

EL DERECHO NATURAL Y LAS IDEAS JURÍDICAS DE CASTAN TOBEÑAS

*JOSÉ MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERON
Profesor Titular de Filosofía del Derecho.
Universidad Complutense de Madrid*

Cuando acepte la invitación del director de este Ciclo de Conferencias, EVARISTO PALOMAR MALDONADO, lo hice inconsciente de la trascendencia del mismo y de la alta calidad de los otros participantes grandes concededores, además, de la obra del insigne jurista al que homenajeamos. Fundamentalmente conocido por su aportación en el campo del Derecho civil junto a su gran labor como formador de generaciones de juristas y, sobre todo, por su trascendente función en el Tribunal Supremo, cabría preguntarse sobre el porqué de la intervención de un filósofo del Derecho en este Ciclo, que conmemora el centenario del nacimiento del catedrático y magistrado aragonés y, sobre todo, un observador profano podría extrañarse de la presencia de toda una intervención dedicada al ahora nada popular tema del Derecho natural¹.

Una explicación posible, aunque pronto veremos que inadecuada, podría exponerse en los siguientes términos, la inmensa mayoría de los juristas españoles que permanecieron en España y alcanzaron su madurez profesional en la postguerra mantuvieron una clara posición iusnaturalista, aunque habida cuenta de lo que ha ocurrido posteriormente con el iusnaturalismo hispánico, tanto entre los cultivadores de las diversas ramas del Derecho como entre los iusfilósofos, bien podríamos decir que dicha actitud fue una especie de estampillado oficial. ¡Qué menos que en un Ciclo dedicado a uno de los mayores juristas de la época incluir una intervención, aunque sea breve, centrada en el tema del Derecho natural! Máxime cuando consideramos que dicho homenaje se realiza en esta casa, hogar de tan ilustres iusnaturalistas.

La apreciación anterior, como ya adelanté, sería injusta. Como la mayoría de ustedes ya saben el iusnaturalismo de JOSÉ CASTAN TOBEÑAS no tenía nada que ver con ningún tipo de estampillado. Su posición era

¹ Sobre la personalidad de don JOSÉ CASTÁN TOBERAS resulta especialmente ilustradora la nota necrológica que le dedicó FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO en el **Anuario de Derecho civil** 2 (1969) 135-138.

sólida como todas sus convicciones y, por tanto, por encima de modas intelectuales, igualmente la inclusión de referencias realizada por filósofos del Derecho, tanto en el día de hoy como en los consecutivos, tiene su justificación, tanto en los temas que CASTÁN trató como en la trascendencia que su tratamiento tuvo en su época, tiene hoy en día y esperamos mantenga en el futuro.

Como muestra de dicha trascendencia no nos vamos a referir a la potestad de CASTÁN como agente fundamental del sistema jurídico español durante su larga permanencia en el Tribunal Supremo, sino a su innegable autoridad como jurista y, específicamente, a su autoridad entre los cultivadores de la filosofía del derecho.

En el año 1944, exactamente en el número correspondiente a los meses de julio-diciembre, la Revista General de Legislación y Jurisprudencia publicó una Conferencia pronunciada por don FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, el día 6 de abril de dicho años, en la Universidad de Siena, dicha Conferencia se titulaba *Panorama de la Filosofía del Derecho en la España actual*, y, como se indica en el título, en ella se realiza un estudio sobre los principales cultivadores de la disciplina en España, tanto sobre los que permanecieron en nuestra Patria como los que se exiliaron, ELÍAS DE TEJADA intenta en su trabajo una clasificación de las corrientes, en las que se incluirían los iusfilósofos españoles, y los divide en las siguientes: Línea neoescolástica, seguidores de la filosofía de la institución, pensadores católicos independientes fuertemente influidos por la filosofía moderna, pensadores de formación fuertemente alemana, con preferencias hegelianas, existencialismo acristiano, existencialismo cristiano, escritores de dogmática jurídica, tratadistas abiertos a tendencias varias, otros profesores de la disciplina².

Pues bien, entre los escritores de dogmática jurídica, junto a ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA y JOSÉ MALDONADO, cita a JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, de quien dice es

«nuestra principal figura hoy en el mundo del Derecho, catedrático de Derecho civil y presidente del Tribunal Supremo de Justicia»,

y añade el inolvidable ELÍAS DE TEJADA:

² La clasificación la realiza FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA consciente de su provisionalidad y así dice; «Es difícil trazar un cuadro general de los escritores españoles contemporáneos, tanto de quienes permanecemos en la Península cuanto de aquellos que desgranar sus lecciones en Universidades extrañas.» Sin embargo, y con todas las salvedades que una clasificación supone, pudiera explicarse así: FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Panorama de la Filosofía del Derecho en la España actual*: Revista General de Legislación y Jurisprudencia, julio-diciembre 1944, p. 11.

«De antiguo le viene al maestro José Castán su gusto por los temas filosóficos de la dogmática jurídica, que ahora en la cúspide del saber y del prestigio, va cuajando en jugosísimos estudios de impecable elaboración. Ya en 1940 pugnaba en favor de un retorno al iusnaturalismo clásico español, opuesto al positivismo y al iusnaturalismo protestante, concepción que en suma repite en su discurso de apertura de los tribunales de 1946, aquí en referencia directa a la problemática de lo justo y que es la esencia de su excelente monografía acerca de *La vocación jurídica del pueblo español**...

y continúa el que fuera catedrático de la Universidad Hispalense:

«En todos ellos aflora la conclusión de que el clasicismo jurídico forjado por nuestros clásicos de la era grande de las Españas abarca todas las notas inherentes a una ordenación social justa y a una instauración viva de los postulados morales en la trama legislativa, hasta tal punto que solamente el genio de Rama puede ofrecer parangón con los frutos de la vocación jurídica de las gentes españolas»³.

