagrado e inalterable que la comunidad ha puesto en sus manos (p. 356). Este poder, sin embargo, no es absoluto. Se encuentra limitado al bien común. Por ello, nunca puede ser usado para destruir, esclavizar, empobrecer o denigrar a los miembros

En el caso de Rousseau (1712-1778), el estado de naturaleza es un estado asocial donde los hombres no luchan entre sí pero tampoco se relacionan, viviendo con absoluta indiferencia los unos con respecto de los otros. Es un estado de felicidad donde la naturaleza cubre generosamente todas las necesidades, reinando la armonía y la paz como consecuencia de la bondad natural del hombre. Todos los hombres son naturalmente iguales y libres. A diferencia de Hobbes, la humanidad no es antisocial en continua lucha; a diferencia de Locke, la humanidad en estado natural tampoco lleva una existencia laboriosa y activa. Para Rousseau, el estado de sociedad, el contrato social, aparece como una medida necesaria para restablecer el equilibrio perdido por la entrada de la propiedad privada en el estado de naturaleza. El Estado, en virtud del pacto, devuelve a los hombres sus derechos naturales transformados en derechos civiles, es decir, derechos protegidos y garantizados por las leyes. Entonces el ciudadano tiene especialmente reconocidos el derecho de libertad y el derecho de igualdad. En Rousseau es una preocupación fundamental hallar una forma de asociación que defienda y proteja, con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y donde éste no obedezca más que a sí mismo, quedando tan libre como antes. El límite a la libertad es la voluntad general, una categoría que se corresponde con el interés común más que con la suma de las voluntades particulares de los ciudadanos<sup>53</sup>. Lo que está bien, y es conforme con el orden, es así por la naturaleza de las cosas e independientemente de las convenciones humanas. Así, los derechos naturales, que pasaron a ser derechos civiles por el contrato, conservarán los caracteres «sagrados e inviolables», y con este carácter pasarán a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciu-

de la comunidad. Las normas positivas deben acordar con la ley natural, de la cual son una declaración (p. 358). El poder legislativo nunca debe ser transferido por el poder político a ningún otro (p. 363). El poder político ha de separar el legislativo del ejecutivo, que puede tener alguna competencia extraordinaria (p. 378) en ciertas situaciones. La comunidad siempre retiene el poder supremo (p. 372).

<sup>53</sup> En Rousseau, hay diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; ésta se refiere sólo al interés común y la otra atiende al interés privado. La voluntad general siempre es recta y siempre tiende a la utilidad pública. Cuando uno busca el interés particular dentro de la búsqueda del interés común, se actúa conforme a la voluntad general. Sin embargo, la búsqueda del interés privado contra el interés general va contra el recto uso de la voluntad general. La moralidad significa el respeto a la voluntad mayoritaria. Por acuerdo del voto mayoritario se crea el contrato que constituye la sociedad como un todo del que formamos parte, cf. J. J. ROUSSEAU, *The social contract*, tr. C. Betts, (New York, 1999) (p. 55). De este modo se forma la ciudad, la república, el cuerpo político. La soberanía es de los asociados que pasan a llamarse ciudadanos, o pueblo en su conjunto, sometidos a las leyes del Estado (p. 56). En el Estado civil se cambia el instinto por justicia, produciéndose su moralización, y ganándose el derecho a la propiedad y a la libertad civil (p. 59). Con los límites del Derecho que la comunidad tiene sobre cada uno, la desigualdad de los hombres se torna en igualdad por Derecho gracias al «contrato». El político debe cuidar que el nuevo Estado social sea ventajoso para los ciudadanos. Para ello debe velar que todos tengan su parte pero ninguno demasiado (p. 62). Por tanto, el Derecho queda sometido a la justicia, que como justicia absoluta existe y emana de la razón. Mediante las leyes se habrán de combinar los derechos y deberes de cada cual con objeto de realizar dicha justicia (p. 73). Para Rousseau, de entre las diferentes clases de leyes políticas, civiles, y criminales, las más importantes son las leyes morales (p. 90).

dadano de 1789. La Revolución americana y la Revolución francesa se asentaron sobre la unidad entre el Derecho y la moral de los derechos naturales. En la perspectiva de Thomas Paine, John Adams, James Wilson y Condorcet, entre otros, el político ha de atender a la justicia, que no es el mandato de un superior sino que es la emanación de la ley eterna. De ésta fluye toda directriz y es fundamento de la ley natural, que es conocida por todos por medio de la razón y la conciencia moral común. En orden a aquella, la ley positiva y la costumbre tienen un fundamento contractual.

