

XI CONGRESO
DEL INSTITUTO
INTERNACIONAL DE HISTORIA
DEL DERECHO INDIANO



IVSTITIA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO
BUENOS AIRES

I
1997

**XI CONGRESO DEL INSTITUTO
INTERNACIONAL DE HISTORIA
DEL DERECHO INDIANO**

Buenos Aires, 4 al 9 de septiembre de 1995

ACTAS Y ESTUDIOS

I

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO

BUENOS AIRES

1997

INSTITUTO INTERNACIONAL DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

Director Honorario

Ricardo Zorraquín Becú

Comité Ejecutivo

Presidente: José María Mariluz Urquijo (Argentina)
Vicepresidente 1º: Ismael Sánchez Bella (España)
Vicepresidente 2º: Bernardino Bravo Lira (Chile)
Vicepresidente 3º: María del Refugio González (México)
Secretarios: Ana María Barrero García (España)
Eduardo Martiré (Argentina)
Vocales: Gisela Morazzani de Pérez Enciso (Venezuela)
José Reig Satorres (Ecuador)

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES DE HISTORIA DEL DERECHO

ORGANIZADOR DEL XI CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

Comisión Directiva

Director: José M. Mariluz Urquijo
Vicedirector 1º: Víctor Tau Anzoátegui
Vicedirector 2º: Eduardo Martiré
Secretario: José M. Díaz Couselo
Tesorero: Carlos G. Frontera
Prosecretaria: María Rosa Pugliese La Valle
Protesorero: Ricardo Rees Jones
Vocales: Carlos M. Storni
Alberto David Leiva

Secretaría de Organización

Nélida R. Liparoti
Raquel Bisio de Orlando
Ezequiel Abásolo

Secretaría del Congreso

María Rosa Pugliese La Valle
Mónica Patricia Martini
Alejandro Diego Míguez

Cubierta: RAFAEL DE ARMAS

La figura de la Justicia reproduce la xilografía de una tesis de la Universidad de México (1679), que ha sido publicada en el Número 22 de la *Revista de Historia del Derecho*.

Hecho el depósito que prevé la ley 11. 723

Impreso en la Argentina

© 1997 Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho

ISBN: 950-9494-12-7 (Obra completa)

ISBN: 950-9494-15-1 (Volumen I)

**EL CAMBIO DECISIVO DE LA «JURISPRUDENTIA»:
SAMUEL PUFENDORF Y LA
TEORIA DE LA «CUALIDAD MORAL»
EN LA MODERNIDAD**

por FRANCISCO CARPINTERO

Normalmente se suele considerar que Hugo Grocio fue el «padre», el creador del derecho natural que es propio de la Edad Moderna¹. Pero me parece que Grocio fue solamente un autor de transición entre el pensamiento medieval y la teoría jurídica moderna, que preparó el terreno, con sus referencias al «estado de naturaleza» y al «pacto social», a la nueva mentalidad racionalista y plenamente moderna que irrumpe con toda nitidez de la mano de Samuel Pufendorf². Los supuestos cardinales de la ética y de la jurisprudencia moderna ya los había puesto en buena medida Fernando Vázquez de Menchaca, como mostré en mi monografía sobre este jurista³. Pero incluso tras la obra de Grocio quedaban aristas por limar para que la figura del individuo aislado, independiente y autónomo se erigiera en el punto sistemático de referencia de toda posible construcción jurídica.

¹ Samuel Pufendorf explicaba que «Accinxit porro sese Grotius ad moliendum opus, in quo nulla priorum vestigia ipsum regebant». Cfr. *Eris scandica. Qua adversus libros de iure naturali et gentium objecta diluuntur*. Frankfurt am Main, 1686, p. 205.

² JOHANNES FRANCISCUS BUDDE, en sus influentes *Selectas juris naturae et gentium*. Halae Saxonum, 1704, captó este problema: «Pufendorfius alter post H. Grotium juris naturae restaurator». Cfr. ob. cit., p. 42.

³ Ver *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Universidad de Salamanca, 1977.

Ante todo, era necesario prescindir del método casuístico propio de la *jurisprudencia* usual, porque el humanismo del siglo XVI reclamó orden y, procediendo mucho más allá de la simple ordenación de las materias, reclamó un *sistema*⁴. Fue mérito de Grocio hacer una obra ordenada (ya que no sistemática) desde los supuestos del individualismo dominante. Pero la época no se contentó con la simple claridad que aporta una exposición así, porque el motivo de fondo para desechar el método casuista quizá no residió tanto en razones de orden y eficacia prácticas como en el postulado filosófico-científico que requería que todo el derecho fuera derivado o deducido desde un *principium unicum*.

Una labor que debía ser realizada por filósofos, porque el trabajo de los juristas, siempre dependiente de las exigencias concretas y contingentes de cada caso, daba lugar a una cantidad interminable de *quaestiones* que no podían ser contempladas unitariamente porque les faltaba un único punto de referencia. Por contra, la razón, por ser única en todos los hombres, y por consistir su proceder -según postularon- en un desarrollo lógico claro y uniforme, debía proponer reglas precisas, sencillas y universales. Dicho con otras palabras, el derecho de los juristas debía ceder ante el derecho de los filósofos⁵. Notemos, de paso, algo importante: ese desentrañar la realidad humana, que es el trabajo propio del jurista, quedaba sustituido por un *a priori* filosófico: una comunidad de individuos libres situados en una posición de absoluta simetría. Ciertamente, la Razón aplicada a la Filosofía práctica podría haber partido desde otros postulados: pero éste fue el que triunfó históricamente. Lógicamente, la única categoría jurídica admisible era la del pacto⁶.

Este «a priori» poco o nada tiene que ver con lo que muestra la experiencia de las cosas humanas. Precisamente, el jusnaturalismo

⁴ Estudié con cierto detalle este tema en «*Mos italicus*», «*mos gallicus*» y el *Humanismo racionalista*, en «*Jus Commune*», VI (1977), pp. 150 y ss.

⁵ Ver «*Mos italicus*», «*mos gallicus*», etc., pp. 121-124.

⁶ Ver mi estudio, «Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la Escuela del derecho natural», en *Persona y Derecho* XIII (1985) pp. 79 y ss.

de los siglos XVII y XVIII más bien pretendió corregir esa *experientia* en nombre de un postulado que, al comienzo del siglo XIX, una vez en manos de los románticos, fue llamado *das Ideal*. Es decir, la Realidad no es tenida en cuenta: sólo ha de rendir cuentas la mayor o menor perfección (¿lógica, moral?) de una *teoría* que es postulada, a priori, como la meta ideal de la justicia.

El cambio era muy brusco y se hizo preciso romper definitivamente, de forma explícita, con la tradición jurisprudencial anterior. Grocio no se atrevió a tanto: su «*De iure belli ac pacis*» está plagado de citas que, como las de los escolásticos españoles del siglo XVI, eran aún excesivamente deudoras de la ciencia jurídica prudencial y romanista. Realmente, Grocio no tuvo «talante rupturista», como hace notar Hervada, sino que ante todo quiso buscar la conciliación en Europa haciendo del *ius naturale* el campo de juego común de las facciones enfrentadas⁷, fundamentalmente religiosas.

