

FECUNDIDAD DE LA ESCUELA ESPAÑOLA DEL DERECHO NATURAL Y DE GENTES

Félix Adolfo Lamas

Universidad Católica Argentina de Buenos Aires

I. INTRODUCCIÓN

1. El tema

El tema del Derecho natural surge en la historia y la tradición jurídicas al mismo tiempo que la reflexión sobre los conceptos de Derecho y justicia, constituyendo su dimensión teórica nuclear. Las notas de *universalidad* y *necesidad* –que definen a la ciencia o *epistème* como modo de saber, según Aristóteles– se verifican, en el ámbito jurídico, principalmente en el Derecho natural¹. De ahí que no haya Ciencia o Filosofía del Derecho que pueda esquivar el tema.

Ahora bien, las ciencias se construyen a lo largo de un proceso histórico que no siempre es lineal; junto a avances y descubrimientos hay también retrocesos y desviaciones. Dentro, pues, de la historia de la Ciencia del Derecho y de su núcleo teórico, cabe distinguir una *tradición* en sentido estricto² y sucesivos momentos o procesos de crisis o ruptura que plantean entre sí tensiones e interacciones.

La tradición constitutiva de la doctrina del Derecho natural se desarrolla, desde su origen en los albores del pensamiento griego y romano, hasta alcanzar su plenitud científica en la obra de Santo Tomás de Aquino y su máxima fecundidad en nuestro Siglo de Oro con la Escuela Española. Y si bien no puede decirse que esta tradición se haya interrumpido, es un hecho que –concomitan-

¹ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, L.V, 1134 b19-20.

² Doy aquí por admitido el concepto de *tradición* de F. ELÍAS DE TEJADA. Cfr., sobre los conceptos de *tradición* y *crisis*, mi *Ensayo sobre el orden social*, Buenos Aires, I.E.F. «Santo Tomás de Aquino», 2ª ed., 1990, Introducción.

temente con la decadencia del Imperio Hispánico—perdió lozanía, quizás algo de su grandeza y universalidad, pero, sobre todo, unidad.

Por *Derecho natural hispánico*, pues, pueden entenderse por lo menos tres cosas:

- 1º) La doctrina de la Escuela Española del Siglo de Oro, expuesta por sus máximos representantes, y su aplicación a la realidad jurídica de su tiempo.
- 2º) El agregado que resulta de todas las diversas escuelas —desarrolladas en el mundo hispánico— y que guardan cierta homogeneidad con la anterior por tener un cierto contenido común.
- 3º) Dicho contenido común mismo.

En nuestro caso, he de privilegiar el primero de los sentidos enumerados.

Por otra parte, sin considerar ahora las viejas corrientes directa o indirectamente positivistas de la antigüedad³ y de la Edad Media⁴, surgió, a partir de Grocio (1583-1645), una corriente, continuada entre otros por Puffendorf, Leibniz y C. Wolff, que ha sido llamada con abuso «Escuela del Derecho Natural y de Gentes»⁵, pero que más bien debiera denominarse *racionalismo jurídico*. A ella le siguieron el *pactismo inglés* —Hobbes y Locke—, el *criticismo* y sus escuelas formalistas, el *idealismo* y, en nuestro siglo, las diversas Filosofías del Derecho inspiradas en la Filosofía de los valores y el existencialismo. En todos los casos se habla de «derecho natural».

2. La cuestión

Por lo pronto, la determinación teórica precisa del concepto de *Derecho Natural* es de suyo, y en general, problemática. El término *Derecho* no designa una sustancia o una cosa que se destaca del resto de la realidad por poseer una esencia *natural* propiamente dicha. Además, no es una palabra unívoca y respecto de ella se verifican oscilaciones y ambigüedades semánticas diversas según sean los grupos lingüísticos y los períodos históricos que se consideren. Tanto más problemática es la expresión *derecho natural* si se tiene en cuenta la

³ Piénsese, a modo de ejemplo, la sofística, el epicureísmo, el escepticismo académico, etc.

⁴ El nominalismo y el voluntarismo medievales deben ser ponderados como una fuente teórica del positivismo de fines de la Edad Moderna. No debe desdeñarse tampoco la influencia ejercida por los legistas medievales.

⁵ Así acepta denominarla, por ejemplo, BATIFFOL: cfr. *Problèmes de base de Philosophie du Droit*, París, LGDJ, 1979, págs. 137 y ss.

complicación que agrega el semantema *natural*, con sus connotaciones metafísicas, científicas y empíricas que no pueden ser del todo ajenas al pensamiento jurídico⁶. Ésta es –podría decirse– una cuestión previa a toda otra indagación científica acerca del Derecho.

Pero, en particular, la cuestión que se plantea aquí es la caracterización de la doctrina del Derecho Natural de la Escuela Española mediante aquellas notas que la diferencian de otros *iusnaturalismos*. Esto, principalmente, y tanto por razones históricas como teóricas, implica diferenciarla tanto del racionalismo, que surge apenas unos pocos años después, cuanto del pensamiento de Santo Tomás de Aquino, del que ella se presenta como continuadora.

Al respecto, Michel Villey ha introducido un tópico que se ha difundido en ciertos ambientes intelectuales neo-tomistas: la Escuela Española, lejos de ser fiel a los principios tomistas, ha sido el origen del pensamiento moderno: «Thomas d'Aquin n'était pas "jusnaturaliste". Les responsables de cette médiocre idéologie, d'origine moderne, furent ses disciples infidèles. La première éclosion fut l'oeuvre de la *Seconde Scolastique*, surtout espagnole...»⁷; «...esos autores no han conservado nada de la doctrina de Santo Tomás...»⁸. La afirmación es sorprendente por dos razones: la primera, porque es notoria la falta de familiaridad de este autor con los textos de los autores de la Escuela Española y –en muchos casos– su absoluto desconocimiento⁹; la segunda, porque no es menos notoria su lejanía con el pensamiento tomista en temas claves: para Villey, por ejemplo, «el derecho natural no es más que un método»¹⁰, «una parte de las reglas del derecho procede de la pura voluntad arbitraria del legislador»¹¹; él insiste en la mutabilidad de la naturaleza humana y deduce de allí que lo justo es siempre algo relativo¹², niega que exista, propiamente hablando, una ciencia del Derecho, etc., etc. De otra parte, y dicho sea de paso, sus tesis metodológicas –de ser tomadas en serio– resultarían ruinosas de la dialéctica clásica.

⁶ E. WOLFF, en su obra *El problema del Derecho Natural*, Barcelona, Ariel, 1960, señala esta doble dificultad. Lamentablemente, ni el análisis de cada concepto es exacto, ni puede decirse que haya llegado a una solución de las aporías planteadas por él mismo. En particular debe advertirse que «problemático» no se identifica sin más con «dialéctico», en el sentido clásico de esta palabra.

⁷ *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, París, Puf, 1987, pág. 170.

⁸ *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, Ghersi Editor, 1978, pág. 103.

⁹ Por ejemplo, sostiene que los españoles efectuaban deducciones «a priori» a partir de «ideas puras» (cfr. *ibid.*, pág. 173), que escamoteaban la Ley Eterna como clave de bóveda del gobierno divino del mundo (cfr. *ibid.*, pág. 171), que eran pragmáticos y descuidaron la dialéctica y el pensamiento teórico, etc., etc. Es inútil pretender refutar estas afirmaciones gratuitas, que no tienen apoyo textual ninguno.

¹⁰ *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*, Córdoba, UNC, 1966, pág. 95.

¹¹ *Id.*, pág. 114.

¹² Cfr. *ibid.*, págs. 79-80.

No me parece éste el momento y el lugar de discutir el pensamiento de este autor. Ha sido traído a colación como fuente de un tópico extraviado que justifica la sucinta indagación que aquí se intenta.

II. EL MARCO EMPÍRICO DE LA CUESTIÓN

Ningún problema surge de la nada, es decir, de la pura ignorancia; y toda cuestión auténtica, que plantee un interrogante acerca de la realidad, debe tener origen y fundamento en la experiencia. Esto vale incluso, *mutatis mutandi*, en el orden de la historia de las doctrinas. En nuestro caso, la caracterización de la escuela Española, confrontándola con el tomismo y el racionalismo, exige tener en cuenta el marco empírico en el que cabe situar este pensamiento.

1. Lenguaje

El lenguaje no sólo trasmite la experiencia sino que la acompaña, constituyendo un modo de experiencia social acumulada. Los fenómenos sociales —que en buena medida lo son también culturales— aparecen en la experiencia conjuntamente con el lenguaje que los expresa y así se hacen presentes al pensamiento como parte necesaria del contexto empírico. De ahí que la experiencia jurídica, en tanto método de investigación del pensamiento científico acerca del Derecho, requiera de una indagación semántica que permita la demarcación de ese objeto, de esa «cosa» que llamamos «Derecho»¹³. Nos limitaremos aquí a apuntar sólo algunas conclusiones de interés:

Los griegos usaban la palabra *δικη* para designar la norma entendida como regla de conducta; de ahí pasó a significar la misma conducta recta, lo justo. Con el adjetivo *δικαιοζ-α-ov* calificaban a un hombre o una conducta justas. La forma abstracta *δικαιοσυνη* mentaba la justicia como virtud o la índole general de lo justo. Aristóteles usa la forma sustantivada neutra *το δικαιοv* para significar lo justo objetivo como «lo legal y lo igual».