La moralidad del Derecho fue, asimismo, la impulsora de movimientos de renovación jurídica en toda Europa durante los siglos XVII y XVIII (en Inglaterra, movimientos como los «niveladores»<sup>54</sup>). En Alemania, Leibniz (1646-1714) afirmará el atenimiento a los principios supremos de la moral y del Derecho que son, para él, innatos y pertenecientes al mundo de las verdades eternas<sup>55</sup>. Como Leibniz, en Italia Vico rechazará la separación del Derecho y la moral, asentándose para ello en una filosofía de la historia. Frente a Hobbes, entiende que la utilidad no puede por sí sola engendrar una relación de justicia. Ésta es la virtud universal suprema<sup>56</sup> que humaniza el Derecho penal en Beccaria<sup>57</sup>. En Francia, Francisco de Salignac de La Mothe-Fénelon (1615-1717), con su obra *Las aventuras de Télémaco*, insistirá en la subordinación del Derecho a la moral desde un análisis concreto de los diversos aspectos de la vida del Estado, advirtiendo que no hay que confundir la supuesta «necesidad del Estado» con el afán de gloria del monarca o sus propias pretensiones. En Voltaire se vuelve a afirmar la oposición entre las leyes de la naturaleza y la convención. De este modo, las leyes positivas, que son producto del arbitrio humano, han de medirse por el rasero de la ley natural que es dada por Dios y que la razón puede descubrir como descubre las verdades matemáticas. La doctrina fisiocrática también mantiene que las normas de la convivencia dadas por el Derecho han de inspirarse en las leyes eternas e inmutables dadas por Dios. Las leyes naturales son tanto físicas como leyes morales, y obligación del poder político es hacer que se cumplan las leyes

<sup>54</sup> Con una espiritualidad parecida a la de los cuáqueros, serán precursores directos del llamado socialismo utópico, defendiendo la unidad entre la lucha por la igualdad política y la lucha por la igualdad económica, así como la obligación del Derecho de materializar las reformas sociales. Autores como Milton y Harrington insistirán en la vinculación del Derecho a las leyes positivas, y de cualquier tipo de contrato o convenio social constitutivo de gobierno a la ética; al bien común. A su vez, en el ambiente platónico de Cambridge, Richard Cumberland (1632-1718) mantendrá que ninguna acción política puede ser moralmente buena si no contribuye por su propia naturaleza a la felicidad de los hombres, cf. A. TRUYOL Y SERRA, *o. c.*, t. II, 247.

<sup>55</sup> El Derecho está sometido a la justicia que observa ciertas leyes de proporcionalidad e igualdad no menos fundadas sobre la naturaleza de las cosas y las ideas divinas que los principios aritméticos y geométricos. Se opondrá a la separación entre el Derecho y la moral, entre los actos internos y los actos externos llevada a cabo por Pufendorf, cf. A. TRUYOL Y SERRA, *o. c.*, t. II, 266-267.

<sup>56</sup> *Ibid.*, 288.

<sup>57</sup> C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle Pene*, en L. FIRPO (Dir.) Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria, vol. I (Milano: Mediobanca, 1984) 19-20; 32.

naturales que la razón descubre<sup>58</sup>. En este sentido, la crítica de los defensores del igualitarismo social supuso la proclamación de la moralización del Derecho. Morelly y Mably (1709-85) creen que mediante las leyes se puede conseguir condiciones de virtud e igualdad para los pobres. La misma tendencia se encuentra en autores españoles como Jerónimo Feijóo y Montenegro (1676-1764) y Gaspar Melchor de Jovellanos (1744-1811) quienes repudian el maquiavelismo –cuya práctica el mundo no tomó de Maquiavelo sino que la doctrina de Maquiavelo se tomó de la práctica del mundo. Todos estos autores pretendieron ajustar el Derecho a la moral porque creyeron en la realidad de su necesaria unión<sup>59</sup> como parte de una ‘ética práctica’, en el planteamiento del portugués Luis Antonio Verney (1713-1792).

El Derecho natural fue intelectualmente despreciado por el positivismo jurídico desde el siglo XIX, particularmente por su defensa de la unidad de la moral y la ley. Sin embargo, la tarea de mantener unido el Derecho con la moral ha sido reivindicada constantemente en el siglo XX con irregular éxito<sup>60</sup>. La interpelante experiencia de la Segunda Guerra Mundial, y la proclamación universal de los derechos humanos han venido a fortalecer los argumentos en un discurso que se ha manifestado en pluralidad de planteamientos<sup>61</sup> desde Maritain<sup>62</sup>, pasando por la moralidad interna y sustancial de

<sup>58</sup> A. TRUYOL Y SERRA, *o. c.*, t. II, 309-310.

<sup>59</sup> Cf. *Ibid.*, 319-320.

<sup>60</sup> Cf. D. BEYLEVELD–R. BROWNSWORD, *The Practical Difference between Natural Law Theory and Legal Positivism*: Oxford Journal of Legal Studies 5 (1985) 1-32.

