



The mutability of natural law

*La mutabilidad
del Derecho natural*

MIGUEL GRANDE YÁÑEZ

Universidad Pontificia Comillas
mgrande@icade.comillas.edu

DOI: <https://doi.org/10.15366/bp2021.27.013>
Bajo Palabra. II Época. N° 27. Pgs: 257-272



Recibido: 09/02/2021

Aprobado: 07/05/2021

Resumen

La evolución del Derecho natural facilita su aproximación a la Hermenéutica jurídica. Ahora bien, esto se tornaría más delicado en una concepción clásica inmutable como la que defiende sólidamente Francisco Suárez, o incluso con un iusnaturalismo excepcionalmente mutable como el de Santo Tomás. En cualquier caso, la epistemología de la subjetividad hermenéutica y el sentido como profundidad del espíritu dificultan o imposibilitan el encuentro entre el pensamiento hermenéutico jurídico y el Derecho natural, aun mutable.

Palabras clave: Inmutabilidad, mutabilidad, Derecho natural, Hermenéutica, casuismo, equidad, sentido.

Abstract

The evolution of natural law facilitates its approximation to legal hermeneutics. Now, this would become more delicate in an unchanging classical conception such as that solidly defended by Francisco Suárez, or even in an exceptionally mutable iusnaturalism such as that of St. Thomas. Anyway, the epistemology of hermeneutic subjectivity and the sense as depth of the spirit make it difficult or impossible to find the encounter between legal hermeneutic thought and natural law, even if mutable.

Keywords: Inmutability, mutability, natural law, hermeneutics, casuism, equity, sense.

I. La inmutabilidad del Derecho natural

EL PENSAMIENTO HERMENÉUTICO ha abierto nuevas puertas a la ética, las cuales han tenido que contrastarse con otras corrientes y teorías morales. En el ámbito jurídico esta dificultad ha supuesto un repensamiento actualizado de la doctrina del Derecho natural, si bien ahora, con el ímpetu hermenéutico, el mismo no guarda tapujos a la hora de predicarse como variable, mutable, sujeto al condicionamiento esencial de la historicidad. Esta perspectiva no es consecuente con la doctrina clásica ni moderna del Derecho natural, la cual se plantea como una metafísica invariable, apodíctica, inmutable.

Pero esta inmutabilidad del Derecho natural originó para sus mismos seguidores dificultades, variantes, y también contradicciones, pues el contraste no sólo con la Historia, sino con la realidad fáctico-social causa perplejidad. El mismo Santo Tomás, no fue drástico a la hora de contemplar cierta variación del Derecho natural, aunque ocasional, cuando el mismo “descendía” a los casos prácticos. La Hermenéutica dada la relevancia creadora de la interpretación del sujeto no puede proponer contenidos que trasciendan al propio sujeto, pero eso no es obstáculo para que la misma se abra a la estimación del otro en la facticidad, de modo que la equidad judicial también tiene que ser revisada e impulsada. Por ello, con la guerra al formalismo, puede parecer, *prima facie*, comprensible un acuerdo entre la Hermenéutica y el Derecho natural, si bien el mismo impone la mutabilidad en los contenidos del Derecho natural. Y esta posibilidad se desprende también precisamente por la fuerza real o social de la ética del planteamiento de un Derecho natural de contenido variable pero en cuanto formal (Stammler).

Así resulta preciso revisar la sustancialidad de la inmutabilidad del Derecho natural, pues la facilidad para admitir cambios en los contenidos nos transporta a un nuevo escenario que entiendo que ya no es *iusnaturalista* sino más hermenéutico. La postura más nítida y sin fisuras sobre el carácter absolutamente inmutable del Derecho natural, hasta para el propio juicio y voluntad divina, la encontramos en el granadino Francisco Suárez, el cual, una vez más sutilmente, trata de corregir al propio Santo Tomás cuando sostiene que todos los contenidos del Derecho natural son inmutables y no dispensables por autoridad alguna. Esto también se apoyó en el refuerzo que encontró el concepto y su alcance de la naturaleza humana, en cuanto racional.

Las situaciones de la naturaleza humana no pueden sugerir cambios en el Derecho natural, los cuales tampoco pueden tener repercusión en sus conclusiones, frente a lo que deslizó Santo Tomás. Los preceptos de la ley natural son siempre los mismos en cualquier estado porque las acciones malas e injustas son *en sí* de modo intrínseco, indudablemente, por lo que la ley natural tampoco cambia en los casos particulares. No se trata, claramente, de un problema de interpretación, sino de saber encontrar la razón en las acciones convivenciales, antes que en las normas positivas. La ley natural es también infalible, pero insisto con Francisco Suárez, no sólo en general sino también en los casos particulares pues queda ínsita en cualquier naturaleza racional. La imposibilidad del cambio o el fallo no sólo lo es en el todo, sino también en la parte. De la naturaleza racional intrínsecamente fluye el mismo Derecho natural como propiedad de la misma¹. Que el Derecho natural presentara fisuras en sus contenidos supondría la caída del hombre.