Para los romanos los términos «ius» y «iustum» —inescindiblemente unidos por etimología y semántica— tenían el sentido de lo bueno, lo honesto y, sobre todo, de lo equitativo («aequum», que puede traducirse como lo «objetivamente igual» en una relación jurídica¹⁴). En el pensamiento romano arcaí-

¹³ Cfr. mi obra *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, I.E.F. «Santo Tomás de Aquino», L.II, cap. 1.

¹⁴ Repárese en la proximidad etimológica y semántica de «aequum» y «aequalis».

co *lex* y *ius* eran conceptos difícilmente separables¹⁵. La *Ley de las XII tablas*, por ejemplo, fue en su momento expresión del Derecho Civil; o, mejor dicho, era el mismo Derecho Civil. Pero aunque la ley («*lex*»), durante el esplendor del Derecho pretoriano, no fuera identificada con el Derecho, sino más bien concebida como un criterio, una regla, de éste, con el tiempo fue entendiéndose como uno de los significados de «*ius*». Una mención especial merece la palabra «*iura*» (neutro plural) que comprendía un conjunto de normas y potestades con unidad de sentido.

En tiempos de los grandes autores de la Escuela Española, coexistían el vocablo romance «Derecho» —que encuentra su equivalente en todas las lenguas romances, e incluso en las de origen germánico: *Recht* y *right*, respectivamente en alemán e inglés— y el latino «*ius*». El primero de uso popular y el segundo de uso por los filósofos, teólogos y juristas en sus obras científicas. Tanto «Derecho» como «*ius*» tenían en los siglos XVI y XVII el valor de lo justo (lo legal y lo igual), la ley, «lo suyo» o «lo propio» y la facultad o poder jurídico de reclamar o exigir «lo propio».

2. Historia

Los tres siglos que separan al nacimiento de la Escuela Española de Santo Tomás de Aquino constituyen el tránsito —con fracturas profundas— de una era a otra.

En el orden del pensamiento, debe mencionarse la decadencia y descomposición de la Escolástica con su giro al *logicismo*, el nominalismo y el voluntarismo —que implican la negación de la doctrina clásica de la ley eterna y ley natural—, el humanismo y el Renacimiento. El rechazo de la Escolástica llegó a hacerse la regla.

En el orden religioso, a las herejías y rebeliones medievales le sucede la Reforma Protestante y el cisma del Oriente, que de hecho quitan al Papado el carácter de autoridad mundial.

En el orden político coinciden, de una parte, la desaparición del Sacro Imperio Romano Germánico, el apogeo del Imperio Turco y la caída del Imperio Romano de Oriente, y de otra, el descubrimiento de América y de las rutas marítimas que comunican a Europa con el resto del mundo, con la emergencia

¹⁵ «A l'époque archaïque, le *ius* et la *lex* sont difficilement séparables; la *lex*, en effet, quelle qu'en soit la forme, est une source de droit. Elle dévoile le *ius* et le rend public par une proclamation solennelle puis par l'affichage. Il n'y a donc pas contradiction ni antinomie entre le *ius* et la *lex* puisque celle-ci est dès ses origines un *ius* rendu public» (MICHÈLE DUCOS, *Les romains et la loi - Recherches sur les rapports de la philosophie grecque et de tradition romaine à la fin de la République*, Paris, Les Belles Lettres, 1984, pág. 222).

del Imperio de las Españas Universas y de los Estados nacionales. El resultado es una nueva mundialización de la política y la aparición de la comunidad internacional. La guerra adquiere unas dimensiones y una intensidad desconocidas que parecen desbordar los marcos morales y jurídicos vigentes. En el orden interno de los nuevos Estados, las monarquías tienden a afirmarse a costa de los derechos señoriales y corporativos y de la tradición jurídica europea.

En el orden económico aparece el fenómeno del mercantilismo a escala mundial que da origen a una nueva forma de capitalismo financiero (negocios bancarios, letras de cambio, cambios monetarios) y a nuevas figuras contractuales (v.gr. seguros, negocios fiduciarios, nuevas modalidades del contrato de transporte terrestre y marítimo, los contratos administrativos vinculados a la colonización, etc.).

3. El Derecho Natural y la tradición jurídica occidental y su crisis

El origen de la vinculación de los conceptos de ley, orden, cosmos, razón, divinidad y Derecho no parece que pueda adscribirse sólo al pensamiento griego o romano primitivo. Max Müller encuentra en el término védico *Rita* una alusión clara a la idea de «ley natural» como orden divino impreso en el mundo¹⁶. Cabe entender, por lo tanto, que se trata de una convicción que, al menos, está enraizada en los orígenes mismos de la mentalidad indo-europea¹⁷. La *Teogonía* de Hesíodo y la *Antígona* de Sófocles constituyen testimonios poéticos interesantes de la vigencia de esta concepción en momentos muy distintos de la cultura helénica. Pero el punto de partida de la tradición doctrinal del Derecho Natural está constituido por tres nombres ilustres: Anaximandro, Pitágoras y Heráclito.

Platón lleva esta doctrina a una de sus instancias maduras y definitivas. Lo justo y lo bueno se determinan por conformidad con la naturaleza y la razón. En

¹⁶ «En su origen (el *Rita* védico) designa el movimiento regular del mundo, del sol, de la mañana, de la tarde, del día, de la noche; después se localiza la fuente de ese movimiento en las profundidades del Oriente, la mirada le sigue por el camino que siguen los cuerpos celestes o, como diríamos nosotros, en la sucesión del día y de la noche; en fin, ese camino derecho, al cual los dioses aportan luz, se convierte en el camino que el hombre debe seguir, ya en el sacrificio, ya en su conducta privada» (*La ciencia de la Religión*, Buenos Aires, Albatros, 1945, trad. de M.H. Alberti, pág. 238. cfr. de la Lección V, los puntos III y IV, págs. 232-242).

¹⁷ El Decálogo, la vieja concepción judía de la ley como camino, y los libros sapienciales, de una parte, y el código de Hamurabí y las tradiciones egipcias, de otra, sugieren una mentalidad análoga en el pueblo judío y los demás pueblos semitas, respectivamente. La tradición china que se remonta a la figura de Confucio no difiere esencialmente de esta idea.

su concisión y claridad, *κατα φύσιν* (lo conforme con la naturaleza), *κατα λόγον* (lo conforme con la razón)¹⁸ vienen a ser la formulación más antigua y más universalmente aceptada de la ley natural.

En continuidad con el pensamiento platónico, Aristóteles caracteriza el Derecho natural (*το δικαίον φύσει*) como aquello que por ser justo por determinación natural vale como tal en todas partes, con independencia de la opinión o el capricho de los hombres¹⁹. Ahora bien, conviene detenernos un momento en una afirmación que el Filósofo hace en el contexto de la respuesta a una afirmación sofística²⁰: todo lo justo es mutable, tesis que ha sido recalcada en las últimas décadas como uno de los factores de diferenciación con el pensamiento racionalista. Por lo pronto, debe advertirse que la mutabilidad e inmutabilidad del Derecho natural es enteramente proporcional a su teoría física acerca de la mutabilidad e inmutabilidad de lo «natural» y de la «naturaleza». Deben distinguirse los fenómenos naturales en general (*φύσει*), lo que es conforme con la naturaleza (*κατα φύσιν*), que es contrario a lo anti-natural (*παρα φύσιν*) y la naturaleza misma (*φύσις*). Los fenómenos naturales son aquellos que ocurren siempre o la mayor parte de las veces; lo que es conforme con la naturaleza es una propiedad de ésta; lo contrario, una deformación *per accidens*. La naturaleza en sí misma es una sustancia y se identifica con la forma (*εἶδος μορφή*), o con el sínolo de materia y forma, en cuyo caso designa principalmente a ésta. Hay naturalezas inmutables –las del mundo supralunar (Dios y las sustancias astrales)– y naturalezas mutables (las materiales del mundo sublunar): dentro de éstas cabe distinguir a su vez la naturaleza específica, que es inmutable, y la naturaleza individual que es mutable en razón de la imperfecta determinación de la materia por la forma²¹. No todo lo natural, pues, es mutable y por lo tanto no todo el Derecho Natural lo es. Las propiedades específicas son inmutables, en especial las que derivan de la racionalidad humana. Precisamente, puede concluirse que aquello que es justo o Derecho natural como propiedad de la naturaleza específica y racional es inmutable. Y así fue entendido por la tradición posterior.

¹⁸ Ambas expresiones se remontan a Heráclito. La primera de ellas se popularizó a través de la medicina griega.

¹⁹ Cfr. *Ét.Nic.* V,7 1134 b18-20.

²⁰ Cfr. *ibid.*, 1134 b24 - 1135 a35. GAUTHIER-JOLIE, en su comentario a la *Ética Nicomaquea*, informan con erudición acerca de esta polémica y ofrecen una interpretación razonable del texto aristotélico (cfr. *Commentaire*, T.II-1, París, 1970, págs. 392-396).

²¹ Respecto de las precisiones semánticas que obran en el texto, cfr. *Física*, L.II, cap. 1. Véase, como exposición precisa y clara de la doctrina física aristotélica la obra de AGUSTIN MANSION, *Introduction a la Physique Aristotélicien*, París, Vr. in, 1945, en especial el cap. IV.