<sup>61</sup> Sin ser lo tradicionalmente entendido por Derecho natural, aparece en el siglo XX el Derecho de la naturaleza de la cosa. Éste afirma que el Derecho ha de tener en cuenta la realidad ontológica de la que vive, los datos objetivos de la cosa y al orden metafísico de la naturaleza, para evitar caer en un resultado injusto o absurdo. En Radbruch, hay tres tipos de cosas: en primer lugar, los fundamentos naturales de la reglamentación jurídica como hechos físicos, las circunstancias del sujeto y toda realidad última del Derecho. En segundo lugar, ‘cosas’ como las preformas de la reglamentación jurídica: el hábito, el uso, la costumbre. Con ellas el Derecho debe contar en su regulación. En tercer lugar, ‘cosas’ como reglamentaciones jurídicas que se han de respetar. Siguiendo este camino, para autores como Fechner, Coing y Maihofer, el Derecho debe basarse en las relaciones de la vida de convivencia; en su estructura ontológica (v. gr. matrimonio). Para Welzel y Stratenwerth, la naturaleza de la cosa son las estructuras lógico-objetivas que vinculan al legislador, sean la estructura ontológica de la acción o la estructura de la actividad teleológica del hombre. En el caso de Maihofer, el deber ser del Derecho surge de las relaciones axiológicas que permiten un Derecho natural concreto. Se asiste con ello, a una reacción contra el positivismo jurídico que no reconocía más fuente ni fundamento que la pura voluntad del legislador. Se produce un acercamiento al Derecho natural de realidades objetivas, o metajurídicas. Sin embargo, a diferencia del Derecho natural, la doctrina de la naturaleza de la cosa busca el fundamento en las relaciones humanas históricas e inmanentes, cf. A. FERNÁNDEZ-GALIANO, *Derecho natural*, 254-258.

<sup>62</sup> Para Maritain hay una naturaleza humana común para todos los hombres. Por la inteligencia el hombre determina los fines que le son pedidos por naturaleza. El orden que por virtud de la naturaleza puede descubrir y atenerse a él es una ley no-escrita llamada ley natural, cf. J. MARITAIN, *Man and the State* (Chicago: University of Chicago Press, 1951) 78. El Derecho ha de determinar, por concreción, las leyes positivas. Éstas han de guiarse por el criterio de buscar el bien y evitar el mal. El poder político ha de ayudar a desarrollar y perfeccionar el conocimiento que

las leyes en Fuller <sup>63</sup>, hasta el Derecho natural de J. Finnis. En particular, Rodolfo Stammler <sup>64</sup>, desde la escuela de Marburgo, defiende un *Derecho natural de contenido variable* donde el Derecho ha de ser Derecho justo <sup>65</sup>. La forma de la justicia es suministrada por el Dn, y su contenido por las diferentes épocas históricas. El Derecho es la armonía de dos factores, uno metafísico constante y otro histórico variable. Por ello, se puede explicar la existencia de tantos sistemas iusnaturalistas como ambientes históricos diferentes, pero siempre con una misma estructura de la justicia. El Dn es perpetuo devenir en la justicia. Otro autor que apunta por una línea parecida es G. Renard, con su *Derecho natural de contenido progresivo*. Para él, el Dn es la estrella que con-

tenemos de la ley natural. El político ha de promulgar las leyes para que adquieran fuerza de ley. Pero la ley natural, más que por la razón, es por la inclinación que nos guía en el descubrimiento de la ley natural. No es una clase de conocimiento a través de conceptos, sino que es un proceso oscuro, asistemático, un conocimiento vital por connaturalidad o afinidad con la melodía interior. El hombre ha de seguir el dinamismo que impele a la ley no escrita por una imperceptible transición desde la ley natural hacia la ley de las naciones o *ius gentium*, y hacia la ley positiva en la regulación de las contingencias de los grupos sociales. El Derecho habrá de respetar el derecho inalienable e interrelacionado a la existencia, a la libertad personal y a la perfección de la vida moral ya que pertenece a la ley natural, y el Derecho de propiedad que pertenece a la comunidad humana, y que a la luz de la razón, el *ius gentium* concretiza en las diferentes modalidades según los países (pp. 90-91) [cf. J. MARITAIN, *Man and the State* (London: Hollis & Carter, 1954) 70; 79; 80; 81; 83; 91-9]. La sociedad, para Maritain, no es un agregado de individuos sino que es persona en comunión de vida (del todo y de las partes). Una comunidad cuyo bien común implica la redistribución, la autoridad y la moralidad intrínseca de la ley, cf. J. MARITAIN, *Les Droits de l'Homme et la Loi Naturelle* (New York: Editions de la Maison Française, 1942) 13-14; 21-23; ID, *Natural Law: Inquiry into Its Relationship with the Rights of the Human Person: The Commonwealth* 36 (1942) 83-85; *The Natural Law and Human Rights: The Dublin Review* 210 (1941) 116-24; cf. F. CROSSON, *Maritain and Natural Rights: Review of Metaphysics* 36 (June 1983) 895-912; cf. T. A. FAY, *Maritain on Rights and Natural Law: The Thomist* 55 (July, 1991) 439-48.