Esa temporalidad tan determinante para la decisión del sentido hermenéutico queda desplazada en el iusnaturalismo, pues en el mismo se concede la ley indefinidamente, sin límite temporal, de modo que el tiempo y su lectura en lo humano no puede ofrecer alteraciones. Permaneciendo el objeto y sujeto de la ley, ésta no cesa. Suárez hace hincapié, frente a las dudas que suscitó el tomismo, en que los principios y también las conclusiones del Derecho natural son una verdad perpetua, y esta verdad de los principios no puede subsistir sin la verdad de las conclusiones. De modo pues que la determinación del Derecho natural condiciona a los propios preceptos supremos como verdad irrefutable².

Así las cosas, los supuestos cambios de la ley natural son una apariencia. Hay que descubrir y comprender que la obligación de la ley natural se mantiene incólume, porque lo que ha cambiado es la materia que supuestamente regulaba, y la nueva materia ya no se ve regida por la ley natural sino por otro precepto jurídico. La clave está pues en la consideración como metafísica de la materia. Lo que cambia es la materia y con la materia la ordenación de la ley a la que se somete. El intérprete no tiene que escuchar ningún sentido, sino descubrir racionalmente la materia. Esta era la confusión a la que podía conducir la filosofía aristotélico-tomista, el hablar impropriamente de cambios en algunos preceptos de la ley natural, lo cual también suponía un fallo inconcebible en el Derecho natural; se trata incluso de una reinterpretación nominal, pero de gran calado, pues el Derecho natural es infalible y totalmente inmutable. La mutabilidad de la materia es una realidad con graves

¹ Cf. Suárez, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 135, p. 150.

² Así Suárez va corrigiendo a Aristóteles que reconoce que acogía en algunas ocasiones la mudanza de lo justo por naturaleza, y a Santo Tomás para quien las conclusiones, aunque ordinariamente no cambian, sí lo hacen en algunos casos determinados (cf. *ibidem*, pp. 150-151).

consecuencias jurídicas, pues el Derecho tiene que acomodarse en sus preceptos a esos cambios materiales. Por eso dice Suárez, muy barrocamente, que la ley natural *parece* mudarse, pero que lo que sucede es que la materia según las situaciones manda distintos preceptos. También los frecuentes errores o ignorancias pueden hacer pensar que la ley natural cambia, pero lo que sucede aquí es que es desconocida o que se oculta, lo cual es muy distinto. Esta frecuente ignorancia en los contenidos de la ley natural también hace tambalear la fuerza epistemológica de la sindéresis jurídica tomista³.

El sujeto político, ni civil ni pontificio, puede intervenir en esta inmutabilidad del Derecho natural, pues ni siquiera el poder de la voluntad de Dios puede disponer del Derecho natural ya que afectaría a la misma esencia divina de la justicia. El Derecho natural no admite dispensa alguna. La alteración por el poder político o judicial del Derecho natural supondría la misma destrucción de la base del Derecho humano. Dios no puede dejar de prohibir la naturaleza de las cosas malas e injustas, como se revela en la razón natural. La ley natural manifiesta la razón natural, y con ella las razones de Ockham de las posibles alteraciones del Decálogo conforme al dictado supremo de la voluntad de Dios son falsas⁴.

La propuesta de Ockham no implicaba variar la sustancia del Derecho natural en cuanto mutable, sino sencillamente demolerlo y sustituirlo por la fortaleza de la voluntad del legislador ético. Aunque Ockham toma de Scoto la idea fundamental del voluntarismo, la radicaliza con el principio esencial de la indeterminación absoluta de la voluntad. La voluntad es esencial, y con ello los contenidos (rationales) dejan de ser esenciales. La voluntad divina no puede caer en las manos de verdades racionales inamovibles, que la aprisionen en un mundo que es contingente en su materia. Las obligaciones racionales dejan paso a los imperativos morales surgidos de una voluntad. Los escolásticos españoles vislumbraban un riesgo absurdo y arbitrario en ello. Es como destrozar la seguridad jurídica metafísica⁵.

La inmutabilidad del Derecho natural ya había retrocedido en Scoto al principio estricto, que ni siquiera Ockham mantiene, de la prohibición del odio a Dios. Por eso la escolástica española tuvo que reconstruir el Derecho natural y corregir al mismo Santo Tomás para abogar de modo implacable por su inmutabilidad, la cual también faculta su distancia con la Hermenéutica dado el valor de la *natura*

³ Cf. *ibidem*, pp. 152-153.

⁴ Cf. *ibidem*, p. 164.