Es decir, era necesario que la figura del sujeto aislado, independiente, que únicamente cuenta con su voluntad o arbitrio (identificaron *libertas* y *arbitrium*, *Freiheit* y *Willkühr*), fuera erigida en el único esquema heurístico posible para la comprensión de la vida práctica humana en el campo moral o en el jurídico. Llevar a cabo esta tarea correspondió a Pufendorf históricamente porque, aunque Grocio partía metódicamente desde el individuo aislado en el «*status naturae*», el holandés, además de sus vacilaciones en temas fundamentales, solía remitirse a *quod accidere potest* (de forma pretendidamente histórica) y tal individuo así diseñado no cumplía de hecho una función normativa en sus teorías.

1. Cuestiones previas

Hay que advertir ante todo que Samuel Pufendorf es un autor que se presta a confusiones, porque su obra es deliberadamente

⁷ Ver *Historia de la ciencia del derecho natural*. EUNSA. Pamplona, 1987, pp. 249-270.

ambigua. Normalmente se dice de él que erigió la exigencia de la sociabilidad en el *principium unicum et summum* del derecho natural, de modo que todas las conductas que favorecieran la sociabilidad humana constituirían derecho natural, y las que no, serían opuestas a este derecho. Así, en definitiva, el barón de Pufendorf seguiría unos carriles más bien aristotélicos⁸.

El problema reside en que esto es verdad y no lo es, porque, efectivamente, Pufendorf sigue en ocasiones la teoría más conocida de los *entia moralia*, que serían los mandamientos de Dios al hombre ordenándole fomentar la sociabilidad, de forma que el conjunto de estos *entia moralia* constituiría el derecho natural. Pero Pufendorf propone igualmente, en los mismos textos, otra noción del *ius naturale* que es incompatible con la anterior, a saber, el derecho o *ius naturale* como realidad opuesta a la *lex naturalis*. Siempre procede de la mano de Hobbes, que suele ser su interlocutor habitual: el *ius* otorga libertad, y la *lex* ha de recortar la libertad «(naturalmente)» concedida por el *ius* a fin de que los hombres lleven una vida más segura y cómoda. El «derecho» y la «ley» son, pues, realidades antitéticas: ésta no se deriva desde aquél, ni aquél de esta última. El establece originariamente una *lex permissiva ad omnes usos* (lo que los kantianos de finales de la Ilustración llamaron la *lex permissiva originaria*⁹), que posteriormente sería recortada *odiosamente* en la medida en que lo exigieran las necesidades humanas. Estamos ante los fundamentos de la ideología política y jurídica liberal.

2. Los «Entia moralia» y los problemas ontológicos

Pufendorf parece consciente de que está proponiendo un fuerte cambio en la consideración de la ciencia del derecho. A diferencia de los teóricos anteriores, que solían indicar taxativamente que «el derecho se entiende como...», él comienza indicando que «La palabra

⁸ Así lo considera ALFRED VERDROSS en *Abendländische Rechtsphilosophie*. Springer. Wien. 1963, pp. 128-135.

⁹ Ver mi estudio *La Cabeza de Jano*. Universidad de Cádiz, pp. 103-110.

derecho es bastante ambigua»¹⁰. El problema comienza, indica este autor, porque se le entiende equivocadamente como la ley, o como el complejo de las leyes que es sistemático y homogéneo, o como la sentencia dictada por el juez¹¹.

Ninguna de estas significaciones se adecua al derecho porque él pretende considerar al hombre y a su vida «naturalmente». Este adverbio nos introduce en los postulados metódicos más básicos y determinantes de la nueva ciencia del derecho: «Per natura, id est, remota omni lege»¹², como indica al comentar a Hobbes. No cuentan «las cosas» en esta consideración *natural* del hombre, como veremos. Como cada individuo sólo se posee a sí mismo y él es una mónada de voluntad o arbitrio, hay que prescindir de todas las posibles leyes, siempre constrictivas, cuando se pretende hacer «derecho natural».

Indicaba en páginas anteriores que es preciso no dejarse dominar por la capacidad persuasiva de este alemán, que desarrolla paralelamente varias explicaciones opuestas y contradictorias sobre el derecho natural. De este modo, una vez que ha establecido que la sociabilidad es el principio supremo del derecho natural, y que esta sociabilidad nos la ha infundido contingente Dios a los hombres, mantiene una noción de ley o derecho natural que poco se diferencia de la de tradición estoica-cristiana: «Bastantes convienen en que el derecho natural fluye desde la misma razón del hombre, de la cual surge un dictamen recto... y así dicen las Sagradas Escrituras que la ley natural habla porque está inscrita en el corazón de los hombres»¹³. Por eso entendemos -prosigue Pufendorf- que la ley natural

¹⁰ «Juris vocabulum valde est ambiguum». Cfr. *De iure naturae et gentium libri octo*. Edición de Frankfurt y Leipzig de 1759. Reprint de la editorial Minerva (Frankfurt/M) de 1967, L.I, cap. XX, § 20, p. 20 de esta edición.

¹¹ «Praeter illas significationes, quibus usurpatur pro lege, et complexu seu Systemata legum homogenearum, ut pro sententia a iudice pronunciata». Cfr. *ibidem*.

¹² *De iure...* cit., L.I, cap. 6, § 19, p. 95.

¹³ «In eo plerique conveniunt, ius naturale ex ipsa hominis ratione eruum, idemque adeo ex istius recte habendi dictamine profluere... quo nomine etiam Sacra Litterae eandem cordibus hominum inscriptam pronuntiant». Cfr. *De iure...* cit., L.II, cap. III, § 13, p. 196.

es congénita a los hombres desde su nacimiento, y que los principios generales están como impresos, al modo de distinciones y proposiciones actuales (de vigencia actual), de forma que el hombre puede conocerlos sin ulterior información o mediación¹⁴. Más adelante remacha el clavo de esta última idea cuando indica que «es evidente que estos principios no solo han de ser necesarios y verdaderos, sino también propios y como domésticos de esta disciplina, de modo que el ánimo, a causa de su certeza, los admita placidamente sin más pruebas»¹⁵. Expresándose así parece que estamos otra vez ante los «prima principia communia et indemonstrabilia practicae rationis» de la ciencia jurídica y de la teología medieval, esos «naturalia principia» que se conocen *absque ratiocinatione*. Anteriormente había indicado que estas «leyes» componen los «entia moralia», con la que Welzel entiende que Pufendorf intentó oponerse al mecanicismo social de Hobbes¹⁶. En efecto, al comienzo de este tratado ha dejado establecido que tales «entes» son los mandatos que Dios ha dirigido a los hombres para que éstos compongan su vida de forma ordenada y honesta y se diferencien así de los animales¹⁷.

