

RIFD

RIVISTA INTERNAZIONALE
DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

serie V - anno LXXXI



n. 1 - gennaio /marzo 2004

ESTRATTO

Il carattere politico-giuridico
del mercato

Natalino IRTI

Il giurista e la speranza. Note sulla filosofia
del giudizio di Salvatore Satta

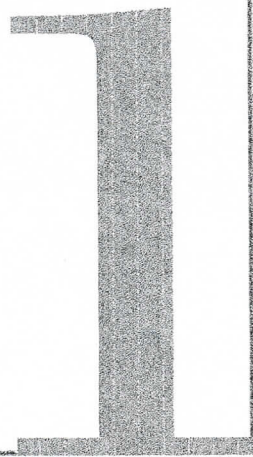
Carmine PUNZI

Imputatio

Francisco CARPINTERO

La citoyenneté fiscale

Emmanuel DE CROUY-CHANEL



Giuffrè editore

Imputatio

FRANCISCO CARPINTERO*

La palabra imputación (*imputatio*, *Zurechnung*) puede designar una categoría necesaria de la ciencia jurídica, del mismo modo que el derecho subjetivo siempre puede referirse a la intersección de una pretensión concreta con una norma jurídica objetiva. Pero así como la noción del derecho subjetivo no nació desde la representación intelectual del entronque de una pretensión individualizada con la norma jurídica general, la *imputatio* tampoco vio la luz como la relación necesaria de unos hechos con una norma jurídica. Porque, a pesar de las categorías lógicas que pretenden guiar nuestro pensamiento, tanto las nociones del derecho subjetivo como la de la imputación nacieron históricamente de forma beligerante, superando y desbordando con mucho las consideraciones propias del sentido común que podríamos hacer hoy. La categoría del derecho subjetivo, presentado como un correlato del *dominium* en su sentido más individualista, fue una herramienta que elaboraron los defensores de la pobreza franciscana frente a las pretensiones de los juristas formados en el *Jus Commune*¹ y la de la imputación fue una pieza imprescindible en el proceso de secularización del derecho y de la técnica jurídica, que cumplió históricamente la función de sustituir la categoría del deber por otra que permitía afectar la conducta de un hombre a una norma prescindiendo de la complejas nociones de *meritum* y *culpa*.

(*) Universidad de Cádiz.

(1) Vid. el estudio de ULRICH HORTS, *Evangelische Armut und Kirche. Thomas von Aquin und die Armutskontroversen des 13. und beginnenden 14. Jahrhunderts*. Berlin, 1992.

1. *Un excursus introductorio*

En el pensamiento ético romano-medieval estaba presente la pregunta básica de cualquier Ética, a saber: “¿Por qué hay que aplicar esta regla a este hombre?” Esto implicaba que, incluso previamente a la voluntad que crea lo que propiamente podríamos llamar la norma, era precisa una consideración inteligente que valorara esa concreta realidad humano-práctica, y esta consideración, ante todo doctrinal, era el fundamento de cualquier justicia. Los teólogos bajomedievales la designaban como *convenientia* o *prima bonitas moralis*, y yo la llamaré ahora *adaequatio hermeneutica*. Este racionalismo, que escudriñaba los fundamentos últimos de la bondad y de la maldad en todos los planos (la *ratio boni vel mali*, como reiteradamente lo llama Tomás de Aquino), que excluía la consideración del derecho o de la moral como “el conjunto de las leyes reunidas”, entendía que las leyes generales no acaban de poseer, o no poseen plenamente, una vigencia anterior y al margen de esa consideración racional que recae sobre los actos concretos.

Esto era debido a que consideraban que la norma consistía en un ajuste racional entre un problema y unas reglas, de acuerdo con unos criterios. El más usual de ellos era el del bien común, que discriminaba los intereses personales que simplemente permanecían como tales, y los intereses que habían de recibir la calificación de jurídicamente relevantes. En un plano más abstracto, esos intereses habían de responder a unos fines o tendencias *naturales* del hombre. Pero, al llegar a este punto, afloran ante todo dos problemas previos. Uno, por qué consideraban que el derecho no consistía sin más en el conjunto de las leyes válidas; el otro, en qué consiste esa *adaequatio hermeneutica* que vuelve vigentes concretamente las leyes que ya son válidas, o que crea una nueva ley válida y vigente para ese caso.

Era posible conectar prácticamente una ley a unos hechos, cuando la ley y los hechos se movían en el mismo plano de la realidad². Los juristas del Jus Commune, poco dados a hacer teoría

(2) TOMÁS DE AQUINO declaraba programáticamente que “Finis et agens semper unius ordinis inveniuntur in rebus”. *Liber de veritate Catholica Fidei contra errores infidelium, seu Summa contra Gentiles*. Marietti, Torino-Roma, 1961, § 625.

abstracta sobre su cotidianidad, apenas nos han dejado nada, aunque sería una labor interesante ir estudiando sus declaraciones en los contextos de los problemas que estudian para extraer las virtualidades operantes pero inexpresadas. El mejor teórico del Jus Commune ha sido Tomás de Aquino, que sí explicitó algunas de las categorías más generales que los juristas usaban; parece procedente hacer una remisión a sus explicaciones.

Tomás distinguía dos tipos del movimiento: El natural o *ex fine*, y el violento o *ex motu*³. Así, la inclinación del varón hacia las mujeres es una inclinación *ex fine*, y la impulsión de la flecha por la ballesta es un movimiento *ex motu*. Él conocía bien la filosofía materialista de Leucipo y Demócrito, que sólo admitían movimientos violentos que consisten en impulsiones de un cuerpo sobre otro. Estos filósofos (que él llama *los naturales*), explicaban el conocimiento suponiendo que unos átomos empujan a otros, de forma que los átomos de las cosas acaban entrando en el cuerpo humano a través de los sentidos⁴. El movimiento *ex fine* era considerado natural porque todo ser tiende *ex natura* hacia sus movimientos propios, de forma que cada uno persigue lo que en cierto modo ya es suyo, porque rezaba el principio *Voluntarium enim est, cujus principium est in ipso*⁵. En cambio, el movimiento *ex motu* implicaba una cierta falta de identidad o pertenencia entre el ser que se mueve y el punto al que tiende, porque se trataba de impulsiones externas a estos cuerpos, en cierto modo ajenas a ellos. Esta afinidad o disparidad entre los seres que son movidos y sus movimientos, hacía considerar que los movimientos naturales fueran distintos en cada ser, mientras que los movimientos violentos po-

(³) En la *Summa contra Gentiles* distingue entre el movimiento “per modum agentis” del movimiento “per modum finis” o intrínseco. Aquel proviene “ex aliquo exteriore principio, violentus motus voluntario repugnans”. Vid. § 2641.

(⁴) “Tertia vero fuit Democritii, qui ponebat, actionem esse per effluxionem atomorum a corpore agente, et passionem esse per receptione eorundem in poris corpus patientis”. *Suma teológica*, I, q. 115, art. 1.

(⁵) *Suma teológica*, I-II, q. 6, art. 1. Tesis que quedaba más explicada en *Suma teológica*, I, q. 76, art. 1: “Ad tertium dicendum, quod appetitus naturalis est inclinatio cuiuslibet rei in aliquid ex natura sua ... Res enim appetitur prout est in sua natura. Non est autem secundum suam naturam in virtute apprehensiva, sed secundum suam similitudinem”.

seen todos la misma naturaleza y son estudiados de modo uniforme por la Física. No podemos explicar mucho más porque – explicaba el de Aquino– desconocemos la mayor parte de las propiedades sensibles de los cuerpos⁶.

La experiencia muestra que todo agente actúa por un fin, y esta observación nos introduce en el espinoso tema de la teleología. La teleología medieval no consistía en postular que todo hecho tiene un sentido, según el significado que damos hoy a estas palabras. De hecho, el término sentido (Sinn), tal como lo conocemos hoy, fue elaborado por los neokantianos en el cambio de siglos del XIX al XX. En la Edad Media, como en general en el pensamiento premoderno, el sentido, en este contexto de problemas, designaba más el movimiento y dirección que no la *finalidad*, palabra equívoca donde las haya. En el plano humano, la dirección indicaba que el hombre tiende a hacer cosas específicamente humanas, y que es libre todo aquel que actúa en nombre propio⁷. Esto es, la teleología se movía en una doble intuición inicial: Todo ser tiende a producir cosas similares a sí mismo (*de similibus ad similia*)⁸, y es libre todo aquel ser que es causa de sus operaciones⁹.

Estas declaraciones pueden ser entendidas en un plano más general, de modo que el “de similibus ad similia” podría indicar que los hombres engendramos otros seres humanos, y no animales de otra especie biológica. Aunque también puede ser vista en pla-

(⁶) En la *Sum. Gent.*, § 2273, escribía: “Nos autem nescimus nisi quaedam infima rerum”. Antes, en el § 17, había establecido que “Rerum enim sensibilibus plurimas proprietates ignoramus”.

(⁷) “De ratione boni est, quod aliquid ab ipso effluit; non tamen quod ipsum ab alio pendet”. *Suma teológica*, I-II, q. 1, art. 4.

(⁸) Ésta era la regla de oro de la jurisprudencia del Jus Commune. Vid., por ejemplo, Accursius: “Bene dico statutum esse procedendum de similibus ad similia”. *Corpus Juris Justiniani, cum Comentariis Acursii etc.* Lugduni, 1628, L. I, tit. 3, “quod vero”, glosa “k”. TOMÁS DE AQUINO indicaba que “de natura enim actionis est, ut agens sibi simile agat”. *Sum. Gent.* § 270.

(⁹) En *Sum. Gent.* § 2394, exponía que “Qualibet res creata consequitur ultimam perfectionem per operationem propriam”, idea que había completado en el § 2057 al indicar que “Propria operatio cujuslibet rei est finis ejus ... unde quod ad propriam operationem bene se habet, dicitur virtuosum et bonum”. La declaración programática más general la había establecido en el § 1142: “Libertatem autem necesse est eas habere si habet dominium sui actus”.

nos más concretos, como cuando decimos que es propio del profesor dar sus clases. Esto implica que es *natural* al profesor dar las clases, y que el profesor es libre cuando las da porque es causa de sus operaciones, hecho que es especialmente patente cuando el profesor cumple su trabajo de buen grado. No hay dificultades de acoplamiento en estos casos, porque entonces se ha producido la *adaequatio hermeneutica*, esto es, la identidad entre el móvil y el fin alcanzado.

No tenía sentido, en este contexto, de hablar de una separación entre lo que es y lo que debe ser, y si David Hume denunció la falacia naturalista, quizá esto se debió ante todo a que Hume no era jurista, y no consideraba las realidades concretas, sino que sus consideraciones, *more philosophico*, eran tan generales que no podían ser contrastadas con la cotidianidad. Frente al talante de Hume, ha sido lógico que Stephen Toulmin, tras los pasos de Leibniz, declare que la verdadera lógica es la lógica de los juristas, no la *logica in propria forma*. Este talante o estilo más comprensivo, que consideraba simultáneamente lo que es y lo que debe ser, tampoco trazaba una distinción tajante, o una separación, entre las cosas divinas y humanas. Melchor Cano, en una de las obras más delicadas del Barroco, hacía ver que el hombre, incluso cuando escribe libros, no puede desdoblarse en dos personas, una como hombre, y otra persona como ser orientado a Dios, y hacer esto es propio solamente de los estultos¹⁰.

Estas consideraciones pueden ser entendidas si partimos desde los problemas humanos, y no serán captadas, desde luego, si comenzamos nuestra consideración desde las normas jurídicas, ya postuladas válidas como vigentes. Los epígonos de la *Rechtstheorie* quieren que consideremos el derecho como un cosmos autónomo de proposiciones que han de ser conocidas cognitivamente. Hay que decir que ha sido propio de las personas de temperamento arquitectónico poseer un talante estatuario o normativista. Estamos

(10) Indicaba “Deonat igitur theologus personam hominis, si ita placet, cum divine tractat; cum vero tractet humane, quaenam rogo stultia erit, hominem ex homine tollere? Quamquam in quacumque disputatione, sive de humanis, seu de divinis disseratur, utramlibet personam deponere stultissimum erit”. *In librum de Locis Theologicis*, L. 9, cap. 4, pág. 541 de la edición de Madrid de 1784.

ante un tipo de personalidades que Alvaro d'Ors llama *reglamentistas*. Porque hay juristas que, si se les pregunta qué es el derecho, comienzan diciendo: "El derecho es un conjunto de normas o reglas que...". Otros preferimos decir: "El derecho es un conjunto de problemas que...". Históricamente este problema ha desbordado las exigencias propias de cada temperamento, porque uno de los nervios fundamentales de la Edad Moderna postuló que el derecho solamente se podía componer de normas imperadas por una voluntad, y que estas normas existían porque eran válidas (según el positivismo legalista o de Estado), o porque estaban vigentes, según el positivismo sociologista.

La reducción del derecho a normas con el consiguiente olvido doctrinal del análisis de los casos, planteó problemas casi desde el inicio de esta mentalidad. En el Reino Unido los vemos en las obras de Austin, Lorimer o Lightwood, y en los territorios de lengua alemana en Danz o Wallaschek, por ejemplo. Algo más tarde explotó la polémica sobre el *Freirecht*, y aunque la Jurisprudencia de Intereses hizo momentáneamente de hábil componedora entre las exigencias de la jurisprudencia de conceptos y las del movimiento del Derecho Libre, la corriente hermeneútica que estalla a partir de 1945, cuyo representante más conocido ha sido quizá Arthur Kaufmann, hicieron ver las exigencias de esta *adaequatio hermeneutica* en el corazón de la ciencia jurídica. Algo más tarde, la aceptación de las obras de Esser y Dworkin (¿por qué tanta gente cita solamente a Dworkin, olvidando a Esser, cuyas aportaciones son más completas y profundas que las del inglés?), han hecho que las pretensiones del positivismo continental sean vistas hoy como antiguallas.

¿Porqué este volver colectivo a posiciones premodernas? Parece que ha caído el dogma que mantenía la funcionalidad inequívoca e inmediata de las normas jurídicas, esa positividad instantánea a la que aluden los discípulos de Kaufmann, Ollero entre otros. Porque mediante el a priori de la validez, los positivistas postulaban que las normas jurídicas serían como las habitaciones de un hotel, ya dispuestas y preparadas para recibir a los clientes. Lo que realmente parece claro, si nos introducimos ahora por los campos de la terminología, es que es preciso volver a la distinción griega y romana entre *jus* y *lex*, que entendía que el *jus* era frecuentemente

una realidad distinta de la *lex*, esto es, de la simple *applicatio legis*. Ello implicaba también que no siempre era fácil distinguir entre las normas aparentemente aplicadas y los hechos que son enjuiciados por las normas, y de ahí que Aristóteles declarara en el Libro V, cap. 10, de su Moral a Nicómaco, que “*lex est juris species*”. Entre la *lex* y el *jus* mediaba la *adaequatio hermeneutica*.

Legalismo e imperativismo han sido realidades mutuamente dependientes, que hicieron de la *imputatio* el nexo imprescindible entre la norma jurídica (postulada ya operativa) y el hecho enjuiciado. Pero ahora, si el derecho es visto otra vez y ante todo como un *opus rationis*, se impone rescatar las categorías antiguas que explicaban que la *lex* era una regla que concurría en la determinación del *jus*. La *traditio regulae* era una obra de la razón porque en ella estaba presente esa labor de *adaequatio hermeneutica* que llevan implícitas las valoraciones de tantos hechos. Era la prudencia, realidad racional e inteligente, la que ordenaba acoger esos hechos a esas normas. La voluntad, en cambio, se movía normalmente en un plano más vital, más afín al de las virtudes personales, que pivotaban sobre la buena voluntad; el cálculo, empero, de lo que era justo, era tarea conjunta de la buena voluntad¹¹ y de la razón. Por ser tarea racional, la norma concreta debía ser obedecida; mucho se ha escrito sobre el *intelectualismo* gregoriano y medieval.

Pero ha sido una tentación constante en todos los tiempos suponer la justicia como la obediencia a la ley ya existente, porque, por alguna cualidad mística, las leyes reclamaban obediencia¹². *Es tut mir leid*, pero nada conlleva sin más esas cualidades místicas.

(11) SAN ANSELMO DE CANTERBURY destacaba ante todo la buena voluntad del que quiere establecer lo que es justo, y definía a la justicia como “*rectitudo voluntatis propter se servata*”. “Magister. Voluntas enim justa est, quae sui rectitudinem servat propter ipsam rectitudinem. Discipulus. Aut ista, aut nulla justa est. Magister. Justitia igitur est rectitudo voluntatis propter se servata”. Vid. *Opera*, tomus tertius. Coloniae, 1573, *Dialogus de Veritate*, cap. 13, pág. 85. Sobre este juego de la buena voluntad y la razón en Tomás de Aquino, vid. las alusiones en mi estudio *La derogabilidad de la ley natural en Tomás de Aquino*, en “*Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*” LXVII (2000) págs. 470-530.

(12) TOMÁS DE AQUINO se opuso a esta consideración, ya que él entendía que lo mandado procede del fin, no de alguna voluntad. Por ello, escribía en *Sum. Gent.*, § 1874, que “*Peccatum non invenitur nisi in his quae sunt propter finem: nec enim imputatur alicui ad peccatum si deficiat ab eo quod non est*”.