Más adelante, en 1972, en las «Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho natural», y en su intervención titulada *El Derecho natural en la España del siglo XX*, ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, refiriéndose al período de la posguerra, nos dice:

«el horizonte bibliográfico del derecho natural de la posguerra se presenta con caracteres de marcada uniformidad. La dirección neotomista, que ya en el período anterior había sido la que con mayor rigor hab(a) sostenido la doctrina del Derecho natural, es, a partir de 1939, seguida prácticamente por todos... Un consenso general en la concepción última del mundo y de la vida, que emerge de una idéntica situación existencial, y unos presupuestos culturales basados en)a común profesión de fe cristiana, junto con el ferviente deseo de continuidad con la tradición jurídica española, determinan los rasgos fundamentales de este período».

Y refiriéndose ya a nuestro jurista, añade:

«El que fue profesor de Derecho civil y presidente del Tribunal Supremo, JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, consideraba urgente en nuestra inmediata posguerra seguir la dirección iusnaturalista tan española

³ FRANCISCO ELIAS DE TEJADA, *Panorama de la Filosofía del Derecho en la España contemporánea*, op. cit., p. 31.

como universal, y al mismo tiempo clásica que moderna. Esta exigencia provenía lo mismo de las necesidades prácticas de la interpretación y elaboración de nuestro Derecho positivo, formado siempre al calor de las ideas iusnaturalistas que, desde el punto de vista doctrinal por las ventajas que reporta el iusnaturalismo clásico, fundamentalmente homogéneo en la historia del pensamiento occidental, inteligible para todos, de arraigo a la vez científico y popular, frente al cúmulo de doctrinas filosóficas modernas que nacen y mueren de continuo, sin llegar a penetrar en el alma de la sociedad ni a ser comprendidas casi por los mismos juristas»⁴.

Igualmente, LORCA NAV/VRRETE, en el apéndice de su traducción al español, de la obra de GUIDO FASSO, *Historia de la Filosofía del Derecho*, el cual está dedicado a *La Filosofía del Derecho española contemporánea*, cita de forma muy elogiosa al jurista aragonés, incluyéndolo junto a otros grandes civilistas, como ANTONIO HERNÁNDEZ GIL O FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO⁵.

Pero probablemente las palabras más laudatorias, y casi podríamos decir cariñosas hacia CASTÁN TOBEÑAS, las encontremos en el prólogo que Luis LEGAZ LACAMBRA hizo al libro póstumo del maestro *Los derechos del hombre*. Fallecido CASTÁN, LEGAZ dice de él lo siguiente:

«La amplia y fecunda actividad intelectual de don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS se desarrolló a lo largo de más de cincuenta años y su culminación fue precisamente este magnífico estudio sobre los derechos del hombre, última de sus publicaciones, aparecida en el mismo año de su muerte. Considero inútil señalar lo que la obra de CASTÁN ha significado en y para la ciencia jurídica española, de la que ha constituido una de las figuras más preclaras y señeras: ello es obvio y consabido y todo el mundo admite sin discusión que no sólo ha sido uno de los máximos civilistas españoles sino un científico del Derecho del más alto rango, e incluso un auténtico filósofo del Dere-

4 ANTONIO ENRIQUE PÉREZ Luño, *El Derecho natural en la España del siglo XX, El Derecho natural hispánico, Actas de las Primeras Jornadas Hispánicas de Derecho natural*, Escelicer, Madrid 1973, p. 153.

5 «Tal es el caso del insigne civilista y durante muchos años presidente del Tribunal Supremo, José CASTÁN TOBESAS, cuyo *Derecho civil español común y foral*, ha constituido y aún constituye la fuente jurídica formativa de nuestros magistrados, letrados y juristas, y quien en 1940 nos dejaba su trabajo *En torno al Derecho natural*, en el que destacaba como al lado del Derecho establecido y sancionado, en cada tiempo y lugar por la voluntad social imperante o, dicho de otro modo, por la autoridad pública, el pensamiento de todos los tiempos ha reconocido la existencia de un derecho independiente de la voluntad humana y de toda reglamentación positiva, basado en la naturaleza del hombre y de las cosas o en las exigencias de la razón y no en el mero arbitrio del legislador», *Historia de la Filosofía del Derecho*, Ed. Pirámide, Madrid 1983, t. III, p. 322.

cho en el que, como dice HERNÁNDEZ GIL, hay un pensamiento con un cierto unitarismo de base y un claro pluralismo orientador, atraído por la simetría y las correlaciones, en el que juegan dialécticamente parejas de conceptos y problemas, tales como los de naturaleza e historia, tradición y progreso, personalismo y comunitarismo. Derecho natural y positivo, Derecho y justicia, justicia y equidad, libertad y autoridad, norma valor y realidad social, unidad del orden normativo con diferenciación de los preceptos morales y jurídicos, teoría y práctica, filosofía, sociología y ciencia del Derecho, etcétera»⁶.

De lo hasta aquí tratado podríamos deducir lo siguiente: en primer lugar, en las más completas reflexiones sobre lo que ha sido la filosofía del Derecho español en nuestro siglo aparece inexcusablemente el nombre y la obra de José CASTÁN TOBEÑAS y, además, aparece siempre vinculado a una posición iusnaturalista, sólidamente fundamentada, que orienta toda su actividad como jurista; iusnaturalismo, que, como veremos en las páginas que siguen, se basa en un preciso conocimiento de las fuentes, en especial de las de la segunda escolástica española, de las que, como reconoce constantemente en sus escritos, procede la inspiración de lo fundamental de su pensamiento jurídico.