¹⁴ «Quam ad rem tamen vix necessarium arbitramur praefecte contendere, animis hominum ab ipsa nativitate congenita, et velut impressa esse iuris naturalis saltem generalia praecepta, ad modum distinctarum, et actualium propositionum, quae statim atque usus sermonis accesserit, citra ulteriorem informationem aut mediationem abs homini possit exprimi». Cfr. *ibidem*.

¹⁵ «Sed et indolem demonstrationum, intelligentibus facile patet, principia non solum necessario vera, et prima esse, debere, sed etiam propria, et velut domestica huic disciplina, de qua inquiritur, et ita perspicue, ut animus, percepta ex illis assertionis causa, placide acquiescat, nec ulterioribus probationibus immineat». Cfr. *loc. cit.*, p. 199.

¹⁶ Ver *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*. Trad. F. González Vicén. Aguilar, Madrid, 1971, p. 134.

¹⁷ «Nobis illud iam est dispiciendum, quomodo ad dirigendos voluntatis potissimum actus certum attributi genus rebus et motibus <hominum> naturalibus sit superimpositum, ex quo peculiaris quaedam convenientia in actionibus humanis resultant, et insignis quidem decor atque ordo vitam hominum exoneret. Et ista attributa vocantur Entia Moralia, quod ad ista exiguntur, et iisdem temperantur modo actionesque hominum, quo diversum ab horrida brutorum simplicitate habitum faciemque induant». Cfr. *De iure... cit.*, L.I, cap. I, § 2, p. 5.

Ya en esta primera versión de los *entia moralia*, Pufendorf insiste en desvincularlos de la realidad ontológica humana. Por ello, recaba que no son «cosas» o substancias, sino «modos» o *modi* de ser que no provienen de los principios extrínsecos de las substancias de las cosas¹⁸, según su terminología; que son realidades ya existentes que se «sobreañaden» al arbitrio de los seres inteligentes gracias a una voluntad superior¹⁹.

Está algo preocupado porque es consciente, o así lo parece, de que está cortando definitivamente con la jurisprudencia tradicional existente hasta entonces. Esta jurisprudencia partía desde la consideración de la justicia como un «medium rei», tema al que Tomás de Aquino dedica una cuestión entera²⁰. A Pufendorf le sobra la palabra «rei», que indica que la justicia o la ciencia jurídica es preferentemente cuestión de las cosas, «real», no personal; y precisamente él quiere establecer, por primera vez en la historia, que la justicia es cuestión estrictamente de las personas, que estamos ante cualidades morales de las *personas* y no ante la consideración y medición de lo que reclaman «las cosas». Por esta razón escribe que el derecho no se

¹⁸ Los juristas medievales del «Jus Commune», en cambio, habían mantenido que la *iustitia seu aequitas*, que son la *mater* y el *origo* del *ius*, es una realidad ya constituida cuando el jurista busca la solución de un caso. Ver mi estudio «En torno al método de los juristas medievales», en *Anuario de Historia del Derecho Español* (1982), pp. 636 y ss.

¹⁹ «Exinde commodissime videtur entia moralia posse definire, quod sint modi quidem; rebus aut motibus physicis superadditi ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, et ad ordinem aliquem ac decorem vitae humanae conciliandum... Porro uti modus originarius producendi entia physica est creatis; ita modum, quo entia moralia producuntur, vix melius possis exprimere, quam per vocabulum impositionis. Scilicet quia illa non ex principiis intrinsicis substantiae rerum proveniunt, sed rebus iam existentibus et physice perfectis, eorundem effectibus naturalibus sunt superaddita ex arbitrio entium intelligentium, absque unice per eorundem determinationum existentiam nanciscuntur». Cfr. *De iure...* cit., L.I, cap.I, §§ 3 y 4, en las pp. 5 y 6 de esta edición.

²⁰ En la *Suma teológica*, II-II, q. 58, art. 10. También trató este tema en los *In decem libros Ethicorum Aristotelis ad Nichomachum expositio*. Marietti. Roma, 1964, Libro V. §§ 886 y ss.

ocupa de las cosas: «Res, quatenus sub obiectum iuris, in censum entium moralium proprie referemus, opus non videtur»²¹. El derecho se compone, pues, de cualidades morales que son propias de las «personas».

3. Persona y libertad

En la *jurisprudencia* anterior, la propia del «Jus Commune», la palabra «persona» designaba ante todo ese conjunto de conductas (derechos y deberes) que cada ser humano podía o debía ejercitar según las exigencias propias de la situación vital en la que se encontrara, una situación que a veces era designada también con el nombre de «officium». Pues unas son las competencias del propietario de un bien inmueble rústico, y otras son las competencias de un tutor. Se trataba de nociones distintas de «personas», que pueden recaer en un mismo hombre. De ahí el dicho común «unus homo sustinere potest plures personas». Además, el término persona podía ser entendido como «persona ut persona», y en tal caso designa un individuo de naturaleza racional²². Pufendorf se enfrentó directamente al problema (cosa rara en estos jusnaturalistas) y aclaró expresamente que la expresión «persona» solo sirve para indicar al individuo aislado y «libre». Yo mismo entendí, hace algunos años, encontrar el origen de la expresión persona o «persona jurídica», en el sentido específicamente moderno, en la obra kantiana²³, pero lo

²¹ *De iure...* cit., L.I, cap.I, § 16, p. 16.

²² Bartolo de Sassoferrato, por ejemplo, indicaba que «Pro solutione hujus contrarii distingue, secundum Guglielmum de Cu. Aut consideratur persona ut persona: et tunc unus homo non potest sustinere vice plurium personarum. Aut consideratur persona respectu alicuius qualitatis, vel officii: et tunc aut officia invicem se compatiuntur, aut non». Cfr. *Corpus Juris Justinianei, cum commentariis Accursii, Contii et D. Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium*. Lugduni, 1628, comentario de Bartolo al L. I, tit. VII, lex «Si consul», p. 61 de esta edición.

²³ Ver «La independencia y autonomía del individuo: los orígenes de la «persona jurídica», en *Anuario de Filosofía del Derecho* IV (1987) pp. 477-522.

cierto es que también en este tema, Pufendorf se adelantó en más de un siglo a Immanuel Kant.

Los comienzos de su explicación son ambiguos: «Los entes morales, que los concebimos al modo de substancias, se dicen que constituyen personas morales»²⁴. Si los «entes morales» se entienden a modo de mandatos divinos, esta noción de persona no tiene sentido. Por esta razón, nuestro autor explica casi inmediatamente que cada persona moral es un hombre singular en tanto que está vinculado en un sistema por un vínculo moral, de forma que se le considere en su *status* o *munus*»²⁵. Reproduce, pues, la noción usual de *persona*. Pero en el párrafo 15 de este capítulo rompe con cierta brusquedad con esta consideración de la noción de persona y explica que «Pero, en realidad, las *verdaderas* personas morales que produce cualquier imposición son libres (*ita est libera*)»²⁶. Efectivamente, la «persona» es aquel ser dotado de arbitrio indeterminable en sus acciones, que no reconoce superior²⁷.