El Estoicismo griego (primera *Stoa*) retoma la idea de Heráclito y Platón de la regla suprema de la moralidad y la justicia (*κατα φυσιν-κατα λοπον*), pero con tres características diferenciales, respecto del pensamiento platónico-aristotélico:

- 1º) Se diluye, mediante un cosmopolitismo difuso, la politicidad de lo justo o del Derecho. Consiguientemente, se pierde en gran medida la objetividad del Derecho como propiedad específica que se realiza en la interacción constitutiva de la vida social. El bien supremo no es ya el bien común, entendido como la perfección de la vida social y la contemplación de la verdad, sino la *virtud individual* como dominio racional de los apetitos sensibles y de las pasiones.
- 2º) La dilución de la especificidad de lo jurídico en una moralidad a la vez cosmopolita e individualista conlleva necesariamente el desplazamiento de la idea del Derecho natural por una ley natural cósmico-divina (panteísmo) que se identifica con el orden racional inmanente de todas las cosas y –sobre todo, *acontecimientos*– divinos, humanos e infra humanos.
- 3º) Por otra parte, el nominalismo que gobierna la lógica estoica implica un cambio de perspectiva radical acerca de la naturaleza –*φυσις*–. Ésta no es ya una idea objetiva o una forma (*ειδος, λογος, μορφη*) que tiende a una perfección específica inmanente (*εντελεχεια*) sino facticidad material. La ley natural, por consiguiente, es relación racional de cosas, hechos o acontecimientos, pero no ya el orden racional intrínseco implicado en la naturaleza (especie) misma de las cosas y que de allí se proyecta a los actos y relaciones de éstas.

Si bien las expresiones «Derecho natural» y «ley natural», con sus anejos desarrollos doctrinales, se incorporaron al repertorio jurídico romano como consecuencia del contacto con el pensamiento griego, lo significado y referido por ellas se encontraba ya en las raíces históricas y espirituales del *ius*. La aludida vinculación semántica y conceptual de *ius, iustum, bonum, aequum*²², *lex*, etc., es testimonio claro de ello. Cicerón incorpora sincréticamente a la sabiduría práctica romana elementos teóricos platónicos, aristotélicos y estoicos, constituyendo así un nuevo hito en la tradición del Derecho natural occidental. Ley natural y Derecho natural se asocian, a la vez que se abandona el nominalismo materialista estoico; a su vez, recta razón, naturaleza hu-

²² Téngase presente la definición que CELSO da del *ius*: «ars boni et aequi» (*Digesto I, I, I*). Ya CICERÓN había dicho: «*ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad rem suas obtinendas*» (*Topics 2, 9*).

mana e imperio divino son fuentes comunes de la única verdad y raíz de validez del *ius* y de la *lex*²³.

El estoicismo romano (tercera *Stoa*) y su concepción de la ley natural influyó en los juristas romanos posteriores a la República, como Cayo y Ulpiano y dio lugar a la famosa división tripartita del Derecho: civil (el Derecho romano propiamente dicho), de gentes (lo que la razón natural ha establecido en todos los pueblos, según Gayo, que era el que debía aplicar a los extranjeros el pretor peregrino) y natural (identificado con la ley natural estoica, según Ulpiano).

La tradición jurídica romana y su concepción del Derecho natural se prolongó en la *civitas christiana*, de una parte, a través de la continuación de la legislación, de las leyes nuevas y de la legislación canónica, en su caso con sus compilaciones (v.gr. las Leyes de Toro y las Partidas, Decretos y Decretales, respectivamente) y, de otra, a través de glosistas y canonistas.

La crisis de la doctrina clásica del Derecho natural –en tanto ésta estaba encarnada en el pensamiento de los juristas y en la práctica del Derecho– comienza a perfilarse en las polémicas de publicistas y legistas medievales, sobre todo a partir de la «guerra de las investiduras», acerca de la primacía del Papado o del Emperador, o de los reyes o señores. En el orden teórico, el voluntarismo y el nominalismo de Occam (a su vez publicista y legista opuesto a la potestad papal) disuelven los fundamentos del Derecho natural clásico. Pero en el plano de los hechos, la crisis estalla con el surgimiento de los «Estados nacionales», con la atribución a los reyes de la «summa supremaque potestas»²⁴, entendida hacia el exterior del Estado como independencia absoluta, y hacia el interior como fuente suprema de la ley y del Derecho. La polémica que Hobbes pretende entablar contra el pensamiento del más grande jurista inglés de su época, Sir Edward Coke (1552-1633), representante este último de la tradición clásica y romana, expresa las intenciones claramente revolucionarias del positivismo naciente contra el Derecho común europeo que reconocía explícita o implícitamente como principio intrínseco de validez los principios del Derecho natural clásico²⁵.

²³ «Natura enim iuris explicanda nobis est eaque ab hominis repetenda natura» (*De legibus* I, 5, 17). A la pregunta «Qua lege, quo iure?», en un pasaje de las *Filípicas*, contesta: «Eo quod Iuppiter ipse sanxit, ut omnia que re publicae salutaria essent legitima et iusta haberentur; est enim lex nihil aliud nisi recta et a numine deorum tracta ratio, imperans honesta, prohibens contraria» (XI, 27) (*De officiis* I, 41, 148). «Est ergo lex iustorum inustorumque distinctio, ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam ad quam leges hominum diriguntur» (*De legibus* II, 5, 13).

²⁴ Una expresión famosa de esta concepción se encuentra en el pensamiento de BODINO (sobre todo en sus *Seis libros sobre la República*).

²⁵ La polémica (unilateral) HOBBS la plantea sobre todo en *A dialogue between a philosopher and a student of the common laws of England*. Los hechos históricos fallaron en favor de COKE –y el «common law»– y en contra del regalismo totalitario hobbesiano.

4. Recapitulación

No puede entenderse o juzgarse la Escuela Española fuera del triple marco empírico señalado.

En primer lugar, no puede conceptuarse el Derecho fuera de lo que en la trama interactiva de conductas –que incluye, como es obvio, y ha sido puesto de manifiesto por las corrientes hermenéuticas contemporáneas, el lenguaje como principal medio de comunicación interactiva– se entiende por «Derecho». Y se ha visto que la evolución semántica ha partido de una significación normativa para llegar a la significación del «Derecho» como poder o facultad moral de reclamación de lo suyo de cada uno, pasando por un momento que podría considerarse central: la objetividad del Derecho como «lo justo», en el sentido de lo que se debe y se puede reclamar según una medida estricta y objetiva (de poder y deber).

En segundo lugar, el acontecer histórico que enmarcó fácticamente la Escuela implicó el planteamiento de nuevas situaciones y nuevos problemas a los que el Derecho debía dar respuesta.

Por último, esa respuesta estaba condicionada tanto por una tradición jurídica como por una crisis del pensamiento jurídico, ninguna de las cuales podía ser ignorada.

III. EL MARCO TEÓRICO DE LA CUESTIÓN

1. La doctrina tomista del Derecho natural

1.1. El concepto de «Derecho»

Tanto en su comentario a la *Ética Nicomaquea* cuanto en la *Suma*, Santo Tomás trata al Derecho como objeto de la virtud de la justicia. Para él lo mismo que los juristas romanos denominan *ius* es lo que Aristóteles denomina «justo»²⁶. Ahora bien, lo justo es, propiamente hablando, el objeto terminativo de la acción justa en cuanto –aun haciendo abstracción del agente– se constituye por comparación (conformando una cierta igualdad) al título en virtud del cual se le debe algo a otro²⁷.

²⁶ «Idem enim (iuristae) nominant ius, quod Aristóteles iustum nominat» (*In Ethicorum V, l. XII, 1016*).

²⁷ Cfr. *Suma Teológica*, II^a-II^{ae}, q. 57, a.1, respondeo. En particular, adviértase esta expresión: «Sic igitur iustum dicitur aliquid, quasi habens rectitudinem iustitiae, ad quod terminatur actio iustitiae, etiam non considerato qualiter ab agente fiat».

El Derecho, pues, no es en rigor la acción o conducta justa en cuanto tal, sino el término objetivo de ésta, lo propio del otro, *la misma cosa justa que se le debe a otro* según una medida estricta y objetiva de igualdad, sea proporcional (justo distributivo), sea aritmética (justo conmutativo). Consiguientemente, y aunque se admite que Santo Tomás no menciona –dentro de las acepciones de la palabra «Derecho»– al derecho subjetivo como poder o facultad, no puede negarse que *la misma cosa justa* que se le debe a alguien como *lo suyo* es lo mismo que éste puede reclamar o exigir.

Asimismo, aunque la ley (jurídica), para el Aquinate, no sea *per se primo* el Derecho, sino una cierta razón de éste, se la llama también «Derecho» en cuanto es la regla *iuris*, es decir, la regla y medida de lo justo. Esta razón de *medida* de la ley es objetivamente idéntica a la medida (igualdad) intrínseca de la *cosa justa*, sólo que en un caso es medida ejemplar (causa formal extrínseca) y en el otro es medida o igualdad intrínseca. Por otra parte, en innumerables textos Santo Tomás no duda acerca de la pertinencia de calificar como «justa» a una ley²⁸; ahora bien, si la ley es una *cosa justa*, en esa medida es también Derecho.

Para resumir esta idea –que parece central en el pensamiento tomista– puede afirmarse que el objeto (terminativo) de la conducta debida a otro, el objeto del poder o de la facultad jurídica de reclamación y el objeto de la ley jurídica es idéntico.