La obediencia estaba justificada cuando existía una igualdad de planos entre la norma y el hecho, y el normativismo inherente a cualquier acto de voluntad no suponía ni creaba sin más esa igualdad o esa *naturalidad*. Existe, o al menos, es observable, esa adecuación, cuando cada ser corre tras “su” propio bien, de forma que la adecuación y proporción del bien no la crea la voluntad; la norma o regla ha de ser *propinqua et domestica* a los hechos que regula, de forma que sea reclamado por éstos. Por ello, Tomás de Aquino explicaba que la Ética no usa el modo imperativo: “¡Haz esto!”, sino el modo de presente: “Esto está para que tú lo hagas”¹³. Gabriel Vázquez de Belmonte, que partía desde unos presupuestos filosóficos más próximos a Platón que no a Tomás, rechazó igualmente el carácter imperativo de la regla moral, porque entendió que es suficiente, para que la regla moral se constituya en tal y tenga poder para obligar, la simple enunciación de lo que se ha de hacer, al margen de cualquier dictamen imperativo¹⁴. El *imperium*, según Gabriel Vázquez, consiste en proponer al inferior la voluntad del superior, lo que el vulgo llama *insinuar*, y no cabe duda de que tanto insinuar como proponer son operaciones del intelecto. La norma moral consiste, pues, en una locución o enunciación, que es obra del intelecto y de la razón¹⁵. La conciencia, por tanto, no reviste forma de ley, sino solamente de proposición de ley¹⁶.

(13) “Sed ratio potest aliquid intimare dupliciter. Uno modo absolute; quae quidem intimatio exprimitur per verbum indicativi modi: sicut si aliquis alicui dicat: *Hoc est tibi faciendum*. Aliquando autem ratio intimat aliquid alicui movendum ipsum ad hoc. Et talis intimatio exprimitur per verbum imperativi modi: puta, cum alicui dicitur: *Fac hoc ...* Ratio movet imperando, sit ei ex virtute voluntatis. Unde reliquitur, quod imperare sit actus rationis, praesupponitur actus voluntatis, in cuius virtute ratio movet per imperium ad exercitium actus ... radix voluntatis est voluntas, sicut subjectum; sed sicut causa est ratio”. *Suma teológica*, I-II, q. 17, art. 1.

(14) “Deinde, quod dicebat prima opinio, necessarium esse in quavis actu dictamen illud per modum imperii, “Fac hoc”, et non sufficere iudicium enunciationis absque ea enuntiationis, quae dicitur imperium, aperte falsum est”. *Commentariorum ac Disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae*. Ingolstadt, 1611, q. 14, art. 1, disputatio 44, cap. 3.

(15) “Imperare est substantialiter insinuare voluntatem superioris inferiori, hoc est, proponere inferiori aliquid faciendum ex voluntate superioris, quod vulgo dici solet intimare ... In quo quidem ratione nullum dubium esse potest, quin insinuare, et proponere pertinent ad intellectum: est enim locutio, et enuntiatio quaedam, quae est opus intellectus, et rationis”. *Commentariorum ac Disputationum...*, cit., q. 17, art. 1, disputatio 44, cap. 3.

Donde sí se requiere el *praeceptum* es en el derecho positivo, que se constituye en derecho precisamente por un acto de la voluntad del gobernante¹⁷. Desde luego, sería bastante problemático hacer de Gabriel Vázquez un intérprete de Tomás de Aquino, pero su coincidencia en este tema nos hace ver hasta qué punto la mentalidad premoderna insistía más en la racionalidad que no en actos de voluntad.

Estas consideraciones se enturbiaron con motivo de la polémica sobre la pobreza cristiana cuando, a partir del siglo XIV, la mentalidad propia de los religiosos de las órdenes mendicantes exigió que el *jus* fuera diseñado sobre un patrón laico radicalmente individualista (y por ello alejado de la pobreza y obediencia de los religiosos), de modo que las palabras *facultas*, *potestas et dominium* se hicieran sinónimas entre sí y con la de derecho, siempre realidades mundanas. Hasta entonces, en buena parte de la mentalidad cristiana, el hombre había sido considerado como un ser *exitus a Deo et redditus ad Deum*, por lo que la separación entre el plano natural y sobrenatural era solamente relativa. No existía en el hombre una dimensión, naturaleza o finalidad puramente natural, designada en la Baja Edad Media con la expresión *puris naturalibus*. Al contrario, el hombre y Dios participaban hasta cierto punto de un mismo *logos*; se trataba, ciertamente, de sólo una *participatio*, una forma inferior del conocimiento, ya que el fundamento del conocimiento era la similitud (*similitudo*). Pero esta participación determinaba su inserción en una misma racionalidad, de forma que el ser humano era un colaborador de Dios en la obra continuada de la Creación, actuando como una causa segunda. El hombre no sólo está en el mundo, sino que él mismo es el mundo. Esta cooperación humana se nos muestra ante todo en el hecho de que el hombre es propiamente creador, no tanto en el plano poético o *facere*, sino ante todo en el plano práctico, porque la sociedad humana (que sería una causa segunda en la Creación) puede impo-

(16) "Consta enim conscientia nostra non esse legem, sed solum propositionem legis". *Commentariorum ac Disputationum*., q. 19, disputatio 58, cap. 1.

(17) Vid. *Commentariorum ac Disputationum*, q. 71, art. 2, disputatio 90, pág. 616 de esta edición.

ner deberes (verdaderos deberes, no simples forzamientos) a sus integrantes¹⁸. Crear deber es la máxima expresión de la creatividad humana, con la que el hombre se sitúa en el lugar de Dios. Fue lógico que esta pretensión sonara casi a blasfema a los que se opusieron al aristotelismo, y desde Duns Scoto, la mentalidad mayoritaria (no aristotélica) mantuvo que el derecho no obligaba en conciencia, o bajo deber, a su cumplimiento.

Efectivamente, antes del Renacimiento se abrió paso una mentalidad, representada por personas tan influyentes como Juan de Gerson o Gabriel Biel, que distinguía estos dos planos distintos en el género humano, el natural y el sobrenatural. La intuición básica de Juan Duns es la del hombre como un ser que está “en” el mundo: Pero un mundo que no es suyo, porque ambos no participan de un mismo *logos*. Fue lógico que sus discípulos mantuvieran que lo natural, en tanto que natural, no tiene relevancia ante la dimensión sobrenatural, y que la misma ley natural (así hicieron Gerson y sus seguidores), no genera ningún deber de obedecerla¹⁹. La doctrina del *puris naturalibus* implicaba que el derecho consiste en un conjunto de órdenes imperadas por voluntades distintas (las de Dios y las de los gobernantes humanos), que el hombre ha de obedecer, y que puede entender pero no comprender necesariamente. Duns y Gerson situaron al hombre y sus leyes en planos distintos, porque el derecho ya no es natural al hombre, y sin embargo mantuvieron que el hombre ha de obedecer esas leyes. En el caso de las leyes humanas, por razones de utilidad; en el caso de la ley natural, porque el hombre dispone de una *potentia obediencialis*²⁰.

¿Cómo se insertaba la conducta de cada hombre en la ley? Los aristotélicos habían mantenido que un hombre puede imponer un *deber* a otro u otros porque ante todo habla desde una comunidad de i-

(18) TOMÁS DE AQUINO declaraba que “Homines, qui in terris super alios constituuntur, sunt quasi divinae providentiae executores: Deus enim, per suae providentiae ordinem, per superiora inferiora exequitur”. *Sum. Gent.*, § 3194.

(19) “Nulla transgressio Legis naturalis, ut naturalis est vel humana, est de facto peccatum mortale ... quia Lex naturalis est humana, ut tales sunt, non possunt attingere ad cognitionem aeternitatis in poena vel praemio”. *Liber de vita spirituali animae*, en *Opera*. Antwerpiae, 1707, vol. III, Lectio IV, Corollarium Primum, pág. 38.

(20) Vid. GERSON, *Tractatus de potestate ecclesiastica, et de origine juris et legum*, en la edición citada, vol. II, pág. 250.

deas, y este *logos* común era vinculante. Si falta tal *logos*, ante las insuficiencias de las explicaciones simplemente utilitaristas, los medievales como Scoto hablaron de una potencia obediencial, y los modernos aludieron a veces a tal potencia, o más usualmente, a la categoría de la *imputatio*. La imputación resultó ser un gran manto que ocultaba una multitud de interrogantes, porque nadie ve claro por qué ha de obedecer si no existen motivos para ello. Hablo de motivos humanos y prácticos, al modo de Rousseau cuando escribía que “si es preciso obedecer por la fuerza, no hace falta obedecer por deber”. La batalla comenzó históricamente con la doctrina del *puris naturalibus*.

2. *El puris naturalibus en la Edad Moderna*

Esta tentación permanente de la mentalidad cristiana estalló inconteniblemente en la Escolástica tardía española del siglo XVI. Indiquemos que no hubo una sola escolástica en España, sino ante todo y fundamentalmente, dos actitudes distintas, una representada por los *Salmanticenses*, que abarca desde Francisco de Vitoria a comienzos del siglo, integrada normalmente por dominicos, y que podemos considerar que alcanza su máximo exponente en Domingo de Soto hacia 1560, y la otra por los jesuitas que cierran el siglo XVII, fundamentalmente Vázquez, Molina y Suárez, que reciben el nombre de *Conimbricenses*.

Pero también alguno de los tomistas que forman el grupo de los *Salmanticenses* cedió ante la nueva moda. Así, Domingo Báñez, separaba la Ética humana de la Teología moral, porque postulaba que el hombre dispone de dos fines últimos, natural y sobrenatural: “Corresponde a la filosofía moral, considerada de forma propia y directa, definir las cuestiones sobre la justicia y el derecho en la medida en que el hombre está ordenado al grupo político y a un fin natural”²¹. Había pesado mucho en los teólogos

(²¹) “Ad hoc respondetur, ut sic prima conclusio. Ad moralem philosophiam proprie et directe spectat de justitia et jure quaestiones definire quatenus homo ordinatus est convictum politicum et finem naturalem”. *De justitia et jure decisiones*. Salamanticae, 1594, Prologus, pág. 1.

la sentencia de San Isidoro de Sevilla, que consideraba que el *fas* o libertad natural es ley divina, y la *lex* constrictiva que restringe políticamente aquella primera libertad es obra humana²². Los jesuitas se sumaron colectivamente a la doctrina del *puris naturalibus* desde finales del siglo XVI. Gabriel Vázquez la introduce a partir de la *quaestio* 1, art. 4, *disputatio* 5 de su obra principal. Luis de Molina consideraba que el poder había de ser doble, uno eclesiástico y otro político, y este desdoble de las *jurisdictiones* se debía a los distintos fines del hombre, uno sobrenatural, que solamente se podía alcanzar con medios igualmente sobrenaturales, y otro natural o político, pues él consideraba que el hombre había sido creado primariamente para un fin natural²³. Francisco Suárez distinguía igualmente dos finalidades últimas en el ser humano, una natural y otra sobrenatural²⁴. A estas dos finalidades corresponden dos naturalezas distintas acompañadas de dos revelaciones igualmente diferentes²⁵. Era doctrina muy distinta de la tomista, pues Tomás de Aquino había distinguido dos cualidades (qualitates) en el hombre. Una primera por la que era animal, y otra posterior o *superveniens*, por la que era animal racional²⁶, pero en ningún momento supuso una ley de la naturaleza y una ley de la Gracia, como paralelas, al modo suareziano.

En la formación de esta dicotomía debieron influir decisivamente las guerras de religión del siglo XVI. Católicos y protestan-

(22) BAÑEZ indicaba que “Dicit autem Isidorus in lib. Etym. fas lex divina est, jus autem lex humana”. *De justitia et jure...*, cit., pág. 3.

(23) “Potestas duplex est. Laica videlicet, et Ecclesiastica. Quo loco animadvertendum est, homo conditus non esse in finem supernaturalem per media supernaturalia comparandum, sed solum finem naturalem, adhuc tunc distingui ejusmodi duplex potestas”. *De justitia et jure opera omnia*. Venetiis, 1614, Tractatus 2, disputatio 21, columna 96.

(24) Vid., por ejemplo, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*. Coimbra, 1612, L. I, cap. 3, § 10.

(25) “Circa legem naturalem docet Theologia, hominem secundum duplicem naturam, et duplex rationis lumen considerari potest. Primum secundum puram naturam, seu substantiam animae rationalis, et consequenter secundum rationis lumen illi connaturale. Secundum iuxta gratiae desuper hominis infusa, et secundum divinam, ac supernaturalem lumen fidei”. *Tractatus de legibus...*, cit., L. I, cap. 3, § 10. Vid. también el Praefatio del libro II de esta obra.

(26) En *Suma teológica*, I, q. 82, art. 1, escribe que “Qualitas hominis est duplex. Una naturalis, et alia superveniens”.

tes estaban confundiendo los planos natural y sobrenatural, o religioso y político, y las explicaciones de estos jesuitas se deben ante todo a la necesidad de distinguir estos dos poderes y dos tipos de leyes, asegurando así a la potestad eclesiástica una autonomía que se veía amenazada en varias zonas de Europa. Mediante el postulado de la doble naturaleza humana, que respondía a fines distintos, introdujeron la afirmación de dos clases de poderes y leyes. Esta doctrina tuvo éxito en la escolástica más tardía, y Francisco de Oviedo podía escribir a mediados del siglo XVII que era opinión común que el hombre puede tender hacia dos fines distintos²⁷.

Como es lógico, la afirmación de dos poderes que crean imperativamente sus propias leyes, llevó a la reflexión sobre el derecho hacia un fuerte normativismo, realzando la función de la voluntad en la creación del derecho, y en menosprecio de la racionalidad de las leyes positivas. Ante este problema, los jesuitas consideraron que todo lo que es justo o racional sin más, pertenece al derecho natural, con lo que este derecho alcanzó una extensión desconocida hasta entonces. En cambio, lo que es *arbitrarium*, como son las prohibiciones de los frailes de salir del convento sin permiso del superior, los ayunos cuaresmales, etc., se constituye en ordenado jurídica o moralmente por un acto de la voluntad competente. Francisco Suárez usó extensamente este tipo de argumentaciones, tomando sus ejemplos normalmente del derecho canónico²⁸, sin querer apreciar que la mayor parte de los preceptos canónicos existen efectivamente por un acto de la voluntad eclesiástica, pues el *Credo* no habla de los cardenales, beneficiados, párrocos, o de las exigencias de la Cuaresma. Esto es, que lo que es válido para el derecho canónico, no es válido para el *jus civile*.

(27) Vid. *In Primam Secundae Divi Thomae*. Lyon, 1646, pág. 6.

(28) Un ejemplo de este esquema argumentativo usual en él lo tenemos en *Tractatus...*, L. I, cap. 17, § 7, en donde escribe que "Secundum effectus erat constituere medium rei in materia virtutis. De quo idem dicendum est; nam illud non sit, nisi prohibendo, vel praecipiendo. Ut praeceptum jejunii ... Hoc enim modo lex praecipiens audire missam die festo...".

3. Lo que la Edad Moderna no aceptaba

El siglo XVII se encontró, de una parte, con la filosofía de las substancias mantenida por Vázquez, Molina y Suárez, una filosofía que pivotaba sobre las naturalezas de las cosas, y que entendía que tales naturalezas eran inmutables. Gabriel Vázquez se rebeló abiertamente contra Tomás de Aquino, denunciando la *circulatio* sobre la que, según él, reposaba toda la filosofía práctica tomista²⁹, y propuso considerar cada conducta o naturaleza en sí misma, según el criterio que los escolásticos veían llamando *formaliter*, esto es, antes de que intervenga alguna consideración humana. El estudio formal de las realidades, expresión máxima del criterio *ex objecto* en la filosofía práctica, entendía que cada conducta era buena o mala en sí misma, de forma inalterable. Como la ley natural se rellenaba de nociones *formales*, esta ley devino, en las manos de Gabriel Vázquez, Luis de Molina y Francisco Suárez, una realidad rígida e inmodificable, y esto tampoco tenía que ver con la explicación tomista. A pesar de ser todos ellos teólogos, no fue la Teología la que impuso sus pretensiones a la Filosofía, sino que la Filosofía metafísica escotista, con su insistencia en el criterio *formaliter*, hizo derivar a esta Teología tardoescolástica de acuerdo con sus propios cánones.

El siglo XVII se encontró también con la herencia romanista del individuo aislado e independiente en el *status naturae*, regido solamente por el derecho natural³⁰. Este hombre así entendido sólo

(²⁹) El problema, históricamente, había residido, en que TOMÁS DE AQUINO había indicado que la razón se vuelve racional al seguir las tendencias y apetitos naturales del hombre, y que estos apetitos, a su vez, son moderados por la razón. En la *Summa contra Gentiles*, Tomás reconoce que existe una cierta *circulatio* en este planteamiento. GABRIEL VÁZQUEZ objeta "quia Arist. 6 Eth. verum intellectus practici definit, quod est consentaneum appetitui recto, respondet Aristotelem ibi fuisse locutum solum de intellectu practico in consultatione versetur eorum, quae sunt ad finem: in iis autem, quae sunt ad finem, rectitudinis rationis consistere in conformatione, et convenientia cum appetitu recto finis: at verum appetitum rectum circa finem oriri ex recta apprehensione finis: ut ita concludet, rectitudinem voluntatis tandem desumi ex rectitudine rationis". *Commentariorum ac Disputationum...*, cit., q. 19, art. 1, disputatio 58, pág. 410.