Esta persona así concebida goza de una libertad, de una especie de cerco o coto de libertad que ha de ser entendida *ad analogiam spatii*, como una facultad de hacer al modo de una «cualidad activa»²⁸. Es lógico que los últimos iusnaturalistas, kantianos, hablaran de «esferas de libertad», *Freiheitssphären* para referirse a la cualidad moral fundamental que es propia del ser humano²⁹. El hombre es, pues, una facultad de hacer indeterminable

²⁴ «Entia moralia, quae ad analogiam substantiarum concipiuntur, dicuntur personae morales». Cfr. *De iure...*, cit., L. I, cap. I, § 12, p. 12.

²⁵ «dicuntur personae morales, quae sunt homines singuli, aut per vinculum morale in unum systema connexi, considerati cum statu suo aut munere, in quo vita communi versantur». Cfr. *ibidem*.

²⁶ «Ast veras personas morales quae produit impositio haudquicquam ita est libera». Cfr. *De iure...* cit., L. I, cap. I, § XIX, p. 16. La intensidad es mía.

²⁷ «sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi; quae et ipsa involuit negationem impedimenti ex alia quadam potestate superiore proveniens». Cfr. *De iure...* cit., L. I, Cap. I, § 19, p. 20.

²⁸ «Sic v. gr. libertas pro statu concipitur ad analogiam spatii; pro facultate agendi ad modum qualitatis activae». Cfr. *De iure...*, cit., L. I, cap. I, § 11, p. 11.

²⁹ Ver *La Cabeza de Jano* cit., pp. 88-119.

heterónomamente, y éste es el único dato que ha de tener en cuenta la ciencia jurídica.

El primer autor que explicó expresamente, en estos términos, esta tesis dentro del marco de ideas del *iusnaturalismo* de la Edad Moderna, fue Wilhelm Traugott Krug a comienzos del siglo XIX, que entendía que la realidad humana estaba constituida ante todo por una «*lex permissiva*» originaria³⁰. Pufendorf entrevió con cierta precisión esta explicación más abstracta, y explicó que «si queremos hablar con propiedad, este efecto no resulta exactamente de la permisión de la ley, sino de la propia libertad de cada uno. Porque allí donde la ley no me pone ningún impedimento, en ese punto gozo de libertad, y el primer efecto de esto es que nadie puede turbarme...»³¹. Cada sujeto tiene bien asegurada esta esfera de libertad, porque esta *cualidad* originaria es «*maxime velut diffusiva sui*»³², y está de tal modo unida a la *persona* que a nadie le es lícito determinar los actos de otro³³.

4. El derecho como cualidad moral

El hombre posee unas «*cualidades morales operativas*» que, caso de ser activas, pueden ser llamadas con los nombres de *ius*,

³⁰ Krug explicaba en 1800 que «Es ist folglich ursprünglich kein Imperativ (*lex praeceptiva*), indem das Recht kein Sollen bedeutet, sondern ein Permissiv (*lex permissiva*), indem es bestimmt, was jedes Vernunftwesen der Beziehung auf das andre thun oder lassen dürfte, oder was jedem innerhalb der Sphäre seiner Wirksamkeit äusserlich erlaubt sey». Cfr. *Aphorismen zur Philosophie des Rechts*. Jena, 1800, § 20.

³¹ «Enimvero si accurate velimus loqui, neque iste effectus proprie ex permissione legis resultat, sed ex propria cuiusque libertate. Circa quae enim lex mihi impedimentum non ponit, circa eadem libertate gaudeo; cuius hic praecipue est effectus, ut ne quis mihi innoxium eiusdem exercitium turbet». Cfr. *De iure...* cit., L. I, cap. IV, § 15, p. 107.

³² «Est enim haec qualitas maxime velut diffusiva sui». Cfr. *De iure...* cit., L.I, cap. I, § 19, p. 19.

³³ «Quaedam enim potestates ita arcte cum persona sunt coniunctae, ut earum actus per alium recte exerceri omnino nequeant». Cfr. *ibidem*.

*potestas et obligatio*³⁴. La *potestas* es aquel «modo» por el que alguien «legítimamente y con efecto moral» puede actuar³⁵. Pufendorf introduce la palabra «legítimo», que no encuentro en textos anteriores sobre el derecho natural. No es extraño que recurra a este recurso porque él mismo dedica bastante espacio a rebatir lo que se solía llamar la medición objetiva o real de la justicia; falto de un título o causa jurídico concreto, el hombre sólo puede actuar porque está «legitimado» *naturalmente*. Consecuentemente, la potestad sobre la propia persona y los propios actos se llama «libertad», aunque encuentra reticencias ante él mismo para usar este término (el de libertad) por las ambigüedades a que se presta³⁶. Y tal libertad no puede ser entendida como «un principio dividido de aquel al cual se le atribuye, sino como una facultad de disponer de sí mismo y de sus actos según su propio arbitrio»³⁷.

Tenemos, de este modo, como una tríada inicial que irá indisolublemente ligada a la sustancia misma del pensamiento jurídico moderno: la noción de cualidad moral activa, a la que se añade la de expansión y protección *ad analogiam spatii* dando lugar a la representación geométrica de una «esfera de libertad», y que es completada por la negación de la doctrina tradicional de la causa o título: en su lugar entra el término «legítimo», con todos sus derivados adverbiales. Esta cualidad moral activa no la entiende al modo de un «derecho moral» contemporáneo: más bien entiende que es un derecho ya constituido³⁸. El «derecho» o *ius* es, pues, en su

³⁴ «Operativae qualitates morales sunt activae vel pasivae. Illarum nobilissimae species sunt potestas, ius et obligatio». Cfr. *De iure...* cit., L. I, cap. I, § 19, p. 19.

³⁵ «Potestas est, quae quis legitime, et cum effectu morali agere potest». Cfr. *ibidem*.

³⁶ «Potestas in personam actionesque proprias vocatur libertas (etsi quibus ambiguitatibus hoc vocabulum laboret, alibi sit tradendum)». Cfr. *ibidem*.

³⁷ «Quae tamen non tanquam divisum principium ab eo, cui tribuitur, est concipienda... sed ut facultas de se suisque actionibus proprio ex arbitrio disponendi». Cfr. *ibidem*, p. 20.

³⁸ «Ius autem proprie et perspicue indicat, recte eum fuisse acquisitum, et recte iam obtineri...». Cfr. *ibidem*.

sentido más exacto, una cualidad activa que permite exigir algo de otro³⁹. Postula que sólo recibe el nombre de derecho aquella cualidad moral activa que va acompañada de coercibilidad. Pero esto plantea serios problemas, porque ¿desde qué instancia recibirá una cualidad moral la coercibilidad⁴⁰ si se trata de un simple derecho «natural»? No es extraño que más adelante mantenga que el «derecho natural» no posee carácter jurídico.