1.2. El Derecho natural

Santo Tomás retoma la doctrina aristotélica del Derecho natural pero recoge también la tradición jurídica romana, influida decisivamente en los últimos años del Imperio –como se ha dicho– por el pensamiento estoico.

Derecho natural es aquello (*opus*) adecuado a otro, conforme a una medida de igualdad, en virtud de la misma naturaleza de la cosa²⁹. En este contexto, «natural» se refiere principalmente a algo relativo a la naturaleza humana, sea ella misma o alguno de sus principios o propiedades, sea otra cosa (una acción, una cosa, una relación) que se compara a dicha naturaleza como adecuada a ella o no³⁰. Secundariamente, y por analogía, «natural» se refiere a la «naturaleza»

²⁸ «...inquantum habet de iustitia intantum habet de virtute legis» (I^a-II^{ae}, q.95, a.5, respondeo).

²⁹ Cfr. *ibid.*, a.2, respondeo.

³⁰ Como se advierte de la solución a la primera objeción: «Illud quod est naturale habenti naturam immutabilem, oportet quod sit semper et ubique tale. Natura autem hominis est mutabilis. Et ideo id quod naturale est homini potest aliquando deficere. Sicut naturalem aequalitatem habet ut deponenti depositum reddatur: et si ita esset quod natura humana semper esset recta, hoc esset semper servandum. Sed quia quandoque contingit quod voluntas hominis depravatur, est aliquis casus in quo depositum non est reddendum, ne homo perversam voluntatem habens male eo utatur: ut puta si furiosus vel hostis republicae arma deposita reposcat». Acerca de la mutabilidad de la naturaleza humana ya se hizo una aclaración en el texto, referida a Aristóteles.

de la cosa que se da, se debe, se hace o se omite, o de un negocio jurídico, o de una institución jurídica. En el ejemplo que pone Santo Tomás en el texto citado en nota, y en este sentido análogo, «natural» y «naturaleza» se dicen del contrato de depósito, comparados con la naturaleza humana de las partes.

El Derecho positivo, en cambio, es aquello adecuado a otro, conforme a una medida de igualdad, en virtud de una determinación de la voluntad humana por convenio, por costumbre o por imperio de la autoridad constituida. Esta adecuación o conformidad, si bien no está en principio naturalmente determinada, presupone o implica tres cosas:

- a) No ser contraria a una determinación natural.
- b) Guardar alguna congruencia objetiva con las determinaciones naturales (como, v.gr., todo medio debe ser congruente o proporcionado al fin).
- c) Una elección prudencial de parte de quien tiene poder jurídico o autoridad para hacerlo.

El Derecho positivo deriva su validez del natural, pero a su vez lo determina. No se trata, pues, de dos especies de Derecho, sino de dos partes potenciales. Ni hay, ni puede haber, un hiatus entre ambos. Entre lo adecuado o conmensurado *ex ipsa natura rei* y lo adecuado o conmensurado *ex humana voluntate rationeque* (regidas por un juicio prudencial) hay algo intermedio: el *ius gentium*³¹. Se trata de una primera determinación del Derecho natural primario o «absoluto» que se sigue de éste con alguna inmediatez como una consecuencia o conveniencia racional. Hay un paralelismo evidente entre este *ius gentium* y la ley natural secundaria, que se deriva de la ley natural primaria por vía de conclusión³². En cambio, el Derecho positivo es análogo a la ley humana que deriva de la natural por determinación.

Por último, y para poner de relieve la unidad del Derecho antes afirmada, conviene recordar que para el Santo Doctor el Derecho se declara y determina mediante la ley y el juicio, en ambos casos mediante actos de autoridad que son a la vez actos de la voluntad rectificadora por la justicia y de la razón práctica rectificadora por la prudencia³³.

³¹ Cfr. a.3, respondeo. Lamentablemente, como consecuencia del esfuerzo del Aquinate por incorporar a su síntesis la tradición jurídica romana, en el texto se filtra una incongruencia semántica de origen estoico (más precisamente, de Ulpiano). Decir que el Derecho natural primario es común a todos los animales es extender al Derecho lo que puede ser válido afirmar respecto de la ley natural primaria material pero no formalmente entendida. Con relación a esta última distinción, cfr. I^a-II^o, q. 90, a.2, respondeo. Respecto al concepto tomista de *ius gentium* no ha sido todavía superada la obra de SANTIAGO RAMÍREZ: *El Derecho de Gentes*, Madrid, Studium, 1955.

³² Cfr. I^a-II^o, q. 95, a.2, respondeo.

³³ Cfr. II^a-II^o, q. 60, aa.1 y 5 (en especial el cuerpo de este último).

2. El Derecho natural racionalista

Una caracterización general y breve del racionalismo jurídico –a los efectos de enmarcar la Escuela Española– es algo muy difícil. Si convencionalmente se incluye en esta categoría histórica a quienes hacen de la naturaleza un criterio racional-normativo de justicia, como Grocio, Espinoza, Puffendorf, Leibniz y C. Wolff, como es usual, lo primero que cabe constatar es la diferencia profunda de estas concepciones, más alejadas unas de otras que las que cabe encontrar entre los autores adcritos a la Escolástica. Lo segundo, es que la comparación debería incluir a pensadores que conciben la naturaleza como un dato originario pero no normativo, al modo de la moderna concepción de las ciencias «naturales», como Locke –teóricamente condicionado por el racionalismo– o Hobbes y Rousseau que tantas similitudes presentan entre sí, como el primero de estos dos con Espinoza. Por último debería advertirse que los autores citados podrían clasificarse por su mayor (Grocio y Leibniz) o menor (el resto de los nombrados) proximidad con el pensamiento tradicional.

Consiguientemente, a la inevitable imprecisión de una caracterización general debe agregarse que ésta se verificará de modos esencialmente desiguales en cada uno de los exponentes de esta corriente. Con estas aclaraciones, pueden formularse las siguientes notas distintivas del iusnaturalismo racionalista:

1º) Hay una ruptura con la Escolástica, en tanto ésta pretende ser una síntesis de razón y fe, inscrita en una tradición a la que asume como momento dialéctico propio³⁴. Se abandonan sus principios en materia práctica, como la doctrina del bien común, se abandonan u oscurecen las divisiones de la justicia, etc.

2º) De ahí que se verifique una secularización –progresiva– de la doctrina del Derecho Natural³⁵. Ello se manifiesta en una pretensión de «neutralidad» frente a las grandes polémicas teológicas planteadas por la Reforma y presentes –como causas, concausas o pretextos– en las guerras de religión que modificaron la configuración política europea. Pretensión vana porque –para poner un ejemplo en el orden antropológico– el racionalismo no puede superar la antinomia dialéctica (de «mala» dialéctica, cabe apuntar) entre el hombre «natural-

³⁴ Es curioso, por ejemplo, el caso de Grocio. Este autor toma como fuente –por no decir que en muchos casos copia– a Suárez y demás escolásticos. Pero a diferencia de éstos, parece imponerse como regla no citar los autores a quienes plagia, y se limita a algunas referencias a los clásicos. El modo de sus citas –y más aún las traducciones– son libres, sin atención al contexto. En definitiva, lo que no es dudoso es su pretensión de que sus afirmaciones se funden claramente en la razón.

³⁵ Secularización que es menor en el caso de Grocio y máxima en el caso de Puffendorf.

mente bueno» (pelagianismo) y el hombre corrompido por el pecado (luteranismo y, sobre todo, calvinismo).

3º) El racionalismo abandona la dialéctica platónico-aristotélica³⁶ y se orienta hacia una metodología *more geometrico*, fundada en la claridad y la certeza como criterios de verdad aun en materia práctico-jurídica (sin distinguir clases y grados de certeza posibles según la materia y el objeto), de una parte, y en el razonamiento rigurosamente deductivo, de otra. La regla consiste en privilegiar la experiencia interna sobre la externa, lo cual de suyo implica desconocer la función de la inducción aristotélica. No es ésta una cuestión menor pues ella involucra el desconocimiento o la negación de una propiedad del Derecho: la dialecticidad, precisamente.

4º) El concepto de Derecho no responde ya a *lo justo*, entendido objetiva y analógicamente, sino que más bien se reduce a la ley (por lo general entendida como mandato voluntario) o al derecho subjetivo (entendido como poder o como facultad)³⁷.

5º) El Derecho natural es concebido más como criterio o ideal para juzgar el Derecho positivo que como un principio inmanente a éste. Esto significa duplicar el Derecho, lo que forzosamente conduce a la afirmación de que sólo el Derecho positivo –más allá del juicio que se formule de él en comparación con el Derecho natural– es el Derecho vigente, o a pretender *deducir* como si fuera Derecho natural el Derecho vigente.

6º) Asimismo, se confunde el Derecho natural con la ley natural en cuanto regla racional de la moralidad³⁸.

7º) Al Derecho positivo se lo adscribe al ámbito de la voluntad humana, es lo que la voluntad humana determina, prescindiendo de la razón práctica como

³⁶ Me he referido al concepto de *dialéctica* en la tradición clásica, en su relación con el Derecho, en mi trabajo «Dialéctica y Derecho» (en *Circa Humana Philosophia III*, Buenos Aires, 1998, págs. 9-76).