⁵ Cf. Welzel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 82-83. En la línea que venimos mostrando también incide Welzel en cómo la escolástica española robusteció aún más el racionalismo del Derecho natural con su idea de identificarlo con la misma naturaleza racional humana, y con la introducción de las conclusiones de los preceptos supremos en el mismo contenido del Derecho natural como invariable e inmutable, frente a Santo Tomás (cf. *ibidem*, p. 99).

obiecti, y no de la potencialidad del sujeto. La escolástica española en su respuesta a los franciscanos, trasciende el tomismo. Recordemos que ya en Ockham la *sin-déresis* había desaparecido totalmente, por lo que el Derecho natural era un postulado insostenible en el propio conocimiento. Hasta el propio Decálogo resulta modificable. La ética es ya así relativa, y el positivismo está llamando a la puerta del Derecho, por lo que no tiene que sorprender la reacción de Francisco Suárez. Por eso, para él es un absurdo sostener que Dios podría mandar que fuese odiado, lo cual es clara y esencialmente contrario a su bondad y a ser un Ser digno de amor.

El poder de Dios como dueño puede hacer desaparecer la obligación de la ley natural, si previamente hace desaparecer la materia de la ley, como por ejemplo en el supuesto del regalo que hizo a los hebreos con los despojos de los egipcios⁶, lo cual propiamente no es una dispensa del Derecho natural, pues fue un pago a sus trabajos, en lo cual radica el cambio de la materia. Pero Dios aunque ostente poder de dueño absoluto, no puede mutar el contenido del Derecho natural. La justicia de los actos convivenciales humanos no se deriva de la autoridad de la ley, y por tanto de la interpretación sino de su consonancia o disonancia con la naturaleza racional. No cabe la dispensa en la ley natural, y si algún autor como San Bernardo⁷ o incluso Santo Tomás se refirió a la misma fue en sentido lato, pues como hemos explicado el cambio realmente no es de la ley sino de la materia.

La tradición clásica del Derecho natural fue menos exigente que Francisco Suárez respecto a la imposibilidad de mutación del mismo. Hay que considerar la duda que se cierne sobre la procedencia del Derecho natural en la ética aristotélica, y que con Gadamer sólo se asume desde una interpretación forzada de la misma. Para Aristóteles⁸, los hombres, frente a los dioses, poseen una justicia política (no tanto un derecho metafísico) natural, y que aunque puede distinguirse con nitidez de la legal, puesto que es válida en todas partes como justicia por naturaleza, no está exenta de posibilidad de cambio, pues todo resulta mudable. Esta posibilidad de la totalidad absoluta de cambio, ya resultó muy restringida en Santo Tomás, para quien, bajo ninguna alternativa, se admitía la mutación en la ley natural de los *prima principia communissima*, pero sí de los preceptos secundarios a modo de conclusiones, si bien excepcionalmente. Por lo que causa perplejidad la invocación constante en la escolástica ya medieval ya moderna, a la filosofía de Aristóteles para sustentar la inmutabilidad del Derecho natural.

⁶ Cf. Suárez, *op. cit.*, pp. 168-169. La segunda tabla del Decálogo aun permitiría cambio en la materia (nunca en la ley natural en sí); pero esto ni siquiera es posible en la primera tabla, donde no hay mudanza en la prohibición de las acciones (cf. *ibidem*, p. 170).

⁷ Cf. *ibidem*, p. 173.

⁸ Cf. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, vii, Alianza, Madrid, 2004.

Sí se admite la mutabilidad del Derecho natural, aunque excepcionalmente, en la doctrina de Santo Tomás, no siendo el Derecho natural absolutamente fijo en sus preceptos secundarios en cuanto conclusiones, por la fuerza que se desprende de los casos concretos, los cuales hacen que el Derecho natural evolucione. Ahora bien, los preceptos supremos son absolutamente inmodificables. La postura tomista tiene matices respecto la de Suárez pues en éste entendemos que la regulación jurídica dimanante de un cambio sustancial de la materia ya no es Derecho natural, pues este, en todo caso es inmodificable, y el nuevo Derecho exigido por la materia, ya no puede, pues, ser Derecho natural.

Sin embargo Santo Tomás piensa que la razón práctica, que aborda lo contingente, aunque es necesaria en los principios generales, al descender a lo particular, es posible que se encuentre con *defectos*. Esto es una propiedad de la razón práctica, en evocación de la *frónesis* aristotélica, pues la razón especulativa, en sus conclusiones, aunque puede ser desconocida posee una verdad idéntica. En la razón práctica el descenso en la deducción propicia la mutación. Por eso la ley natural en los preceptos particulares a modo de conclusiones se mantiene en la generalidad de los casos, pero en algunos puede fallar⁹, dejando de ser Derecho natural lo que antes sí lo era. Pero de inmediato justifica estos fallos también Santo Tomás no por el Derecho en sí como natural, sino por el conocimiento humano nublado, o incluso pervertido por una pasión o mala costumbre¹⁰. Con lo cual no es del todo nítido si el problema es metafísico jurídico en sí o de las posibilidades gnoseológicas del hombre.