(³⁰) Estas dimensiones del derecho romano están aún hoy poco estudiadas. BONUCI hizo un serio intento, a comienzos del siglo XX, por darlas a conocer. Vid. su estudio *La derogabilità del diritto naturale nella scolastica*. Perugia, 1906. Más recientemente, RUDOLPH WEIGAND se ha ocupado de esta noción del derecho natural. Vid. *Die*

disponía en un primer momento histórico o genético del *jus naturale*, esto es, de la libertad natural, y los juristas romanos consideraron que el *jus gentium*, en una segunda etapa de la historia de la humanidad, había invadido la vida de los hombres, *introduciendo* las propiedades privadas, las guerras, las esclavitudes, la vida en ciudades, etc. La ley “Ex hoc jure”, contenida en D. 1,1,5, tuvo un valor decisivo en la conformación de esta mentalidad jusnaturalista. Esta noción del derecho natural, de la que tanto eco se hizo Isidoro de Sevilla, vegetó en los comentarios al Digesto y a la Instituta, y penetró profundamente en los estudiosos del Jus Commune y, en general, en toda la cultura europea bajomedieval. El primer jurista que realzó sistemáticamente esta noción del *jus naturale* fue Fernando Vázquez de Menchaca, en sus “Controversias ilustres”, aparecidas en 1564. Vázquez hizo del individuo aislado, independiente y libre, el quicio de la mayor parte de sus soluciones a los problemas que él plantea, suponiendo que si unos hombres así habían decidido constituirse en sociedad, este impulso únicamente podía deberse a su deseo de vivir más cómodamente y de salvaguardar sus derechos naturales (*jura naturalia*), que eran desconocidos en la mayor parte del mundo³¹. Esta mentalidad jusnaturalista giraba en torno al *fas* o *jus*, que consistía en libertad originaria, y al *jus gentium* y las leyes positivas humanas, que limitaban aquella libertad primera para resolver más satisfactoriamente las necesidades históricas de los hombres.

Ésta fue la doble herencia que recibió el incipiente siglo XVII, una de objetivismo metafísico, y otra individualista y contractualista. El mismo Suárez recoge ambas ampliamente, sin que siempre sepa cómo coordinarlas. En el plano filosófico más general dominaba la filosofía sobre las naturalezas inmutables de las cosas de los últimos escolásticos españoles, y aún en la segunda mitad de este siglo, Samuel Pufendorf recoge un discurso universitario

Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus. München, 1967. De forma más compendiada, vid. mi estudio *El derecho natural laico de la Edad Media*, en “Persona y Derecho” VII (1981) págs. 33-100.

(³¹) Vid. mi estudio *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*. Universidad de Salamanca, 1977, *per totum*.

que rezaba: “Venerables preceptores míos en la Teología. Yo os pregunto, os imploro, os impetro, que me digáis, que por Dios me digáis, si el príncipe de los moralistas, Tomás de Aquino, el Papa de los metafísicos, Suárez, si Molina, Vázquez, Valencia, los Conimbricenses, Sánchez, Stahl, que son escritores dignos de ser recordados por la eternidad, solamente nos han vendido falacias”³². En cambio, en el plano jurídico, las pretensiones del contractualismo que dio el paso decisivo en las manos de Fernando Vázquez de Menchaca, que partía desde los derechos naturales del hombre, eran cada vez más exigentes.

Ambas tendencias fueron reunidas por Hugo Grocio, que publicó su “Derecho de la guerra y de la paz” en 1625, y su libro fue saludado como el primer tratado del derecho natural que había aparecido en la historia³³. Algunos autores protestantes, que buscaban emanciparse de la cultura que les había ofrecido hasta entonces la *ratio corrupta* de los paganos y de los católicos, saludaron este libro como la primera aparición de la inteligencia en la historia. Pero Grocio no tuvo un talante rupturista, como indica Hervada: Sus páginas están llenas de citas de los clásicos latinos, del derecho romano, de los juristas bajomedievales y, en el plano más filosófico, de los escolásticos españoles. Él intentó una síntesis de las dos tradiciones que había recibido, la metafísica de Gabriel Vázquez, Molina y Suárez, y la contractualista de Fernando Vázquez de Menchaca, que ganaba prestigio de año en año. Estableció un principio fundamental de todo el derecho, el de la sociabilidad, y declaró que todas las conductas que fomentaran la sociabilidad eran adecuadas al derecho natural, aunque no queda claro en su obra si tales conductas son adecuadas al derecho natural o, simplemente, a derecho. Recurrió también frecuentemente al individuo independiente del *status naturae*, que sólo puede contraer obligaciones prestando libremente su liber-

(32) “Vos venerandi mei Praeceptores Theologi, vos inquam rogo, vos obtestor, eloquamini, per Deum eloquamini, an Moralistarum Princeps Thomas, Metaphysicorum Papa Suarez, Molina, Vazquez, Valentia, Conimbricenses, Sanchez, et beatus Stahlus noster Scriptorum aeternitate dignissimi, nugas duntaxat venditaverint”. *Eris scandica. Quid adversus libros de jure naturali et gentium objecta diluuntur*. Frankfurt am Main, 1686, pág. 214.

(33) Para ver testimonios de la época en este sentido, vid. mi estudio *La Modernidad jurídica y los Católicos*, en “Anuario de Filosofía del Derecho” V (1988) págs. 383-410.

dad, es decir, mediante pactos. Lo que cabe preguntarse es si la suya fue una obra que pudiera ser calificada como de derecho natural³⁴. El Barón von Homberg estimaba que no: “La mayor duda viene introducida porque Grocio trata poquísimas veces del principio de la sociabilidad a lo largo de su obra ... Como era un hombre erudito, no parece probable que simplemente se olvidara de lo que estableció en los Prolegomena acerca del sumo poder y de la suma necesidad, temas de los que hace poco o ningún uso”³⁵. Efectivamente, Hugo Grocio alude unas veces al derecho romano, otras a clásicos latinos, en otras ocasiones se apoya en la autoridad de los escolásticos españoles, con frecuencia argumenta de forma libre³⁶, y no duda en recurrir a la doctrina más clásica acerca de la ley eterna de Dios.

Este último fue el punto por el que decididamente fue rechazado en medio de los mayores elogios. Adam Andrés Hochster ya explicaba que “Grocio y Kulpis, así como algunos otros, han establecido que los preceptos de la ley natural dependen del decreto de la ley eterna, de forma que se nos manifiestan mediante un dictamen de la recta razón. Como esta fraseología está anticuada, no hace falta despreciarla”³⁷. Heineccius explica que Grocio alabó a los escolásticos, e hizo mal, y de ahí deriva su condena del holandés³⁸. Nicolás Jerónimo Gundling, el discípulo más

(34) JAVIER HERVADA mantiene que no. Vid. *Historia de la ciencia del derecho natural*. Pamplona, 1987, pág. 262.

(35) “Majus dubium movet, quod Grotius per totum opus paucissimas quaestiones ex principio societatis salvat ... Cum enim fuerit vir vere eruditus neque probabile videtur, illum eorum, quae in Prolegomenis summo imperio et summa necessitate praemisisset, adeo immemorem fuisse, etc. quod fundamenti loco toti operi ... substraverat, ejus tam rara, vel plane nullam mentionem fecisse”. *Dubia juris naturae*. Hallae, 1729, cap. 6, § 38.

(36) VALENTÍN VELTHEIM resaltaba este entronque de Grocio con la tradición jurídica cuando escribía que “Primam regula Grotius alibi rotundius expresserat hunc in modum: Necessitas finis in moralibus facit jus”. *Introductio ad Hugonis Grotii ejusque omnes libros ac singula capita ubi simul Elementa scientiae de juris naturae et gentium prudentia*. Jenae, 1676, L. III, cap. 1, § 1.

(37) “Dicunt Grotius et Kulpisius, cum iisque aliis, praecepta juris Naturalis decreto legis aeternae niti, vero nobis per dictamen rectae rationis innotescere. Quae phraseologia ut antiqua est, sic minime contemnenda, si recte capiatur”. *Collegium Pufendorffianum super libris duobus de officio hominis et civis*. Tubingae, 1710, Exercitatio IV, § 23.

(38) Vid. *Elementa juris naturae et gentium commoda auditoribus methodo adornata*. Neapoli, 1829, págs. 52-53.

inmediato y agudo de Christian Thomasius, reprochaba a Grocio “este rasgo escolástico” que hacía depender la paz y la tranquilidad social de la santidad de Dios³⁹. La sola presencia de una cita escolástica era desprestigianete, porque ya Samuel Pufendorf indicaba que seguir a Santo Tomás o a Scoto era pura barbarie⁴⁰. Por esto mismo, para distanciarse de los escolásticos, Pufendorf explicaba que el *status naturae* de que él hablaba no tenía nada en común con el *puris naturalibus* de los escolásticos⁴¹, a pesar de que su doctrina sobre el alcance natural o sobrenatural del derecho natural, era un calco escolástico. El punto que los dividía era la admisión o el rechazo de los que los escolásticos habían llamado primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica, porque tales principios eran una manifestación de la razón divina en el hombre, a los que el género humano accedía mediante la *participatio* de la razón humana en la razón divina o ley eterna. Sobraba la referencia a la ley eterna. Como eran considerados en el siglo XVII principios innatos (cosa que no habían hecho ni Tomás de Aquino ni Scoto), Pufendorf los atacaba: “Los niños no nacen jurisconsultos”⁴². John Locke se distinguió especialmente en su rechazo de los principios innatos, y el ambiente sensista y materialista de la Ilustración no tuvo mayores dificultades en negarlos llanamente. Thomasius, entre otros muchos, exponía que “ya ha sido demostrado que aquella doctrina de los principios innatos, tal como fue expuesta por los escolásticos, carece de todo fundamento de verdad”⁴³. Según

(³⁹) “Nur ist an Grotio zu tadeln, dass er das alte scholastische Zug noch beybehalten, wenn er spricht, quarendam esse pacem et tranquillitatem, quia cum sanctitate Dei conveniant”. *Erläuterung über Samuelis Pufendorffii De Officio hominis et civis*. Hamburg, 1744, L., I, cap. 3, § 1.

(⁴⁰) Vid. *Eris scandica...*, cit., pág. 100.

(⁴¹) “Ast ego dico, inter statum purorum naturalium, quam Scholastici figunt, et inter statum hominis naturalem, de quo ego tracto, tantum esse discrimen; quantum inter ea, quae Theologoci de penitentia seu conversione hominis, et Jureconsulti de penitentia in contractibus docent”. *Eris scandica...*, cit., págs. 137-138.

(⁴²) “Infantes non nasci Jureconsultos”. *Eris scandica...*, cit., pág. 40.

(⁴³) “Jam alibi ostenum est, quod illa doctrina de principiis innatis, prout a Scholasticis exponitur, omni fundamento veritatis destituatur”. *Fundamenta juris naturae et gentium ex sensu communi deducta, in quibus ubique secernuntur principia honesti, justii ac decori*. Halae et Lipsiae, 1718, cap. 4, § 15.

Heineccius, la *recta ratio* no se compone de principios innatos, sino de la capacidad misma de razonar⁴⁴.

En aquel ambiente materialista, típico del jusnaturalismo más tardío, el del siglo XVIII, las evidencias racionales que no interesaban, no encontraban acomodo. Para sus integrantes, los espíritus eran gases o aires, como muestra Thomasius⁴⁵, y nadie se tomaba en serio los pneumas que no podían ser percibidos por los sentidos.

4. Justicia de Dios y justicia de los hombres

Pero tratar del derecho natural planteaba algunos problemas propios; pues el derecho natural es una categoría que siempre ha aparecido en un marco teológico, y no tenía sentido que un ateo hablara de él, a menos que se refiriera al *fatum* estoico; lo que no era el caso en la Edad Moderna. Un derecho natural secularizado parecía un contrasentido. De hecho, Fernando Vázquez de Menchaca usó varias nociones de este derecho, una de ellas, la de *recta ratio*, y Hugo Grocio, porque lo entendía también como recta razón (entre otras acepciones), afirmó igualmente la participación de la razón humana en la ley eterna de Dios. Era preciso prescindir de la *recta ratio* en que consistía la *participatio* del género humano en la razón divina.

Algunos escolásticos, como Molina y Suárez, habían establecido un doble fin en el hombre, y en consecuencia una doble naturaleza acompañada de sendas racionalidades. Ahora se trataba, tras los pasos de Suárez, de sacar todo el partido a esta distinción. Samuel Pufendorf, activo en la segunda mitad del siglo XVII, afirmó que la justicia divina es distinta de la justicia humana⁴⁶. No mantuvo un argumento único para fundamentar esta tesis. En ocasiones,

(44) “vero *recta ratio nobis sit facultas ratiocinandi, seu veritas alias ex aliis per necessariam concludendi rationem eliciendi*”. *Elementa...*, cit., Introductio, § 15.

(45) “Ad istum absurdum refero pene totam Scholasticorum Pneumaticam, seu Philosophia de Spiritibus”. *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*. Halae, 1702, L. I, cap. 2, § 64.

(46) “Ad quod reperitur; justitiam Dei et justitiam humanam disparis esse indolis ... Sic et p. 161 et p. 177 nihil aliud inculcamus, quam justitiam Dei, et justitiam hominum non eodem modulo esse metiendam”. *Eris scandica*, en *Apologia pro se et suo libro*, § 8.

manifestó que la ley natural no es una parte de la imagen de Dios; de hecho, si dijéramos que la imagen de Dios pertenece a la ley natural, habría que mantener también que un conocimiento perfecto de esta ley sería parte de la imagen divina, y esto es absurdo, porque tampoco el Corpus Juris es parte del cuerpo del jurista⁴⁷. En otros momentos manifestó que, aunque el hombre está creado a imagen de Dios, y se podría decir que la justicia de los hombres ha de ser ejercida de acuerdo con el prototipo de la imagen divina, lo cierto es que hemos perdido la imagen de Dios después del pecado⁴⁸. Como el derecho natural había sido tratado en los siglos XVI y XVII ante todo por teólogos, al trasfondo necesariamente teológico se añadía un carácter gremial: Había que establecer la autonomía del estudio jusnaturalista frente al saber teológico. Éste fue, al menos, un pretexto para separar el derecho natural de las consideraciones teológicas, porque Pufendorf no trató solamente de crear un sistema de derecho natural como saber secular, sino un cuerpo de derecho natural *secularizado*, que no tomara en préstamo sus fundamentos a la Teología. Cabalmente, el tratado de Hugo Grocio ya aparecía como una disciplina secularizada, pero molestaban sus referencias a la ley eterna.

Samuel Pufendorf, no siempre coherente ni consecuente, sentó algunas bases para esta emancipación. Una de ellas consistió en mantener que el derecho natural se ocupa de las acciones exteriores de los hombres en el foro humano, mientras que el teólogo considera la pureza del corazón⁴⁹. Lo más normal fueron los textos en los que trataba de hacer ver que el ámbito de lo teológico es el de lo expresamente revelado, mientras que lo obtenido por el discurso racional, compone simple derecho natural. Así, argumentaba

(47) “Inepte dicitur; lex naturae est pars imaginis divinae. Si enim utique imago Dei ad legen etiam naturae pertinet, ita dicendum fuerat, liquida et perfecta cognitio legis naturalis erat pars imaginis Dei”. *Eris scandica...*, cit., págs. 43-44.

(48) “homo est creatus ad imaginem Dei; ergo et justitia hominibus in viam exercenda est expressa ad justitiam Dei essentialem tanquam ad prototypam ... Imago Dei per lapsum amissa est”. *Eris scandica...*, cit., 43.

(49) “Cogitationis poenas in foro humano neminem laedere traslatitium est. Impavtatem autem cordis et actionum considerare ad Thelogiam spectat. Est et illa sequella oppido quam crassa; disciplina juris naturalis ad forum humanum adaptatam maximam partem circa exteriores homini acciones versatur”. *Eris scandica...*, cit., 356.

que, aunque por la sola luz de la razón me reconozco pecador, ningún sacramento producido por el derecho natural me aliviará de estos pecados⁵⁰. En otros momentos, alega que el derecho natural puede contener, ciertamente, preceptos comunes con la Teología moral, pero es preciso que los contenidos concretos del derecho natural sean demostrados racionalmente⁵¹.

No está claro qué quiere decir la expresión “demostrar racionalmente” como bandera de la secularización, porque las dos líneas jusnaturalistas que existen en Pufendorf exigen, de algún modo, el entronque con Dios. Una, que es la más conocida, muestra multitud de preceptos, reglas y normas propias –según él– del derecho natural, que abarrotan las páginas de sus tratados sobre este derecho. Pero, aparte de que tales normas están tomadas materialmente de los tratados de Teología moral escolásticos (como le reprochaba Desing en el siglo siguiente⁵²), sería preciso suponer una “lex praecipiens” que ordenara abstenerse de las conductas malas y cumplir las conductas buenas: Se haría también acreedor a los reproches que Suárez lanzó a Vázquez y Molina. La otra línea argumentativa (menos conocida) insiste en el *jus* originario que compete a todo hombre, que es una *naturalis libertas* que es “máximamente difusiva”, y que se erige en torno al hombre, dando lugar a esferas individuales de libertad. En un momento posterior intervendrá la categoría de la *lex*, que limitará y ordenará aquel *jus* primitivo con el fin de llevar una vida más humana⁵³. Pero si él postula como válido un *jus* o derecho innato del hombre, ha de reconocer que tal derecho ha de ser más que un simple dato natural. Ésta es una con-

(⁵⁰) “Sed quia etiam ex lumine rationis intelligo me peccatorem esse, non autem, qua ratione Numen peccatis offesum placandum sit, quod sola Theologia revelata docet: igitur jus naturale es solo rationis lumine traditum frustra ad forum internum, saltem primario, refertur, ubi solo hoc jure instructus damnari possum, absolvi no possum, et ubi morsus conscientiae sentiuntur, medicina non invenitur”. *Eris scandica...*, cit., pág. 371.