<sup>63</sup> Para Fuller, el Derecho ha de atenerse a la moralidad interna del procedimiento legal, L. FULLER, *The Morality of Law* (Yale University, 1969) (pp. 34-44). La moralidad del Derecho procura que no haya situaciones necesitadas de regulación y sin ley alguna; hacer las leyes comprensibles y públicas; eliminar el abuso de su uso retroactivo; evitar promulgaciones contradictorias; reducir la introducción de frecuentes cambios en las leyes; promulgar leyes de posible cumplimiento, y congruentes con la situación de la actual administración. La moralidad interior de la norma no es algo añadido o impuesto sino condición de la ley. Y la ley es precondition de la buena ley (pp. 155-156). El Derecho ha de procurar orientar la ley hacia el mantenimiento de la comunicación con los demás, como un elemento indiscutible que inunda todas las aspiraciones humanas. Por la comunicación, el hombre ha sido capaz de sobrevivir hasta ahora con la coordinación de sus esfuerzos y la transmisión del conocimiento. La comunicación es algo más que un medio de estar vivo, es una forma de estar vivos. Por tanto, el principio de la ley natural sustantiva a la que tiende la ley natural procesal es formulado en Fuller «abrir, mantener y preservar la integridad de los canales de comunicación por los cuales los hombres transmiten entre ellos lo que perciben, sienten y desean» (pp. 184-186); cf. ID, *A Rejoinder to Professor Nagel: Natural Law Forum* 3 (1958) 83-104; cf. A. D'AMATO, *Lon Fuller and Substantial Natural Law: American Journal of Jurisprudence* 26 (1981) 202-18.

<sup>64</sup> R. STAMMLER, *The Theory of Justice* (New York, The Mcmillan Company, 1925) 40-44; 72-85; 167-176.

<sup>65</sup> Cf. G. DEL VECCHIO, *Change and Permanence in Law: The Jurist* 3 (June 1958) 18-38.

duce la razón humana <sup>66</sup>. Entre autores próximos a esta línea de Derecho natural cabe mencionar: en Italia a Ambrosetti, Olgiati, Pizzorni; en Francia a Delos, Lachance, Leclercq, Le Fur, Villey; en el mundo germánico a Fuchs, Messner, Rommen, E. Von Hippel; y en España a Cortés, Fernández-Galiano, Galán, González Oliveros, Luño Peña, Puigdollers, Sancho Izquierdo, Ruíz-Giménez, y Truyol y Serra, entre otros <sup>67</sup>.

## 1.2. *El racionalismo jurídico*

En la afirmación de la verdad no sólo nos encontramos con la afirmación de la verdad de la moralidad de la justicia de la naturaleza humana en la tradición de Derecho natural, sino también con la afirmación de la verdad racional propia del racionalismo jurídico. El racionalismo significó un atenimiento a la naturaleza racional del hombre como el método para adentrarse en la realidad. Con precedentes en Gabriel Vázquez, significará, por una parte, la autonomía del Derecho natural respecto a Dios y su moral; y por otra, la construcción del Derecho desde la razón. Con todo, las diferentes tendencias de la naturaleza empírica siguen considerándose, más o menos directamente, como fundamento del Derecho racional. Estas tendencias serán la naturaleza social del hombre, la apetencia de felicidad, el egoísmo o la bondad.

La pretendida autonomía del racionalismo jurídico avanzó significativamente con Kant. Su intento es elaborar un Derecho racional que no se asiente en la naturaleza empírica sino en el *a priori* de la razón humana; en el obrar moral, que no puede ser finalista sino un obrar sólo por el deber. El imperativo categórico último es «*obra de tal manera que puedas querer que la norma de tu conducta sea erigida en norma de conducta universal*». Desde este *a priori*, la propuesta ética kantiana consigue la autonomía y formalidad necesaria para elaborar la idea de Derecho. La Moral queda, entonces, relegada a garantizar la libertad interna del sujeto, en tanto que el Derecho debe hacer lo propio con la libertad externa: «*obra de tal manera que el uso de tu libertad pueda coexistir con la libertad de los demás según una norma universal de libertad*». Esta razón del Derecho permite al Estado recurrir a la coacción en orden a impedir la extralimitación del ámbito de la propia libertad.