En cualquier caso sí sostiene Santo Tomás que la ley natural se muda en algún caso particular en sus segundos principios como conclusiones de los preceptos supremos, y por tanto se descubre o se crea un nuevo contenido de Derecho natural. Parece, pues, que la nueva regulación jurídica que exige el caso particular sigue perteneciendo al Derecho natural, por lo que no puede ser disponible por el poder civil. Causas especiales conllevan la no posibilidad de observancia de los preceptos anteriores de Derecho natural. Pero el problema, insistimos, no es sólo jurídico en sí dada la relevancia tomista de la juridicidad del caso particular, sino también del conocimiento humano que se borra¹¹ en obras particulares por la concupiscencia u otra pasión. No obstante esta dificultad o mutación no nos puede conducir a un Derecho natural evolutivo por motivos sociológicos, como veremos en la modernidad avanzada.

⁹ Cf. Tomás de Aquino, *Suma Teológica VI*, BAC, Madrid, 2013, pp. 134-136.

¹⁰ Así denuncia Santo Tomás que en algunos pueblos no se reputaban pecados lo robos o los vicios contra natura (cf. *ibidem*, p. 140).

¹¹ Cf. *ibidem*.

Por eso, también frente a la mayor inflexibilidad posterior de Francisco Suárez, contempla Santo Tomás que esta mutación del Derecho natural (que reconoce que ya tiene su origen en Aristóteles) faculta su dispensa en algún caso particular cuya observancia literal sería contraria a la intención del legislador¹² (divino). Esta dispensa no puede afectar a los preceptos del Decálogo, que son por ello inmutables, en cuanto fundamento del bien común y de la justicia; estos preceptos en su generalidad no abarcan esos específicos casos particulares donde el primer mandato del Derecho natural puede flaquear; pero en el Decálogo tampoco el propio Dios puede dispensar, en cuanto Dios es Dios jurídico y de justicia en su ley eterna. Ahora bien, es un problema diferente la aplicación de los principios del Decálogo en su segunda tabla a los casos singulares, en los que nos podemos encontrar con discusiones sobre si la *cosa* es homicidio, robo o adulterio, y por ello en esas aplicaciones singulares vuelve a hablar Santo Tomás de mutabilidad, algo que ya hemos visto que corrige Francisco Suárez, y que también genera la duda de si el nuevo precepto jurídico que el caso exige es o no Derecho natural.

Esta fuerza de la casuística que conduce a la mutabilidad del Derecho natural va a resultar acrecentada en la doctrina de Luis de Molina que comparte con Francisco Suárez la pertenencia a la orden jesuita, e incluso cercanía en la época de su pensamiento, y que sin embargo se muestra más flexible hacia cierta posibilidad de mutación del Derecho natural en la que también el valor de la equidad entra en juego. Una de las primeras razones que encontramos en Molina¹³ en esta problemática es que en el Derecho natural pueden haber muchas veces errores, y esto se debe tanto a la dificultad y lejanía deductiva entre los principios y las conclusiones que pueden resultar remotas y oscuras respecto a aquellos, y también a una significativa crisis de la *sindéresis* tomista, pues dice el conquisense que la Naturaleza tampoco enseña los principios de Derecho natural tan claramente. Además Molina con inteligencia, esgrime la dificultad no sólo de que el Derecho natural mute¹⁴, sino que desaparezca, que lo que antes era Derecho natural deje de serlo, aunque mantiene la imposibilidad de dispensa del Decálogo. No obstante, la crítica a la inmutabilidad absoluta del Derecho natural avanza, hasta con el tiempo llegar a destruir al Derecho natural, si bien esto no tiene que oscurecer la presencia de la ética en el Derecho, sobre todo por mor de la equidad.

¹² Cf. *ibidem*, pp. 300-301.

¹³ Molina, *Los seis libros de la justicia y el Derecho I*, José Luis Cosano, Madrid, 1941, p. 145.

¹⁴ El supuesto clásico de mutación del Derecho natural también lo acoge Molina: “devolver el depósito es de Derecho natural, pero si el dueño de la cosa depositada se vuelve loco, y hay peligro de que mate a otro o a sí mismo con ella, es de Derecho natural que no se devuelva mientras dure este peligro, o sea, todo lo contrario” (*ibidem*, pp. 145-146).

Hay circunstancias que excluyen el objeto del número de los que están comprendidos en la ley natural, y sin necesidad de dispensa la ley natural no se extiende a un cierto caso por la concurrencia de una cierta circunstancia. La focalización de lo jurídico en la casuística supuso en Molina una comprensión muy adelantada del Derecho como aplicativo trascendiendo lo textual. Además también se contempla la posibilidad de que la voluntad humana mediante el Derecho positivo en muchas ocasiones¹⁵ establezca una circunstancia la cual conlleva que el Derecho natural deje de serlo. El Derecho positivo humano puede hacer que esté permitido algo que, excluido este Derecho, sería contrario al Derecho natural. El avance del voluntarismo e incluso del positivismo es incontestable. Fue la voluntad humana, como más adelante denunciarán Rousseau y Marx, quien introdujo la división y la apropiación de las cosas, y no la Naturaleza. Así afirmará Molina¹⁶ que el Derecho civil unas veces añade y otras quita del Derecho natural y de gentes, y en ocasiones esto que se añade (por la voluntad humana) determina preceptos absolutamente nuevos. El Derecho civil puede también indirectamente sustraer contenidos del Derecho natural. Conducir el Derecho natural a la posibilidad de su mutación puede conllevar su desaparición, aunque inicialmente sea sólo en parte, porque el nuevo precepto jurídico con la participación de la voluntad ya no es necesariamente de Derecho natural, y ya puede ser cambiado de nuevo con mayor facilidad, o incluso ligereza.