³⁷ Volvamos a GROCIO, por ser el más próximo a la Escuela Española. En principio, parece reconocer los tres analogados principales del término *Derecho*, tal como los propone la tradición. Pero «lo justo» es «lo conveniente a la sociedad», y no ya «lo legal y lo igual» (Cfr. *Del Derecho de la Guerra y de la Paz*, trad. de J.T. Ripoll, Madrid, Reus, 1925, t.I, L.I, cap.I, III-1); el derecho subjetivo es «la cualidad moral correspondiente a la persona para poseer u obrar algo justamente», que se identifica con «lo suyo» de cada uno, con una «facultad» que puede ser ordinaria o potestativa, y que en definitiva es el Derecho en sentido propio y estrictamente dicho (cfr. *ibid.*, IV-V); en cambio la ley puede llamarse «Derecho» sólo tomada amplísimamente como regla de los actos morales, que obliga a lo que es recto (cfr. *ibid.*, IX).

³⁸ Así, GROCIO define el Derecho natural como «un dictado de la razón, que indica que alguna acción, por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza» (*id.* X-1).

fuente de la determinación de toda elección racional y, por lo tanto, del derecho positivo mismo. La ley humana es obra de la voluntad más que de la razón.

8º) Se verifica, por último, una tendencia a la *sistematización* del Derecho natural, como modelo de lo que luego será la metodología de las codificaciones. Esto se ve claramente sobre todo en los casos de Grocio, Puffendorf y C. Wolff.

IV. LA ESCUELA ESPAÑOLA

1. Descripción

En los siglos XVI y XVII surge una larga serie de teólogos y filósofos que, en respuesta a la crisis provocada por la decadencia de la Escolástica medieval en los siglos XIV y XV, el nominalismo, el voluntarismo, el Renacimiento y su hostilidad a la tradición cristiana y la Reforma protestante, llevan a cabo un gigantesco programa de restauración de la Escolástica tomista cuyo resultado fue lo que ha sido llamada *Segunda Escolástica*. Silvestre de Ferrara y el Cardenal Tomás de Vio Cayetano, en Italia, fueron quizás los más importantes iniciadores de esta nueva corriente, con comentarios a la obra de Santo Tomás y Aristóteles, además de obras independientes. En España (y Portugal) cabe citar a Juan de Santo Tomás y a Domingo Báñez. Estos autores no se limitaron a comentar a Santo Tomás sino que, muchas veces con doctrinas originales, pero congruentes con el pensamiento o principios del Aquinate, dieron respuesta a los nuevos problemas planteados por la emergencia del mundo moderno. La Teología especulativa y práctica, la Metafísica, la Lógica y la Psicología fueron sus principales áreas temáticas. También hicieron aportaciones importantes en el campo del Derecho, v.gr. mediante comentarios al Tratado de la Ley y, en especial, en el caso de Cayetano, en su opúsculo sobre la usura.

Pero dentro de la Segunda Escolástica debe considerarse en especial un grupo de teólogos y filósofos españoles que, sin perjuicio de descollar en las grandes cuestiones teológicas³⁹, metafísicas y psicológicas⁴⁰, ejercieron también

³⁹ Baste citar, como ejemplo, la célebre polémica acerca de la gracia entre Domingo Báñez, O.P. y Luis de Molina, S.J., continuada luego con espíritu conciliador por Francisco Suárez, S.J. y el Cardenal San Roberto Belarmino.

⁴⁰ Debe recordarse en especial la obra monumental de SUÁREZ, sus *Disputaciones metafísicas* (que parece un comentario sistemático a la obra de Aristóteles), así como su comentario sobre el *De anima*.

—desde una formalidad teológica— las funciones de juristas⁴¹. Las figuras principales son cuatro: Francisco de Vitoria, O.P., que es quien dio comienzo a esta nueva reflexión escolástica sobre el Derecho⁴²; Domingo de Soto, O.P.⁴³, Luis de Molina, S.J.⁴⁴ y Francisco Suárez, S.J.⁴⁵ Su influencia se proyectó sobre toda Europa y América; en el caso de Suárez, su pensamiento fue identificado con toda la Escolástica por filósofos como Grocio, Descartes, Espinoza y Leibniz.

La metodología usada por estos teólogos-juristas fue, en síntesis, la siguiente: a partir de los principios de la Revelación y del Derecho natural afrontaron los problemas más acuciantes que los nuevos tiempos planteaban en la vida política y jurídica y les dieron respuesta, usando para ello la tradición y el Derecho europeo vigente y el modo tópico-dialéctico de argumentación. Obtuvieron como resultado respuestas nuevas inspiradas en principios antiguos que extendieron —en línea de determinación o concreción— el Derecho vigente (natural y positivo) a situaciones no previstas originalmente en el momento de la imposición de las instituciones positivas.

Habida cuenta de la identidad de principios, estilo cultural, metodología y, sobre todo, de sus tesis principales, en cuyo centro estaba el Derecho natural y su determinación como Derecho de gentes, es justo denominar esta corriente de pensamiento como *Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes*.

2. Algunas tesis principales

2.1. Enumeración de algunas tesis congruentes con el tomismo

La primera comparación con la doctrina tomista puede hacerse considerando algunas de las tesis principales de la Escuela Española, comunes a sus cuatro representantes principales, todas ellas congruentes con la tradición clásica y tomista.

⁴¹ Entiendo por «jurista» el científico del Derecho que se inscribe en el proceso de determinación del Derecho y de aplicación de la ley mediante la solución de problemas típicos.

⁴² Sus principales obras de interés jurídico son: *Comentarios al Tratado de la Ley* (I^a-II^a, qq. 90-108, de la *Suma Teológica* de Santo Tomás), y a los *Tratados de la Caridad y la Prudencia* (II^a-II^a, qq. 23-56), *Dictamina de cambios*, *Relecciones sobre la potestad civil*, *sobre la potestad de la Iglesia* (1^a y 2^a), *De la potestad del papa y del concilio*, *De indios* (1^a y 2^a).

⁴³ Sus principales obras de interés jurídico son: *De iustitia et iure*, *Comentarios al Tratado de la ley*, *Relecciones De dominio y Acerca de si es lícito apoderarse por la fuerza de las ciudades de los infieles o gentiles a causa de la idolatría*.

⁴⁴ Su principal obra de interés jurídico es *De iustitia et iure*.

⁴⁵ Sus principales obras de interés jurídico son: *De legibus ac Deo legislatore*, *Defensio Fidei*, *De caritate* (en su tratado *De triplice virtute theologica*).

En primer lugar, como teólogos católicos ortodoxos que eran, estos autores reconocen explícitamente la regla de la fe, contenida en la Revelación (Escritura y Tradición) y formulada por el Magisterio, como pauta segura –tanto positiva como negativa– del pensamiento humano. Pero así como lo sobrenatural no es contrario a lo natural, sino que lo presupone, lo sana y lo eleva a una mayor perfección, de la misma forma la fe no contradice la razón sino que la supone, la rectifica y la hace ir más lejos: hacia el conocimiento de Dios en su intimidad trinitaria y demás misterios. La razón natural –con su legalidad propia– queda así intacta y más bien asegurada. La razón humana tiene así dos fuentes de conocimiento seguro: la experiencia (que incluye la tradición y la historia) y la Revelación.

En el orden práctico el principio supremo es el bien común, entendido al modo clásico⁴⁶. A su vez, se asume la idea de paz, como bien terminal, con el mismo alcance fijado por San Agustín y Santo Tomás. La primacía del bien común –y la paz– sobre el bien particular resulta así una de las reglas supremas de la justicia.

La sociabilidad y la politicidad son propiedades de la naturaleza humana. Consiguientemente, el Estado, la vida social en general y el Derecho fluyen natural y necesariamente del hombre, es decir, tienen un origen natural y no artificial.

El Derecho, en general, es entendido como lo justo. Ninguno de los cuatro teólogos-juristas niega esta tesis y, por lo contrario, la misma aparece como principio central de argumentación. Pero todos ellos, además, ponen de manifiesto la índole analógica del término «Derecho». Y en algunos casos se privilegia un sentido sobre otro. Para De Soto, la acepción principal de la palabra en su tiempo se identificaba con la ley. Para Molina la acepción principal era lo justo, pero insinúa ya el concepto de derecho subjetivo. Para Suárez, el Derecho era la ley y el derecho subjetivo (entendiendo que esta última acepción era la de uso más generalizado en su época). Pero en todos los casos, la ley o la facultad jurídica de reclamar lo propio, se identificaba objetivamente con lo justo.

La división del Derecho en natural y positivo –de origen aristotélico y tomista– fue recogida casi sin modificaciones. Debe advertirse, tan sólo, que se usó la expresión *ius gentium* para designar no ya el Derecho común a todos los pueblos sino el Derecho *entre* los pueblos y Estados.

⁴⁶ La identidad de doctrina de estos cuatro autores con la de Santo Tomás fue expuesta en síntesis brillante por FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA en «El bien común en los teólogos juristas de los siglos XVI y XVII», en el volumen colectivo *El bien común*, Santiago de Chile, 1974, pp. 153-170.

Asimismo, tampoco hay modificaciones en esta escuela respecto del concepto y división de la justicia según Santo Tomás.

Debe resaltarse un tópico en el que la continuidad del pensamiento escolástico es decisiva en el campo del Derecho. Me refiero al tema de la usura y en general a toda la concepción española de la economía⁴⁷, centrada en el principio aristotélico de reciprocidad en los cambios.