En Kant culmina el racionalismo subjetivista que entiende el Derecho como una forma racional de libertad: contenido de la dignidad de la persona humana. Él afirma, no la existencia de los derechos humanos, sino la existen-

<sup>66</sup> En G. Renard no hay oposición entre el Dn y el positivo: «Le droit naturel n'est point un rival pour le droit positif; ...il n'y a pas à choisir entre eux. Ils se soutiennent l'un l'autre: le droit naturel justifie le droit positif devant la raison, et le droit positif réalise le droit naturel dans la société.» G. RENARD, *Le Droit, L'Ordre et La Raison* (Paris: Recueil Sirey, 1927) 132; cf. H. Kelsen, *What is Justice?*, 137-197.

<sup>67</sup> Cf. M. B. CROWE, *The Changing Profile of the Natural Law* (The Hague: Nijhoff, 1977).

cia de la libertad como el único derecho natural de la personalidad. En ella quedan integrados todos los demás derechos naturales del hombre. Esta afirmación del momento de libertad de la realidad humana, como absoluto y único en la justificación del Derecho, despoja a la libertad del resto del contenido del momento de justicia <sup>68</sup>.

En opinión de J. Finnis, I. Kant exagera la importancia de la razón cuando afirma que no solamente es un bien intrínseco en sí mismo, condición de cualquier otro bien, sino el supremo bien. La salida kantiana al dilema planteado por Hume respecto al proporcionalismo <sup>69</sup> es un intento de convertir a la razón en el trascendente a los deseos y las inclinaciones, lejos del sometimiento a las pasiones. Según J. Finnis, Kant no alcanza a entender que la aprehensión inteligente de los fines no es sólo una capacidad y una actividad de la racionalidad humana, sino que también entran en juego otros aspectos de la naturaleza humana. Kant desnuda a la naturaleza humana, la perfección y la felicidad, de su contenido, salvo el de la razón misma <sup>70</sup>.

En J. Finnis, por el contrario, si nosotros entendemos ‘humanidad’ como incluyendo referencias a todos los aspectos básicos de la realización humana, la formulación del principio: “trata a la humanidad siempre como fin y nunca como medio” se convierte en la formulación del principio de razonamiento práctico: “*haz que las elecciones de uno mismo queden abiertas a la realización del ser humano*” o “*respeto cada bien básico humano en cada uno de sus actos*” <sup>71</sup>. Todo ello es posible porque los bienes humanos básicos no son abstractos, sino aspectos constitutivos del bienestar del hombre de carne y hueso, y nunca habrá suficiente razón para marginarlos de nuestra responsabilidad <sup>72</sup>.

J. Finnis, que recurre al trabajo de Thomas Nagel, comparte con David Wiggins el hecho de que la objetividad es un proceso de razonabilidad hacia la verdad <sup>73</sup>, donde el conocimiento no es necesariamente subjetivo porque sea inevitablemente antropocéntrico <sup>74</sup>. Los juicios sobre lo que es valioso, digno y bueno, pueden ser ciertos, y objetivamente verdaderos en el más amplio sentido del término verdad <sup>75</sup>. Desde esta objetividad del conocimiento, junto a la razón, J. Finnis afirma la existencia de muchas formas básicas de bien humano, todas igualmente o inconmensurablemente básicas y ninguna reducible a las otras. J. Finnis descarta, pues, la existencia de un solo principio o

<sup>68</sup> FINNIS-GRISEZ-BOYLE, *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, 101.

<sup>69</sup> Para Finnis, el proporcionalismo es un proceder ético equivocado porque coloca el criterio de juicio en el resultado de una elección alternativa, cf. J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, 113.

<sup>70</sup> J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, 123.

<sup>71</sup> *Ibid.*, 124.

<sup>72</sup> *Ibid.*, 125.

<sup>73</sup> *Ibid.*, 63.

<sup>74</sup> *Ibid.*, 65.

<sup>75</sup> *Ibid.*, 66.

axioma (la razón), del cual se deriven todas las conclusiones éticas <sup>76</sup>. Pero si en J. Finnis la razonabilidad práctica no es el bien supremo, sí es el bien en que ‘transparentan’ todos los demás bienes <sup>77</sup>. Una formulación de un principio completo maestro de razonamiento ético sería la siguiente ‘*haz que las elecciones de uno mismo se abran a la perfección humana; evita las innecesarias limitaciones de las potencialidades humanas*’ <sup>78</sup>. Afirmar esto desde la razonabilidad práctica no es una contradicción en sí misma, como no lo fue que Kant, hablando de la recta razón, afirmase que el único y último bien es el atinamiento a la buena voluntad <sup>79</sup>.