Planteadas así las cosas, la noción de «ley» no encuentra acomodo en su explicación. Porque el término ley denota ante todo un vínculo, no una libertad, como ya dejó establecido Hobbes. Si el derecho natural se compone de cualidades morales activas al modo de facultades de libertad, la expresión «ley natural» es una *contradictio in terminis*. «El término derecho significa frecuentemente lo mismo que ley, especialmente cuando se lo entiende como el conjunto de las leyes; ten cuidado, no vayas a entenderlo así por ley, como cuando la ley divina ordena hacer algo: entonces no se puede hablar de derecho, sino de precepto de la ley divina»⁴¹. Porque «el uso del habla» (al que se remite Pufendorf para mostrar la realidad de lo que él propone), nos lleva a entender que sólo puede ser derecho, *ius*, una facultad de hacer (*ius agendi*), porque el derecho siempre hace referencia esencial a la libertad⁴². «En cambio, la ley denota algún tipo de vínculo por el que se constriñe la libertad natural»⁴³. Es lógico

³⁹ «Referimus autem ius ad qualitates activas eo respectu, quod propter illud aliquid ab altero possit exigi». Cfr. *ibidem*.

⁴⁰ «Tertia secundum quam nos alterum vel invitum ad quid exhibendum possumus adigere, et ipse idem plene est obligatus ex lege aliqua poenam definitam dicitante». Cfr. *ibidem*.

⁴¹ «Denique iuris vocabulum uti cum lege saepe idem significat, ubi cum primis pro complexu legum ponitur, ita cavendum, ne pro lege id accipiamus, quando hoc vel illud lege divina faciendi ius esse dicitur, putemus, idem lege divina praeceptum...». Cfr. *De iure...* cit., L.I, cap. VI, § 3, p. 89.

⁴² «inde usus loquendi fert, ut quae legis alicuius specie non interdicuntur, ex illa lege eadem agendi ius esse dicatur, igitur in hoc quidem significato ius ad libertatem pertinet». Cfr. *ibidem*.

⁴³ «lex vero vinculum aliquod notat, quo libertas naturalis constringitur». Cfr. *ibidem*.

que explique bastante más adelante, ya en el libro segundo de esta obra, que la expresión «ley natural» es inadecuada⁴⁴ cuando nos queremos referir a un «modus agendi»; porque en su sentido específico y propio, las criaturas que poseen razón obran «con derecho»⁴⁵.

La ley nada tiene que ver con el derecho, aunque hablemos de la ley natural como fundamento de nuestra actuación. Introduciéndose en cuestiones más propias de la Teología y de la Filosofía de entonces, Pufendorf explica sobre este tema que la Naturaleza no nos presta (a través de sus leyes) como una fuerza para actuar. Si consideramos a las cosas creadas y a los seres racionales como «contradistintos» (*contradistinctae*) de Dios, la naturaleza «no es activa», porque el hombre no puede recibir la capacidad para obrar desde las leyes de la naturaleza: la naturaleza está «determinada» por estas leyes y desde ellas no puede surgir ninguna potestad o *ius*. Un pensamiento que introduce de pleno en la teoría del derecho natural y de la justicia la visión mecanicista del universo propia de la Modernidad. La Naturaleza sería un mecanismo regido por leyes constrictivas por necesarias, y el derecho, por el contrario, sería la libertad del hombre para actuar al margen de esas leyes, o dominándolas. Lo único «natural» al hombre, en el plano propiamente humano, sería su libertad «original».

5. La medición de la justicia y el voluntarismo

Desde la «persona» surgen las cualidades morales, esto es, las potestades, facultades o derechos. El derecho es, pues, una «condición de la persona», no una vertiente que presente la Realidad. Hemos visto que, coherentemente con esta tesis, Pufendorf explica

⁴⁴ «Deinde uti impropria est acceptio vocabuli legis naturalis, quando notat id, secundum quod unaquaque res certa ac determinata ratione agit: Sic et impropria potentia et modus agendi». Cfr. L. II, cap. II, § 2, p. 156.

⁴⁵ «Sic et impropria potentia et modus agendi; qui in creaturis ratione non praeditis conspicitur, iuris nomine vocatur. Nam proprie illum duntaxat ius ad agendum habere dicimus, quia praevia ratione agit». Cfr. *Ibidem*.

que «las cosas» son ajenas al arte jurídico. Pero el problema inmediato que presenta el derecho entendido como una condición de la persona, como un conjunto de cualidades morales de libertad que fluyen desde un ser indeterminable heterónomamente, estriba en que la persona es inconmensurable: no hay criterios para medir lo que se le debe a cada cual una vez que se han perdido de vista las cosas.

Pufendorf, consciente del cambio que él está introduciendo, aborda este tema. En un primer momento, en el capítulo 1 del libro I, ya explica a sus lectores que la «cantidad moral» (por seguir su modo de expresarse) no se calcula matemáticamente⁴⁶. Es necesario recurrir a otras consideraciones, a «otro género de cantidad que es distinto de la cantidad física o matemática». Esta nueva forma de medir que él propone la llama «cantidad desde la imposición» (desde el mandato del superior), que surge por la determinación de la potencia racional⁴⁷. Realmente, no ha explicado gran cosa, pero al menos posee el mérito de la honradez: no ha soslayado el tema de la medición según el criterio del *medium rei* y ha declarado que es preciso seguir otro tipo de medida.

Es algo más explícito más adelante cuando explica que la «cantidad moral» posee una naturaleza distinta a la cantidad física, porque ésta es algo natural, y por ello es también inmutable y perpetua⁴⁸. «Pero las cantidades morales provienen de la imposición y de la estimación de seres inteligentes y libres, cuyo juicio y *placitum* no cae bajo la medida física, sino que conciben y determi-

⁴⁶ «Iam pauca quoque subnectenda de modis aestimativis seu quantitibus moralibus. Adparet enim, in vita communi personas et res aestimari non tantum secundum extensionem substantiae physicae, aut quantitate motus, et quantitate physicarum, prout considerantur tanquam aliquid ex principiis naturalibus resultans». Cfr. *De iure...* cit., L. I, cap. I, § 22, p. 21.

⁴⁷ «sed et secundum aliud quantitatis genus, et diversum a quantitate tam physica quam mathematica, quae quantitas ex impositione, et determinatione potentiae rationalis oritur». Cfr. *ibidem*.

⁴⁸ «Cuius ratio dependet a diversa natura quantitatis physicae, et moralis... Ac sunt praeterea quantitates istae aliquid naturale, eoque innotum et perpetuum». Cfr. *De iure...* cit., L. I, cap. II, § 10, p. 35.

nan la cantidad como cosa suya, de modo que no pueden ser revocados [sus juicios] por una medida similar⁴⁹, sino que retienen esa como libertad y laxitud que poseían en su origen»⁵⁰. Es preciso subrayar el *placitum* de cada cual en la determinación de la cantidad de derecho, porque «esta determinación tan precisa no proviene tanto de las mismas cosas o de las circunstancias del momento como de la imposición y del arbitrio (*placitum*) de los hombres»⁵¹.