Por último, puede apuntarse que los cuatro autores españoles hacen suya —como verdad adquirida y definitiva de la Teología católica— la triple división de la ley en eterna, natural y positiva.

2.2. Balance comparativo

El resultado de esta primera comparación es claro, en cuanto a la continuidad que la doctrina española presenta con el pensamiento tomista o, más en general, con aquella tradición jurídica de la que hablaríamos al principio. Pero aquí cabe hacer una aclaración. Por cierto, en cada uno de los tópicos enumerados hay matices y diferencias entre cada teólogo-jurista entre sí, y entre ellos y los doctores anteriores. El análisis detenido de cada uno de ellos constituiría materia de sendos tratados. En especial, no puede negarse que en figuras como Molina y Suárez muchos han visto fundadamente matices voluntaristas que denotarían una cierta dependencia de Duns Scoto⁴⁸. Pero el asunto es demasiado amplio y difícil como para ser tratado aquí. Habría que partir, en primer lugar, de la justeza de la imputación de voluntarismo respecto de Scoto, cuestión que no es sencillo despachar sin un examen metafísico y teológico atento del la obra del Doctor Sutil⁴⁹; lo mismo podría decirse de su presunta proximidad al nominalismo. En segundo lugar, debería compararse con imparcialidad la metafísica suareciana con la tomista, cuestión nada sencilla si se tiene en cuenta que circulan interpretaciones tan diversas como las que se recuentan en la tradición dominica (centrada en Cayetano), las de Lovaina, la de Gilson y la

⁴⁷ Merece citarse en este punto la obra de F. CAMACHO: *La teoría del justo precio de Luis de Molina*, Madrid, Ed. Nacional, 1981.

⁴⁸ Tal es el caso de G. SOAJE RAMOS quien, en su tesis doctoral inédita (*Sobre algunos aspectos fundamentales de la noción de ley en Francisco Suárez*), afirma que la definición suareciana de ley se aparta de la tomista, no sólo porque la formulación del granadino es defectuosa comparada con la del Aquinate, sino porque la noción de «precepto» está gravada por el voluntarismo que el español, bajo la dependencia de Scoto, introduce en el análisis de los actos humanos. Tal es también —respecto de Suárez— la posición de J. VALLET DE GOYTISOLO (cfr. *Metodología de la determinación del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, t.I, Título II, 4, págs. 409 y ss.). Yo mismo sostuve esa postura con relación a Molina y Suárez en *Los Principios Internacionales*, Buenos Aires, Forum, 1974, págs. 59-74.

⁴⁹ GILSON, en una de las mejores obras escritas sobre Scoto, se muestra dudoso respecto del «voluntarismo» scotista y señala lo imprudente que es juzgar o designar una doctrina por su etiqueta (cfr. *Jean Duns Scot*, París, Vrin, 1952, pág. 613, entre otras).

de Fabro, entre otras muchas. Me atrevo a sugerir que si se toman como términos de comparación el comentario tomista a la *Metafísica* de Aristóteles y las *Disputaciones metafísicas*, las diferencias no autorizan a hablar de dos metafísicas radicalmente diversas. De otra parte, si bien es cierto que el concepto de *Derecho* y de *ley* suarecianos son distintos de los de Santo Tomás, no creo que pueda hablarse de desviaciones sino más bien de dos perspectivas distintas que no son totalmente incompatibles. En definitiva, el solo hecho de que los autores españoles hayan tenido un pensamiento propio no autoriza sin más a pensar en una ruptura. Lo mismo puede decirse con relación a Cayetano o, más aún, de Aristóteles respecto de Platón y de Santo Tomás respecto de San Agustín y la tradición cristiana anterior al siglo XIII.

Más claro parece todavía que la adscripción de los teólogos-juristas españoles a la Escolástica y a los principios tomistas –de lo que da suficientemente cuenta la enumeración de tesis hecha– impide que se los confunda con los autores racionalistas o que ellos dieron origen u ocasión a esta corriente moderna. Por el contrario, el contraste es manifiesto.

Pero lo más importante no es tanto señalar la continuidad con una tradición venerable sino poner de manifiesto la inmensa aportación que realizaron enriqueciendo la tradición jurídica.

3. Las grandes aportaciones a la tradición jurídica

A los efectos de reseñar los nuevos capítulos o desarrollos jurídicos que agregaron a la Ciencia del Derecho los teólogos-juristas del Siglo de Oro español puede tomarse como criterio de agrupación las tres formas clásicas de la justicia. En todos los casos el principio a partir del cual se argumentó fue el Derecho natural.

3.1. El derecho natural en el orden de la justicia legal

3.1.1. El nuevo Derecho político

Como ya se dijo, los teólogos-juristas recogen en su integridad la doctrina clásica del bien común, objeto inmediato de la justicia legal. En este orden, dos son los capítulos principales a los que los españoles dieron desarrollo.

En primer lugar, y habida cuenta de la descomposición de la autoridad imperial y de la fractura de la obediencia a la autoridad papal, se advirtió la necesidad de plantear nuevamente las bases de lo que tiempo después se llamaría «Derecho Político» o «Teoría Jurídica del Estado», fundamento de lo que luego sería el Derecho Constitucional. Al respecto, se enfrentaron con dos tesis extremas, originadas en las postrimerías del Medioevo, que en aparente paradoja conducían ambas al positivismo jurídico y a la concepción moderna de la so-

beranía estatal: de una parte, el democratismo pactista de *Marsilio de Padua* –dependiente del nominalismo y voluntarismo ockamista– que desembocaría luego en los pactismos de Hobbes, Locke y Rousseau; de otra, *la teoría de la mera designación de la persona del príncipe*, cuyo origen estuvo en los legistas regios, según la cual el príncipe recibiría su investidura directamente de Dios y estaría por lo tanto *desligado* de las leyes del reino⁵⁰. Francisco de Vitoria⁵¹ y Francisco Suárez⁵² son los principales autores de la doctrina de la Escuela acerca del Estado y la autoridad política. Sus tesis principales –sin que aquí podamos detenernos en sus matices o diferencias– pueden ser resumidas así:

1º Tanto el Estado (*respublica*) como la ley están ordenados al bien común.

2º Tanto el Estado como la autoridad pública han sido creados por Dios, son propiedades naturales que dimanen de la naturaleza humana y están sujetos al Derecho divino y al Derecho natural.

3º La autoridad (*publica potestas*), a su vez, es una propiedad del Estado.

4º Ninguna persona particular tiene un título jurídico natural para pretender la autoridad, sino que ésta le es conferida por el Estado merced a un cierto consenso o *quasi pacto* de la comunidad, expresado en la tradición social y política de ésta (se trata de la doctrina aristotélica de la concordia –*homónoia*– como acuerdo objetivo y no contractual acerca de las cosas que constituyen intereses comunes necesarios para la vida⁵³).

5º La ley fundamental del Estado resulta de dicha concordia o tradición política y dimana, por lo tanto, el mismo Estado.

6º La autoridad estatal –incluido el rey– son partes del Estado y están sujetos a la ley de éste –la ley fundamental, e incluso a las leyes que dicte– y no sólo a la ley o al Derecho naturales.

7º No existe una autoridad mundial centralizada que tenga título para gobernar como emperador, monarca o presidente de todos los pueblos o Estados: y esto no sólo porque de hecho no se ha constituido una república universal estatal sino porque el derecho natural lo prohíbe.

⁵⁰ Repárese en la concepción de *soberanía* con el que BODINO inicia el cap. VIII del Libro I (de los *Seis libros de la República*, 1576, ed. latina de 1591): «Majestas est summa in civis ac subditos legisque soluta potestas».

⁵¹ Las obras en las que VITORIA trata esta cuestión son: las relecciones *De potestate civili*, *De potestate Ecclesiae* (prior), *De potestate ecclesiastica* (secunda) y los *Comentarios al Tratado de la ley de Santo Tomás de Aquino*.

⁵² Sus obras principales sobre este asunto son: *De legibus ac Deo legislatore* y *Defensio Fidei*.

⁵³ Esta tesis la he desarrollado en mi obra *La concordia política* (Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975).

3.1.2. El Derecho internacional público

La necesidad de replantear la teoría del Estado fue paralela de la de resolver el nuevo problema surgido como consecuencia de la patencia de una comunidad de pueblos y Estados.

Para entender adecuadamente este asunto deben tenerse presente algunas ideas centrales de la doctrina aristotélica acerca de la vida social y el Derecho. Los dos fenómenos sociales más relevantes son, según el Estagirita: de una parte, la comunidad (*koinonía*) –cuyo vínculo unitivo es la concordia (*homónoia*)– y de otra, la interacción, de alguna manera resumida en dos conceptos básicos: la alteridad y la reciprocidad en los cambios (o principio del *synalagma*). El Derecho, a su vez, requiere como materia tanto la comunidad y concordia como la alteridad e interacción. Y así como en la comunidad familiar no puede verificarse el Derecho perfecto, porque aunque hay comunidad no hay suficiente alteridad (por exceso de concordia, podríamos decir), no había en su tiempo, y no lo hubo hasta el siglo XVI, comunidad e interacción entre los pueblos y Estados del orbe; sólo había comunidades regionales. Al tomarse conciencia de la limitación del mundo y de sus mares, y producirse el contacto físico y social con los pueblos de la tierra se hizo necesario resolver un problema nuclear: la distribución de jurisdicción y competencias entre los pueblos en orden a la paz.