Desde la ARE, el racionalismo jurídico tiene su momento de verdad en la afirmación del momento de la razón en la intelección sentiente en el hombre. Ahora bien, los límites al mismo aparecen por no analizar al ser humano como *animal de realidades*, donde la razón queda como el momento final de la intelección sentiente. La razón presupone el momento del logos y el momento de aprehensión primordial de realidad. En segundo lugar, el racionalismo jurídico ha encontrado dificultades en articularse, cuando lo ha pretendido, al margen de los otros dos momentos de la *acción de realidad*: sentimiento afectante y voluntad tendente. Y es que la razón es marcha sentiente en el movimiento sentiente del logos desde la aprehensión primordial de realidad; es razón estética, razón de amor y razón de justicia; es razón de liberación, razón de opción, y razón de la praxis. En definitiva, es razón de una inteligencia sentiente y no sólo razón concipiente.

### 1.3. *El subjetivismo escéptico irracional*

En el dinamismo ineludible de producción/reproducción de la vida, o la muerte, el escepticismo relativista es el sentido negativo del momento moral binario de la intelección sentiente de la *acción de realidad* en el decurso del animal de realidades. La realidad queda actualizada en un dinamismo degra-

<sup>76</sup> Ibid., 70.

<sup>77</sup> En *Legal enforcement of «duties to oneself»: Kant v. neo-Kantians*, J. Finnis rechaza el (i) *principio de neutralidad* (el Estado, el Gobierno y la Ley deben permanecer neutrales respecto a las diferentes concepciones de lo que es bueno o justo para los individuos), y (ii) *el principio del daño* (El Estado no tiene ningún derecho en recurrir a la coacción directa o indirectamente para evitar conductas dañosas que sólo afectan a las personas que han consentido en las mismas). Él critica que este liberalismo individualista se pretenda asentar, injustificadamente, en la obra de I. Kant. Aunque reconoce que en Kant existe una reducción –a su juicio– del papel que juega el bien común, queda eliminada la referencia a cualquier otro bien que no sea la razonabilidad práctica. J. FINNIS, *Legal enforcement of «duties to oneself»: Kant v. neo-Kantians*: Columbia Law Review v 87 (1987) 433-56; 433; 438; 444; 450; 452; 454-5. Cf. D. A.J. RICHARDS, *Kantian Ethics and the Harm Principle: A Reply to John Finnis*: Columbia Law Review v 87 (1987) 457-471; cf. J. FINNIS, *Liberalism and natural law theory*: Mercer Law Review v 45 (1994) 687-704; 692; 695; 696.

<sup>78</sup> J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, 72.

<sup>79</sup> Ibid., 73.

dante: la mentira. Como sentido negativo de la intelección sentiente corrobora, con su existencia, la moralidad intrínseca del dinamismo de la ARE, incluso en su propia negación. En segundo lugar, en su autocontradicción se refuta a sí mismo en sus contenidos.

Para J. Finnis, el escepticismo respecto a las formas básicas de realización, y sobre los requerimientos fundamentales de la razonabilidad práctica, es la mayor amenaza para la ética y una justificación de los derechos humanos <sup>80</sup>. Desde el escepticismo académico de Pirrón de Elis, Timón de Fleio, Arcesilao de Pitane y Carnéades de Cirene se defenderá el carácter convencional de la justicia; son las convenciones sociales, basadas en una mutable utilidad, las que le dan contenido a la misma.

Sin embargo, el escepticismo sobre los valores básicos es indefendible, para J. Finnis, porque la afirmación de que el conocimiento no es un bien es autocontradictoria <sup>81</sup>. Quien hace tal pronunciamiento pretende ofrecer una seria aportación a la discusión racional. Implícitamente él cree que su aseveración tiene valor como verdad; de este modo queda comprometido a la proposición de que la verdad es un bien que merece ser buscado y conocido. Pero como el punto de partida del escéptico es que la verdad no era un bien que mereciera ser buscado, esto es la expresión de la pura contradicción <sup>82</sup>.

Un juicio o creencia, en cambio, es objetivo si es correcto, es decir, una proposición es objetiva si uno está seguro en su afirmación, tanto porque tiene suficiente evidencia de ello o porque tiene razones impelentes, o porque es obvio o autoevidente. De este modo, si una proposición parece ser correcta, y nunca es coherentemente negada, se puede afirmar objetivamente como correcta. J. Finnis afirma que el conocimiento no puede ser demostrado como un bien que deba ser seguido porque dicho principio permanece indemostrable y autoevidente. Lo que sí se puede afirmar como objetivo y cierto es que el bien del conocimiento es presupuesto en todas las demostraciones, y afirmaciones serias; y que su negación es contradictoria con el acto de su afirmación <sup>83</sup>.