II. Derecho natural mutable y Hermenéutica jurídica

EL DERECHO NATURAL SUFRIÓ UNA DECISIVA EMBESTIDA con el criticismo kantiano que enarbó los conceptos e ideas puras, en los cuales no tenían posibilidad las concreciones de contenidos contrastados a posteriori con la experiencia, enlazados con la sensibilidad. Esto no tenía necesariamente que implicar un aislamiento de la ética en el Derecho, pero sí una precaución frente a una fijeza perenne de los contenidos. La facticidad no será recuperada en plenitud hasta la Hermenéutica, de modo que la ética-jurídica sufrirá una transformación radical. La mutabilidad del Derecho natural había supuesto el desfallecer de los contenidos éticos en el Derecho, que de la mano de la equidad precisará un repensamiento en la propia realidad, huyendo de la metafísica.

La crítica al Derecho natural encuentra su apogeo en el pensamiento de Hegel, quién aun desde las bases kantianas, busca la empiria social aunque en la misma

¹⁵ Cf. *ibidem*, pp. 146-147.

¹⁶ Cf. *ibidem*, p. 149. También ejemplifica Molina que la concreción de los castigos y las penas (ahorcar, azotar o condenar a galeras) pertenece al Derecho humano civil (cf. *ibidem*).

ya no tiene alcance lo apodíctico, pues aun el sujeto que encuentra en la Historia la fuerza del saber puro, neutraliza los contenidos invariables, la *mácula de la determinidad*. El deber puro subsiste, junto a una determinidad que es consciencia y no contenido. En las determinaciones el sí mismo busca y encuentra al otro, pero no como universalidad inmutable. Las convicciones puras aunque son deber, son vacías pues ningún contenido determinado en ellas, frente al Derecho natural, puede erigirse como deber. Hegel, frente a Kant, conduce los conceptos puros y sus carencias a la acción, a la actuación, al encuentro con el otro y la cultura, y en ello la subjetividad autoconsciente, que no arbitraria, arroja la inmutabilidad del Derecho natural. En la comprensión humana es preciso acoger allende la metafísica, la sensibilidad, la cual ante la decrepitud de la razón es la auténtica creadora de contenidos.

Los contenidos se tornan indiferentes y variadamente posibles al margen del apriorismo metafísico, pues ello constituye el deber puro. El contenido ya no depende de la razón sino del sujeto, en cuanto individual, con lo que no es posible en esta línea retomar el Derecho natural, aun débil con su mutabilidad. El deber puro no es para Hegel la frontera de la ética sino los deberes con los demás y necesitados que surgen de la conciencia-de-sí. Son contenidos implícitos en la conciencia de sí mismo¹⁷; el deber puro, frente a Kant, se acrecienta en la circunstancia concreta.

La ética no sólo pertenece a la acción, sino a la conciencia del sujeto en relación con el deber. Pero el saber ético puro está libre de todo contenido, que como Hegel admite trae desde Kant la determinidad como *mácula*¹⁸. La Hermenéutica supondrá una reflexión sobre el alcance de esas determinaciones, pero no como inmutables, sino en cuanto sentido para el sujeto, de modo que el saber puro se antoja insuficiente para la facticidad jurídica coexistencial. Hegel ayuda a superar la radicalidad de la subjetividad kantiana al afirmar que también la conciencia tiene que ser capaz de captar las determinaciones del objeto. Pero la conciencia no se basta a sí misma, aun como autoconciencia puede extrañarse a sí misma y recorrer contenidos por medio de la cultura del mundo del espíritu, cuyas determinaciones ya son altamente mutables. La conciencia tiene que ser consciente de su falta de autosuficiencia y de su conocimiento de poder ser esencialmente para otro, por lo que sin la inmutabilidad resulta valioso un retorno a la acción con el otro, en el que el Derecho natural se replantea sustraído de la inmutabilidad.

La España krausista renovó el interés del Derecho natural, el cual se asociaba también con las propuestas sociales imperantes. Esto fue posible con una nueva concepción del Derecho natural en la que su epicentro se trasladaba de la inmuta-

¹⁷ Cf. Hegel, *Fenomenología del espíritu*, Fondo de cultura económica, México, 2017, p. 306.