(⁵¹) Vid. *Eris scandica...*, cit., *Samuelis Pufendorfii epistola ad Johannem Adam Scherzum, Theologum apud Lisienses Primarium, Super censura qua piam in librum suum inique lata*, pág. 82

(⁵²) Vid. L. CABRERA, *Modernidad y Neoescolástica: Anselm Desing*. Universidad de Cádiz, 2001, págs. 180-182.

(⁵³) Vid. mi estudio *El cambio decisivo en la 'jurisprudencia': Samuel Pufendorf y la teoría de la cualidad moral*, en “Iustitia” (Buenos Aires) I (1993) págs. 361-383.

tradición, compartida con John Locke, señalada por algunos políticos, que ni Pufendorf ni Locke pudieron resolver. Él se limitó con establecer “librum meum esse Politicum, nec ad Theologos quidnam spectare”⁵⁴.

Por lo general, los argumentos de la incipiente escuela del derecho natural, representados por Pufendorf, insistieron en la separación que ha de existir teóricamente entre los datos revelados expresamente por Dios mediante una vía sobrenatural, y aquellos otros que obtenemos los hombres mediante el uso de la razón. Él insistió, del mismo modo que Francisco Suárez, en que la Revelación es doble, y que el derecho natural posee igualmente dos naturalezas. Una, que derivamos desde las Sagradas Escrituras, que compete tratar al teólogo, y que no se extiende más allá; la otra, que consiste en el estudio de este derecho, que compone una disciplina especial, cuyo principio de conocimiento (*principium cognoscendi*) es único, y que lo conocemos mediante la luz de la razón, cuyo fin y uso quedan dentro de los límites de esta vida⁵⁵. Éste fue precisamente uno de los grandes escándalos que provocativamente aportó este alemán a la cultura de su tiempo: Mantener que toda una parte de la Ética, como es el derecho natural, sólo sirve para la vida terrena, sin que tenga relevancia directa ante Dios⁵⁶. Él mantenía que cualquier hombre de edad madura y mente íntegra, que comprendiera con su cultura y meditación estos principios, entendería que ellos sirven solamente para llevar una vida honesta y tranquila⁵⁷.

¿Acaso el hombre, aún después de la Caída, no comparte una misma racionalidad con Dios? Ya hemos visto que Pufendorf no

(⁵⁴) *Eris scandica*., cit., pág. 65.

(⁵⁵) “Qua res ut eo clarior fiat, observari veli, duplicem esse de jure naturali traditionem; quam unam ad Theologiam spectat, quae ex Scripturis Sacris hauritur, nec alterius extenditur, quam quatenus locum aliqua in cetera volunt articulorum fidei habet. Altero modo tractatur jure naturali, quatenus peculiarem disciplinam constituit, cujus principium cognoscendi unicum et lumen rationis, ac finis et usus intra terminos hujus vitae coërcetur”. *Eris scandica*., cit., pág. 133.

(⁵⁶) “Illud porro discrimen maximum est, quod finis disciplinae juris Naturalis tantum ambitu hujus vitae includatur”. *De Officio hominis et civis prout ipsi praescribuntur legi naturali libri duo*. Giessae, 1731, Praefatio ad Lectorem, § 6.

(⁵⁷) Vid. *De Officio*., cit., L. I, cap. 1, § 4.

admite tal racionalidad después del pecado. ¿Pero, no podríamos considerar que la Naturaleza es obra de Dios y lleva impresas sus leyes? De hecho, los glosadores y comentaristas del Corpus Juris habían insistido durante siglos en la distinción entre la *natura naturans* y la *natura naturata*, con lo que destacaban en cualquier caso el carácter preceptivo de los datos naturales por su origen divino. Ante esta objeción, él argumenta que si consideramos a la naturaleza como *contradistincta* de Dios, entonces hemos de negar que la potencia de la naturaleza sea el poder de Dios⁵⁸. Al romper así (aunque realmente no argumenta nada, fuera del uso de la extraña palabra de *contradistincta*) el lazo entre Dios y los hombres, el hombre aparece como un ser *arrojado* al mundo (*homo projectum in mundum*⁵⁹), un mundo que ya no comparte con Dios. “Así, por ejemplo, en la disciplina del derecho natural, abstrayendo del conocimiento que obtenemos desde la Sagrada Escritura, se firma la condición primera del hombre, ambos arrojados al mundo, sin más ayuda que su solo raciocinio”⁶⁰. La tesis de la operatividad solamente terrena del *jus naturale* triunfó en la escuela (más que escuela en sentido estricto, habría que hablar de un talante) que creó Pufendorf. La denunció Samuel Coccejus, con escándalo ante lo que él consideraba lo irracional de la pretensión⁶¹, pero los jusnaturalistas relevantes del siglo XVIII le siguieron en este punto. Así procedieron Christian Thomasius⁶², Nicolás J. Gundling⁶³ y el siempre sorprendente Christian Wolff, que se preocupaba solícitamente por ofrecer un aspecto moderado, como discípulo de Leibniz, pero que

(⁵⁸) “Si per naturam intelligamur universitas rerum creaturarum, Deo contradistincta, tunc negamus, potentiam naturae esse ipsius Dei potentiam”. *De jure naturae et gentium libri octo*. Francofurti et Lipsiae, 1759, L. II, cap. 2, § 2.

(⁵⁹) Vid. *Eris scandica*..., cit., pág. 259.

(⁶⁰) “Sic v. g. in disciplina Juris Naturalis, abstrahendo ab illa cognitione, quae ex sacra scriptura hauritur, formatur conditio primi hominis utramque in mundum projecti, quatenus sola ratiocinatio adsequi potest”. *De Officio*..., cit., Praefatio ad Lectorem, § 3.

(⁶¹) “Quae porro objiciuntur eos faciant, qui jus sola humana societate hujus vitae definiunt, ut Pufendorfius et similes”. *Tractatus Juris gentium de principio naturalis unico, vero et adaequato*. Francofurti ad Viadrum, 1702, Altera Pars, pág. 20.

(⁶²) Vid. *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, cit., cap. 1, § 137.

(⁶³) *Erläuterung*..., cit., págs. 2-3.

frecuentemente seguía las tesis más radicales de la nueva escuela del derecho natural⁶⁴.

Éste fue el primer paso en el camino de la secularización del derecho y de la ciencia jurídica. Pero como toda actitud metafísica conlleva, guste o no, una referencia teológica, era preciso ocuparse de demoler acabadamente la metafísica que todavía quedaba entre las páginas de los Conimbricenses, que era la única ontología que ellos conocían. Hasta aquí aquellos jesuitas y los integrantes de la escuela del derecho natural fueron de la mano. Ahora llegaba el momento más destructivo, en el que la fuerza de la voluntad humana debía construir un sistema en el que la *imputatio* desarrollaba una función básica.

5. Nominalismo, voluntarismo y preceptos

Samuel Pufendorf se formó en un marco filosófico que oscilaba entre el objetivismo ético de los Conimbricenses y el empirismo de Thomas Hobbes, ya que conocía bien ambas filosofías. Desde luego, su problema era ante todo de forma: Tenía que convencer a sus lectores, que compraban libros de Derecho natural, de que no existía ningún orden del ser inmutable, y que las cosas no contaban ante la medición del derecho. En el primer caso había de oponerse a los numerosos y dominantes seguidores de Vázquez, Molina, Suárez y Grocio; en el segundo, a la mentalidad jurídica romanista.

El tema lo introduce pronto, en “De jure naturae et gentium”, cuando se pregunta acerca de cómo calcular lo que se debe al otro. Los tomistas habían mantenido la tesis aristotélica del *medium rei*, rechazada expresamente por Suárez, que solamente veía en las relaciones concretas una *materiam contractam* por la ley. Pero Suárez había sido el primer metafísico sistemático, que ha-

(64) “Das Gesetze der Natur ist das Mittel, dadurch der Mensch seine Glückseligkeit erlangt, deren er durch seine natürliche Kräfte in diesem Leben fähig ist”. *Vernünftige Gedanken von der Menschen Thun und Lassen*. 2ª ed. Halle im Magdeburgischen, 1723, I Theil, § 139.

bía poblado el universo filosófico de esencias y naturalezas inmutables, y era preciso acometer la aventura de diseñar un derecho natural que fuera expresamente antimetafísico. Por ello, Pufendorf declara ante todo que “las cosas” no cuentan ante el derecho⁶⁵. Dado el marco de su formación, siempre luchando contra los molinos de viento de los jesuitas, él declara la tesis básica que no comparte: Que las cosas sean buenas o malas *in se et sua natura*, de forma que la ley natural las ordene o las prohíba sin más⁶⁶. Él afirma que la sola razón humana no puede conocer lo que necesariamente ha de querer Dios porque constituye lo propio y esencial de su justicia, o la perfección que necesariamente ha de adquirir el hombre según la santidad de Dios⁶⁷. Además, en el plano más propiamente filosófico o metafísico, él no contempla ideas universales, sino nociones generales que formamos desde lo concreto, que se acomodan (*congruunt*) a las cosas concretas; estamos solamente ante signos, que permiten que las nociones que existen en nuestro ánimo se comuniquen unas con otras, de forma que se comparen y se midan⁶⁸. Él no lucha contra Tomás de Aquino o Francisco de Vitoria, sino ante todo contra Gabriel Vázquez y la filosofía dominante de Suárez, hecha de la mano de Vázquez, seguida a veces por Hugo Grocio. Pero entiende que al oponerse a la nueva metafísica de cuño español, está descalificando a toda la tradición metafísica y escolástica.

Una vez sentado que las normas o preceptos del derecho natural, así como la misma ley natural, no pueden constituir substancias o ideas, él entra en un juego, de la mano de Hobbes, que

(66) “Inde tanquam scopo meo incongruens rejeci thesin isthanc: quod in se et sua natura honestum aut turpem est, id lege naturali praecipitur aut vetatur”. *Eris scandica...*, cit., pág. 233.

(67) “Sane enim non potest sola ratio nostra, quae tamen per unicum cognoscendi principio nostrorum dogmatum circa jus naturale fuit assumpta, perspicue, quod Deo necessum fuerit, justitiam, quae in homines cadere debebat, exprimere ad propriam et essentialem suam justitiam; aut quod necessum sit creaturam perfectionem divinam adaequate praesertim, repraesentare”. *Eris scandica...*, cit., pág. 233.

(68) “Quo cum primis facit, quod ex notionibus notiora queat colligere, et quid sibi congruat, vel non congruat, indicare; notiones universales a singularibus, abstractas formare; signa, per quae notiones in animo haerentes aliis communicare queant, commisci, pondere, ac mensura intelligere, atque ista inter se comparare”. *De jure naturae...*, cit., L. II, cap. 2, § 4.

se desarrolla entre la norma y los hechos, en virtud del cual él considera las acciones humanas como unos movimientos físicos que, considerados al margen de la ley, son moralmente indiferentes, porque estos movimientos físicos no componen acciones humanas o morales, sino solamente “materia” para ser regulada legalmente⁶⁹. Realmente, el adulterio o el homicidio, ¿son acciones indiferentes moralmente antes de que intervenga la calificación legal? Ante las acusaciones de relativismo, derrocha mucha retórica en el *Eris scandica* para mostrar que estas acciones no son de suyo indiferentes⁷⁰, de forma que las medidas que usamos se proyectan sobre conductas que ya están previamente calificadas⁷¹. Pero esto es simple y llanamente contradictorio e incongruente con el conjunto de su doctrina.

Este conjunto doctrinal mantiene, al contrario, que “la bondad o maldad son afecciones o cualidades morales de los actos humanos que nacen desde la conveniencia o inconveniencia con la ley”⁷². Considera unos hechos físicos, de un lado, y unas normas, del otro, de modo que estas normas se proyectan sobre aquellos actos físicos y les otorgan una calificación moral⁷³. La moralidad resultante no consiste ni en aquellos datos físicos ni en esta moralidad previa, sino en las *relationes* que resultan de la conjunción de unos con otras. A estas relaciones les da el nombre de entes morales, *entia moralia*⁷⁴, que deben su existencia a su creación por una voluntad superior, mediante la imposición de

(69) “Altera est, motum physicum in actione humana absque omni respectu ad legem consideratum, esse moraliter indifferentem ... De solu motu physico me agere ... Sane quandiu genus humanus fuit solus motus physices non fuit actio humana et morale, sed ejusdem duntaxat materialem”. *Eris scandica...*, cit., pág. 136.

(70) Vid. op. cit., pág. 136.

(71) Vid. op. cit., págs. 92-98.

(72) “Sed triplex potissimum thesis a una adstritur. Una est, honestatem et turpitudinem esse affectiones aut qualitates morales actionum humanarum ortas ex convenientia aut inconvenientia cum lege”. *Eris scandica...*, cit., pág. 136. En la pág. 276 escribe sencillamente que “Quamquam manifestum est, bonitatem et malitiam actionum esse qualitates morales”.

(73) “Porro quos auctor ex vocabulis superaddendi et imponendi scrupulos concepit, quia porro entia moralia non ex substantia et qualitatibus physicis resultaret, sed origine a determinatione decreta atque imperio Creatoris...”. *Eris scandica...*, cit., pág. 229.

(74) “Et ista attributa vocantur entia moralia, quod ad ista exiguntur, et iidem temperantur mores actionesque hominum”. *De jure naturae...*, cit., L. I, cap. 1, § 2.

unas conductas⁷⁵. Reitera que los entes morales que él diseña no son realidades substantivas, esto es, existentes por sí y en sí, sino modos, *modi*, es decir, un tipo de realidad inferior a la substantiva, que surgen desde la imposición de una voluntad superior de un ser inteligente a unos movimientos físicos para atemperar la libertad de los actos voluntarios del hombre⁷⁶. ¿Porqué son *modos*? Porque no son por sí substancias, sino que únicamente existen en las substancias y en los movimientos que provienen de ellas⁷⁷. Explica minuciosamente que estos modos o entes morales no provienen desde los principios intrínsecos de las cosas, sino que ya suponen que las cosas físicas están acabadas, pero que sus efectos naturales están sometidos al arbitrio de los entes inteligentes, de forma que solamente por esta determinación ven la existencia⁷⁸. La determinación que les da vida consiste en una imposición superañadida a los movimientos naturales por el arbitrio de seres inteligentes⁷⁹.

Pufendorf fue el primer jusnaturalista moderno que popularizó, tras los pasos de Suárez⁸⁰, que las leyes que rigen las actividades humanas son realidades extrínsecas o ajenas al hombre mismo,

(75) “Porro uti modus originarius producendi entia physica est creatio; ita modum, quo entia moralia producuntur, vix melius possi exprimere, quam per vocabulum impositionis”. *De jure naturae...*, cit., L. I, cap. 1, § 4.

(76) “Exinde commodissime videmur entia moralia posse definire quod sunt modi quidem; rebus aut motibus physicis superaditti ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum”. *De jure naturae...*, cit., L. I, cap. 1, § 3. En el tardío *Compendium Jurisprudentiae Universalis*, Frankfurt, 1694, L. I, cap. 1, § 1, el redactor vuelve a explicar que: “Resp. Sunt modi quidem personis et motibus physicis rebusque superaditti ab entibus intelligentibus, ad dirigendam potissimum et temperandam libertatem actuum hominis voluntariorum, ad ordinem aliquem ac decorum vitae humanae conciliandum”.

(77) “Cur sunt modi? Resp. Quia non per se subsistunt, uti substantia, sed in substantiis, earundemque motibus fundantur, ipsaeque certa duntaxat ratione afficiunt”. *Compedium...*, cit., L. I, cap. 1, § 2.

(78) “Scil. quia illa non ex principiis extrinsecis substantiae rerum proveniunt, sed rebus jam existentibus et physice perfectis, eorumdenque effectibus naturalibus sunt superaddita ex arbitrio entium intelligentium, adeoque unice per eorundem determinationem existentiam nascuntur”. *De jure naturae...*, cit., L. I, cap. 1, § 4.

(79) Vid. *Compendium...*, cit., L. I, cap. 1, § 5.

(80) Francisco Suárez afirmaba que la ley ha de ser necesariamente una voluntad extrínseca a la materia que es medida. Vid. *Tractatus de Legibus...*, cit., L. I, cap. 20, § 2.

porque los preceptos de la ley natural son imposiciones hechas desde una instancia extraña a los hombres.

6. Grocio y Pufendorf

Grocio, que no quiso secularizar, y Pufendorf, que presentó una versión en cierto modo secularizada del *jus naturale*, crearon escuelas distintas. Daries aludía, a mediados del siglo XVIII, a la controversia existente entre los grocianos y pufendorfianos⁸¹, y tenía razón, porque, ante el desprestigio creciente de la escolástica, las personas de talante conservador, y en general los creyentes de las distintas confesiones, se acogieron masivamente a las banderas de Grocio.