La sede donde podemos encontrar más claramente expuesta la concepción de CASTÁN sobre el Derecho natural es su trabajo publicado en la revista *Universidad*, de Zaragoza, en el año 1940, y que lleva por título el de *En torno al Derecho natural (esquema histórico y crítico)*. Nada mejor que las palabras con las que abre el ensayo para centrar el tema que hoy nos proponemos abordar:

«Al lado del Derecho establecido y sancionado, en cada tiempo y lugar, por la voluntad social imperante o, dicho de otro modo, por la autoridad pública (Derecho positivo), el pensamiento de todos los tiempos ha reconocido la existencia de un derecho independiente de la voluntad humana y de toda reglamentación positiva, basado en la naturaleza del hombre y de las cosas o en las exigencias de la razón y no en el mero arbitrio de un legislador (Derecho natural o racional)»⁷.

Continúa CASTÁN distinguiendo dos acepciones del término Derecho natural, una amplía o impropia que responde a la idea de que por encima del Derecho positivo hay otro Derecho que representa un tipo ideal

* JOSÉ CASTÁN TOBERAS, *Los Derechos del Hombre*, Ed. Reus, Madrid, 2.ª ed., p. 1 del Prólogo.

⁷ *En torno al Derecho natural*, Universidad, Zaragoza 1940, p. 205.

de justicia, sea cualquiera su carácter, racional o histórico, permanente o mudable, y otra acepción específica o clásica que considera al Derecho natural como

«un derecho de índole real y objetiva (no meramente ideal), constituido por aquellas normas, universales e inmutables, que tienen su base en la naturaleza y son cognoscibles por la razón»⁸.

Los caracteres del Derecho natural, entendido en su acepción clásica, serían su objetividad en cuanto se trata de un Derecho verdadero, realmente existente y cuyas condiciones se encuentran fuera del espíritu que lo concibe, y su universalidad y, consiguientemente, la inmutabilidad, pues sus normas son de todo tiempo y de todos los países, por ser conformes a la naturaleza y la razón humanas. La función, tanto del Derecho natural en su acepción estricta como en la más vaga, sería dar al Derecho un criterio de valoración y una base objetiva y segura, al asentar sus reglas sobre la naturaleza de las cosas, y más específicamente sobre la naturaleza humana.

CASTÁN TOBEÑAS es consciente que en el momento histórico que le tocó vivir era apreciable un renacimiento del iusnaturalismo, renacimiento, no sólo observable en España donde hasta aquella fecha la opción iusnaturalista en sus diversas acepciones, tanto neotomistas como krausistas u otras, nunca había dejado de ser dominante, sino, sobre todo, a lo largo de una Europa donde se notaba el agotamiento de la acepción positivista. Y conviene señalar que dicho renacimiento del iusnaturalismo lo diagnosticaba CASTÁN en 1940, cuando todavía no podía afirmarse que el renacer del Derecho natural estuviera ocasionado por un gesto de horror ante los crímenes del totalitarismo nazi, que es el totalitarismo que fundamentalmente ha provocado gestos de horror. En obras posteriores a la que venimos comentando, especialmente en su discurso *La Justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas* tendrá el maestro aragonés la oportunidad de explicitar su opinión que refuta con anterioridad a su misma formulación la tesis positivista, y así nos dice:

«Ciertamente los hechos de que se trata han ejercido indudablemente influencia sobre el cambio de orientación del pensamiento iusfilosófico, y así, en países como Alemania y Suiza, este movimiento adquirió gran incremento y extensión después de la segunda guerra mundial. Pero es de notar que ya con anterioridad se había iniciado en la Filosofía del Derecho el abandono del positivismo.

• *En torno al Derecho natural*, Universidad, Zaragoza 1940, p. 209.

No hay que achacar, exclusivamente, el movimiento de que se trata a concretos acontecimientos históricos, aunque sean tan trascendentales y trágicos, como los traídos por los excesos de ciertos regímenes y la crueldad de las últimas guerras mundiales. Y tampoco, con una explicación histórico-geográfica, puede ser estimada la resurrección del Derecho natural como una resultancia de la civilización occidental, en su tendencia a los dualismos, manifestada en la contraposición de dos órdenes jurídicos, el positivo o vigente y el ideal o natural. Se trata, sencillamente, y en definitiva, de una idea y una exigencia —la idea y exigencia ética del Derecho— que siempre, con pasajeros eclipses, actúa sobre la conciencia de los hombres»».

Aunque parece razonable pensar que el renacer del iusnaturalismo obedece a causas más complejas que a la mala conciencia por ciertos actos pasados de la humanidad, bueno es insistir en el tema ante la constante reiteración de la falacia. Esta conciencia de encontrarse en un momento de renacer del iusnaturalismo se irá reforzando a medida que el transcurrir del tiempo muestre los excesos del positivismo. No es exclusiva esta posición, como es obvio, de CASTÁN sino que es común a otros ilustres juristas, incluso de la misma especialidad del aragonés, tales como FEDERICO DE CASTRO, quien en su *Compendio de Derecho civil*, dice:

«el positivismo, dominante hasta la pasada guerra, está en crisis; persecuciones, depuraciones y campos de concentración cambiaron la opinión de muchos juristas. Ha nacido paralelamente la creencia en el Derecho natural, hasta hablarse de su creciente predominio. ¿Firme, real, consecuente? No será ciertamente fácil el triunfo efectivo de una concepción contraria tanto al egoísmo y a la comodidad de los privilegiados como a viejos prejuicios de la ciencia jurídica (legalismo, formalismos sistemáticos)»¹⁰.

Las palabras de CASTRO, resaltadas por CASTÁN en su ensayo *Crisis mundial y crisis del Derecho*, resultarán proféticas, pues pronto se comprobará que sobre el escepticismo, y tan sólo con el bagaje del horror y con el ánimo de buscar lo conveniente, no es posible fundamentar una posición iusnaturalista.

* JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *La Justicia y sus contenidos a la luz de las concepciones clásicas y modernas*, Discurso pronunciado en la solemne apertura de los Tribunales, celebrada el día 15 de septiembre de 1967, Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid 1967.

¹⁰ La cita es del ensayo *Crisis mundial y crisis del Derecho*, Reus, Madrid 1961, p. 114.

Si volvemos nuestros ojos al ensayo *En torno al Derecho natural*, que hemos tomado como guía de nuestra exposición, vemos que en el mismo se realiza, junto un excursus histórico de gran valor didáctico, un detallado análisis de toda una serie de corrientes pretendidamente iusnaturalista, tanto en la acepción estricta o clásica como en la más difusa. Como en el conjunto de su obra estas referencias constituyen un alarde de conocimiento de la doctrina, tanto española como extranjera, y también una muestra de generosidad constante, tan bien señalada por Federico de CASTRO en la nota necrológica que publicó en el Anuario de Derecho civil, y donde refiriéndose al «Castán» decía:

«Gran lector y concienzudo erudito, su interés por la obra ajena va unido a una llamativa generosidad. El *Derecho civil español común y foral*, como toda la masa impresionante de sus trabajos, libros, discursos, artículos, comentarios, notas bibliográficas, muestra siempre de un impresionante caudal de lecturas, recogen, destacan, valoran y hasta supervaloran los dichos de autores españoles y extranjeros, de los maestros consagrados y de desconocidos principiantes. Criterio magnánimo, que le lleva a la utilización y hasta al más generoso elogio de los criterios de aquellos mismos que más discreparon o criticaron sus teorías y opiniones»¹¹.

Esta generosidad está firmemente fundamentada en una íntima convicción intelectual, que expresará en su discurso *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*, donde nos dice:

«Todas las concepciones del Derecho han aportado algún elemento útil a la obra, nunca acabada y perfecta de la ciencia.»

Y añade:

«El derecho —ha escrito DEL VECCHIO— tiene tan profunda raíz y tan variadas y ricas ramificaciones en la vida del espíritu y en la realidad fenoménica, que difícilmente un análisis de aquél, por imperfecto que sea, dejará de sorprender algún lado y dar luz sobre alguno de sus múltiples aspectos»¹².

No debemos pensar que esto lleve a CASTÁN a un eclecticismo incongruente con su base iusnaturalista, ni que confunda churras con merinas considerando Derecho natural lo que no es, sino que en sus traba-

¹¹ FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, *José Castán Tóbeñas, nota necrológica*: Anuario de Derecho Civil 2 (1969) 435.

¹² JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1947, p. 117.

jos, y sobre todo en el que principalmente tratamos, dedica más esfuerzos a la refutación de las concepciones iusnaturalistas que considera erróneas que a la crítica del positivismo, crítica que, por otra parte, y como cabría suponer, es constante a lo largo de su obra. Así, en su obra *Crisis mundial y crisis del Derecho* achaca precisamente al positivismo la crisis observable a aquella época y, como sabemos, aún no superada; y en sus palabras, indudablemente siempre más precisas que las mías:

«Sin embargo, no debemos engañarnos y desconocer los inequívocos perfiles que el positivismo tiene y los reales y no pequeños daños que ha traído a la Ciencia del Derecho y a su crisis. El positivismo, verdadera negación de la filosofía, como lo llamó Ortega, y el positivismo jurídico, en su concepción del Derecho como una creación del Poder político, se han convertido insensiblemente en positivismo estatal... Por esta vía, el positivismo ha provocado todo ese sentido de proliferación legislativa, arbitrariedad y contradicciones que caracteriza al régimen de las leyes modernas, y se considera —como ya vimos— como una de las manifestaciones más acusadas de la crisis del Derecho. Mas, por fortuna, es ya visible la reacción doctrinal. El iusnaturalismo, nunca olvidado en nuestra Patria, renace y recobra actualmente su vigor en aquellos países de Europa y América donde el siglo xix había presenciado su anquilosamiento»¹³.

Positivismo, que incluso unido a algunas corrientes iusnaturalistas, tiene una base anticristiana y aparece ligado a una peculiar filosofía de la historia, ampliamente extendida, sobre todo a nivel popular en nuestros días, y que CASTÁN, dando muestras una vez más de su portentosa erudición e inquietud intelectual, diagnostica en el mismo trabajo antes mencionado, eso sí pretendiendo una superación de la tesis criticada, a la que, desgraciadamente, aún no asistimos:

«Mas el siglo actual combate las exageraciones de la teoría de la evolución y ha arrinconado, sobre todo, la doctrina del progreso. El ambiente de hoy no es propicio a la idea de progreso y a la fe en él. La hipótesis del progreso indefinido, o lo que es igual, la de la evolución necesariamente progresiva, es un mero apriorismo, sin verdadera base científica. Como hemos dicho en otra ocasión, la creencia en la evolución a través de leyes fijas y en el progreso ilimitado es muy aventurada e indemostrable»¹⁴.

Cuál sería la solución a esta crisis que padecemos y cuyos rasgos sería inconveniente analizar aquí por alejarnos del fin fundamental de

¹³ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Crisis Mundial y crisis del Derecho*, op. cit., p. 63. »

¹⁴ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Crisis Mundial y crisis del Derecho*, op. cit., p. 14,

esta intervención, conociendo la personalidad y obra de CASTÁN, incluso si sólo supiéramos lo que hasta aquí hemos tratado hoy, nos será fácil adivinarlo, de todas formas en el trabajo citado y en el tercer punto de los que dedica a proponer los medios de posible superación de esta crisis, nos dice:

«Ante la esterilidad y las dañosas consecuencias del voluntarismo, el formalismo o el normativismo de muchas escuelas modernas, hay que volver la vista a la consideración objetiva y ética del Derecho, encarnado en los valores de la justicia y el Derecho natural.