El problema le preocupa, ciertamente: debía ser consciente de que estaba atacando la garganta de la *jurisprudencia* existente. Quizá por esta razón dedicó todo el capítulo VIII del Libro I a tratar este tema, negando la posibilidad de una medición objetiva de la justicia. El argumento que está en la base de su argumentación es claro: la cantidad moral proviene exclusivamente de la coincidencia o congruencia de la conducta del hombre con lo dispuesto en la ley, *porque no existe* (en las cosas) *ninguna medida*⁵².

De este modo la actividad específicamente prudencial desaparece en Pufendorf. No existe cálculo de las conductas: solo hay normas o leyes surgidas de pactos entre las «personas», y únicamente cabe preguntarse por la adecuación de nuestra conducta a esas normas así creadas. El peso de la argumentación jurídica (si es que ahora es posible seguir usando esta terminología) se desplaza simplemente al conocimiento de lo pactado, que él llama leyes. «Es necesaria aquella acción que es obligatoria según la ley o el mandato

⁴⁹ Entiendo que quiere decir que la estimación que hace una persona sobre su vida no puede ser revocada por la estimación que haga otra persona: todos los arbitrios tienen el mismo valor.

⁵⁰ «Ast quantitates morales proveniunt ex impositione et aestimatione entium intelligentium et liberorum; quorum iudicium atque placitum uti sub mensuram physicam non cadit; ita quod ista tanquam quantitate sua impositione concipiunt atque determinant, ad similem mensuram revocare nequit, sed velut libertatem ac laxitatem suae originis retinet». Cfr. *ibidem*.

⁵¹ «ista tamen tan praecisa determinatio non tam ex ipsis rebus, aut tempora momentis, quam ex impositione et placito hominum provenit». Cfr. *loc. cit.*, p. 36.

⁵² «cum ipsa bonitas in coincidentia seu congruentia cum lege consistat, cuius nulla esse mensura intelligitur». Cfr. *De iure... cit.*, L. I, cap. VIII, § 1. La intensidad es mía.

del justo superior. En esto consiste la necesidad de las acciones morales»⁵³. El único criterio de la bondad o maldad de los actos es la congruencia con la norma del superior: «Decimos que es moralmente buena la acción que es congruente con la ley; mala, la que discrepa de ella. Es decir, la razón formal de la bondad o maldad de las acciones consiste en el hábito o en la relación determinativa a la norma directiva que llamamos ley»⁵⁴.

Puede mantener esta actitud tan voluntarista porque su nominalismo es radical. No reconoce la existencia de las cosas: sólo aprecia signos. Explica en este sentido que hay que proceder desde las cosas conocidas a las desconocidas, y desde lo que es congruente (con la ley) hasta lo que no parece congruente. Las nociones universales se forman desde las singulares, y así llegan a ser «abstractas». Así obtenemos *signos* que nos permiten comunicarnos y comparar las medidas y los pesos morales⁵⁵. Obviamente, si los hombres únicamente disponemos de signos y de nociones «abstractas», no es posible una medida objetiva. La Realidad se disuelve en esos signos y solo queda la voluntad expresable a través de ellos. De forma plenamente nominalista, Pufendorf sostiene que, si Dios quisiera, se le daría culto mediante las blasfemias y el desprecio, tal como mantuvo -según él dice- Fernando Vázquez de Menchaca en las «Controversias ilustres», L.I, cap. 27, 9 y siguientes⁵⁶.

⁵³ «Actio necessaria est, quam ex lege aut iustis superioris omnino facere tenetur ius, cui ea lex aut iussum fuit datus. In hoc enim consistit haecce actionum moralium». Cfr. *De iure...* cit., L. I, cap. VII, § 2, p. 112.

⁵⁴ «Actionem bonam moraliter... dicimus, quae cum lege congruit; malam, quae ab eadem discrepat. Scilicet formalis ratio bonitatis et malitiae actionum consistit in habitudine, seu relatione determinativam ad normam directivam, quam dicimus legem». Cfr. loc. cit., 3.

⁵⁵ «Quo cum primis facit, quod ex notioribus ignotiora queat colligere, et quid sibi congruat, vel non congruat, indicare; notiones universales a singularibus, abstractas formare; signa, per quae notiones in animo haerentes aliis communicari queant, commisci, numerum, pondera, ac mensura intelligere, atque ista inter se comparare». Cfr. *De iure...* cit., L. I, cap. II, § 4, p. 145.

⁵⁶ «Deum, si voluisset, potuisse constituere, ut blasphemias aut contemtu coleretur. Quod facit Vasquius Controv. illustr. L.I, cap. 27, n. 9 seqq.» Cfr. *De iure...* cit., L. II, cap. III, § 4, p. 180.

6. ¿Ley natural o pactos libremente convenidos?

Hacia notar, hace ya algunos años, que el derecho o ley natural desaparece en Pufendorf para quedar sustituido por una cascada de pactos entre individuos libres. Que el «derecho natural» tal como lo concibe este autor viene a ser más bien la exigencia antropológico-jurídica de considerar que todos los sujetos son igualmente libres porque nadie posee el *privilegio* para normar la conducta de otro⁵⁷. El derecho substantivo estaría constituido bien por los pactos efectivamente concluidos, bien por las condiciones de perfecta simetría que exige la Naturaleza o el *ius naturale* en la conclusión de estos pactos, y por este motivo las remisiones que él hace genéricamente a las «leyes» en tanto que criterios de justicia no expresan otra cosa que la «lex privata» creada en todo pacto⁵⁸.

El Pufendorf más maduro que escribe el «De Officiis...», en donde enumera muchas reglas concretas de moralidad, normalmente extraídas de tratados escolásticos, es inconsecuente: ni su nominalismo ni su consiguiente voluntarismo le permiten establecer normas concretas y materiales de la conducta humana, a menos que las *postule*, que es el recurso de todo filósofo que no puede demostrar lo que argumenta. Además, él ya ha establecido que el único criterio de justicia son los pactos⁵⁹. Incluso la justicia «distributiva» la reduce

⁵⁷ Cfr. «Voluntarismo y contractualismo: una visión sucinta de la escuela del derecho natural» cit., pp. 82 y ss.

⁵⁸ En el *De iure...* cit., L. I, cap. II, § 4, p. 26, arremete contra Hobbes porque el inglés había explicado que la Ética y la Política constituían las ciencias de lo justo y de lo injusto, de lo equitativo y de lo inicuo. Por contra, él indica que «quod principia, quibus iustum et aequum, contra iniustum et iniurium quid sit cognoscitur, i.e. iustitiae causas, nimirum leges et pacta ipse fecimus: cum ante pacta et leges conditas nulla neque iustitia, neque iniustitia, neque boni neque mali publici natura fuerit inter homines, non magis quam inter bestias».