Francisco de Vitoria funda la doctrina del Derecho internacional tomando como idea central la del *ius gentium*. Ahora bien, al igual que el resto de los teólogos juristas, advierte que este concepto tiene dos aspectos: uno, el que había sido ya tenido en cuenta por los clásicos, como «lo que la razón natural ha establecido en todos los pueblos», es decir, el Derecho natural secundario común a todos los ordenamientos⁵⁴ jurídicos estatales; otro, el Derecho que, siendo común, rige entre los pueblos y Estados en sus relaciones mutuas en el ámbito de una comunidad jurídica universal; el *ius gentium* pasa así a ser *ius inter gentes*, adecuadamente traducido como Derecho Internacional.

Los principios de esta nueva doctrina no son sino una aplicación o extensión a la materia internacional del Derecho natural. Tanto en su número, como en su formulación, son asombrosamente sencillos:

1º) Existe una comunidad internacional, constituida por todos los pueblos y Estados del mundo, semejante a una república universal pero con la caracterís-

⁵⁴ Uso la palabra «ordenamiento» en el sentido dialéctico (clásico), concebido como modalidad de la comunicación intersubjetiva (interacción) que reconoce y determina *lo suyo* de cada uno, según la lúcida descripción teórica que del mismo hace FRANCESCO GENTILE en su apéndice (titulado: *Tra virtualità e realtà*) a la obra de UGO PAGALLO: *Testi e contesti dell'ordinamento giuridico*, Milán, Cedam, 1998.

tica de no tener una autoridad centralizada sino *descentralizada*. La autoridad de cada Estado, pues, es doble: interna y externa. De ahí la necesidad de distribuir su jurisdicción en el orden externo del Estado (en materia de delimitación de fronteras, zonas marítimas, comercio, etc.).

2º) El fundamento antropológico inmediato de esta comunidad es la común naturaleza específica de los hombres (esta tesis excluye toda forma de nominalismo).

3º) Sus fines son la paz y la cooperación internacionales.

4º) Sus normas están constituidas por la ley jurídica natural y las normas positivas, en especial la costumbre y los tratados.

5º) Existen principios de legitimidad política que condicionan el reconocimiento internacional de un pueblo como Estado.

6º) La guerra tiene límites que resultan de su propia finalidad, que es la paz. Dichos límites son las causas legítimas de guerra y los medios empleados en la misma.

Molina y Suárez desarrollan esta doctrina. El primero de éstos analiza con profundidad el Derecho de la guerra⁵⁵ y en especial los límites que los Estados pueden establecer legítimamente a la libertad internacional de comercio⁵⁶. El segundo, a más de un desarrollo metódico de los temas internacionales –propio de su estilo intelectual–⁵⁷, completa la doctrina de Vitoria haciendo referencia al origen de la comunidad internacional en la concordia, entendida al modo clásico⁵⁸.

En todo los casos, el principio de la argumentación es el Derecho natural, del cual deriva el derecho de gentes, la obligatoriedad de los pactos, los fines internacionales, etc.

3.2. *El derecho natural en el orden de la justicia distributiva*

En el orden de la justicia distributiva se destacan el Derecho penal y el Derecho tributario.

⁵⁵ Cfr. el Libro II de su *De iustitia et iure*, disp. 98 y ss. (en *Luis de Molina y el Derecho de la guerra*, de M. FRAGA IRIBARNE, Madrid, CSIC, 1947). Repárese en el hecho de que este tema era tratado en los autores medievales, entre ellos Santo Tomás de Aquino, dentro del tratado de la caridad.

⁵⁶ Contra esta doctrina se alzaría después la obra de GROCIO *La libertad de los mares*.

⁵⁷ Véase por ejemplo el estudio de LUCIANO PEREÑA VICENTE, *Teoría de la guerra en Francisco Suárez*, Madrid, CSIC, 1954.

⁵⁸ Cfr. *De legibus*, L. II, cap. XIX, 9.

3.2.1. El Derecho Penal

Suárez dedica al estudio de la ley penal doce largos capítulos⁵⁹. Se analiza esta ley tanto en sus efectos en la conciencia como exteriores, y tanto respecto del súbdito como del juez. Si bien no puede decirse que esta reflexión jurídico-penal sea enteramente original –los autores citados y las polémicas resueltas son claros indicadores de una tradición muy antigua–, hay ciertas ideas que suelen atribuirse por primera vez a los penalistas modernos. Citemos algunas pocas:

- a) La ley penal humana supone siempre como condición de la pena la culpabilidad.
- b) No puede exigirse la autopunición cuando la pena prevista sea lesiva a la persona del reo.
- c) La pena sólo debe ser aplicada y cumplida mediando una sentencia judicial.
- d) La ley penal, no sólo en la tipificación del delito sino incluso en la medida de la pena a aplicarse, obliga al juez y lo limita.
- e) La función del juez no sólo es dictar sentencia, juzgando la acción del reo en función de la ley, sino ejecutar la misma.

En todos los casos está implícito el principio de legalidad en materia penal. Y respecto de la tesis d) puede decirse que está explícito.

3.2.2. El Derecho tributario

Esta es una de las aportaciones originales de Francisco Suárez a la tradición jurídica⁶⁰. Las ideas centrales son las siguientes:

- a) El tributo, como cualquier otra institución jurídica que restringe el derecho de los ciudadanos, exige una justificación especial.
- b) La ley tributaria no es una ley penal sino ordinaria, y el tributo no es una pena sino una obligación exigida por el bien común.
- c) Cabe entender que entre el gobernante y el súbdito media algo semejante al contrato (*veluti contractus*) por el que se comprometen, el primero a gobernar y los segundos a solventar sus gastos. Se trata, una vez más, de la aplicación de la doctrina de la concordia.

⁵⁹ Cfr. *Ibid.*, L. V, cc. II-XII.

⁶⁰ SUÁREZ trata la ley tributaria a continuación de la ley penal y, por lo tanto, dentro de la categoría de leyes «odiosas», desde el capítulo XIII al XVIII, ambos inclusive, del Libro V del *De legibus*.

- d) La finalidad del tributo es mediatamente el bien común e inmediatamente la financiación de los gastos del Estado (principio de finalidad económica).
- e) El tributo debe ser establecido por ley (principio de legalidad).
- f) La justificación intrínseca y formal del tributo es la proporcionalidad de la obligación con la capacidad contributiva del contribuyente (principio de proporcionalidad o de capacidad contributiva).
- g) Dicha capacidad se mide principalmente a través del hecho y de la materia imponible en tanto manifestativos de riqueza.

Los principios establecidos por Suárez constituyen el núcleo del Derecho natural tributario y han sido reconocidos universalmente e incorporados a las cartas constitucionales de los Estados civilizados.

3.3. *El derecho natural en el orden de la justicia conmutativa*

En el orden de la justicia conmutativa, la Escuela Española dio marco jurídico al nuevo Derecho económico. Quizás haya sido en este sector del Derecho en el que haya sido más manifiesta la fidelidad de los teólogos-juristas a la tradición.

La doctrina jurídica acerca de los contratos de contenido económico se desarrolló a partir del principio aristotélico de reciprocidad en los cambios y su consiguiente teoría de la moneda, de la usura y del mercado. En la Edad Media, la concepción escolástica acerca del Derecho económico giró principalmente sobre estos temas: dominio, restitución, usura. Las dos grandes sumas teológicas que gobernaron los criterios escolásticos en la materia fueron la de Santo Tomás de Aquino y la de San Antonio de Florencia⁶¹. En los inicios de la Segunda Escolástica deben citarse algunos opúsculos de Cayetano: *De monte pietatis* (1498) y la carta a Conrado Koellin titulada *De societate negotiatoria* (1515), en los que se trazan las líneas centrales de la incipiente actividad bancaria; *De cambis* (1499), en el que se analizan los géneros de cambios y las condiciones y límites de su licitud; y, sobre todo, las seis cuestiones *De usura* (1500), que en rigor constituyen un comentario al texto de Santo Tomás. En España, Martín de Azpilcueta, en 1556 (la misma fecha de la segunda edición del *De iustitia et iure* de Domingo de Soto), publica su *Comentario resolutorio de cambios*, que constituye una de las obras más completas en la materia y que alcanza incluso al problema de los cambios internacionales.

⁶¹ Respecto de esta última, puede consultarse la Ed. de Verona de 1740, Pars Secunda, T.I, caps. VI y ss. Para una exposición histórica panorámica de la cuestión pueden consultarse los artículos que, bajo la voz «usure», obran en el *Dictionnaire de Théologie Catholique*, París, 1950.

Luis de Molina y Domingo de Soto, en sus respectivas obras *De iustitia et iure*, hicieron importantes aportaciones al Derecho privado desarrollando las principales instituciones y contratos de contenido económico. La doctrina del dominio y el principio de reciprocidad en los cambios constituyeron el marco teórico. Los principales temas fueron la usura, la compraventa y sus modalidades (como la venta a crédito), las cesiones de créditos, el contrato de sociedad, el contrato de seguro, los cambios en general, incluidos los internacionales y en general los negocios financieros adscritos a lo que hoy suelen entenderse como negocios bancarios.

V. CONCLUSIÓN

1. El Derecho natural como principio

La recta intelección del Derecho natural exige, en primer lugar, su consideración como *principio del Derecho*. Ahora bien, esta expresión no es unívoca en la historia del pensamiento jurídico⁶².