No es preciso aquí señalar los leves matices que pueden diferenciar estas dos ideas: en el fondo son coincidentes y se complementan»¹⁵.

Como ya hemos señalado, la generosidad y erudición de CASTÁN no le lleva a ningún tipo de sincretismo iusnaturalista, sino que dedica buena parte de su obra a refutar aquellas doctrinas que, o bien sólo le parecen nominalmente iusnaturalistas o han contribuido con sus excesos al descrédito del Derecho natural.

Así, siguiendo la interpretación de IGINO PETRONE distingue tres direcciones del Derecho natural, la del Derecho natural clásico, la del Derecho natural empírico, que floreció en Europa desde el siglo xvi a la segunda mitad del xviii, y la del Derecho natural racionalista. Y añade:

«Por su antigüedad, universalidad y cualidades armónicas, es la primera de ellas la que representa el genuino Derecho natural. La concepción racionalista lleva ya dentro de sí el germen destructivo de este Derecho. Las doctrinas del idealismo objetivo y de la escuela histórica quedan visiblemente fuera del iusnaturalismo»¹⁶.

Especial énfasis pone CASTÁN en el comentario de la tercera de las direcciones citadas, la del Derecho natural racionalista, que durante bastante tiempo ejerció el práctico monopolio de la denominación, aunque sólo fuera porque fue esta dirección el origen de la admisión universitaria de la disciplina de Derecho natural y de gentes. En su trabajo *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho* nos confirma:

«La escuela protestante del Derecho natural —impropiamente llamada escuela iusnaturalista por antonomasia— funda el Derecho en la naturaleza humana, contemplada a través de sus propiedades sensibles o, lo que es igual, a través de los diversos impulsos e in-

¹⁵ José CASTÁN TOBESAS, *Crisis Mundial y crisis del Derecho*, op. cit., p. 100.

¹⁶ JOSÉ CASTAN TOBEÑAS, *En torno al Derecho natural*, op. cit., p. 222.

clinaciones que se manifiestan originariamente en la fenomenología del ser humano artificialmente aislado. De aquí que esta escuela contenga un ingrediente empírico muy destacado y sólo sea racionalista o idealista a medias. Por otra parte, representa una transición entre las antiguas concepciones del Derecho, de fondo ético y teológico, y los sistemas de matiz puramente racionalista y lógico representados por KANT y sus continuadores»⁷.

Con gran acierto plantea nuestro insigne civilista las nefastas consecuencias de la proposición *etiamsi daremus*, formulada por GROCIO, y que si bien no planteó la radical separación entre Derecho y Moral, a la que posteriormente asistiremos, sí, y en palabras de CASTÁN,

«lo separó de la Teología, y con ello preparó el terreno a la doctrina de la subordinación de aquél (se refiere al Derecho natural) a la razón del hombre, que habían de llevar a sus últimas consecuencias KANT y ROUSSEAU. La conocida suposición de GROCIO de que el Derecho podía existir sin el autor del orden moral, separaba, en realidad, al Derecho de la fuente y de la base del orden ético, que hasta entonces había sido el orden religioso»¹⁸.

No es ésta, por supuesto, la única crítica que le merece la escuela del Derecho natural, sino que incide en otros dos aspectos: en primer lugar, en el equívoco significado que atribuyen a la palabra naturaleza que pasa a designar lo que es primitivo y originario en oposición de lo sobrevenido por arte o hecho del hombre, de forma que el problema del Derecho natural pasó de trascendental a empírico, convirtiéndose la escuela en una escuela de Derecho natural empírico. En segundo lugar, el Derecho natural deja de ser concebido como un conjunto de principios generales para pasar a ser

«un sistema acabado (a modo de Código perfecto) que encierra, desde siempre y para todos los siglos venideros integralmente elaboradas en su enunciación definitiva todas las normas posibles de la conducta social. El Derecho positivo no es sino una reproducción, más o menos grosera, de este otro verdadero y único Derecho arraigado en la conciencia humana. La misión del legislador estriba en reproducirlo con la mayor fidelidad, eliminando poco a poco toda la diferencia entre la copia y el modelo. Puede hablarse, desde este

⁷ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1947, p. 27.

⁸ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1947, p. 28.

punto de vista, de un Derecho natural Código o también de un Derecho natural revolucionario»^w.

Ni que decir tiene que este tipo de planteamientos facilitó la utilización oportunista y política del Derecho natural y, en consecuencia, facilitó la crítica del mismo por el contenido inmediato e ideológico que adquirió. Por otro lado, este mismo Derecho natural se convirtió en un agresor de legislaciones positivas, encontrando una justificable reacción que, sin embargo, en su exageración abrió el camino al positivismo. Igualmente, en las legislaciones donde se pensó que el legislador había conseguido la racionalidad completa, y aún más que todo lo que pudiera decir el legislador sería racional, la fuerza del estado se hizo irresistible.

La adscripción de CASTÁN, a lo que hemos denominado dirección clásica del iusnaturalismo, le lleva a desconfiar de algunos de los intentos de refundar el Derecho natural a los que hemos asistido, sobre todo, en nuestro siglo; esto se expresa en su crítica a la doctrina del Derecho natural de contenido variable, que desde el kantismo intentó realizar Stammler²⁰, o a su desconfianza hacia algunas corrientes, como la del denominado existencialismo cristiano que tan lucidos representantes tuvo en nuestra materia en nuestra Patria, tales como Luis LEGAZ Y LACAMBRA o FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA. Desconfianza muy matizada debido al respeto que le merecían los dos autores anteriormente citados, y que se expresa en las siguientes palabras tomadas de su trabajo *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho*:

«Misión, sobre todo, de nuestro tiempo es la de adaptar a las exigencias del mismo, tanto científicas como vitales, el sentido trascendental de la filosofía tradicional, sin que sea esencial, a nuestro juicio, que esto se haga precisamente, como voces muy autorizadas proponen, por la vía de la creación de un existencialismo católico que sea la nueva forma de filosofía cristiana»²¹.