⁵⁹ Ver mi estudio, «Voluntarismo y contractualismo...» cit., *ibidem*. Además de los condicionantes de su actitud nominalista inicial, Pufendorf declara expresamente que «Es suficientemente manifiesto que son necesarios los pactos entre los hombres. Para que se difundan ampliamente las obligaciones de humanidad hacia la vida humana, es suficiente con que los hombres pacten sobre

o la hace depender de los pactos sociales⁶⁰. Contra Hobbes, que redujo según él toda justicia posible al pacto, explica que el derecho penal no se rige por pactos, que hay por tanto una justicia anterior a las convenciones entre los hombres⁶¹. Podemos suponer lícitamente, *a sensu contrario*, que estamos ante una declaración más, explícita, en la que se reduce todo el derecho (excepto los casos penales) a pactos.

A la vista de este panorama podemos acercarnos a la complejidad contradictoria de las diversas teorías de Pufendorf: ha declarado reiteradamente que la bondad o maldad consiste únicamente en la congruencia de los actos de los hombres con las leyes divinas, y esto sería el «derecho natural». Pero como en su pensamiento domina la tesis de la cualidad moral de la «persona», que se concreta en esa libertad difusiva *ad analogiam spatii*, las leyes divinas brillan por su ausencia y todo queda reducido a la exigencia moral-jurídica de una situación de igualdad o simetría en la conclusión de los pactos. Esta es la teoría del «derecho natural» más representativa de la Modernidad, la que hemos heredado hoy. Por este motivo, las declaraciones iniciales sobre la ley o el derecho natural, las primeras explicaciones sobre los «entia moralia» entendidos como los mandatos del superior

aquello que ellos perciben como beneficioso, y esta sola idea es suficiente. Porque no hay nadie que, de la sola idea de la humanidad, aunque él tenga una mente excelente, pueda deducir todo lo que es preciso... Así pues fue necesario para los hombres convenir entre sí sobre las cosas que se deben unos a otros, y que proceden de la socialidad; porque desde la sola ley de la humanidad no se pueden deducir. Además, ya establecí anteriormente que tanto aquello que alguien debe dar a otro, como aquello que otro puede exigir de él, debe ser hecho por promesas y pactos». Ver *De Officiis hominis et civis prout ipsi praescribuntur lege naturali, libri duo*. Ed. de Giessen, 1731, L. I, cap. IX, § 1, p. 156 de esta edición.

⁶⁰ «Ius porro isthoc oritur vel singulis ex pacto (tacito, aut expresso) cum societate aliqua in hoc fine, ut ipsius membra fiant; vel societate ex pacto eodem cum singulis, ut eos sibi membra adiungat... Ubi exercetur ea, quae ex pacto societatis cum membro, aut membri cum societate ob finem iam dictum incho debentur, vocatur iustitia distributiva». Cfr. *De iure...* cit., L.I, cap. VII, § 9, p. 118.

⁶¹ Ver *De iure...* cit., L.I, cap. VII, § 13, pp. 122-123. La misma idea la reitera en el § 15.

legítimo, etc. solo cumplen la función de un decorado que facilita la introducción del espíritu propio del racionalismo jurídico moderno.

Es comprensible el problema que él mismo plantea en el L.I, cap. VII, parágrafo 15 del «De iure naturae et gentium»: estamos ante una alternativa en la que es preciso optar: porque únicamente disponemos del derecho natural, que no posee naturaleza jurídica porque no es coercible, o hay que recurrir a los pactos⁶². Fue lógico que Otto von Gierke llamara *ius inutile* al derecho natural así entendido⁶³.

De este modo el derecho o *ius* ya aparece en el «De iure naturae...» de Pufendorf como una *qualitas moralis*, designada bajo los nombres de «potestas», «facultas» o «ius». Se trata de una cualidad moral que surge desde la misma libertad de la «persona» si es que es posible dissociar los términos de *persona* o *juristische Person* (como la llamarán Kant y sus discípulos) y el de libertad. Porque lo constitutivo de la «persona», en el nuevo sentido que adquiere esta palabra con Pufendorf, es esa libertad originaria y expansiva a que él mismo ha aludido. La persona es, así, un ser desvinculado del «mundo» que le rodea, porque este mundo es «naturaleza», regida y sometida a sus leyes propias. Con Pufendorf comienza, pues, al menos en el terreno jurídico, la oposición entre libertad y Naturaleza, que tan cara le sería a Kant y a sus discípulos⁶⁴.

Y esta persona «que no reconoce superior» ni encuentra en la *naturaleza* puntos de apoyo para su actuación, solo tiene el camino de pactar libremente con las otras personas iguales a ella buscando su utilidad o comodidad. Aún no eran conscientes, o no querían serlo, de lo que la historia ha mostrado más tarde: que un pacto es un pulso, un forcejeo, en el que siempre el más fuerte vence al débil. Ciertamen-

⁶² «Circa priorem modum est observandum, deberi aliquid alicui vel ex mero iure naturae, ita tamen, ut ad ea perfectum ius non habeat, uti sunt officia humanitatis, beneficentiae, grati animi; vel ex pacto, eoque vel peculiari, vel contento in obligationi nostra ad leges civiles, qua nos adstringimus ad praestanda ea, quae leges istae alteri iubent exhibere». Cfr. *De iure...* cit., L.I, cap. VII, § 15, p. 125.

⁶³ Cfr. *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatsrechtstheorien*. 7ª ed. Scientia, Aalen, 1981, p. 300.

⁶⁴ Ver *La Cabeza de Jano* cit., pp. 21-27.

te, Samuel Pufendorf defendió a la *persona* de intromisiones en su esfera de libertad (de ahí ese límite invisible que traza, la libertad entendida *ad analogiam spatii*). Pero con esta libertad simplemente negativa, siempre a la defensiva, no se garantiza sin más el derecho, ni siempre, ni en todas sus facetas.

7. Unas facetas de las argumentaciones jurídicas anteriores a la Modernidad

Esta exposición de la propuesta de Pufendorf se presta a explicaciones que podrían seguir direcciones distintas. Entre estas posibles opciones quisiera tener en cuenta una que incide en la base misma de su explicación. Porque Samuel Pufendorf fue históricamente el primer autor de libros de «Derecho» que eliminó la conciencia y situó en su lugar una estrategia teleológica que poco tiene que ver con nuestra vida cotidiana, en la que la conciencia opera continuamente. Y es posible que la vida cotidiana sea la única vida «real», es decir, la única que puede tener en cuenta el jurista y el que hace propuestas de reformas jurídicas. Porque no existe un mundo nouménico o inteligible (del tipo de las «cualidades morales» que propone Pufendorf) que resumiera en un lenguaje *ideal* los datos dispersos y fragmentarios que nos ofrece la vida de cada día. Quiero indicar, más precisamente, que no existe un lenguaje universal al que pudiéramos reducir la complejidad de «las cosas»: éstas son como se manifiestan: múltiples, irreductibles unas a otras, a veces contradictorias. Su única vertiente común es la *praxis* del hombre. Y es lícito que nos preguntemos si una *teoría* como la de Pufendorf, que sustituye la multiplicidad real observable por una unificación estratégica con vistas a normar la conducta del hombre en un sentido predeterminado, puede ser eficaz para que respetemos los derechos y deberes, propios y de los demás. Concretando más, si una propuesta tal puede servir para regular adecuadamente las relaciones entre hombres de culturas tecnológicamente muy dispares.