¹⁸ Cf. *ibídem*, p. 307.

bilidad metafísica a la pedagogía sociológica. Pero este Derecho natural krausista aunque condicionado por la indefinición histórica, le otorgó un papel eficaz a su contenido “reformista”, lo cual también propició la distancia con la nueva vertiente formal stammleriana que iba tomando pujanza y distanciándose neokantianamente del modelo clásico. Con Hegel el Derecho natural krausista atendía a la gnoseología de la sensibilidad para filtrarse socio-políticamente. El inmovilismo de antaño carecía de valor; pero también se manifestaba el escepticismo al que abocaba la posibilidad de Stammler.

Con el empuje sociológico de autores como Clarín y Posada, sabedores del influjo esencial de lo histórico (que jurídicamente había hecho valer Ihering), la ley natural no podía mandar siempre lo mismo, sin perjuicio del afán de la búsqueda de sus posibilidades de invariabilidad, aunque mucho más recortadas que en el tomismo. Del mismo modo surgió modernamente la llamada a la equidad¹⁹, como adaptación ético-jurídica, complementadora de principios jurídicos y correctora de las normas en su interpretación.

La difusión sociológica era cada vez más manifiesta, y con ella también el Derecho se convertía en un arte que sólo podía concretarse en la contingencia de la realidad positiva y no en la sustancia metafísica. Pero la realización jurídica krausista se inspiraba en el iusnaturalismo (ya cada vez más mutable), con lo que inicialmente no triunfó el idealismo jurídico de Stammler en el que el contenido no sólo era absolutamente mutable, sino también próximo a lo indiferente. Giner, sin embargo, difundía un Derecho natural esencial con contenido real, que no podía ser mera forma²⁰. En cualquier caso la llamada filosófica de Hegel a la *mácula de la determinidad* estaba cada vez más presente. Con ello el Derecho natural pudo tomar rumbos cada vez más diversos; uno de ellos fue el transitado por Rivera, en el que la razón formal se vinculaba con la realidad social empírica; o el Derecho natural flexible de Mendizábal, compatible con las circunstancias históricas. Sí, estos son los nuevos adjetivos que desustancializan al Derecho natural clásico: variable, flexible, social, mínimo. La discusión ya no es pues la escolástica respecto del alcance absoluto de la inmutabilidad o el excepcional de la mutabilidad. Pero con ello nos encontramos ante una nueva fundamentación jurídica, la cual no está muy lejana de la Hermenéutica, si bien es diversa. Pues la Hermenéutica consciente de la difícil inmutabilidad del Derecho natural, ya no apela a esta idea jurídica, sino que de la

¹⁹ Cf. Almuera, “Derecho natural krausista y Derecho natural escolástico”, *Bajo Palabra* (Madrid), 17 (2017), pp. 237-238.

²⁰ Cf. *ibidem*, p. 245, p. 249, p. 256. Un autor disonante en esta época con el krausismo fue Ortí y Lara, que defendió un Derecho natural tomista radical y rígido que atesoraba el orden moral querido por Dios (cf. *ibidem*, p. 248).

mano de la equidad propondrá un sentido jurídico ontológico-existencial, como sentido humano de justicia.

Este nuevo Derecho natural en el que el contenido no es tan absolutamente esencial, reposa en una idea jurídica superior y es la de la concepción jurídica drásticamente voluntarista, que se alejaba del modelo escolástico e incluso del contractualista. La temática de la *materia* jurídica, de la cual ya advirtió Suárez su relevancia, tiene ahora un nuevo encaje. No facilita la justificación de la no aplicación del Derecho natural inmutable, sino que se comprende siempre y en todo caso como inevitablemente condicionada, finita y sujeta a cambio incesante. El Derecho es ya una ciencia veloz con la versatilidad de las ideologías políticas. La cooperación para la satisfacción de necesidades y aspiraciones precisa de un Derecho mudable y envuelto de un estimado relativismo.

El Derecho se halla forzosamente condicionado y es imposible que sea absoluto en su contenido²¹. Los fines e intereses políticos no son tampoco absolutos. Por ello el problema no es la separación de materia mutable e inmutable, sino la depuración de la materia para la esencialidad, que tiene que ser formal y constituir un método puro de ordenación, idea que anticipa a Kelsen. El conocimiento del criticismo kantiano y su posibilidad aplicativa hegeliana inundaban un Derecho puro que ante todo se encuentra en la voluntad pura, único concepto jurídico que puede ahora predicar la generalidad, pero sin determinación científica y filosófica de contenido alguno. Es la idea de la voluntad depurada de toda materia.

La justicia también puede plantearse como posible, aun abandonando un Derecho natural inmutable y definitivo, pero probablemente esta concepción es difícil de enlazar con el iusnaturalismo. La antropología y la ontología revelan la variabilidad e incluso contradicción de concepciones sobre lo justo, que alcanzan también al tiempo de determinidad de la subjetividad. Por eso la nueva verdad de la justicia depende más de la equidad²² que del Derecho natural. Esto tampoco puede implicar una visión inexcusablemente relativista de la justicia, pues la búsqueda, la seguridad o el consenso lo desmentirían, pero lo que sí resulta más difícil de sostener desde la pluralidad del sentido, es la inmutabilidad del Derecho natural. Por ello la Hermenéutica se preocupa más por la justicia y sus posibilidades que de los conceptos puros.