Podría parecer una contradicción el que un autor que muestra tal desconfianza hacia el Derecho natural racionalista y que, por otra par-

^w JOSÉ CASTÁN TOBERAS, *En tomo al Derecho natural, op. cit.*, p. 217.

²⁰ Proponiéndose STAMMLER restaurar la noción filosófica del Derecho natural —que tan maltrecha dejaron el Alemania las embestidas del positivismo—, pero adaptada al postulado evolucionista y relativista, ha creado una nueva fórmula de la justicia como un principio e idea formal (de valor absoluto y general, precisamente por ello) vacío de contenido concreto... El formalismo o logicismo, tan característico de la filosofía kantiana, llega así, con STAMMLER, a su más extrema agudización, *En tomo al Derecho natural, op. cit.*, p. 225-226,

²¹ JOSÉ CASTÁN TOBERAS, *Las diversas escuelas jurídicas y el concepto del Derecho, op. cit.*, p. 120,

te, mantiene, como hemos visto en citas anteriores, una postura muy crítica hacia la filosofía del iluminismo y hacia el progresismo haya dedicado una de sus obras más conocidas, que además es una de sus últimas obras, al tema de los derechos humanos que en la concepción dominante está claramente relacionado con las filosofías anteriormente citadas y condenadas por CASTÁN, tanto si considerásemos su origen en la Revolución Norteamericana o en la posterior Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa. Sin embargo, de una correcta lectura del libro *Los Derechos del Hombre* cabe deducir que la aparente contradicción no es tal, en cuanto el maestro aragonés consigue una correcta reubicación de los derechos del hombre, incardinados en la tradición iusnaturalista cristiana, en una interpretación semejante a la seguida por un buen número de autores católicos y que explica la constante referencia a los mismos, no sólo por un buen número de pensadores católicos, sino incluso por la jerarquía católica, empezando con Su Santidad el Papa JUAN PABLO II. Derechos del hombre que, aunque mantengan la misma denominación que les otorgaba el movimiento intelectual que ha tenido mayor empeño y éxito en el proceso de descristianización de nuestras sociedades tienen una raíz y sentido completamente diferentes. Baste ver, a estos efectos, la notable intervención de Su Santidad el Papa ante el Parlamento Europeo.

Una interpretación semejante a la aquí expuesta es la que hace Luis LEGAZ LACAMBRA en el prólogo ya citado del libro que comentamos, en el que junto a reiteradas alabanzas nos da la clave de la concepción de CASTÁN sobre los derechos del hombre:

«En todo caso, la síntesis que el autor lleva a cabo en esta obra es magnífica y el esquema puede considerarse exhaustivo. Como corresponde a su formación de jurista integral, el tema de los derechos del hombre queda incardinado en CASTÁN en el ámbito de la filosofía del derecho y en una concepción claramente iusnaturalista, de signo personalista y humanista, en el sentido del humanismo cristiano fundado en la consideración de la naturaleza humana, entendida en su realidad plena; y así al ser integral y armónico, este humanismo busca el desarrollo del hombre en todas sus dimensiones y, por consiguiente, también en las espirituales y, dentro de ellas, en la conexión con Dios; y al ser también un humanismo social, acierta a conjugar las ideas de personalidad y comunidad»²².

Nada tenemos, pues, del intento de emancipación del hombre respecto a Dios o, por lo menos, respecto a las religiones particulares que

²² JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Los Derechos del Hombre*, prólogo a la segunda edición por Luis Legaz Lacambra, p. III del prólogo, Reus, Madrid 1976.

desvían al hombre del verdadero conocimiento de Dios, y atan con sus oscuridades a las sociedades en la más negra superstición. La aceptación en CASTÁN de la propia denominación de derechos del hombre se realiza consciente de las dificultades de la misma y probablemente influye en él la extensión y prestigio de estos derechos, sobre todo en los últimos años. Así:

«La frase "derechos del hombre", en sí, es muy poco significativa y lleva consigo una redundancia. Todos los derechos son humanos. Sin embargo, se la ha empleado hace algún tiempo y se la sigue empleando hoy con un sentido específico, en relación con determinados derechos. Podría decirse que hay un grupo de derechos diferenciados de los demás y que son humanos por antonomasia. Lo que pasa es que, según las épocas, han sido diversos los derechos aludidos y también sus denominaciones»²³.

Quizá estamos poniendo especial énfasis en estudiar lo que CASTÁN no entendía por Derecho natural y, sin embargo, no estamos diciendo casi nada de lo que entendía por esa denominación; por otro lado, de lo hasta aquí expuesto, podríamos considerar que estamos ante un iusnaturalismo de justificación histórica en los excesos del positivismo. Castán, en su obra fundamental sobre el tema que tratamos, que, como ya sabemos, es el artículo *En torno al Derecho natural*, nos da alguno de los argumentos que, desde su punto de vista, y según gran parte de la doctrina iusnaturalista, justifican la existencia del Derecho natural. En primer lugar, cita las pruebas psicológicas o de experiencia interna, y añade:

«La realidad del Derecho natural está certificada, en primer lugar, por el testimonio de nuestra propia conciencia. Todos tenemos, merced a ella, un criterio moral para discernir el bien del mal, y todos poseemos, específicamente, el sentimiento y la idea de justicia».