Pufendorf escandalizó a su época, en parte por sus groserías y desinhibición, descalificando a sus rivales con insultos, polemizando sin cesar. Su *Eris scandica*, fue, como indica su título, una colección de disputas (más que disputas escolares, a veces riñas de corral) en las que pasa lista a sus principales contradictores, uno por uno. Escandalizó también al siglo XVII porque, llevado por su nominalismo se opuso a la metafísica que arrancó de Gabriel Vázquez que, para su época, era la *philosophia perennis*, la genuinamente cristiana y escolástica de todos los tiempos. Sus rivales, como Alberti o Ziegler (normalmente teólogos luteranos) al verse privados del suelo aparentemente firme de las esencias inmodificables, sintieron que se tambaleaba el edificio del derecho natural y de toda la Ética en general. Desde este punto de vista, su crítico más perspicaz fue Samuel Coccejus, que compartía con Pufendorf el voluntarismo divino, pero que discrepaba razonadamente de casi toda la demás doctrina. Desde el punto de vista del *jus naturale* como una cualidad moral de libertad, que daba lugar a una esfera igual de libertad para cada individuo, su oponente más lúcido fue Thenius, que dedicó su libro sobre las “*Quaestiones Juris Naturae Septem*” a mostrar los equívocos de la identificación entre el *fas* y el *jus naturale*.

(81) “Notetur controversia hac de re Grotianis et Pufendorfianis mota...”. *Institutiones Jurisprudentiae Universalis in quibus omnia Juris naturae, socialis et Gentium capita ... methodo scientifica explanantur*. 6ª ed. Jenae, 1764, cap. 9, § 697.

Pero el triunfador histórico fue Samuel Pufendorf. Su estilo penetró en siglo XVIII a través de Thomasius, Gundling, Koehler, Heineccius, Achenwall, etc. Además, se acoplaba francamente bien al sistema jusnaturalista de John Locke, en auge en el Reino Unido durante el mismo tiempo. El Barón von Holberg nos indicaba, en 1748, que “Pufendorf los ha rebatido a todos ellos muy adecuada y profundamente, y su sistema es tenido actualmente por el mejor y más completo”⁸². Los jusnaturalistas que entraron abiertamente por el camino contractualista, como Gundling, criticaron la falta de rigor de las teorías de Pufendorf⁸³. Pero se adscribieron a ellas.

7. *El protagonismo de la voluntad*

Pufendorf había dejado reducidas las normas, reglas y preceptos de las leyes en general, a los entes morales que surgen desde la imposición de una voluntad inteligente. Su crítica a la filosofía de las substancias fue tan radical y coherente, que a todos los tocados por su espíritu les quedó claro que solamente existen unas entidades que consisten en imperativos surgidos desde una voluntad. Ciertamente, Pufendorf podría haber profundizado en su exigencia de voluntades inteligentes, estudiando lo que podríamos entender por tal cosa. Pero en lugar de este trabajo, acometió la tarea de negar concienzudamente todos los trazos de tipo metafísico que pudieran subsistir en la Ética. Al final del trabajo únicamente quedaron las voluntades desnudas, sin más guía para evitar la prepotencia que la exigencia de la simetría en el igual uso del arbitrio.

Desde que Suárez había establecido ambiguamente que la moralidad consiste en la libertad⁸⁴, se desarrolló todo un estilo de en-

(82) “Pufendorf aber hat sie alle sehr gründlich und umständlich widerlegt, und sein Systema wird noch heutiges Tages für das vollkommene und beste gehalten”. *Einleitung in das Natur- und Völkerrecht*. Copenhague und Leipzig, 1748, Vorrede des Verfassers.

(83) Vid., por ejemplo, *Erläuterung...*, cit., Vorrede, pág. 2.

(84) “et illud non in omnibus actionibus suis, sed in his, quas libere operantur, quia omne esse morale pendet ex libertate”. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 2, § 11. Francisco de Oviedo se hacía eco de esta declaración de Suárez al explicar que existían dos estilos de doctrinas éticas, las del tipo de Gabriel Vázquez y la representada por Francisco Suárez:

tender la Ética que partía desde el hombre libre, estudiando qué es su libertad o arbitrio. Posteriormente estudiaban los motivos por los que ese arbitrio podría estar invalidado, parcial o totalmente: Era el momento del examen de la ignorancia, el error, el forzamiento, el sueño, etc. Y el tercer momento decisivo era la exposición de los pactos o contratos, porque la voluntad libre solamente puede quedar vinculada prestando ella el propio consentimiento. Sería tedioso exponer con cierto detalle el desgane concreto, según cada autor, de estos tres pasos. El filósofo que más se distinguió en el tratamiento de la voluntad, mostrando la absoluta superioridad de la voluntad sobre la razón (en realidad viene a decir que la razón, al modo tradicional, no existe⁸⁵), fue Christian Thomasius. Los primeros capítulos de sus obras fundamentales están dedicados a este tema. Algunos años más tarde, Gundling escribió que, tal como indicaba Locke, no había diferencia entre el intelecto y la voluntad⁸⁶, y que la distinción antigua entre ambas potencias humanas debía entenderse en el sentido de que la razón era gobernada por la voluntad⁸⁷. Wolff, siempre oportunista, mantuvo que él se ocuparía de la voluntad en la medida en que las operaciones de la voluntad encontraban su fundamento en la voluntad mis-

“si philosophice inspicatur, credo omnem actum liberum moralem esse dicendum ... Habemus iam omnes, et solos actos liberos esse morales, restat modum explicandum, quod sit moralitas in his actibus ... Actum formaliter esse moralem, nihil aliud dicere formaliter, quam esse liberum, et ita moralitatem illius consistere formaliter in ipsa libertate docet P. SUAREZ ... Moralitatem actus consistere in habitudine ad naturam rationalem docet P. VASQUIUS ... Libertas enim supponitur ut fundamentum ad genus moris quod solum reperitur in relatione convenientiae, et disconvenientiae ad naturam”. In *Primam Secundae Divi Thomae*, cit., pág. 279.

(⁸⁵) Los textos en los que Thomasius niega la libertad en el sentido usual de la palabra son numerosos. Escribe, por ejemplo, que “Ipse tamen voluntas non est potentia voluntaria, alias enim daretur voluntas voluntatis, neque adeo spontanea, neque moralis; sed et ipsa in se naturalis potentia hominis est et necessaria, et non voluntaria, dicitur tamen voluntas potentia moralis, qui est fons omnis moralitatis”. *Fundamenta...*, cit., cap. 1, § 56. Poco más adelante añade: “Igitur patet, moralia non posse intelligi sine naturalibus, qui sunt horum conclusiones, et adeo Philosophia moralem esse partem Physices specialem”. *Ibidem*, § 60. Le lleva a opinar así el hecho de que el hombre posee una sola naturaleza, que es “física”. *Ibidem*, § 59. Entiende que “Doctrina communis de libertate interna voluntatis est praecipuum fulcrum doctrinae Papisticae de acquirenda salute aeterna per bona opera”. *Op. cit.*, cap. 3, § 1.

(⁸⁶) *Vid. Erläuterung...*, cit., L. I, cap. 1, § 3.

(⁸⁷) *Vid. Erläuterung...*, cit., L. I, cap. 1, § 9.

ma⁸⁸. Les preocupaba la actuación de la voluntad porque entendían que el acto voluntario es el principio y fundamento de la imputación (*principium imputationis*), que determina que un hombre sea responsable por lo que ha hecho⁸⁹. Porque ellos, de acuerdo con el esquema que había fortalecido Pufendorf, entendían que la intersección de una conducta voluntaria con el precepto contenido en una norma objetiva, determinaba la responsabilidad jurídica. Como la norma era, a su vez, el resultado de un acto de voluntad, todo el mundo jurídico y ético se resolvía en las imposiciones de las voluntades a través de las imputaciones. Incluso un jurista como Daniel Nettelbladt, ya en el libro I de su obra más conocida trataba del “De actionum libertate”⁹⁰. La injuria, explicaba Gundling, se produce cuando el dolo elimina nuestro derecho⁹¹. No repararon en que este juego de voluntad o libertad, dolo, imputación, que eran los tres pasos necesarios para el despliegue de la norma jurídica, es adecuado en buena medida para describir el derecho penal, pero encuentra poca aplicación (salvo en el derecho de contratos, y en los casos en los que cabe estimar la buena fe) en el resto del derecho, que no reviste carácter penalista.

La libertad fue confundida con el uso del arbitrio. De hecho, las palabras alemanas que designan una y otra cosa, *Freiheit* y *Willkühr*, fueron usadas indistintamente. Y desde estos presupuestos, no era posible diferenciar entre una y otra cosa. Los tratados del derecho natural se convirtieron a lo largo del siglo XVIII en tratados generales y áridos sobre los fundamentos de la Ética en los que, de la mano de algunos datos antropológicos, sus autores repetían el esquema omnipresente de libertad-dolo-imputación. Fue el momento en que se valoró más la libertad. Daries explicaba que la esencia del cuerpo humano consistía en que una parte determinada de su estructura determinaba el comportamiento de las o-

(88) “Da nun diejenige, was von unserem Willen berrührt, seinen Grund im Willen”. *Vernünfftige Gedanken...*, cit., I Theil, § 1.

(89) Por ejemplo, GUNDLING escribía que “Voluntas est principium imputationis, id est, facit ut homines auctores fient actionum”. *Erläuterung...*, cit., L. 1, cap. 1, § 9.

(90) Vid. *Systema elementare universae Jurisprudenciae naturalis*. 3ª ed. Halae Magdeburgicae, 1767, en L. I, tit. 4.

(91) “Injuria ist nichts anders als quando jus nostrum dolo intervertitur”. *Erläuterung...*, cit., L. 1, cap. 2, § 15.

tras partes, porque la esencia del alma consiste en la fuerza por la que espontáneamente podemos obrar y conocer⁹². El arbitrio, según el mismo Daries, consiste en espontaneidad⁹³. Gottfried Achenwall, posiblemente el jusnaturalista más editado del siglo XVIII, con cuyo manual Kant enseñó derecho natural durante bastante años, entendía que “Arbitrio ... Libertad de la mente ... por esto al hombre lo llamamos persona, es decir, una substancia libre, dotada de su propio y libre arbitrio”⁹⁴.

8. *La separación incipiente entre derecho y moral*

Los españoles del siglo XVI se habían ocupado de distinguir el foro interno del foro jurídico o externo, pues —explicaba Suárez— “algunos distinguen un doble mérito, ambos nacidos del derecho natural, el legal y el moral, de forma que el primero no nos obliga en conciencia, *sed tantum secundum*. Así lo entiende Covarrubias”⁹⁵. Debía ser una *communis opinio* en el siglo XVI español, porque Luis de Molina escribía fluidamente que “esto tiene lugar en el foro externo, pero no en el de la conciencia”⁹⁶. El escolástico que se esforzó más a fondo en distinguir estos dos ámbitos, fue sin duda Francisco Suárez, que se adelantó a su tiempo por la claridad y profundidad en sus análisis. Suárez, al distinguir las dos potestades —civil y eclesiástica— ya nos indica que “la potestad civil no se ocupa gran cosa de los actos internos”⁹⁷. “La ra-

(92) “animae essentiam consistere in vi, qua sponte agere atque percipere potest”. *Institutiones...*, cit., § 12.

(93) “Spontaneitas (*der Willkühr*) vocatur”. *Institutiones...*, cit., § 45.

(94) “Arbitrium ... Libertas mentis ... indeque homo vocatur persona, hoc est substantia libera seu arbitrio praedita”. *Prolegomena Juris naturalis in usum auditorium*. 7ª ed. Gottingae, 1774, cap. 1, § 6.

(95) “Circa hoc aliqui distinguunt duplex meritum, utrumque ortum ex jure naturae, sc. legale et morale; et primum aiunt, non obligare in conscientia, sed tantum secundum. Ita sentit Covar. in c. cum in officiis, n. 10 et cap. cum esses, n. 9 de testamentis”. *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 9, § 5.

(96) “Id tantum habet locum in foro exteriori; at in conscientiae foro non...”. *Tractatus...*, cit., Tract. 2, disp. 89, columna 326.

(97) “Potestas autem civilis non multum curat de internis actibus”. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 11, § 8.

zón de esta afirmación es que la potestad humana legislativa sólo se ordena a la paz exterior y a la vida honesta de la comunidad humana, a la que nada afectan los actos que se consuman en la pura mente”⁹⁸. En el *Tractatus* mantiene que es necesaria la capacidad física de ejercer coerción para crear derecho⁹⁹.

Pero mantener esta casi separación entre los actos internos y externos presentaba demasiadas dificultades, porque el “acto exterior no puede producirse sin un acto interior”¹⁰⁰. El capítulo 14 del libro 3 del “*Tractatus de legibus*” ofrece un itinerario intelectual interesante, ya que vemos en él resumidamente los pasos de la razón humana cuando se enfrenta a este tema. En el parágrafo 6 establece que los actos internos son ocultos; en el 7, que sólo existe jurisdicción sobre las acciones que conocemos por los sentidos, no sobre las ocultas; en el 9 reconoce que todo acto humano tiene su parte interior, por lo que ésta también debe ser requerida por la ley jurídica. De todos modos, la actitud de Francisco Suárez no deja de ser ambigua, ya que afirma simultáneamente la irrelevancia jurídica de los actos interiores, y su importancia para enjuiciar el acto externo. Sí reconoce, como solía ser usual en aquel tiempo, que no basta con el cumplimiento externo de la ley natural, sino que esta ley obliga a cumplirla *ad modum virtutis*¹⁰¹, porque una cosa es querer hacer lo que ordena precepto, y otra es querer hacerlo porque existe el precepto¹⁰².

La escolástica posterior de corte conimbricense (no así los discípulos de los Salmanticenses), que se adentra en el siglo XVII, se precipitó casi unánimemente por este camino. Juan de Salas nos informa de que como la medida ha de ser homogénea con lo mensurado, y la ley es la medida de las acciones, al ser la ley humana visible y externa, solamente se ocupará de los actos externos”¹⁰³. Leonardo

(⁹⁸) “Ratio vero principalis assertionis est, quia potestas humana legislativa solum ordinatur ad exteriorem pacem, et honestatem communitatis humanae, ad quam nihil referunt actus, qui in pura mente consummantur”. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 13, § 3.

(⁹⁹) “quia vis directiva sine coercitiva invalida est”. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 1, § 9.

(¹⁰⁰) “‘actus’ exterior non potest esse sine interiori”. SUÁREZ, *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 13, § 1.

(¹⁰¹) *Tractatus...*, cit., L. II, cap. 10, § 5.

(¹⁰²) “aliud est velle facere quod praeceptum est, aliud velle facere, quia praeceptum est”. *Tractatus...*, cit., § 6.

Lessius viene a decir lo mismo, distinguiendo entre acciones y pasiones, aunque de forma más prolija¹⁰⁴. Y el Cardenal de Lugo se limita a señalar que una es la culpa jurídica, y otra la culpa teológica¹⁰⁵.

El estado de la cuestión en la escuela del derecho natural fue parcialmente distinto, ya que ante todo comenzó, de la mano de Samuel Pufendorf, con la afirmación del nominalismo filosófico. Los ataques a la metafísica como fundamento del orden moral no representaron solamente una reacción contra el objetivismo metafísico propio de Suárez, por citar al metafísico sistemático más conocido entonces. La decidida defensa que hizo Pufendorf del nominalismo llevaba implícita una actitud fuertemente destructiva. Pues el nominalismo, históricamente, no tanto ha consistido en una defensa de unas posiciones epistemológicas cuanto un ataque a lo existente. Sería un simplismo querer ver en la escuela del derecho natural la búsqueda de un campo común y neutro para el entendimiento de los contendientes. Para comenzar esta tarea era preciso, como labor propedeútica, desprender al nuevo derecho natural de la ciencia ética heredada, de cuño antiguo y medieval, que giraba sobre las nociones (normalmente jurídicas y morales) de *meritum* y *culpa*. Samuel Rachel alude a un autor belga que publicó anónimamente una *Epistolica dissertatio* sobre los distintos principios del *justum* y del *decorum*¹⁰⁶. Todo parece indicar que este autor anónimo era Lamberto Velthuysius que publicó en Amsterdam, en 1651, su *Epistolica dissertatio de principiis justi et decori*. Velthuysius parece trasladar al campo de la ciencia jurídica y del derecho natural, algunas de las exigencias empiristas de Hobbes, ya que él escribe que, como sus adversarios no cesan de inculcarnos sus doctrinas acerca de los instintos naturales, de las nociones o principios comunes, de la ley escrita en los corazones, hay que explicar que el Creador qui-

(103) "Confirmatur, nam mensura debet esse homogenea mensurato; lex autem est mensura actionum, ergo cum lex humana sit visibilis, et externa, solum metitur actiones externas". *De legibus, in Primam Secundae S. Thomae*. Lyon, 1611, pág. 195.

(104) "Respondeo, et dico primo, justitiam primario versari circa solas actiones rite ad alterum disponendas, et circa res ut sunt actionum materiae, non autem circa passiones, ut temperantia et fortitudo". *De justitia...*, cit., L. II, cap. 1, Dubitatio 2, § 7.

(105) "culpa alia juridica, alia theologica". *Disputationum de justitia et jure Tomus primus*. Lugduni, 1646, disp. 8, § 26.

(106) *De jure naturae et gentium dissertationes*. Kiloni, 1678, Dissertatio 1, § 12.

so crearnos como un alma y un cuerpo unidos por las sensaciones de placer y dolor¹⁰⁷. El camino más indicado para alejar la teoría sobre el derecho de la moral dominante era relativizar la doctrina ética, en general, atacando sus fundamentos teóricos: Así se podría afirmar que derecho sólo existe uno, mientras que morales y Éticas (entendida la Ética como la reflexión sobre la moral) hay varias. En este camino, David Mevius nos indicaba, sin querer proporcionar nombres concretos, que los escépticos griegos, como era el caso de Aristipo, tienen hoy sus imitadores, incluso entre los teólogos y juristas, que opinan que lo justo y lo injusto, lo honesto y lo deshonesto, no vienen indicados por la naturaleza sino por las leyes y costumbres¹⁰⁸. En este empeño por alejar uno y otro orden normativo, Samuel Pufendorf indicaba que ya Zentgrav, en el proemio de su obra, distinguía dos órdenes del *honestum*, lo legal y lo moral¹⁰⁹. Son numerosos los lugares de sus obras donde Pufendorf explica que la ética se ciñe a la dimensión interna de nuestras acciones, mientras que el derecho se ocupa solamente de los actos externos de los hombres. Mevius, parafraseando a Pufendorf, repetía que “Ubi desinit Ethicus ibi incipit Jurisconsultus”¹¹⁰.