Para J. Finnis, el escéptico se equivoca, además, cuando argumenta que los principios éticos son subjetivos; ni ciertos ni falsos, sino simplemente asunto de gusto. Incluso en este caso, donde el escéptico se despreocupa por quienes, según él, viven en un engaño, éste desea ser razonable sobre sus afirmaciones acerca de la conducta del mundo y del hombre. De manera que, para J. Finnis, la razonabilidad misma nos requiere el rechazo al escepticismo relativista por ser injustificado y autocontradictorio. Los principios morales no son meras percepciones subjetivas como el color, el sonido o el calor; no son proyecio-

<sup>80</sup> Cf. *Ibid.*, 136; *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, 56-58.

<sup>81</sup> Cf. J. FINNIS, *Aquinas. Moral, Political, and Legal Theory*, 58-61.

<sup>82</sup> J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, 75.

<sup>83</sup> *Ibid.*

nes del deseo o el sentimiento, sino que son principios objetivos<sup>84</sup>. El principio, por ejemplo, de que la verdad es valiosa, como lo es el conocimiento, es un principio no derivado. Ni su inteligibilidad ni su fuerza descansan en ningún otro principio. La no-derivación de los principios, en algunos casos, se debe a su autoevidencia. En muchas facetas del conocimiento –cree J. Finnis– hay momentos donde termina la inferencia y la derivación. Ahora bien, lo importante es subrayar que estos bienes no-derivados se desean porque son un bien, y no son un bien porque son deseados. Aquí se distancia de los escépticos, quienes mantienen que nuestro juicio práctico de valoración es no más que la expresión de nuestros sentimientos y deseos; la proyección de nuestros deseos sobre los objetos y la objetivación de nuestros sentimientos, atribuyéndole erróneamente ‘cualidades’ como la bondad, la perfección, etc. Para J. Finnis, quien se centra en las posibilidades del conocimiento, y mantiene una apertura mental, descubre el valor mismo de la verdad, y su carácter de bien, más allá de la subjetividad del deseo.

También para la ARE, el relativismo moral del escepticismo es un error por no ajustarse a la realidad<sup>85</sup>, afirmando que son las distintas formas de sociedad las creadoras de la moral, y por ello, de cada felicidad. La sociedad es incapaz de dar razón de que haya nada que tenga un carácter de ‘deber’, puesto que el carácter de deber pende del dinamismo de realización del hombre.

«Precisamente porque los individuos son deudorios, la sociedad, en su concreción, puede organizar un sistema de deberes. Por lo mismo, no es nada evidente que los únicos deberes que el hombre pueda recibir vengan forzosamente de la sociedad» (SH 424).

Según el análisis de la ARE, la persona y la sociedad determinan su sistema de deberes en vistas a una realidad que es el hombre. De manera que, más que un problema de multiplicidad de deberes lo que suele haber es una multiplicidad de ideas acerca de lo que es el hombre (SH 425). Pero en esa multiplicidad no cambia el dinamismo de la *acción de realidad* del animal de realidades. El hombre como sustantividad abierta en función de su inteligencia sentiente, es algo que no puede cambiar (SH 429). Lo que las ideas del hombre expresan es lo que la naturaleza humana puede dar de sí en el orden de la plenitud, no en el orden de la estructura de la acción de realidad. No se pueden confundir ambas dimensiones, y afirmar que porque cambie la idea de hombre, ello envuelva un cambio en la sustantividad humana, sino que cada una de esas ideas tiene que medirse con la *perfectio* humana (SH 431). En ello, el relativismo supone la universalidad de su referencia a lo que el hombre es como dinamismo de la *acción de realidad*. Por ello se puede defender los cambios de la idea de la perfección humana; «*El aparente relativismo no es sino un desarrollo de posibilidades, algo que no hace sino desplegar las posibilidades que incoactivamente están en la propia sustantividad humana*» (SH

<sup>84</sup> J. FINNIS, *Fundamentals of Ethics*, 56-57.

<sup>85</sup> J. COROMINAS, *o. c.*, 32-33.

431). De manera que las variaciones en la perfectividad humana son las posibilidades que en cada situación concreta dimanen de esa condición unitaria y radical por la que el hombre es sustantividad abierta (SH 431). Y ser sustantividad abierta es una condición impuesta por la naturaleza de forma inexorable (SH 435). El elemento absoluto de toda moral es la apertura de la sustantividad a la realidad en forma de felicidad (SH 434). Por eso no se puede hablar de un cambio de la moral, sino de un desarrollo interno de explicitación. Si hablando en sentido mediato se dice que la sociedad constituye la moral, en sentido último es el dinamismo de la *acción moral de realidad* el que constituye la sociedad (SH 428).