Para el tomismo, en una primera acepción —en el orden entitativo y operativo—, *principios del Derecho* son la causas (extrínsecas e intrínsecas) de éste: 1º el bien común y la paz (causa final); 2º la juridicidad o la justicia, entendida como igualdad objetiva (causa formal intrínseca); 3º la norma jurídica (causa formal extrínseca o ejemplar); 4º la conducta social, el hombre como sujeto del Derecho y las cosas (causas materiales *ex qua, in qua* y *circa quid*, respectivamente); 5º y la naturaleza humana y la voluntad (causas eficientes remota y próxima, respectivamente)⁶³. En una segunda acepción —en el orden noético o como modos de saber—, los principios jurídicos se identifican con las *propositiones per se notae* que son el objeto de la sindéresis —hábito de los primeros principios prácticos— en tanto tienen como materia lo jurídico; así entendidos, los principios no difieren de la ley natural primaria. Por último, y en sentido metafísico o teológico, es evidente que Dios (en cuanto causa, en cuanto fin último objetivo y en cuanto legislador) es el principio extrínseco último del Derecho.

Dentro del marco indicado, el Derecho natural aparece, dentro del tomismo, en primer lugar como el último principio intrínseco formal inmanente

⁶² Me he referido al concepto de «principio jurídico» en *Los principios Internacionales*, cap. I, 2, y en *La experiencia jurídica*, L.I, cap. VII-V y L.II, cap. VII-V.

⁶³ Cfr. LACHANCE, *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953; OLGIATI, *Il concetto di giuridicità secondo S. Tommaso D'Aquino*, Milán, Vita e pensiero, 1955.

(principio formal *quo*) de la juridicidad y de la validez del Derecho, precisamente en cuanto son principio *de justicia*; en segundo lugar, como ley jurídico-natural.

Tanto *in actu signato* como *in actu exercito*, la Escuela Española reconoció —muchas veces con el énfasis propio de la polémica— al Derecho natural como principio inmanente de validez del Derecho; digo del «Derecho» y no sólo del Derecho positivo, para señalar la unidad de aquél y desechar todo dualismo jurídico, pues el Derecho natural y el Derecho positivo son, respectivamente, principios intrínsecos de validez y de vigencia del Derecho; no son dos especies de éste sino partes potenciales del mismo.

La *ipsa res iusta naturalis* no es otra cosa que la igualdad, correspondencia o proporción objetiva entre títulos, poderes o facultades, obligaciones y conductas jurídicas, que surge inmediatamente de la naturaleza racional del hombre y de la naturaleza de las cosas. Igualdad objetiva que se concreta mediante el Derecho positivo —en función de las mutables circunstancias humanas— en la vigencia social y política. Hemos ejemplificado sumaria pero a nuestro entender suficientemente la dialéctica del Derecho natural y positivo en el ámbito de la justicia general, la distributiva y la conmutativa y hemos visto sus resultados.

Con relación a la ley natural, y el proceso de determinación progresiva mediante la ley positiva, no hemos de insistir.

Para el racionalismo, en cambio, en la misma medida en que tiende a un dualismo jurídico, el Derecho natural será, a lo sumo, un principio extrínseco, un modelo más que una forma intrínseca de la validez jurídica⁶⁴. Más claro resulta esto si se visualiza desde el punto de vista de la norma. Mientras la norma jurídica natural es un producto de la razón (descartando la inducción a partir de la experiencia externa), la norma positiva es fruto de la voluntad. De ahí se sigue que el derecho vigente sea, en definitiva, sólo el positivo.

2. El Derecho natural como criterio

Dado que, como se ha dicho más arriba, el Derecho se declara y determina mediante la ley y el juicio prudencial, el Derecho natural es, precisamente en cuanto principio, criterio general de *lo justo*. Por lo tanto, según sea la índole que se le reconozca como principio, será entendida también su función de criterio.

⁶⁴ Para los pactistas, como es el caso de Hobbes, Locke, Rousseau, etc., «principio» se entiende como origen temporal o como estado primitivo; así, el derecho natural será el Derecho del estado primitivo a-social del hombre, identificado con la fuerza o la libertad.

Tanto para el tomismo como para la Escuela española en general, el Derecho natural es *criterio de validez* intrínseco del Derecho; criterio que acompaña al Derecho como unidad de validez y vigencia en todo el proceso de determinación jurídica. Ello permitió desarrollar el orden jurídico a partir de la experiencia y la tradición, dando respuesta a los reclamos de soluciones que la mutación de las circunstancias históricas había planteado en el mundo moderno.

En cambio, supuesto el dualismo racionalista de Derecho natural y Derecho positivo, el primero es criterio extrínseco del segundo. ¿Ahora bien, qué función cumple un criterio así entendido? De acuerdo con la gnoseología racionalista, parece necesario que se tienda a considerar al Derecho natural como *criterio ideal* del Derecho positivo, es decir, como una pauta para el legislador, como un criterio para juzgar la justicia o injusticia del Derecho vigente, pero sin que éste condicione su vigencia al ajuste con el Derecho natural. Esta tendencia desembocará en la distinción kantiana –y luego hegeliana y neokantiana– entre *concepto de Derecho* e *idea del Derecho*. Pero si se piensa que el Derecho vigente es el positivo, cuya vigencia no depende de su validez natural, se incurre ya en positivismo jurídico.

3. El Derecho natural en el proceso de desarrollo (concreción) del Derecho

Según hemos dicho, en tanto principio y criterio intrínseco de validez del Derecho, el Derecho natural acompaña el proceso de determinación jurídica. En este sentido, cabe resaltar su función metodológica⁶⁵. Ahora bien, ¿cómo se realiza, en la práctica, dicha función? Tratemos de reconstruir el esquema metodológico usado –en general– por los teólogos-juristas.

Ya hemos aludido en la introducción al triple marco empírico de la experiencia jurídica de los teólogos-juristas, constituido por el lenguaje, la historia –con sus nuevas circunstancias y problemas– y la tradición jurídica. Fue notable, sobre todo, su perspicacia para detectar dichos problemas y para plantearlos con rigor, a partir de los hechos y su adecuada calificación jurídica. La solución se encontró mediante la inducción y renovada consideración de los principios –Derecho natural–, en composición con los datos de la experiencia, la tradición y el Derecho vigente reconocido generalmente como tal. La estructura del razonamiento no fue sólo la lógica analítica aristotélica sino también

⁶⁵ Cuando se habla de la función metodológica del Derecho natural no puede dejar de citarse la monumental obra metodológica de JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Metodología de la determinación del Derecho*, Madrid, 1996; *Metodología de las leyes*, Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 1991; *Estudios sobre fuentes del Derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1982 (en especial «El Derecho natural como arte jurídico», incluido también en las actas de las I Jornadas de Derecho Natural Hispánico de 1973).

—y principalmente— la tónica, dialéctica y retórica clásicas. Es proverbial, al respecto, la distinción que solía hacer Suárez entre verdades ciertas (subdistinguidas según la clase de certeza: v.gr. la certeza de fe, la teológica, la metafísica, la moral, etc.), más probables y simplemente probables. En todo caso, se partía de dos certezas fuertes y extremas: la certeza de los hechos o de la experiencia, de una parte, y la certeza absoluta y universal de los principios. Entre ambas el razonamiento discurría ya sea en forma analítica (deducciones propiamente dichas o necesarias), ya sea tónica (investigación de fuentes, inducciones, hermenéutica de textos, etc.), ya sea dialéctica (argumentos —entimemas o no— con premisas y conclusiones probables). El orden de todo el proceso metódico, aunque racional, no pretendió ser sistemático, acomodado a las divisiones clásicas del Derecho y la unidad de sentido interno de cada tratado.

El resultado fueron nuevas determinaciones del Derecho y, sobre todo, la apertura de vías originales de investigación jurídica para afrontar con carácter universal los problemas típicos de una nueva época o para ampliar las soluciones ya obtenidas.

4. Balance final

La perennidad y la grandeza de las aportaciones que los teólogos-juristas del Siglo de Oro hicieron al Derecho justifica el título que he dado al presente trabajo. La Escuela Española del Derecho natural y de gentes constituyó uno de los momentos de máxima universalidad del pensamiento hispánico.

Sin duda, y pese a las magras citas que Grocio, Puffendorf, Wolff y Leibniz hacen de los españoles, éstos fueron ampliamente conocidos por aquéllos y su influencia sobre los mismos fue grande. Pero esto no autoriza a pensar que exista entre unos y otros continuidad doctrinaria, o que los teólogos-juristas hayan sido infieles a la tradición clásica y escolástica o que hayan marcado una flexión del pensamiento en dirección a lo que luego se conociera como racionalismo jurídico.

Con relación al tomismo en particular, se han señalado las coincidencias respecto a tesis centrales. Aunque, claro está, esto tampoco quiere decir uniformidad. Así como el pensamiento de Aristóteles no fue idéntico al de Platón, y el de Santo Tomás de Aquino se distinguió del de San Agustín, sin que por ello pueda hablarse de ruptura o negarse la continuidad de una tradición sapiencial clásica y cristiana en la Escolástica medieval, así, en sentido análogo, tampoco puede decirse eso de lo nuevo y distinto que agregó la Segunda Escolástica española a la tradición anterior.

Con relación al tema del Derecho natural, creo que puede apuntarse en la Escuela Española una diferencia con el tomismo o, quizás, algo que aquélla le

