

PRÓLOGO

Pocas realidades nuestras han pasado por tantas aventuras como la doctrina del derecho natural. Según unos, tal derecho sólo sería posible gracias a una metafísica teleológica, que hoy ya no es posible. Según otros, el derecho natural expresa unos principios ético-jurídicos tan inmutables y permanentes, que no puede desconocerlos ningún ordenamiento jurídico so pena de llegar a inhumanidades. Como todos los extremos ideados por los hombres suelen tener una *via media*, con frecuencia gratuita, diversos pensadores trazaron diseños de ‘derecho natural existencialista’, etcétera, en los años inmediatamente posteriores a la II Guerra Mundial. Me parece que seguían los pasos de Stammler cuando hablaba de un ‘derecho natural de contenido variable’. Podríamos decir que, con tales teorías, hoy ya están agotadas razonablemente las posibilidades lógicas que se pueden hacer sobre las relaciones entre derecho natural e historia.

Precisamente por aquí comienza el problema que intento abordar: saber si estas explicaciones, propias de los siglos XIX y XX, responden a lo realmente sucedido en la historia. Digo “en la historia” porque los problemas humanos nacieron con el hombre, y sería quizá un tanto *naïv* plantearse hoy, *ex novo*, la cuestión del derecho natural. Volviendo a la pregunta anterior, creo que esas doctrinas (la del derecho natural inmutable, la que niega este derecho, y la que pretende un derecho natural histórico) son teorías que nos hemos inventado nosotros, fundamentalmente en los siglos XIX y XX, queriendo rehacer intelectualmente una historia del derecho natural y de la justicia que no ha existido antes.

A la vista del problema, pienso que sería buena cosa introducirse en la historia de la *jurisprudencia* europea para conocer qué se ha entendido por derecho natural. Aunque no pretendo hacer un estudio con pretensiones simplemente históricas: ciertamente, las diversas partes de este estudio versan sobre libros que aparecieron hace siglos. Pero la inteligencia y la explicación de la realidad humana que se expresa en ellos trasciende el valor de lo meramente erudito, porque son inteligentes, es decir, adheridas a la realidad.

Me surgió una perplejidad en el momento de disponer definitivamente los manuscritos para la imprenta: la mayor parte de estos textos son artículos que he publicado, en estos últimos veinte años, en diversas revistas. ¿Debo retocarlos para que aparezcan escalonadamente en la historia, como si fueran capítulos de un libro vagamente sistemático?, ¿o es mejor dejarlos tal como aparecieron en su día? Esta última opción implicaba volver hacia atrás de vez en cuando en cada artículo, incurriendo en algunas reiteraciones que pueden cansar al lector. Pero me ha parecido que la frescura que se alcanza dejando las cosas tal como estaban en su momento suple estas otras posibles deficiencias.

La selección de las fuentes ha constituido un problema. El derecho natural de la Edad Moderna es criatura alemana, a la que adoptaron tardíamente los franceses, en el siglo XVIII, con pocas explicaciones teóricas y mucha intencionalidad política.¹ Anteriormente, los juristas franceses lo habían combatido con una lucidez singular. Más tarde, italianos tales como Vico, Cromaziano o Finetti, contribuirán a combatir el talante inicial de la modernidad. Los ingleses aportaron mucho a la historia específica del derecho natural: ahí están Hobbes, el inventor del nuevo método, y Locke, que añadió el derecho de propiedad a las ‘cualidades morales’ que componían el *ius naturale*. Pero su aportación fue tan decisiva como breve. Además, los juristas y moralistas ingleses fueron desconocidos en el continente hasta entrado el siglo XX.² Los españoles cumplie-

1 Warnkönig explicaba que, en Francia, “*Die Rechtsphilosophie hat durchaus einen politischen Charakter. Das rein wissenschaftliche Interesse, wie man es in Deutschland findet, ist dort nur selten vorherrschend*”. Cfr. *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts*, Freiburg im Bressgau, 1, Band, 1839, p. 170. Cuando habla de la “Rechtsphilosophie” se refiere también a las doctrinas sobre el derecho natural creadas a lo largo de la Ilustración.

2 Karl Bergbohm se quejaba, a finales del siglo XIX, de que “*von der ‘Analytischen Schule’ der englischen Juristen, ihrer einzigen, weiss man diesseits des Kanals bedauerlicher Weise so gut wie nichts*”. Cfr. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, p. 12. La única huella expresa que encuentro de las aportaciones inglesas, en la filosofía del derecho alemana de los siglos XVIII y XIX, es (aparte de la obra de Bentham citada a veces) la admiración que Rudolf v. Jhering manifestaba por John Locke. Vid. *Der Zweck im Recht*, 4ª. ed., Leipzig, 1904, vol. II, pp. 85-87. La filosofía del derecho alemana, la de Kant y la del siglo XIX, sí fue, en cambio, más conocida en la isla. Bergbohm nos informa que “*Im Gegenteil, die Rechtsphilosophie von Grotius bis Hegel und die Lehre der Historischen Schule, von späteren allenfalls noch die Schriften Trendelenburgs und v. Jhering sind ihnen zwar geläufig, aber angenommen haben sie davon kaum etwas*”. Cfr. *Jurisprudenz...*, op. cit., p. 12.

En cierto modo, fue lógico que los ingleses no hicieran mucho caso de los libros alemanes, demasiado filosófico-especulativos. Por esta razón, Holland escribía que “*From treatises upon ‘Naturrecht’ which may to describe as ‘Jurisprudence on the air’...*”. Cfr. *The Elements of Jurisprudence*, 13ª ed., Oxford, 1924, “Preface to the first edition”, p. VIII. Holland sólo exponía una mentalidad ya antigua sobre el valor de las obras alemanas. Casi un siglo antes, lord Kames llamaba al proceder

ron una función extremadamente curiosa: con Fernando Vázquez de Menchaca echó a andar el nuevo derecho natural, con un siglo de antelación, ya prácticamente acabado en sus nervios fundamentales. Algunos escolásticos de la segunda mitad del siglo XVI, como Molina o Suárez, transmitieron y potenciaron el andamiaje conceptual imprescindible para alumbrar los tiempos nuevos. Pero las vicisitudes políticas de la Corona de España provocaron que los primeros fueran realmente los últimos en la carrera por la modernidad. Y así llegamos hasta un estudio como éste, en el que la modernidad está protagonizada fundamentalmente por el latín escrito por manos alemanas, o por un alemán rudimentario en el que muchas palabras jurídicas o filosóficas hubieron de ser escritas en latín, combinando ambas lenguas —la latina y la alemana— en un perpetuo barbarismo que hace las delicias de cualquier filólogo.

Jerez de la Frontera, mayo de 1995

típicamente alemán “*to built castles in the air*”. Vid. *Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*, Londres, 1798, p. 92. Como juicio final de esta época sobre las relaciones entre la *Jurisprudence* inglesa y la alemana, puede servir el juicio de Jhering: “*Es ist der Weg der praktischen Untersuchung im Gegensatz der spekulativen* refiere a la teoría de Bentham *Darum ist nicht zufällig, daß derselbe zuerst von der dem Praktischen zugekehrten englischen Wissenschaft eingeschlagen ist, während wir Deutsche unserm Naturell zufolge den spekulativen Weg vorgezogen haben*”. Cfr. *Der Zweck...*, *op. cit.*, vol. II, p. 162.