Como Pufendorf se había remitido a la voluntad divina como origen del derecho natural, aunque explicando que tal derecho no es sino un producto contingente de la voluntad de Dios, Samuel Coccejus, también voluntarista en el momento de explicar la base teonómica del derecho natural¹¹¹, le argumentaba que, ciertamente, hay que distinguir siempre entre el derecho cuyo fundamento es la vo-

(¹⁰⁷) “Sed cum adversarii non cessent inculcare suos instinctus naturales, notiones communes, legem cordi inscriptam: habet ulterius exponere, quod de hisce omnibus dicendum putem. Anima ex creatoris placito ita corpori unitur, ut ab eo pati atque affici potest: docet id experientia: neque alto consequentiarum suggestu hic opus est. Omnis autem illa passio ad duo commoda referri potest: ad dolorem et voluptatem”. *Epistolica dissertatio de principiis justis et decoris*. Amstelodami, 1651, pág. 73.

(¹⁰⁸) “Habent hodie imitatores etiam inter Theologos et Jureconsultos, sic opinantes, justa et injusta, honesta et turpia non natura ita esse, sed ex consuetudine aut legibus”. *Nucleus...*, cit., *Inspectio* II, § 2.

(¹⁰⁹) “Zentravius, in proemio, duo in honestate actionum spectari, legale et morale”. *Eris scandica...*, cit., pág. 334.

(¹¹⁰) *Nucleus juris naturae et gentium*. Francofurti et Lipsiae, 1686, Praefatio Altera.

(¹¹¹) “Ego igitur probavero Dei voluntatem esse principium et fontem omnium iurium”. *Tractatus...*, cit., pág. 11.

luntad de Dios, y las demás virtudes, que se fundamentan en la perfección divina¹¹². Pero que el derecho natural procedía de Dios, y que la perfección divina debía ser obedecida e imitada¹¹³, y esta perfección se manifestaba ante todo en la buena voluntad personal del que quería dar a los demás lo que era de ellos. Pues en estas primeras escaramuzas acerca de la distinción entre derecho y moral, estaba extendida la tesis, que recoge Coccejus, que entendía que el *jus* no trataba de lo que es nuestro, ya que consiste en dar a los demás lo que es suyo, de ellos, y no nuestro; la virtud, en cambio, atiende a la voluntad propia de dar a cada uno lo suyo, y así trata de lo que es nuestro¹¹⁴. Thenius, el otro gran contradictor del derecho natural moderno a comienzos de la Ilustración, argumentaba a Pufendorf que la moral se ocupa de todas las virtudes, mientras que la justicia es una virtud especial, y solamente una de ellas¹¹⁵. Y añadía que si la moral surgía solamente desde el ingenio humano, estábamos demasiado próximos a caer en manos de la máxima injusticia¹¹⁶.

Pero ¿acaso el derecho natural no se ocupa de lo que siempre es bueno y equitativo, y que el *jus gentium* trata de lo que es útil para la vida humana, aunque para hacer prevalecer las exigencias de la utilidad común haya de derogar algunos preceptos del derecho natural? Desde luego que sí, argumentaba Philipus Reinhard Vitriarius, un tratadista del derecho natural muy citado a comienzos del siglo XVIII, y hoy perdido aún para la historiografía. “¿El dere-

(¹¹²) “Semper enim et imprimis distinguendum est inter jus cujus norma est Dei voluntas, et inter caeteras virtutes, quorum norma est Dei perfectio”. *Tractatus...*, cit., Altera Pars, págs. 44-45.

(¹¹³) Vid. *Tractatus...*, cit., págs. 20-21.

(¹¹⁴) “Jus circa aliena versatur; consistit enim in suum cuique tribuendo, adeoque disponit de eo quod nostrum non est ... Virtus versatur circa nostra ... Jus respicit res quae non sunt in nostro arbitrio, versatur enim circa res quae alterius sunt, quas etiam nolentes restituere teneamus. Virtus vero circa res quae hactenus nostro arbitrio religionique relictas sunt”. *Tractatus...*, cit., pág. 55.

(¹¹⁵) “Honestas enim omnem omnium virtutum ambitum complectitur; justitia vero illa specialis harum virtutum una est, ultimo loco prorsus non ponenda”. *Quaestiones Juris Naturae Septem ad amoliendas opiniones recentiores quorundam erroneas*. Esta obra apareció anónima, sin indicación de lugar, en 1756. Quaestio I, § 12, págs. 33-34.

(¹¹⁶) “Si honesta regulas humano saltem ingenio excogitatis esse pronunties, vide, quam prope a summa impietatis nimius absit, quod humanum ingenium suaderet opere eo sapientiae devenisse statuis”. *Quaestiones...*, cit., q. 3, § 86.

cho natural y el derecho de gentes no son la misma cosa? No. El derecho natural está constituido para determinar lo bueno y lo malo, y el derecho de gentes trata de las necesidades y utilidades comunes en la vida humana”¹¹⁷. En general, los seguidores de Grocio se opusieron a la separación entre moral y derecho, y únicamente aceptaron que, bien la justicia era una virtud especial dentro del conjunto de todas las virtudes que han de vivir los hombres, o bien destacaron la dimensión más personal de la moralidad, que atendía también a la faceta interna del que actuaba, mientras que el derecho se conformaba con el cumplimiento externo de las obligaciones.

Pero eran objeciones que se perdían en el viento dominante. Wernher, que fue el primero que publicó una monografía sobre la *imputatio*, destacaba que la imputación jurídica solamente se aplicaba a los actos externos, porque los actos internos se imputaban al foro de la conciencia personal y de la justicia divina¹¹⁸. Immanuel Proeleus, otro jusnaturalista que debe ser rescatado del olvido, comentarista de Pufendorf, escribía que “El derecho natural atiende más a lo exterior y a la conservación externa; la moral, por el contrario, investiga el interior del ánimo”¹¹⁹. Christian Thomasius, siempre estruendoso y contundente, realizando las tesis obvias hasta sus extremos lógicos, nos explicaba que la división que había hecho Grocio entre derechos perfectos e imperfectos no era correcta, pues sólo tiene carácter jurídico el derecho perfecto (esto es, el coercible), mientras que no podemos apreciar injuria allí donde se viola un derecho imperfecto¹²⁰. Pues Thomasius, siguiendo también en esto los pasos de Pufendorf, entendía que un rasgo decisivo del derecho era la coercibilidad, por lo que no podemos apreciar que el

(¹¹⁷) *Institutiones Juris Naturae et Gentium ad methodum Hugonis Grotii conscriptae*. Lugduni Batavorum, 1734, L. I, cap. 1, § 42.

(¹¹⁸) *Dissertatio de fundamento imputationis actionum moralium*. Lipsiae, 1703, § 12, pág. 22.

(¹¹⁹) “Das natürliche Recht sieht mehr auf das Exterieur, und die äusserliche Conservation; die Morale untersucht das innerliche des Gemüths”. *Anmerkungen über die Lehr-Sätze des Rechts der Natur des Herrn Baron von Pufendorf in dem Buche De Officio Homini et Civis*, en *Grund-Sätze des Rechts der Natur*. Leipzig, 1709, Anmerkungen über die Vorrede, § 3.

(¹²⁰) “Patet porro, divisionem Juris Grotianam in perfectam et imperfectam non bene se habere. Nam omne jus est perfectum, et jus imperfectum non habet oppositam injuriam”. *Fundamenta...*, cit., cap. 5, § 23.

derecho natural sea verdadero derecho, ya que no es coercible: El derecho trata de los actos *quam ad imperia*, mientras que las leyes naturales y divinas se refieren *ad consilia*¹²¹. El derecho natural y positivo no son géneros distintos de una misma especie del derecho, porque si hablamos con propiedad, hay que decir que una cosa es el derecho natural, otra cosa es el derecho positivo¹²².

El criterio doble de los actos externos y de la coercibilidad, llenó los tratados de derecho natural del siglo XVIII. Gundling se inclinaba más por considerar que el derecho se ocupaba solamente de las conductas externas¹²³, del mismo modo que Achenwall¹²⁴. Daries, más dependiente de su formación jurídica que no de tesis filosóficas, reconocía que la moral se refería al foro interno, de modo que del hecho de que una conducta sea buena en el foro externo, no se sigue que lo sea también en el interno¹²⁵. Pero reconocía que la obligación moral dependía del nexo de los motivos internos con las acciones, de forma que al cesar este nexo, desaparecía también la obligación en general¹²⁶. Heineccius, en su tendencia a demostrar sus tesis desde la primera raíz, nos explicaba que “Observamos varios movimientos en el hombre, que se originan bien en un principio interno, bien en un principio externo: Si es externo, los llamamos acciones; si interno, pasiones ... Por ejemplo, la esponja se mueve cuando la comprimimos, y no la comprime un principio interno, sino externo ... Los primeros se llaman humanos o morales, y los segundos naturales”¹²⁷. Él quiere mostrar que, cuando la conducta obedece y tiene como motivo la propia bondad del acto, estamos ante una obligación interna. Cuando la conducta está motivada por un ser, cuyo imperio reconocemos,

(121) “Cave tamen, legem naturalem et positivam, esse species ejusdem naturae: Lex naturalis et divina magis ad consilia pertinet, quam ad imperia. Lex humana proprie dicta, non nisi de norma imperii dicitur”. *Fundamenta...*, cit., cap. 5, § 34.

(122) “Accuratius tamen loquitur, si dicimus; aliud esse juris naturalis, aliud juris positivi”. *Fundamenta...*, cit., cap. 5, § 62.

(123) Vid. *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. 2, § 12.

(124) Vid. *Jus naturae in usum auditorium*. 7ª ed. Gottingae, 1774, § 2.

(125) Vid. *Institutiones...*, cit., § 167.

(126) Cfr. op. cit., § 79.

(127) *Praelectiones Academicae in Samuelis Pufendorfii De Officio Hominis et Civis libros II*. Berolini, 1742, L. I, § 2.

que prohíbe algunas acciones mediante la amenaza de una pena, entonces se trata de una obligación externa¹²⁸. Un seguidor de Pufendorf, como él era, había de añadir que el derecho natural no conlleva coacción, por lo que hay que cuestionar su carácter jurídico¹²⁹. En realidad, Heineccius, en su tono aparentemente conciliador, quiere mostrar que el derecho no tiene carácter moral, porque la imputación únicamente se produce en las normas jurídicas, y para ellas hay que reservar esta categoría¹³⁰.

Los pilares ya estaban puestos: La razón del hombre no participa de la *ratio* divina, y por sí misma no es capaz de discernir el bien del mal morales. En realidad, estos jusnaturalistas mantuvieron que la razón entendida como una potencia que humana que abarque por igual al derecho y a la moral, no existe. Morales pueden existir muchas, tantas como distintas apreciaciones personales se produzcan. Thomasius destacó en esta afirmación del relativismo moral. El derecho, sin embargo, no sigue la suerte de la moral, porque sus normas constan objetivamente mediante el acto público de voluntad que les ha dado origen. Quedan pendientes de examen dos cuestiones: Cómo incidió el voluntarismo en el origen de la categoría de la imputatio, y cómo, una vez rechazada la objetividad moral que daba origen al *meritum* y al *demeritum*, los hombres pueden responder personalmente por sus acciones.

9. *El imperativismo legal*

Hubieron de ser imperativistas o voluntaristas a ultranza, porque la subordinación de la voluntad al intelecto hubiera supuesto

(128) “Quandoquidem ergo obligatio est nexus motivorum cum actione libera: illa motiva vel in ipsa actionum bonitate: vel in entis cujusdam, cujus imperium agnoscimus, actiones aliquas sub comminatione poenae prohibentis ... Priore ergo usu obligatio interna: posteriore externa vocari solet”. *Elementa*.. cit., Introductio, § 6.

(129) Vid. *Elementa*.., cit., Introductio § 66.

(130) Así lo expresa indirectamente en *Praelectiones*.., cit., L. I, § 96, cuando escribe que “merito notamus discrimen, quod inter conscientiam et imputationem intercedit. Quemadmodum illa est ratiocinatio de justitia et injustitia actionum propriorum: ita haec de alienis ratiocinatur”.

reconocer la existencia de una moral objetiva que conocería el intelecto y a la que debería seguir la voluntad. Todo nominalismo requiere del voluntarismo, y éste del positivismo legal. Así obtendremos leyes a las que atemperar las acciones.

No parecieron entender que la trascendencia de la medida con respecto a lo medido es una exigencia fundamentalmente geométrica, y en general de todo aquello que captamos mediante la vista, pero que carece de sentido aplicarla a la conducta práctica del hombre. Al filo de este paralogismo, Pufendorf explicaba que obedecemos a las leyes fundamentalmente no por las cosas mismas, sino por la voluntad del que manda¹³¹, y del mismo modo que Suárez, mantiene que “la obligación propiamente dicha es un vínculo del derecho surgido de un principio extrínseco y superior”¹³², porque “las leyes no son sino decretos que el superior dicta a sus súbditos para que éstos ajusten sus acciones a los prescrito”¹³³. Por esto, Pufendorf escribe que “la justicia humana atiende a la obligación que la ley y el superior nos imponen”¹³⁴.

Christian Thomasius se distinguió en los comienzos de la Ilustración por su apasionada defensa del primado de la voluntad sobre cualquier otra potencia intelectual humana. Cabalmente, Thomasius no defendió simplemente la preeminencia de la voluntad, al modo, por ejemplo, de Duns Scoto, sino más bien la exclusividad de la voluntad en la conformación intelectual del hombre. Si nos detenemos una vez más en este tema, tal como es expuesto por él, vemos que se plantea, en forma interrogativa, si el intelecto im-

(131) “Adeoque legibus obeditur non principaliter propter rem ipsam, sed propter voluntatem praecipientis”. *De jure naturae...*, cit., L. I, cap. 6, § 1.

(132) “quia obligatio proprie dicta et quae vinculum juris est, principium aliquod extrinsecus et superius praesupponit”. *Eris scandica...*, cit., pág. 238.

(133) *De Officio...*, cit., L. I, cap. 2, § 2.

(134) *Eris scandica...*, cit., pág. 237. Cabe cuestionarse si antes de que la ley intervenga existe alguna maldad o bondad. Desde el punto de vista de la lógica de PUFENDORF, desde luego no, y por ello nos informa que “La ley es un mandato del superior. No puede existir bondad o maldad antes de la ley o por encima de la imposición del superior” (*De jure naturae...*, cit., L. I, cap. 2, § 6). Pero PUFENDORF es un maestro en volver aparentemente complejo su pensamiento mediante las oportunas contradicciones. Seguir la dinámica y la lógica interna de su pensamiento le hubiera supuesto caer en una actitud parecida a la de Hobbes: Hubo de declarar que el homicidio es malo antes de que intervenga la ley expresamente imperada. Vid. *Eris scandica...*, cit., pág. 273.

pulsa y dirige a la voluntad: “No porque algo sea visto como bueno por el intelecto, por eso lo apetece la voluntad, sino porque la voluntad lo apetece, por eso es considerado bueno por el intelecto”¹³⁵. Gundling, siempre a caballo entre el humanismo de Pufendorf y el materialismo de Thomasius, nos indicaba que la *lex civilis est decretum seu jussus summi imperantis*¹³⁶. Grocio entendió –mantiene Gundling– que el hombre quedaría obligado a seguir la ley natural aún cuando no existiera Dios: Él se refiere solamente a la obligación moral, no a la jurídica¹³⁷.

Heineccius sigue esta corriente sin más matices: “La ley consiste en la voluntad de un ser superior que nos ordena unas acciones bajo la conminación de una pena”¹³⁸. Esta definición o descripción planteaba serias objeciones, porque hacía depender la existencia del deber del previo establecimiento de una pena, y Samuel Coccejus venía denunciado desde comienzos de la Ilustración que la pena ha de imponerse cuando se ha incumplido un deber, no que el deber exista cuando está prevista la pena para el caso de incumplimiento. Pero Heineccius, sin querer hacerse cargo de esta objeción, explica, yendo más lejos, que es falso mantener que existe una justicia extrínseca y antecedente a la ley misma¹³⁹. ¿Es que no existe una ley escrita en nuestros corazones? Heineccius había de hacerse cargo expresamente de este tipo de objeciones, porque él jugaba la carta del jusnaturalista moderado, de lectura adecuada para los creyentes, alejado de los excesos de los materialistas. Explica que la norma puede existir dentro de nosotros, o fuera. Si la consideramos dentro de nosotros, no puede ser otra cosa que el intelecto, la conciencia, o nuestra voluntad. La volun-

⁽¹³⁵⁾ “semper intellectus impulsui voluntatis subest, tanto abest, ut voluntas in appetendo bono vel fugiendo malo dirigatur ab intellectu ... Non nisi quia aliquid bonum videtur intellectui voluntas id appetit, sed ideo quia voluntas id appetit, id bonum videtur esse intellectui”. *Fundamenta...*, cit., cap. 1, § 46.