A continuación, se refiere a los pruebas filosóficas o racionales, entre las que comienza citando la derivada de necesidades metafísicas y sociales, en cuanto:

«La idea de orden, que justifica la del Derecho en general, demuestra también, especialmente la del Derecho natural, pues la vida social exige un orden social inmanente, una ley preexistente,

derivada de la naturaleza moral del hombre que, por encima de todas las contingencias históricas, se imponga en el mundo jurídico y moral, como las leyes Físicas se imponen en el mundo cósmico»; y, más adelante añade: «Así negar el Derecho natural sería tanto como privar a las leyes positivas de su fundamento indispensable, despojándolas de todo criterio valorativo y de todo título de legitimación»²⁵.

En tercer lugar, menciona las pruebas histórico-doctrinales, centradas alrededor de la presencia de esta idea en las diversas épocas y civilizaciones, y de esta forma:

«Si no hubiera otras pruebas de la existencia del Derecho natural, la continuidad maravillosa de su tradición, a través de épocas históricas y civilizaciones tan diferentes, bastaría para acreditar que la idea de que se trata responde a una auténtica exigencia del pensamiento y de la realidad jurídica»²⁶.

Junto a las pruebas de la existencia, CASTÁN se esfuerza en rebatir las principales objeciones que se formulan contra el Derecho natural, y frente al argumento de que no se pueden concebir dos clases de derechos que rijan al mismo tiempo y juntamente, responde que esta objeción es válida frente al Derecho natural racionalista,

«pero carece, en cambio, de virtualidad si se considera el Derecho natural, conforme a la tradición escolástica y de la escuela española de Derecho natural, meramente como el fundamento o cimiento del Derecho positivo, sobre el que éste se apoya y del que continuamente deriva, o, en otros términos, como un conjunto de primeros principios»¹⁷.

Igualmente, frente al argumento de que la experiencia no nos muestra la existencia de principios jurídicos de valor universal responde, en primer lugar:

«Que el simple hecho de que haya o no existido el Derecho natural en el terreno de la experiencia y de la Historia, no puede servir de argumento, sin incurrir en una petición de principio, para demostrar su inexperiencia en el terreno filosófico y moral»^{2*}.

¹⁵ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *En torno al Derecho natural*, op. cit., p. 236-237. *
JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *En torno al Derecho natural*, op. cit., p. 238. ²⁷
JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *En torno al Derecho natural*, op. cit., p. 239. a
JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *En torno al Derecho natural*, op. cit., p. 240.

También remarca que en la vida social como en la naturaleza humana hay elementos permanentes junto a elementos variables y que el Derecho natural, aunque supone

«un fondo de principios inmutables no excluye la variabilidad de las formaciones jurídicas históricas»²⁹.

En tercer lugar, arguye que el mismo argumento que ha llevado a los escépticos a negar la existencia de un Derecho natural convenció a otros muchos de que, por encima de la variabilidad del campo histórico, debía haber un criterio absoluto ideal de lo justo y del derecho. Finalmente, frente al argumento de que el Derecho natural no es verdadero Derecho en cuanto carece de fuerza obligatoria responde que:

«También esta objeción es inconsistente y responde a un concepto equivocado del Derecho natural, como mero ideal jurídico. Más cierto es que los principios o verdades jurídicas generales, que constituyen el contenido propio del Derecho natural, se imponen obligatoriamente, tanto al legislador como al juez»³⁰.

En lo anteriormente dicho, se fundamenta una concepción del Derecho natural ligada a las escuelas clásicas escolásticas y en especial a las escuelas españolas. Y es que, no sólo piensa CASTÁN que el iusnaturalismo hispano ha sido el que más ha afinado en sus argumentos, sino además mantiene que todo el pensamiento jurídico, de lo que tan acertadamente llamaba ELÍAS DE TEJADA «Las Españas», está empapado de iusnaturalismo. Y esto, no sólo en el pensamiento teológico, político o jurídico, sino también en la legislación y en las mismas fuentes literarias, de esta forma respecto a la mentalidad iusnaturalista hispánica y a su calado en las creencias populares, afirma en su trabajo *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*:

«Las fuentes, como el Quijote, reflejan una altísima noción de! Derecho, de orientación ética, informada por el principio teológico cristiano y basada en el dualismo tradicional de Derecho natural y el positivo, que impera también, como luego veremos, en la literatura erudita. Y la musa dramática, acusa también una visión del Derecho, coincidente con la de nuestros teólogos y iusnaturalistas»^M.

²⁹ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *En torno al Derecho natural*, op. cit., p. 241.

» JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *En torno al Derecho natural*, op. cit., p. 243.

³¹ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Reus, Madrid 1950 (publicado en la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, diciembre 1949-febrero 1950), p. 7.

Esta concepción tan profunda en nuestra cultura tendrá su consecuencia en el propio Derecho y, como dice el maestro aragonés en la misma obra anteriormente citada:

«El pensamiento fundamental de que la ley tiene como elementos consustanciales e igualmente importantes estos dos Derecho natural y bien procomunal, resplandece en nuestros monumentos jurídicos de la Edad Media y especialmente en el Código de las Partidas»³⁷.

Durante toda su vida resistirá CASTÁN en esa exaltación del iusnaturalismo hispano, cuyo recuerdo considera, no sólo como una obligación moral, sino incluso como un deber de patriotismo, patriotismo intelectual que no deforma su visión del Derecho, sino que la fundamenta tras una severa labor crítica. Y por ello considera que:

«Obligados estamos, por todas estas razones, a seguir las direcciones de la tradición jurídica patria, a actualizarlas y a propagarlas por los demás pueblos, principalmente los hermanados con el nuestro por los vínculos de la raza y el idioma, que comparten esa misma tradición gloriosa de la Hispanidad»³³.