Hasta el siglo XVII la Jurisprudencia y la Teología moral habían recurrido a diversos expedientes para justificar las valoracio-

nes últimas. Unas veces, los juristas como Martín de Azpilcueta se remitían a «toda razón natural, divina y humana»⁶⁵. En otras ocasiones argumentaban en un plano directamente moral: «vender cosa ajena es proceder contra el derecho natural y divino, porque es cometer un hurto», escribía Bartolomé de las Casas⁶⁶. Y, en este mismo plano, hacían referencia directa a la conciencia, como Juan de Mariana cuando indicaba que «El príncipe está sometido sólo en la parte directiva de la ley, pues sólo le obliga en conciencia si se desvía de lo prescrito»⁶⁷. También eran válidos los argumentos que se fundaban en nociones elementales de Teología, al alcance de cualquiera, y por esto Francisco de Vitoria podía escribir que «así como un miembro se inclina más al bien de la comunidad que al propio... del mismo modo la inclinación que el hombre posee por naturaleza, porque Dios lo hizo parte de la república, [hace que] por naturaleza nos inclinemos más al bien público que al privado»⁶⁸. Podía suceder que alegaran una «razón o ley natural»⁶⁹ común a todos los hombres, o que tomaran categorías propias de la Moral⁷⁰ o de la Teología especulativa cristiana⁷¹.

⁶⁵ Cfr. *Comentario resolutorio de cambios*. Ed. de A. Ullastres, J.M. Pérez Prendes y L. Pereña. CSIC. Madrid, 1965, § 10, p. 59.

⁶⁶ «Minor probatur, quia vendere alienum est contra jus naturale atque divinum, quia est committere furtum». Cfr. *De regia potestate*. Ed. de L. Pereña, J.M. Pérez Prendes, V. Abril y J. Azcárraga. CSIC, Madrid, § XII, núm. 1.

⁶⁷ *La dignidad real y la educación del rey*. Ed. de L. Sánchez Agesta. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1981, cap. IX, p. 113.

⁶⁸ «Sicut enim membrus plus inclinatur ad bonum totius quam ad bonum proprium periclitatur enim manus pro salute totius; ita enim ex naturale inclinatione homo, quem Deus fecit partem reipublicae, natura inclinatur ad bonum publicum plus quam ad privatum». Cfr. *Relectio de homicidio*, § 9, p. 1103 de las «Relecciones teológicas». Ed. de T. Urdániz. BAC, Madrid, 1960.

⁶⁹ Bartolomé de las Casas escribía: «Y más decimos que porque tal sujeción y enajenación no solamente es contra razón y ley natural, y contra charidad...». Cfr. *De regia...* cit., Apéndice II, «Condenación de las Encomiendas», p. 131 de esta edición.

⁷⁰ Juan Roa Dávila explicaba que «La razón es que todos formamos una unidad por ser partícipes de la misma naturaleza; y, en consecuencia, en virtud de la ley natural de la caridad debemos ayudar a los demás siempre que podamos para que no perezcan». Cfr. *De regnorum iustitiae*. CSIC, Madrid, 1970, p. 16.

⁷¹ Domingo de Soto indicaba que «Ecce quomodo fundamentum domini

8. La «conciencia» fue sustituida por «sistemas de ética»

Las argumentaciones romanistas tenían en cuenta la totalidad de las facetas y dimensiones del ser humano, como los ejemplos anteriores muestran en parte, y quizá por esta razón fueron más o menos eficaces para mover la voluntad de los hombres de la época. Pufendorf fue el primer teórico de la Ética y del Derecho que dejó de un lado la Moral, con su referencia obligada a la conciencia y al deber en conciencia, y en su lugar situó un *sistema de ética*. Ya lo había hecho poco antes Hobbes, pero el método de Hobbes, aunque triunfador históricamente, fue expresamente repudiado. Estos autores vinieron a proponer una Ética sin Moral, que es lo específico del proceso secularizador de la Modernidad. A este fin idearon un *constructo* mediante el cual ellos *creaban* la realidad específicamente humana. Estos «sistemas de éticas» se componen de proposiciones lógicas en los que las reglas concretas no constituyen tanto normas o deberes como axiomas o teoremas obtenidos deductivamente en el conjunto sistemático⁷².

Llamo ahora sistemas de ética no a las reflexiones filosóficas sobre la Moral, sino a las construcciones intelectuales que pretenden *derivar* (esto es, fundamentar o deducir) los bienes propios del hombre desde un conjunto de reglas abstractas o «no-prácticas» (uso la palabra «práctica» como adjetivo de *praxis*) coherentes lógicamente y que parten desde un *postulado* universal que es considerado evidente o «necesario» por el tratadista de la Ética. De esta forma los bienes humanos pierden su especificidad e irreductibilidad propias (pensamos en el derecho al matrimonio o en el derecho a comerciar, que poca relación guardan entre sí), y aparecen como conclusiones *lógicas* de unos postulados abstractos. Sería muy problemático explicar cómo puede existir una secuencia «lógica» al margen de la experiencia que nos suministra la vida real y concreta, porque parece

est imago Dei ad quam solus homo creatus est». Cfr. *Relección «De dominio»*. Ed. de J. Brufau. Universidad de Granada, 1964, p. 102.

⁷² Así lo hace notar JAVIER HERVADA en *Historia de la ciencia...* cit., p. 275.

que en la *praxis* no es posible una lógica sin experiencia. Pero, puestos a hacer sistemas de lógica al margen de la experiencia jurídica existente, no dudaron en situar un *principium unicum* para regir toda la vida del hombre, *principium* que hace posible «obtener» bienes que poco o nada tienen que ver con el axioma inicial.

Porque cualquiera puede intuir que los bienes superiores o más importantes del hombre, expresados en la Edad Moderna como «derechos humanos», no son deducibles desde bienes de menor importancia ni desde proposiciones lógicas. Pero éste es otro tema. En cualquier caso, lo que sí cabe destacar es que quizá los teoremas lógicos que se obtienen deductivamente carecen del valor o de la fuerza vital que acompaña a las exigencias de la conciencia.

Por esto cabe preguntarse si estos «sistemas de ética» han mostrado históricamente una fuerza real para mover a los seres humanos. Ciñéndonos a nuestro objeto, América del Norte y América del Sur estaban pobladas por habitantes autóctonos antes de la llegada de los europeos, en 1492. Queda al juicio y discusión de los historiadores determinar si los indios resultaron más favorecidos, o menos perjudicados, cuando fueron tratados según las exigencias morales (que desconocían los «derechos del hombre»), o según estas «calidades morales activas» que propuso inicialmente Samuel Pufendorf.