⁽¹³⁶⁾ *Erläuterung...*, cit., L. II, cap. 12, § 1.

⁽¹³⁷⁾ “Weiter so ist er capax obligationis, weil er einem Superiorem hat. Grotius hat gemeint, daß die Menschen obligiret wären secundum leges naturales zu leben, etsi concludatur nullus esse Deum. Er versteht aber de obligationi interna, non externa”. *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. 2, § 3.

⁽¹³⁸⁾ “Denique voluntas entis superioris, actiones quasdam sub comminatione poenae prohibentis praecipientisse, dicitur-lex”. *Elementa...*, cit., Introductio, § 9.

⁽¹³⁹⁾ Vid. *Elementa...*, cit., Praefatio, § 70.

tad es “neutra” ante el bien y el mal. Como esta facultad intelectual es neutra moral o humanamente, se sigue que la norma de nuestras acciones no está en nosotros, *sed extra nos*, en la ley¹⁴⁰. ¿Qué sucede con los derechos naturales del hombre, afirmados por Pufendorf, Locke o Gundling, que eran considerados derechos inherentes a la naturaleza humana? Heineccius fue uno de los primeros filósofos que no insistió en el carácter innato de estos derechos, sino que entendió el derecho subjetivo más bien como la confluencia de la norma objetiva con una pretensión individual¹⁴¹. Una sentencia que completaba Henricus Koehler, el más coherente de los contractualistas, afirmando que “El imperio civil sumo es la causa, fundamento y único origen de toda coacción, obligación, legislación y sanción penal y civil”¹⁴².

Siempre quedaba en el aire la preocupación por la rectitud de la voluntad que había de crear las leyes, porque ellos eran los primeros que estaban estableciendo una cierta separación entre derecho y moral a través de su nominalismo y voluntarismo. La época fue muy sensible a este problema. Samuel Coccejus también fue voluntarista en el momento de explicar el origen de la ley natural, y fue acusado de relativista, por lo que hubo de explicar que él se refería a la voluntad de Dios santo, no a las explicaciones de Hobbes o Trasímaco¹⁴³. El mismo Heineccius, frecuentemente inconsecuente o histriónico, comparaba a Coccejus con Hobbes¹⁴⁴. Samuel Pufendorf planteó expresamente este problema, y explicó que lo malo es malo antes de que intervenga un mandato legal¹⁴⁵, por lo que hay

(140) “Normam illam vel in nobis ipsis, vel extra nos existere oportet. In nobis ipsis si requiratur, illa non alia esse possit, quam vel intellectus aut conscientia, vel ipsa voluntas nostra. At néutra mentis facultas semper recta ... Ex quo sane consequitur, ut norma illa actionum nostrarum non in nobis, sed extra nos, omnino quaerenda sit”. *Elementa...*, cit., Introductio, § 61.

(141) “obligans ad id quod rectum est. Ita enim sequitur, ut aliquid sit rectum ante legem: quod absurdum, ut aliquid sit rectum ante legem, quia nisi lex esset, nec actum aliquid esse nec poena”. *Elementa...*, cit., pág. 69.

(142) “Imperium itaque civile summum est causa, fundamentum, fons et origo unica omnis coactionis, obligationis, legislationis, et sanctionis poenalis civilis”. *Juris socialis et gentium ad jus naturale revocati specimina VII*. Francofurti ad Moenum, 1738, § 709.

(143) Vid. *Tractatus...*, cit., Pars Altera, pág. 18.

(144) Vid. *Elementa...*, cit., Introductio, § 73.

(145) Vid. *De jure naturae et gentium...*, cit., L. I, cap. 6, § 9.

que distinguir entre forzar y obligar (*cogere et obligare*). El ser humano no tiene capacidad para, por sí mismo, crear deberes, y hay que decir que la obligación presupone causas intrínsecas a la conciencia del hombre que determinan el dictamen de su razón¹⁴⁶.

10. ¿Por qué obligan las leyes?

Los escolásticos de la Edad Media se habían dividido en el momento de considerar si las leyes obligan en conciencia a su cumplimiento. Los franciscanos habían considerado un hombre arrojado (*projectus*) a un mundo del que entendía poco, y su función principal era ante todo amar a Dios. No valoraban el poder político, al que consideraban un mal necesario, mejor cuanto más pequeño, y no veían en el gobierno político y jurídico una cooperación del hombre con Dios en la obra de la Creación. Por esto, Duns Scoto, Occam, Gerson, Conrado, etc., habían mantenido que las leyes no generan el deber (en sentido estricto) de ser obedecidas. Los aristotélicos, por el contrario, hicieron suya la explicación neoplatónica de las causas segundas y afirmaron la racionalidad de las leyes y de la ciencia jurídica. El legislador humano creaba verdaderos deberes, en conciencia, a sus ciudadanos. Y en cuanto a la ciencia jurídica, ellos entendieron que el hombre puede penetrar racionalmente en la estructura y naturaleza de las relaciones humanas. Los nombres de Tomás de Aquino, el Cardenal Cayetano, Francisco de Vitoria o Domingo de Soto son representativos de esta otra tendencia.

El avance de la Edad Moderna representó un progreso imparable de la mentalidad liberal que sostenía la existencia de derechos innatos en el hombre. Luis de Molina y Francisco Suárez los reconocieron ampliamente¹⁴⁷. Pero la mentalidad liberal, así entendida, llevó hacia una concepción penalista y contractualista de todo el derecho, pues la Edad Moderna entendió que los hombres crearon el poder político, bajo el esquema del contrato, para defender más

⁽¹⁴⁶⁾ Vid. *De jure naturae et gentium...*, cit., L. I, cap. 6, § 10.

⁽¹⁴⁷⁾ Vid. mi estudio *Historia Breve del Derecho Natural*. Madrid, 2000, págs. 122 y ss.

adecuadamente sus derechos naturales. La función del derecho era doble: En primer lugar, constitutiva de la sociedad, y en un segundo momento defensiva, y consistía en castigar a los que violaran los derechos ajenos. Esto es, todo el derecho era derecho penal y de contratos, y su función era la de castigar a los infractores de las leyes. De ahí las continuas referencias a la *culpa* y al *meritum* en los filósofos y juristas de este tiempo.

Los escolásticos tardíos españoles entendieron que la pena era impuesta por la autoridad cuando había sido incumplido un deber. O, por decirlo con las palabras de aquel tiempo, que existe pena porque ha habido una culpa previa¹⁴⁸. Suárez distinguía que la necesidad en conciencia de obedecer la ley no surge desde la capacidad coercitiva del poder (vis coactiva), sino desde la racionalidad de la ley (vis directiva)¹⁴⁹, y esto se debe a que nadie puede imponer un deber por su propio poder¹⁵⁰. Al ser el legislador un portavoz de la racionalidad objetiva e histórica, el efecto inmediato de la ley es obligar en conciencia a su cumplimiento¹⁵¹, y esta fuerza de obligar en conciencia es de la esencia de la ley, y por esto únicamente se diferencia la ley del consejo¹⁵².

Pero estas explicaciones eran contradictorias con la teoría de la doble naturaleza del ser humano, que entendía que el hombre dispone de dos fines últimos, uno natural y otro sobrenatural. Lo lógico hubiera sido sostener que existen culpas con relevancia sobrenatural, y culpas solamente humanas. Francisco de Oviedo, ya tardíamente, en 1646, sí mantuvo esta duplicidad de penas¹⁵³,

(148) Suárez explicaba que “sed ablata culpa non habet locum poena, ut poena”. *Tractatus...*, cit., L. V, cap. 12, § 3. En op. cit., L. I, cap. 14, § 7, ya había establecido que “Poena pendet ex culpa”.

(149) “quia necessitas obligationis in conscientia non oritur ex vi coactiva, sed ex directiva”. *Defensio...*, cit., L. IV, cap. 7, § 8.

(150) “Ratio autem hujus est, quia coactio non potest fieri per virtutem propriam ejus, qui cogitur”. *Defensio...*, cit., L. IV, cap. 4, § 11.

(151) Vid. *Tractatus...*, cit., L. III, cap. 22, § 5.

(152) “Quia vis obligandi in conscientia est de essentia legis, et per hoc solum distinguatur a consilio”. *Tractatus...*, L. V, cap. 3, § 7.

(153) “Quid sit meritum. Meritum est affectio quaedam operativum moralium naturae rationalis creatae, ex vi enim sunt aliqua recompensatione dignae ... Meritum istud est apud Deum, et apud homines: nam sicut obsequia facta Deo dignae sunt, quae a Deo recompensentur, sic obsequia hominibus facta dignae sunt, quae ex hominibus recompensationem accipiunt”. *In Primam Secundae Divi Thomae...*, cit., pág. 832.

consecuencia de la igual duplicidad de las finalidades o naturalezas humanas. Pero esto era difícil de mantener por un escolástico, y por eso escribe en otro momento que “moralitas theologica, et imputabilitas, idem sit”¹⁵⁴. Los escolásticos que siguen los pasos de los Salmanticenses, mantuvieron que las leyes de origen humano crean el deber en conciencia de ser obedecidas. Gaspar Hurtado había establecido que la obligación es sinónima de conciencia y pecado¹⁵⁵. Las actitudes se fueron extremando, y Juan Escobar de Corro entendía que la conciencia es un sentido del alma que permite conocer lo bueno y lo malo¹⁵⁶, y que el foro judicial es el foro también de la conciencia¹⁵⁷, por lo que el *jus civile* y el *jus canonicum* no se diferencian ni en su substancia ni en su finalidad¹⁵⁸. Coccejus y Homberg siguen esta explicación de la vida jurídica, aunque no con la radicalidad de Escobar, y mientras que Coccejus establecía que “sine principio obligationis” no existe derecho¹⁵⁹, Homberg explicaba más cuidadosamente que “La demostración jurídica no se ocupa solamente de establecer qué derecho existe, sino por qué existe ese derecho, porque no podemos entender el derecho si no conocemos al mismo tiempo por qué existe ese derecho”¹⁶⁰.

Este tema fue, con mucho, el menos pacífico de la Modernidad. Unos y otros sabían el trasfondo ideológico y religioso que encerraba. Samuel Pufendorf, desde su nominalismo había perdido la posibilidad de declarar las razones por las que el derecho obliga, y se vio obligado a escribir que el hombre es un ser apto para recibir obligaciones, por una doble causa: De una parte, porque dispone de voluntad, y puede adecuar su conducta a la norma; de

(154) *In Primam Secundae Divi Thomae*, cit., pág. 279.

(155) *Tractatus de justitia et jure*. Matriti, 1637, Differentia 15, disp. 3, pág. 60.

(156) “Secundo praemittendo est, conscientia nihil aliud esse, quam sensus animae cognoscentis, bonum, et malum”. *Tractatus tres selectissimi, et absolutissimi*. Córdoba, 1642, Initium, § 53.

(157) Vid. op. cit., ibidem, § 76 y 84.

(158) “a quo non differt jus canonicum in substantia, nec in fine, nisi per accidens, et ideo dicitur utrumque inter se adiuvari”. Op. cit., ibidem, § 105.

(159) Vid. *Tractatus...*, cit., pág. 18.

(160) “Demonstratio in jure non solum hoc praestat, quod jus sit, sed et cur sit. Imo non potest intellegi, quod jus sit, nisi simul patet, cur sit”. *Dubia...*, cit., cap. 5, § 22.

otro lado, porque nadie está libre de una potestad superior¹⁶¹. Un discípulo y comentador suyo, Andrés Adam Hochster, explicaba que en Pufendorf y Thomasius “la obligación no es otra cosa que la inclinación de la voluntad por el miedo provocado y por la esperanza suscitada”¹⁶².

Thomasius fue quien expresamente radicalizó esta tesis, llevándola hasta sus extremos últimos. Según él, primero existe la pena, que da origen al *meritum*¹⁶³. Es sabido que este autor dividió al género humano en dos especies: La de los inteligentes, y la de los tontos, y que son los *sapientes* los que han de dirigir a los *stulti*, de forma que éstos han de obedecer a aquellos¹⁶⁴. En consecuencia, “La obligación en general no es otra cosa que la inclinación de la voluntad por el miedo inferido y por la esperanza abierta por el sabio, esto es, por el que tiene poder para crear miedo”¹⁶⁵. Gundling, siempre dependiente de Pufendorf y Thomasius, también explicaba que obedecemos a las leyes por la inquietud que origina el miedo¹⁶⁶. Heineccius, dentro del marco de la escuela, matizó estas pretensiones y mantuvo que la ley natural ha de ser obedecida porque está dictada por Dios, que es un ser superior¹⁶⁷; pero a diferencia de otros voluntaristas, como Coccejus, que solamente afirmaron la estricta base teonómica de la ley natural, Heineccius proponía, a fin de cuentas, que lo que él escribía debía ser obedecido por provenir des-

(161) “Quod autem homo aptum sit ad recipiendam obligationem; duplex causa est: una quidem, quia is voluntatem habet, quae sese in diversas partes flectere, adeoque et ad normam componere potest: altera, quia homo a potestate superioris non est immunis”. *De Officio...*, cit., L. I, cap. 2, § 4.

(162) Cfr. *Collegium Pufendorffianum...*, cit., Exercitatio III, § 3.

(163) “Ergo meritum nihil aliud est, quam relatio actionis humanae voluntariae ad praemia et poenas, seu ad res gratas et non gratas”. *Fundamenta...*, cit., cap. 7, § 18.

(164) “Opera stultorum in applicanda norma morali obsequium dicitur. Obsequium est spontanea acquiescentia in voluntate alterius, orta ex fiducia erga illum”. *Fundamenta...*, cit., cap. 7, § 4.

(165) “Est enim obligatio in genere inclinatio voluntatis per metum injectum (et spem suscitatum) a sapiente i. e. qui potestatem metus faciendi habet”. *Fundamenta...*, cit., cap. 4, § 60.

(166) Vid. *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. 1, § 12.

(167) “istud ens superius, cujus imperium agnoscere tenemur, non aliud sit, quam Deus O. M. adeoque hinc solus etiam auctor dicendum juris illius, quod universo generi humano pro norma esse oportere, diximus”. *Elementa...*, cit., Introductio, § 10.

de Dios. El no propone derecho en sus libros, sino lo que ahora llamaríamos ciencia jurídica, que él designaba como jurisprudencia natural; esta jurisprudencia es un hábito práctico para conocer la voluntad del legislador supremo a través de la recta razón, aplicándola a los asuntos que aparezcan¹⁶⁸. ¿Por qué hay que obedecer a Dios?, se pregunta él mismo. “Por la dependencia nuestra”¹⁶⁹. El *meritum* no es más que el efecto de la ley, no su causa¹⁷⁰. Una doctrina parecida fue la defendida por Wolff, que afirmaba que “entendemos por obligación una acción que es adecuada a la ley”¹⁷¹.

La segunda mitad del siglo XVIII alemán asistió a una interesante discusión sobre la noción del deber que preparó la filosofía del Kant maduro. Achenwall, Daries, Baumgarten, Nettelbladt, Schott y otros muchos afilaron los conceptos para explicar adecuadamente lo que es la obligación. Según Daries, el juez debe juzgar la *conveniencia* o no de los hechos con la ley¹⁷², pues lo que determina que una regla o norma pueda ser aplicada a unos hechos es su similitud de relación¹⁷³. Achenwall estableció que las obligaciones humanas son siempre propiamente morales¹⁷⁴, pues hay que averiguar en el acto transgresor de la ley las causas por las que tal acto está falto de rectitud¹⁷⁵. Pocos años después estalló la filosofía crítica kantiana, completamente opuesta a considerar que el deber tenga su origen en un móvil sensible, como el miedo a un castigo, o la esperanza del premio. Fue una reacción, aunque exagerada, saludable; pero los universitarios no retuvieron la noción kantiana del deber, sino una inteligencia superficial e inexacta de la autonomía moral en Kant.

(168) Vid. *Elementa...*, cit., Introductio, § 12.

(169) “quaestio secunda est, unde intelligimus, nos esse obstrictos, et Deus pareamus? Resp. Ex dependentia nostra”. *Elementa...*, cit., pág. 21.

(170) Vid. *Elementa...*, cit., L. I, cap. 3, § 99.

(171) *Vernünfftige...*, cit., § 221.

(172) *Institutiones...*, cit., § 225

(173) “Omnis norma seu regula similitudinem relationis exprimit”. *Institutiones...*, cit., § 97.

(174) “Obligatio hominis semper morales”. *Prolegomena...*, cap. 4, § 43.

(175) Vid. *Prolegomena...*, cit., cap. 3, § 34.

11. *La categoría de la imputatio*

La exigencias mínimas de la *adaequatio hermeneutica* prescriben examinar las razones por las que un acto es ilícito. No siempre estas razones sobre el bien y el mal son antecedentes a las leyes, pero también es indiscutible que no siempre las leyes crean los criterios para distinguir lo bueno y lo malo. El modo más sencillo de evitar estas averiguaciones, con los problemas que comportan, es mantener que un hombre es culpable (no perdamos de vista la naturaleza penal del derecho en la Edad Moderna) porque se le aplica o se le imputa la ley. Pufendorf abrió el fuego con una doctrina prácticamente completa sobre esta nueva categoría de la *imputatio*. Mantuvo que la nota principal de las acciones voluntarias e inteligentes del hombre consiste en que estos actos pueden ser imputados, es decir, que se puede establecer que un hombre es el autor de ellos, de forma que reciba su pena o recompensa¹⁷⁶. Precisamente la falta moral consiste en obrar al margen de las normas, en la *anomia*¹⁷⁷. Según Henricus Ludovicus Wernher, Pufendorf fue el primero que creó la categoría de la imputación¹⁷⁸, y él mismo entendía que “la imputación, hablando en términos generales, no es otra cosa que una relación de la acción a otro, como su autor, de que la brota un efecto moral”¹⁷⁹.