Podemos hablar de dos sendas diversas respecto de la justicia: de la misma como idea de Derecho (más formal), o del sentido de justicia (más ontológico-existen-

²¹ Cf. Stammler, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Reus, Madrid, 2007, p. 23.

²² La nueva equidad no es un método o una referencia a la norma elegida como justa como esgrime Stammler (cf. Stammler, *ibidem*, p. 483), sino un sentido que mueve la existencia jurídica de la persona, fundamentalmente del juez que transita en diálogo ético con los hechos en controversia (cf. mi libro *Equidad y sentido de justicia*, Dykinson, Madrid, 2021).

cial). En cualquier caso la lejanía más remota quedaría para el iuspositivismo más logicista, aunque el fin del Derecho ya no pueden ser concretos contenidos morales. La teleología iusnaturalista que aspiraba a la atemporalidad, ha sido corregida por el existencialismo. No satisface tampoco un discurso jurídico sólo iluminado por una voluntad, que en tantas ocasiones es oportunidad de ideología política, de modo que la expresión profunda de la decisión judicial como facticidad precisa ser explorada.

Lo absoluto con la penumbra del Derecho natural dejó de ser un dogma para convertirse en un anhelo y en un ansia. Sólo será relativismo su fracaso. En el existir del hombre y de la Historia la justicia no deja de manifestarse, y puede, sobre todo por el juez, ser atendida y conquistada. El Derecho y la justicia son búsquedas que en el fluir del tiempo no pueden acabarse, pero tampoco puede admitirse su renuncia, o focalizar su sola proclamación en la legislación política. El propio formalista Stammler²³ estaba convencido, más allá de su mórbida idea de Derecho natural, de que la humanidad se mueve en un sentido ascensional hacia lo justo, y éste parece cada vez más firme y expansivo.

El Derecho natural genuino fue herido por la teoría del conocimiento kantiana, y no tanto por la escuela histórica del Derecho que planteaba una posibilidad alternativa. Pero Kant con su criticismo transformaba la Filosofía con grandes implicaciones en la Filosofía del Derecho, pues la misma ya no podía consistir en una moral fija, sino en el alumbramiento de problemas. El Derecho justo sólo tiene validez general como categoría, pero no en sus plasmaciones aplicativas²⁴. El Derecho justo debe sustituir a la idea de Derecho natural, pues frente a ésta no presupone inmutabilidad, sino idea formal o en otro caso aspiración de sentido. El Derecho sólo es capaz de obtener una fundamentación de contenidos en una cultura determinada.

De otra parte, la racionalidad, con Hegel, devino de sustancial en histórica, a partir del célebre lema de que todo lo racional es real. La realidad acrecentaba la fundamentación jurídica en el declive del inmovilismo moral. Esta Historia que condiciona y delimita el Derecho es atravesada por el designio de la Fortuna, o por la dialéctica hegeliana en la que se auto-despliega la razón que no puede operar sin proyección en la realidad. La reflexión del Derecho dejó de prestarse por la metafísica, y fue intervenida por la teoría lógica como método. Ya no hay ninguna aspiración en un precepto jurídico justo general, de modo que el neokantismo de los conceptos puros formales tuvo que dominar el pensamiento jurídico hasta la

²³ Cf. Stammler, *op. cit.*, pp. 568-569.

²⁴ Cf. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, Reus, Madrid, 2007, p. 60.

recuperación ontológica-existencial que propuso la Hermenéutica, retomando las acciones no como contenidos, sino como sentidos de la subjetividad. Un Derecho natural mutable carecía de basamento ante la apertura de enfoque disciplinar que el criticismo de la razón aportaba, por lo que sólo la Hermenéutica podía traer el enfoque ético nuevo de las decisiones jurídicas fundamentalmente como sentido judicial equitativo. Con ello la validez general ya no se hacía depender de las sustancias o de los conceptos filosóficos puros, sino de los sentidos interpretativos de la subjetividad a partir de la comprensión de la facticidad. Ahora lo relevante son los sentidos de la espiritualidad jurídica, una vez fueron aniquilados los contenidos.

La preocupación de la ética en la dimensión jurídica ha servido para aproximar en nuestro tiempo el Derecho natural y la Hermenéutica jurídica. Esta posibilidad no hubiera sido posible en el racionalismo del Derecho natural clásico fundamentalmente inmutable, pero la flexibilidad de la lectura contemporánea del Derecho natural sí autoriza el encuentro. Al margen de que se pueda sostener que este Derecho natural altamente mutable no constituye la auténtica sustancia iusnaturalista, la identificación o aproximación no resulta sencilla ni convincente, pues aún con su condicionalidad histórica el Derecho natural plantea un objetivismo centrado ahora en la renovada idea de la naturaleza de la cosa (*natura obiecti*), que guarda distancia con la resolución epistemológica de la Hermenéutica jurídica como síntesis de sujeto y objeto, además de no contemplar la reflexión profunda sobre el sentido personal.