Esta insistencia en la tradición jurídica española, tan acusada en Castán, no es, por supuesto, exclusiva de nuestro autor, ni se reduce al ámbito del iusnaturalismo. De hecho, LUÑO PEÑA encuentra en su *Historia de la Filosofía del Derecho* una coincidencia en estos puntos en la generalidad de los autores de su época, opinión que es citada por Castro en su trabajo *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, diciendo que:

«LUÑO PEÑA pone de relieve esta sustancial unidad de pensamiento que hoy presenta nuestra concepción jurídica, cuando nos dice que el momento actual de la filosofía del Derecho en España se caracteriza por una feliz coincidencia en las siguientes notas que fundamentalmente vienen a ser las distintivas del pensamiento filosófico-jurídico hispano»^M,

³² JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Reus, Madrid 1950 (publicado en la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, diciembre 1949-febrero 1950), p. 19.

³³ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Reus, Madrid 1950 (publicado en la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, diciembre 1949-febrero 1950), p. 115.

³⁴ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Reus, Madrid 1950 (publicado en la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, diciembre 1949-febrero 1950), p. 84.

y cita entre ellas las siguientes: En primer lugar, la filosofía realista o ideal realista, que permite armonizar el pensamiento tradicional con las modernas concepciones filosóficas. Además, la primacía de lo espiritual, reconocida a través de la concepción católica del mundo y de la vida. En tercer lugar, se refiere a la proclamación de los valores morales sobre los materiales. Añade la exaltación de la dignidad de la persona humana y de su libertad, finaliza recordando como un rasgo fundamental de la filosofía del Derecho español de su tiempo es el respeto a la tradición jurídica española

«como base y raíz de la conciencia histórica que orienta e inspira el verdadero sentido español del progreso jurídico»³⁵,

con la particularidad que esta unidad de pensamiento, no sólo se manifiesta en la esfera de la Filosofía del Derecho, sino también en la de la Dogmática Jurídica.

Estos rasgos señalados por LUÑO PEÑA son parecidos a los que Castán cita en la obra que venimos comentando, y en la que son designados como «rasgos constantes del pensamiento jurídico español». Entre ellos no puede faltar la referencia al iusnaturalismo, englobado en el sentido objetivo y ético del Derecho, del que dice:

«La tradición greco-romana y la tradición católica tuvieron un concepto objetivo del Derecho. El Derecho natural es una ley impuesta al hombre. ¿Qué duda cabe que aquella página tan conocida de MARCO TUMO CÍCERÓN en que habla de una ley anterior a todos los pueblos, impera en los corazones y que gobierna a todos los seres humanos, nos da, antes que los Padres de la Iglesia, el concepto objetivo del Derecho? La filosofía escolástica dio todavía superior relieve a ese objetivismo. Fue la obra de GROCIO la que preparó el concepto subjetivo del Derecho»³⁶.

Y junto al objetivismo el sentido político del Derecho que no queda en nuestro pensamiento nacional ofuscado por la consideración del aspecto ético, consideración ésta magistralmente referida por ELÍAS DE TEJADA, quien ve en el Derecho «la agregación de la idea de justicia con la de seguridad, de la norma ética con la norma política», tal como se deduce de su definición del Derecho como una norma política de contenido ético. Y el humanismo o personalismo cristiano, tan diverso del

³⁵ ENRIQUE LUÑO PEÑA, *Historia de la Filosofía del Derecho*, p. 404.

³⁶ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *El Derecho y sus rasgos en el pensamiento español*, Reus, Madrid 1950 (publicado en la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, diciembre 1949-febrero 1950), p. 99.

individualismo atómico, también et universalismo manifestado, tanto en la concepción general del Derecho como en la concepción del Derecho de gentes, el vitalismo antiformalista o en el sentido armónico de dicha concepción.

Esta base iusnaturalista de nuestro Derecho hace que la correcta interpretación del mismo sólo pudiera venir por la senda del Derecho natural, a la vez que dicha senda ofrece la ventaja de ser generalmente inteligible en cuanto ha estado en la base de la formación del pensamiento jurídico europeo, todo lo contrario de lo que ocurre con la extraordinaria diversidad de corrientes de pensamiento jurídico que han surgido con la crisis de esta concepción clásica del Derecho natural. Esta doble razón es apuntada por ANTONIO PÉREZ LUÑO, en su artículo ya citado *El Derecho natural en la España del siglo XX*³⁷.

Y si es deber de todos los juristas españoles buscar los fundamentos de su doctrina en el Derecho natural, con más fuerza se impone este deber en los civilistas, pues, como refiere ESPÍN,

«no en balde es el Derecho civil el viejo tronco del que se han ido desgajando las ramas más frondosas, y a su vez ese viejo Derecho civil, para que dé como frutos la justicia, ha de ahincar sus raíces en el subsuelo filosófico del Derecho natural»³⁸.

Pocos como don JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS supieron comprender esta necesidad; por eso, en este centenario, junto a nuestro recuerdo, vaya nuestro agradecimiento.

³⁷ Así, ANTONIO PÉREZ LUÑO dirá en la p. 155 de su trabajo ya citado *El Derecho natural en la España del siglo XX*: «Por último, debe reseñarse cómo el profesor De Los Mozos ha puesto de relieve la aportación del Derecho natural a la formación del Derecho civil. Esta aportación se concreta en la exigencia metodológica de una mayor racionalización del derecho, y se hizo paulatinamente imperiosa a partir del humanismo, contribuyendo de forma decisiva, no tan sólo a la formación histórica del concepto de Derecho civil, sino también a su formación sistemática e institucional.»

³⁸ *El Derecho natural y la moderna metodología*, CEU, Madrid 1947, p. 18-19.