Pero fue Christian Thomasius el que cargó con el mérito de haber creado esta categoría, que él presentó como invención suya. Tengamos presente que la obra jurídica de Thomasius ya era ampliamente conocida hacia 1692¹⁸⁰. Este autor escribe que “Imputar, se-

(176) “Ceterum actionum humanarum, quae ab intellectu et voluntate proficiscuntur, hoc est praecipua affectio, quod illae homini possint imputari; seu quod homo pro earum auctore recte possit haberi, et ad redendum de iisdem rationem adstringi; quodque in ipsam redundant effectus, qui ex istis proveniunt”. *De Officio..* cit., I. I, cap. 1, § 17.

(177) “Si enim peccatum seu mala actio est anomia”. *Eris scandica...*, cit., pág. 89.

(178) “Hic ista praemissis, ad ipsum fundamentum imputationis actionum moralium progredimur; illud vero cum Pufendorffio libertatem voluntate in agendo constituimus, seu quod in facultate et potestate alicujus sit, actionem fieri, vel non fieri, suscipi vel o-mitti”. *Dissertatio...*, cit., § 3, pág. 6.

(179) “Est autem imputatio generaliter loquendo, nihil aliud, quam relatio actionis ad alterum tamquam auctorem, cum effectu morali exinde promanante”. *Dissertatio...*, cit., § 1, pág. 4.

(180) Vid. G. BEYER, *Delineatio juris civilis ad fundamenta sua revocati et usui saeculi accomodati*. Lipsiae, 1692, Prologus.

mente no se atiende a si alguien es la causa física o moral del acto, mediata o inmediata, es decir, si quiso hacerlo”¹⁸⁷.

El realce que este momento dio a la voluntad, hizo que todos se volcaran en el estudio del acto voluntario o libre, porque solamente estos tipos de actos son imputables¹⁸⁸. La razón de esto la explicaba Gundling: La voluntad es el fundamento de todas nuestras acciones no voluntarias, y la más grande facultad o potencia de todas¹⁸⁹. En el primer tercio del siglo XVIII, ya ha desaparecido la exigencia del *meritum* o *culpa*, ocultos tras el juego de la voluntad que causa la autoría y la consiguiente imputación legal: “La voluntad es el principio de la imputación, porque hace a los hombres autores de sus acciones”¹⁹⁰. Gundling, siguiendo estrictamente a Thomasius, a quien cita continuamente, explicaba que las palabras alemanas “zueignen/zuschreiben/zurechnen” conllevan la de imputar¹⁹¹, e imputar significa decir qué efecto nace y a quien se le debe aplicar¹⁹². Nettelbladt matizaba que imputamos más o menos en la medida en que la persona actúa más o menos libremente¹⁹³. Desde Thomasius, la categoría de la *imputatio* se consolidó como una noción necesaria en el derecho. Incluso quienes no suscriben su relativismo moral, explican qué es la imputación en términos thomasianos¹⁹⁴. Burlamachi, con la seguridad que da el afianzamiento de una doctrina

(187) “Uti igitur in arithmetica imputatione non respicitur in eo qui pecuniam solverit, vel cuius sint nummi, sed quis iusserit solvere; ita in imputatione morali regulariter inspicitur, non, an aliquis sit causa physica, sed an causa moralis sive mediata, sive immediata, h. e. an aliquid facere voluerit”. *Fundamenta...*, cit., cap. 7, § 26.

(188) Vid., entre otros muchos, Wernher, *Dissertatio...*, cit., Dissertationes 3 y 4. Nettelbladt explicitaba que “Causa qui libere agit, dicitur causa libera. Judicium vero, quo causa libera declaratur agens actionis. Sive boni, sive mali, imputatio appellatur”. *Systema...*, cit., L. I, cap. 7, § 88.

(189) “man kann wohl sagen, darum werde sie imputiert, weil voluntas fundamentum ist omnium actionum non necessarium, und die grösste potentia vel facultas, wonach sich alle andere facultates animae richten müssen”. *Erläuterung...*, cit., L. I., cap. 1, § 18.

(190) Gundling, *Erläuterung...*, cit., L. I, cap. 1, § 9.

(191) Vid. *Via ad veritatem cuius pars tertia Jurisprudentiam naturalem nova methodo elaboratam præsens opinionibus aliisque ineptis vacuam sistit*. Halae Magdeburgicae, 1715, cap. 4, § 7.

(192) Vid. *ibidem*, § 16.

(193) Vid. *Systema...*, cit., L. I, cap. 7, § 95.

(194) Caso de Daries, *Institutiones...*, cit., § 213 y 215 y Achenwall, *Prolegomena...*, cit., cap. 3, § 28.

gún su sentido originario, es un término aritmético, y significa declarar lo debido, cargar en cuenta. Más tarde, en la doctrina moral, como en las razones de débito y crédito hay que atribuir cosas singulares a los hechos concretos, fue adecuado adscribirle esta noción, teniendo cuidado de no confundir lo merecido con lo debido. Imputar también fue bien trasladado a los premios y a las penas, y a otras cosas, de modo que imputar es lo mismo que declarar lo que es obligación de cada uno, y dar a cada cual lo suyo¹⁸¹. Pero las nociones de deber y mérito poco significan en la doctrina de Thomasius, que únicamente tiene en cuenta lo dispuesto por las leyes al margen del estudio de la realidad humana, como si el contenido legal la agotara enteramente. Por ello, declara que “imputar no es sino declarar que alguien es el autor de un acto”¹⁸², de modo que, mediante esta noción, manifestamos que alguien es digno de un premio o de una pena¹⁸³. “Imputar no es otra cosa que declarar que alguien es el autor de un acto, e imputarle sus acciones que sirven y responden a sus pasiones”¹⁸⁴. En otros momentos matiza más e indica que “Imputar es declarar que alguien es la causa moral, a la que le deben ser aplicados los efectos morales, y que la acción que se le imputa, ha de ser normalmente voluntaria”¹⁸⁵. Pero es consecuente con su relativismo moral, y con su negación de la libertad personal, también en el momento de proceder a la imputación¹⁸⁶, y añade “Así como en la aritmética no se atiende a quien paga el dinero, o de quien es el dinero, sino quien manda pagarlo, así en la imputación moral normal-

(181) “Imputare nativa significatione terminus arithmeticus est, et significat in rationes referre, auf Rechnunng schreiben. Postea in doctrina morali, cum in rationibus crediti et debiti singula singulis rationibus convenienti loco sint adscribendae, nec confundenda credita cum debitis, imputare bene traslatum est ad proemia, poenas et reliqua quae modo recessita sunt, quia et hinc ejus, qui imputat, idem officium est, ut suum cuique meritum assignat”. *Fundamenta...*, cit., cap. 7, § 24.

(182) “hoc quidem intuitu imputare nihil aliud est, quam aliquem auctorem dicere actionis”. *Fundamenta...*, cit., cap. 7, § 22.

(183) “Declarare vero quod aliquis dignus sit praemio , vel poena imputare est”. *Fundamenta...*, cit., cap. 7, § 21.

(184) Vid. *Fundamenta...*, cit., cap. 1, § 70.

(185) Vid. *Fundamenta...*, cit., cap. 7, § 27.

(186) En *Fundamenta...*, cit., cap. 1, § 108, escribe que “Fons erroris est, quod fundamentum imputationis quaesiverint in libertate voluntatis. Quemadmodum vero libertas illa voluntatis ostensa hactenus fuit esse non ens”. La voluntad puede ser espontánea, pero no libre. Vid. op. cit., cap. 1, § 70.

en el tiempo, manifestaba que “El término imputar está tomado de la aritmética, y significa poner alguna cosa en la cuenta de alguien. ‘Imputar una acción a alguien’ implica considerarlo como su verdadero autor y, por así decir, cargárselo en cuenta”¹⁹⁵.

La noción de causalidad o autoría sustituyó a la más amplia de responsabilidad y a la más estricta de mérito o de culpa. Reparemos en que la mayor parte de las normas jurídicas no contemplan relaciones causales de las personas que se verán afectadas por ellas: Todos nosotros pagamos impuestos sin haber cometido o realizado ningún acto especial, y podemos decir que disponemos de diversos derechos sin haber incurrido tampoco voluntariamente en los efectos de cualquier ley y sin ser tampoco los autores de algún contrato. El universo jurídico ilustrado prescindió de las categorías de titularidad, responsabilidad, culpabilidad, etc., y las dejó reducida a la de autoría. Christian Wolff, autor del tratado más extenso de derecho natural del siglo XVIII (tras el de Gronovius-Van der Muelen) insistía en que el juicio que declara que una persona es la causa libre de una acción, eso es la imputación¹⁹⁶.

Para evitar algunos de estos inconvenientes, Johann Gottlieb Heineccius habló también de la imputación como de la “Aplicación de la ley al hecho”¹⁹⁷. Esta aplicación se hacía mediante un silogismo, que se componía de dos proposiciones que se comparaban entre sí mediante una tercera: La ley, el hecho y la sentencia¹⁹⁸, de forma que la imputación no era otra cosa que “declarar el efecto

(195) “Le terme d'imputer est pris de l'arithmetique, et il signifie mettre quelque chose sur la compte de quelqu'en. *Imputer une action à quelqu'en* c'est donc l'en regarder comme le véritable auctor, et pour ainsi dire la mettre sur son compte”. *Éléments de droit naturel*. Lausanne, 1763, pág. 8.

(196) “Das Urteil, wodurch man erklärt, die freye Ursache sey entweder die handelnde Person von der Handlung selbst, oder desjenige, was aus von derselben erfolgt, es sey gut, oder böse, wird die Zurechnung genannt”. *Grundsätze der Natur- und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einen beständigen Zusammenhang hergeleitet werden*. Hallae, 1754, § 2.

(197) “Adplicatio legis ad factum dicitur imputatio”. *Praelectiones Academicæ in Hugonis Grotii de Jure Belli ac Pacis libros III*. Berolini, 1744, Liber I, § 95.

(198) “Quum ergo imputatio est adplicatio legis ad factum, ea vero aliter non fieri potest, quam lege et facto, id est, duabus propositionibus, per syllogismum, inter se et cum tertia comparatis: consequens est, ut imputatio sit syllogismus vel ratiocinatio, cujus majorem propositionem lex, minorem actio, conclusionem sententia absolvit”. *Elementa...*, cit., L. I, cap. 3, § 96.

que asigna la ley”¹⁹⁹. Su insistencia en este punto es tanta, que cabe considerar que cabe considerar a las personas a las que se refieren las leyes, como sin rostro. Al final de este proceso imputatorio resultan dos axiomas: 1) quien es al autor de las acciones, ése puede ser imputado; 2) quien no es el autor, ése no puede ser imputado²⁰⁰. “Dado que la ley que se aplica a los actos de los hombres, prescribe o prohíbe algo mediante la conminación de una pena o la proposición de un premio, el mérito es la misma cosa que la imputación, es decir, declarar el efecto que la ley asigna al acto”²⁰¹.

En esta sustitución o reducción de las categorías que median entre actos de los hombres y las leyes, comenzó a gestarse la doctrina moderna de la hermeneútica jurídica, aunque quizá fuera más correcto decir de la ausencia del momento hermeneútico. Johann Friedrich Rübél fue quien más esfuerzo pedagógico hizo para explicarnos la nueva técnica: “Mevius ha cometido un homicidio/ Aquel que sea considerado un homicida, debe ser ejecutado/ Como Mevius ha cometido un homicidio, él debe ser ejecutado”²⁰². Aquí existe –prosigue Rübél– una premisa mayor: Quien cometa un homicidio debe ser ejecutado; la premisa menor es el hecho de Mevius, y la conclusión es la aplicación de la ley a la acción de Mevius²⁰³. Heineccius se ocupó también de este momento hermeneútico, ya que él entendía que la conciencia es un raciocinio o silogismo acerca de nuestras acciones²⁰⁴; concretamente, la imputación es la aplicación de la ley al hecho, y se compone únicamente de dos proposiciones comparadas entre sí y con una tercera por un silogismo²⁰⁵. En consecuencia, la imputación es un silogismo o raciocinio cuya proposición mayor es la ley, la menor un acto, y la conclusión toma forma de sentencia²⁰⁶. Él es consciente que en es-

(199) “imputare idem esse, ad declarare effectum, quem lex actioni adsignat, huic actione competere”. *Praelectiones Academicae in Hugonis Grotii...*, cit., Liber I, § 99.

(200) *Praelectiones Academicae in Samuelis Pufendorfii...*, cit., L. I, cap. 1, § 17.

(201) *Elementa...*, cit., L. I, cap. 3, § 99.

(202) Vid. *Das grundlichweisene Recht der Natur*. Wittemberg, 1735, § 148.

(203) *Ibidem*, § 149.

(204) “Conscientia est ratiocinatio vel syllogismus de nostris actionibus”, *Elementa...*, cit., pág. 28.

(205) *Praelectiones Academicae in Hugonis Grotii...*, cit., Liber I, § 96.

(206) *Ibidem*.

te momento hermeneútico puede entrar en juego aquella dimensión de la conciencia que llamaron *convenientia*, *adaequatio hermeneutica*, y desea eliminar de raíz esta posibilidad: “La interpretación no corresponde al derecho natural, sino a la lógica”²⁰⁷. El derecho no constituye la Regla de Lesbos, como habían mantenido Aristóteles y sus discípulos; al contrario, la norma jurídica ha de ser recta, cierta y constante, porque si fuera la Regla Lésbica, siempre se podría fingir que ‘no consta’ la regla jurídica²⁰⁸.

El siglo XVIII, a veces preocupado por las nuevas leyes que debían hacer desaparecer el Antiguo Régimen, a veces atento a los cambios constitucionales para adaptar las formas políticas viejas a las demandas nuevas, no se ocupó gran cosa de la *interpretatio juris*. En los comienzos de la Ilustración, Coccejus estableció que las reglas de la lógica carecían de utilidad en el tratamiento del derecho natural²⁰⁹. Algo más tarde, el Barón von Holberg negó la utilidad de la lógica jurídica²¹⁰. Dentro de estos juristas ocupados con el *jus naturale*, Daniel Nettelbladt explicaba que la imputación se compone de dos actos que han de ser distinguidos, en el momento de declarar quien es la causa libre: 1) la acción de ese tal en sí misma considerada; 2) lo bueno o lo malo que se sigue de ella. El primer momento constituye la imputación del hecho, y el segundo la imputación jurídica²¹¹. Gottfried Achenwall, con menos precisión, también requería un *meritum* que hiciera merecedor al sujeto actuante de los efectos legales²¹². Pero eran voces que sólo podían ser entendidas por los juristas, no por la mayor parte de los autores de libros jusnaturalistas que – al menos en Alemania – solían ser profesores universitarios, normalmente de Matemáticas.

⁽²⁰⁷⁾ “Interpretatio non pertinet ad jus naturae, sed ad logicam”. *Praelectiones Academicæ in Hugonis Grotii...*, cit., Liber II, cap. 27, § 1.

⁽²⁰⁸⁾ *Elementa...*, cit., Introductio, § 5.

⁽²⁰⁹⁾ “Unde et jus naturale, juxta Regulas conversionum logicarum nullo modo procedit”. *Resolutione dubiorum circa hypothesis nostram de principio juris naturae*. Francofurti ad Viadrum, 1705, pág. 6.

⁽²¹⁰⁾ Vid. *Dubia...*, cit., cap. 5, § 33.

⁽²¹¹⁾ “in imputatione ergo duo actus a se invicem distinguendi sunt, scil. quo quis causa libera declaratur. 1) actionis ipsius in se considerata; 2) boni malive quod ex ea sequitur. Sunt qui priorem imputationem facti, posteriorem imputationem juris appellant”. *Systema...*, cit., L. I, cap. 7, § 89.

⁽²¹²⁾ Vid. *Prolegomena...*, cit., cap. 3, § 27.

La suerte estaba echada. La desvinculación del derecho frente a la moral hizo que las normas jurídicas aparecieran académicamente como realidades autónomas que habían de ser aplicadas a alguien mediante la imputación. La *imputatio* cumplía una doble función, pues determinaba tanto la autoría de la acción jurídicamente relevante como los efectos jurídicos que se habían de seguir desde ella. Normas y acciones cobraron un estatuto nuevo, prácticamente autónomo. De ahora en adelante, el jurista y el moralista solamente había de definir, mediante la imputación, la intersección de las normas con los hechos, para alcanzar la sentencia. Estaban de más las nociones y categorías que no fueran reductibles al esquema silogístico aludido.

RESUMEN: La noción de imputación (*imputatio*, *Zurechnung*) no es una categoría jurídica neutra ideológicamente. Nació en la Edad Moderna, en las manos de Samuel Pufendorf y Christian Thomasius, con el fin de establecer una vinculación entre la norma y la acción de un ser humano. Hasta entonces había dominado la noción de *meritum*, que entendía que una pena debía serle aplicada a un hombre si éste la había merecido. En el universo nominalista de Pufendorf, y más en el materialista de Thomasius, ya no había lugar para hablar de este tipo de méritos. La *imputatio* o *Zurechnung* fue una noción clave en la construcción del edificio nominalista y voluntarista, basado en el relativismo ético, que creó la Edad Moderna.