El recurso a la naturaleza de la cosa, puede proponerse hermenéuticamente pero como análisis existencial de la facticidad del caso por parte del juez intérprete. Las exigencias propiamente no rezuman desde la naturaleza sino desde la fusión comprensiva de sujeto y hechos en el tiempo. El problema no es la realidad jurídica en sí misma, sino su interpretación por parte del profesional jurídico, con persuasión ética para evitar la arbitrariedad, la carencia de introspección en la decisión argumentativa, y por ende la confianza en un objetivismo que para la Hermenéutica es falaz, pues no es posible en las ciencias del espíritu como en las ciencias de la naturaleza.

No obstante no han sido pocos los autores que han tratado de engarzar Derecho natural (histórico de contenido variable) y Hermenéutica jurídica, como nos muestra Rodríguez Puerto²⁵, si bien en ellos, entiendo, que se ensombrece el elemento

²⁵ Cf. Rodríguez Puerto, "Métodos de interpretación, Hermenéutica y Derecho Natural", *Dikaion* (Chía, Colombia), 19 (2010), pp. 319-347. En este artículo se acoge desde esta perspectiva de relación a autores como Kaufmann, Esser, Viola, Ollero y D'Agostino (que percibiría en la Hermenéutica jurídica una "fidelidad al ser"). Reconoce Rodríguez Puerto que en esta problemática la actitud de los hermeneutas no es homogénea ni clara del todo (cf. *ibidem*, p. 341). Para Rodríguez Puerto es Andrés Ollero el filósofo que ha trazado con más claridad la imbricación de Hermenéutica y Derecho natural, no exento de inspiración tomista, aunque reconociendo, en cualquier caso, que esta posibilidad de aproximación sólo cabe en un Derecho natural no inmutable sino

hermenéutico-jurídico definitivo en estas lides, el sentido de justicia. La propuesta es incluso, la de un <<iusnaturalismo hermenéutico>>, algo que ya he significado como dudoso por la epistemología tan diversa de lo ético-jurídico. En cualquier caso, comprobamos cómo la pérdida de la nota esencial de la inmutabilidad por parte del Derecho natural, le conduce a su absorción contemporánea por la Filosofía del Derecho Hermenéutica. El sujeto transforma la sustancia o valor en sentido propio, en el que lo existencial ha resultado triunfante frente a lo atemporal. El descubrimiento y reacción equitativa animan a la Hermenéutica a seguir trabajando y reflexionando sin la necesidad de los contenidos determinados apriorísticamente como apodícticos. La verdad de la justicia ya no es una idea, sino que se atisba en el ahondamiento del sentido, en la búsqueda del sentido como ejercicio de libertad en la facticidad y alteridad.

históricamente condicionado, en el que tampoco resulta posible comprender su estructura como inmutable en un núcleo básico, en retroceso con el tomismo (cf. *ibidem*, p. 341).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Almoguera, J., “Derecho natural krausista y Derecho natural escolástico”, *Bajo Palabra* (Madrid), 17 (2017), pp. 229-252.
- Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Alianza, Madrid, 2004, 314 pp., (ed: J.L. Calvo).
- Grande, M., *Equidad y sentido de justicia*, Dykinson, Madrid, 2021, 140 pp.
- Hegel, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, Fondo de cultura económica, México, 2017, 548 pp., (ed: G. Leyva).
- Manzanero, D., *El legado jurídico y social de Giner*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2016, 341pp.
- Molina, L. de, *Los seis libros de la justicia y el Derecho I*, José Luis Cosano, Madrid, 1941, 606 pp., (tr: M. Fraga).
- Ollero, ¿*Tiene razón el Derecho?*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, 389 pp.
- Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, Reus, Madrid, 2007, 357 pp., (tr: J. Medina).
- Rodríguez Puerto, M.J., “Métodos de interpretación, Hermenéutica y Derecho Natural”, *Dikaion* (Chía, Colombia), 19 (2010), pp. 319-347.
- Stammler, R., *Tratado de Filosofía del Derecho*, Reus, Madrid, 2007, 575 pp., (tr: W. Rocés).
- Suárez, F., *Tratado de las leyes y de Dios legislador I*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, 194 pp., (tr: J.R. Eguillor).
- Tomas de Aquino, *Suma Teológica VI*, BAC, Madrid, 2013, 923 pp., (ed: F. Barbado).
- Welzel, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. (Derecho natural y justicia material)*, Aguilar, Madrid, 1971, 267 pp., (tr: F. Vicén González).

DOI: <https://doi.org/10.15366/bp2021.27.013>
Bajo Palabra. II Época. N° 27. Pgs: 257-272