Por consiguiente, hay que mantener el hecho de *la acción moral de realidad* frente a posturas escépticas porque el hombre es una realidad deudora en la que no cabe contraponer el ser a la realidad; como realidad es deudora (SH 420); el hombre es una realidad moral no porque tenga reglas y normas, sino porque su propio dinamismo es real y físicamente moral; ineludible movimiento entre la vida y la muerte (SH 421). Ahora bien, el hombre no puede hacer su vida al margen de la comunidad, y en su historia, ya que la realidad moral del hombre es realidad que se despliega en su dinamismo histórico donde recibe un sistema de posibilidades apropiadas en orden a la felicidad. Afirmar esto no es caer en el escepticismo relativista, cognitivo y axiológico; es afirmar el carácter dinámico de la acción moral humana (SH 422).

En definitiva, al finalizar el recorrido por el momento de verdad de la AREHJ, la historia del pensamiento jurídico, en su intento por encontrar la fundamentación última del Derecho, y los derechos humanos, viene a confirmar que, en el análisis, el acento se ha puesto en el sentido progresivo del dinamismo de realización en intelección sentiente o, en ocasiones, en el sentido regresivo de la 'desrealización'. Respecto al primero, la tradición del Derecho natural, afirmando el momento intelectual, ha defendido la vinculación del Derecho a la moral como justificación del mismo; y la tradición del racionalismo kantiano se ha centrado en la afirmación de la verdad racional del sujeto. Con relación al segundo, el escepticismo jurídico significa la afirmación del sentido binario negativo de la actualización de la realidad en intelección sentiente como mentira. Una opción plenamente moral que va dirigida a la destrucción del animal de realidades.

Debido a la polisemia en el significado de naturaleza, la tradición del Dn ha sido la ideología tanto para legitimar estructuras sociopolíticas conservadoras como revolucionarias. Con todo, en los 2.500 años de historia algo parece haber permanecido constante a todas las aproximaciones al Derecho natural: la continua afirmación de que hay principios morales objetivos, los cuales dependen de la naturaleza del universo, y los cuales pueden ser descubiertos por la razón. Su tesis central es la afirmación de que el Derecho que 'es' se encuentra basado en el Derecho que 'debe ser', el cual está determinado por la razón de la naturaleza; por Dios o ambos a la vez, dependiendo de autores. El

conjunto de los principios es lo que constituye el cuerpo del Derecho natural. Los principios de Derecho natural permanecen como ciertos aunque sean ignorados, malinterpretados, prostituidos en la práctica, o conceptualizados de los más diferentes modos por el pensamiento jurídico.

El punto de mayor intensidad en la crítica a la corriente de Derecho natural ha sido, precisamente, la derivación de preposiciones morales desde preposiciones de hecho, crítica iniciada con Hume, y que el racionalismo jurídico kantiano se propuso superar. La crítica mantiene que derivar del 'es' el 'deber ser' es caer en la falacia naturalista de aquellos que creen ingenuamente que desde la percepción de las impresiones se puede llegar a determinar las causas y los efectos. Para la crítica humeana, la percepción lo único que nos da es sucesión de sensaciones nunca causa y efectos; materia de opinión y creencia, pero nunca de verdad. La defensa de los seguidores del Derecho natural ha sido la postulación de que aunque no se puedan afirmar como causas, la observación de patrones de conducta en el ser humano, orientados a prolongar su existencia, posibilita la justificación del Derecho sobre esos criterios extendidos por el uso, la costumbre o la misma tendencia del ser humano. Una teleología de las acciones humanas; de los principios naturales indemostrables e inconmensurables (J. Finnis) que no necesariamente significan rigidez o clausura, sino que pueden ser dinámicos, dándole al Derecho natural un contenido progresivo.

Desde el análisis de la ARE, la limitación de la tradición del Derecho natural, y el racionalismo kantiano, se debe a que ambos se mueven en una inteligencia concipiente, y no en una inteligencia sentiente; el primero suele afirmar un realismo ingenuo, que cree que la 'causa' está dada inmediatamente en nuestras percepciones; identifica la formulación material de los derechos y deberes concretos con el contenido formal de *la acción de realidad*. El racionalismo kantiano, por su parte, no entiende que la causalidad está dada en 'funcionalidad' de lo real; que la razón es sentiente en un dinamismo que, brotando de la aprehensión primordial de realidad, se mueve en el logos, hacia la verdad verdadera; y que el Derecho natural es moral como lo es la razón que, además de serlo del sujeto, lo es de la realidad.

Tanto el Derecho natural como el racionalismo kantiano son justificaciones 'intelectivas' de largo alcance en el tiempo, que afirman la posibilidad de una justificación de los DH por el conocimiento de la naturaleza: la naturaleza humana o la razón. Los autores que se inscriben en ellas dan predominio a la intelección como facultad para descubrir principios o valores morales fundamentales que son objetivos, universales e inmutables. Ahora bien, el predominio del papel jugado por la intelección no puede significar la exclusión del momento de sentimiento afectante y voluntad tendente, a los que ellos recurren una y otra vez para poder concluir propuestas de justificación.